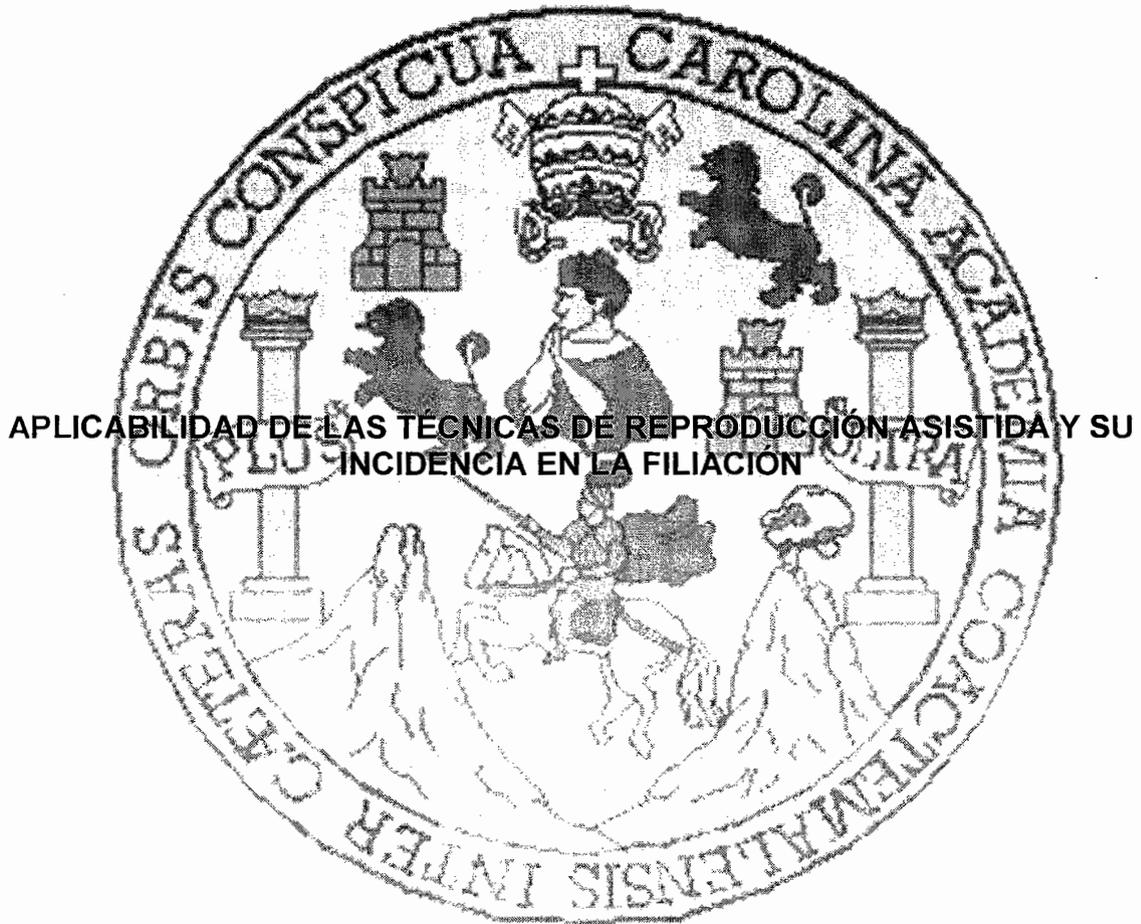


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

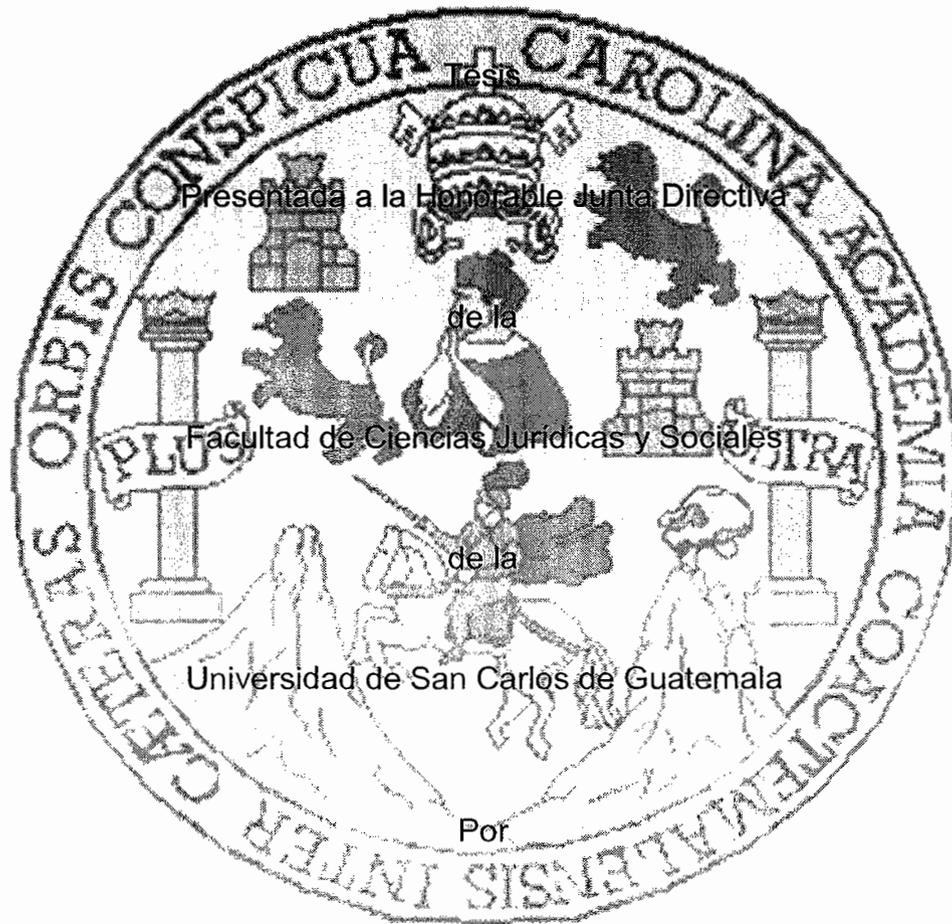


ROSA ISABEL MARTÍNEZ PÉREZ

GUATEMALA, MAYO DE 2016

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

**APLICABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU
INCIDENCIA EN LA FILIACIÓN**



ROSA ISABEL MARTÍNEZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y LOS TÍTULOS PROFESIONALES DE

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2016

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Gerardo Prado
Vocal:	Licda.	Irma Leticia Mejicanos Jol
Secretario:	Lic.	Hector Antonio Roldan Cabrera

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Estuardo Abel Franco Rodas
Vocal:	Licda.	Josefina Cojón Reyes
Secretario:	Lic.	Luis Emilio Orozco Piloña

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



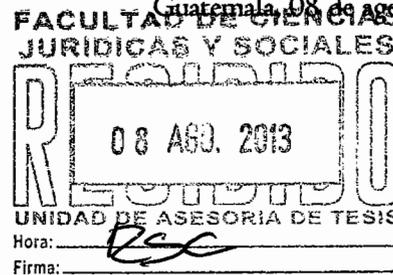
Abogados Y Notarios



**Oficinas Profesionales 6ta. Avenida 0-60, Torre Profesional I, Oficinas 311,312 Centro
Comercial Zona 4, Guatemala C.A.
e-mail: lic.carlos.roman@gmail.com
Telefonos: 2379-9828 / 4154-2861**

Guatemala, 08 de agosto de 2013.

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



Como asesor de tesis del bachiller ROSA ISABEL MARTÍNEZ PÉREZ, en la elaboración del trabajo titulado: "APLICABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN LA FILIACIÓN", con base a lo regulado en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Público, me complace manifestarle que contiene: cuatro capítulos en los cuales se hace una exposición adecuada del tema aplicabilidad de las de técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación.

La contribución científica del trabajo consiste en un aporte al derecho civil al realizar un estudio extenso y acertado de la aplicabilidad de las de técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación.

El carácter científico técnico de la investigación estriba en un estudio serio a criterio del asesor, al respecto de que la doctrina civil moderna no establece la aplicabilidad de las de técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación, por lo consiguiente ante la ley no se puede establecer los derechos y obligaciones.

Las técnicas de investigación empleadas son: investigación documental, mediante la cual recolectó, seleccionó y presentó resultados coherentes, en forma ordenada y con objetivos precisos, con la finalidad de ser base para la construcción de nuevos conocimientos y la observación científica, la cual se reflejó en el análisis de la problemática actual en cuanto a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sin que sean regulados en el Código Civil.

Los métodos empleados por la sustentante son: el inductivo, el cual utiliza para establecer sus conclusiones; el deductivo, que sirve para establecer su exposición de contenido en el informe; el sintético el que empleo para estructurar las citas textuales y por último el jurídico puesto que su existencia deriva de las leyes.



Abogados y Notarios



**Oficinas Profesionales 6ta. Avenida 0-60, Torre Profesional I, Oficinas 311,312 Centro
Comercial Zona 4, Guatemala C.A.
e-mail: lic.carlos.roman@gmail.com
Telefonos: 2379-9828 / 4154-2861**

El autor del trabajo de mérito señala entre sus conclusiones que la filiación tiene como caracteres esenciales la certeza y la estabilidad, requiriendo a la ley que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; es por ello que es necesaria la regulación adecuada de los derechos y obligaciones de las personas intervinientes en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

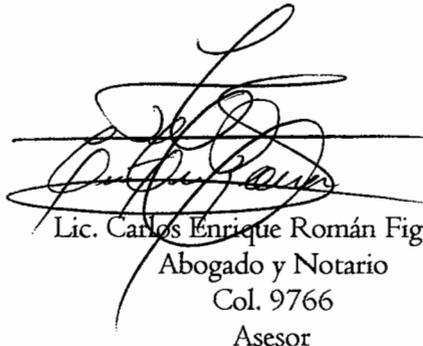
La principal recomendación del estudiante consiste en que las técnicas de reproducción asistida deben ser aplicables en el derecho civil guatemalteco por su incidencia en la filiación, pues en Guatemala no existe esta regulación legal y que con los adelantos de la ciencia, también debe reformarse la ley existente en forma congruente.

En la elaboración del trabajo se estableció la precisa utilización bibliográfica de distintos autores.

He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos razón por la cual emito DICTAMEN FAVORABLE, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Carlos Enrique Román Figueroa.
Abogado y Notario
Col. 9766
Asesor

Carlos Enrique Román Figueroa
ABOGADO Y NOTARIO



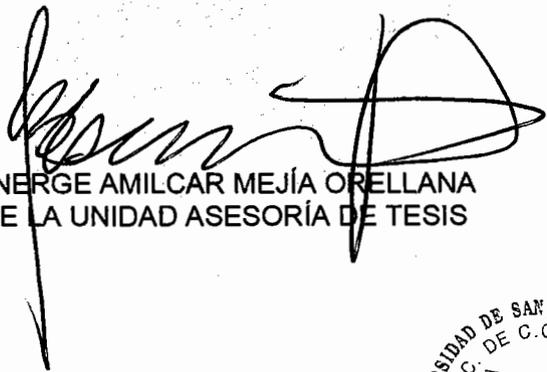
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 02 de septiembre de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante ROSA ISABEL MARTÍNEZ PÉREZ, intitulado: "APLICABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN LA FILIACIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyf.



Lic. Roberto Genaro Orozco Monzon

Abogado y Notario

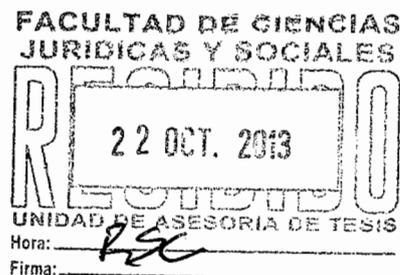
Oficina Profesional: 6 AV. "A" 18-93 Zona 1, Oficina 305

Teléfono: 2232-7029



Guatemala, 22 de octubre de 2013.

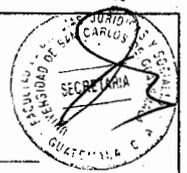
**Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe Unidad Asesoría de Tesis.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.**



Distinguido Doctor Mejía Orellana:

En cumplimiento al nombramiento como Revisor de Tesis, del Bachiller **ROSA ISABEL MARTÍNEZ PÉREZ**, en la elaboración del trabajo de tesis titulado: **“APLICABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN LA FILIACIÓN”**, me dirijo a usted, con el objeto de informar sobre mi labor y expongo lo siguiente:

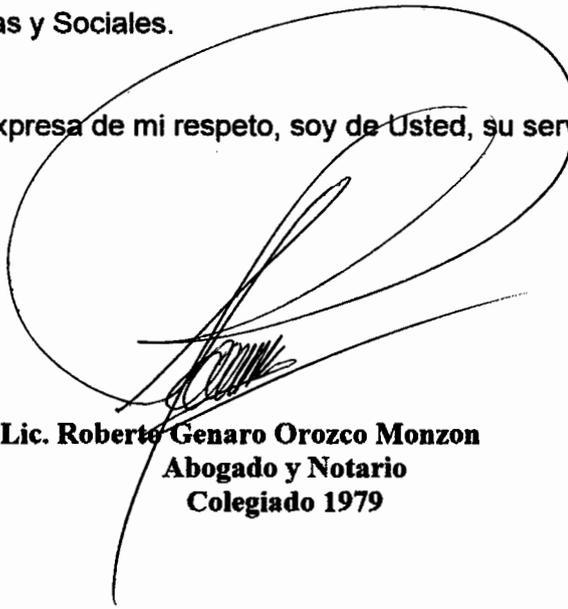
- I. En el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis relacionado, se discutieron algunos puntos en forma personal con el autor, realizándose los cambios y correcciones que la investigación requirió. La investigación busca demostrar que derivado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida existe una incidencia en la filiación y que a la fecha no existe legislación que establezca los parámetros de aplicación de la misma así como lo concerniente a la filiación que de estas técnicas se desprendan.
- II. La sustentante utilizó métodos de investigación diversos, como lo son el método Analítico, método inductivo, método deductivo, Método Sintético y el Método Jurídico, apoyado en las técnicas de investigación y bibliografía.
- III. Se comprueba además que la bibliografía y técnicas de investigación utilizadas, fueron las adecuadas, puesto a que he guiado personalmente al sustentante durante el proceso de investigación científica, aplicando los



métodos y técnica apropiados para resolver la problemática esbozada con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación, y además siendo elaborado el trabajo de conformidad con el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

- IV. En virtud de los puntos anteriores, concluyo informando a usted, que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, y que es procedente ordenarse su discusión en Examen Público de Tesis en nuestra gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con la manifestación expresa de mi respeto, soy de Usted, su servidor.



Lic. Roberto Genaro Orozco Monzon
Abogado y Notario
Colegiado 1979

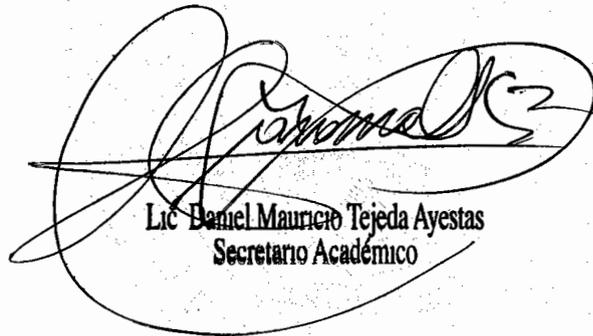
ROBERTO GENARO OROZCO MONZON
ABOGADO Y NOTARIO



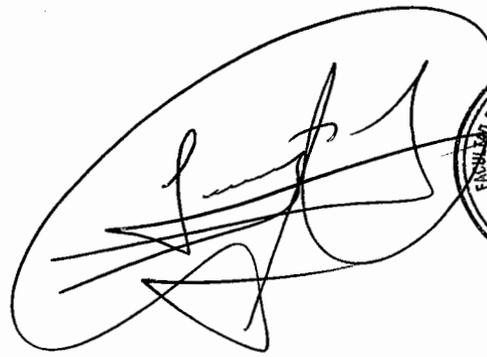
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de marzo de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ROSA ISABEL MARTÍNEZ PÉREZ, titulado APLICABILIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN LA FILIACIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.


 Lic Daniel Mauricio Tejeda Aystas
 Secretario Académico




 DECANATO





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi padre, a quien le debo todo lo que soy y todo lo que tengo, quien nunca me ha soltado de su mano, quien me ha acompañado en cada una de las etapas de mi vida y de mi formación como profesional, sin su infinito amor y misericordia, nada soy.

A MI MADRE:

Pilar fundamental en mi vida, símbolo de dedicación y perseverancia, por su esfuerzo y apoyo, el triunfo que hoy obtengo es suyo, como muestra de mi agradecimiento y valor a su gran esfuerzo por darme una buena educación.

A MIS HERMANOS:

Geovanni, Carlos y Gustavo, por su cariño y respeto, a quienes les digo que la superación se encuentra en la fe y esperanza en Dios, así como en el esfuerzo diario por alcanzar y cumplir nuestras metas.

A MI ESPOSO:

Por su paciencia, comprensión y apoyo a lo largo de todos estos años, sin su apoyo nada de esto hubiera sido posible.

A MIS HIJAS:

Porque siempre tuvieron una palabra de aliento para mí, porque sacrificaron horas de diversión y de convivencia. Las insto a que se preparen y marquemos la diferencia siendo cada día mejores personas y logremos con ello una mejor nación.



A LOS PROFESIONALES:

Carlos Enrique Román Figueroa, un profesional exitoso, mi maestro, mi gran ayuda y mi amigo, fuente de inspiración para culminar esta meta.

Enrique Morales mi mejor amigo, quien siempre ha estado a mi lado apoyándome. Mynor Rangel, Genaro Orozco, Gelby Gudiel, Rosa María Aguilera, por ser excelentes profesionales del Derecho y contribuir a mi formación como estudiante y ahora profesional.

A MIS AMIGOS:

José Tello Y Sergio González, Dios los bendiga por tener ese corazón tan noble, gracias por cada uno de los momentos en que me ayudaron a levantarme.

Belter Mansilla, Dios te puso en mi camino, gracias por ser mi apoyo incondicional y alentarme cuando lo necesitaba. Alejandro Artola un gran ser humano, a quien insto para que siga siempre adelante.

A LA MEMORIA DE:

Julio Cesar Ortiz Q.E.P.D. el hombre que más apoyo me dio en la vida, a quien dedico este triunfo, teniendo la certeza que desde el cielo sonríe al verme hoy cumplir nuestro sueño. A Flory, Franklin y Miguel, Q.E.P.D. quienes no han dejado de ser un ejemplo de perseverancia para mí.

A:

La Universidad de San Carlos De Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales, centro de estudios que me ha dado la oportunidad de ser una mejor persona y además realizar el sueño de ser profesional.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de familia	1
1.1. Antecedentes	4
1.2. Concepto	8
1.3. Características del derecho de familia.....	12
1.3.1. Contenido ético.....	12
1.3.2. Transpersonalísimo	13
1.3.3. Limita la autonomía de la voluntad	13
1.3.4. Función del derecho y del deber.....	15
1.3.5. Indisponibilidad.....	15
1.4. Derecho de familia como derecho público o derecho privado	17
1.5. División del derecho de familia.....	18
1.6. Regulación legal en el ámbito guatemalteco	19
1.6.1. En la Constitución Política de la República de Guatemala.....	21
1.6.2. En el Código Civil	21

CAPÍTULO II

2. Filiación.....	23
2.1. Concepto doctrinario	24
2.2. Características	25



	Pág.
2.3. Clases de filiación	26
2.3.1. Filiación matrimonial.....	26
2.3.2. Regulación legal de la filiación derivada del matrimonio.....	27
2.3.3. Efectos jurídicos de la filiación matrimonial.....	29
2.3.4. Filiación extramatrimonial.....	32
2.3.5. Filiación extramatrimonial conforme los Artículos 182 y 209 del Código Civil, es la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada.....	32
2.3.6. Filiación cuasimatrimonial.....	35
2.4. Legitimación.....	36
2.5. La paternidad en la legislación guatemalteca.....	37
2.6. La maternidad en la legislación guatemalteca.....	41

CAPÍTULO III

3. Técnicas de reproducción asistida	43
3.1. Concepto	45
3.2. Características.....	47
3.3. Finalidad	48
3.4. Clasificación.....	48
3.4.1. Inseminación artificial.....	48
3.4.2. Fecundación in vitro (FIV).....	50
3.4.3. ICSI (microinyección espermática).....	56



	Pág.
3.4.4. Maternidad sustituta	58
3.4.5. Concepto	59
3.4.6. La maternidad en el marco tradicional de la filiación	60
3.4.7. Clases.....	61
3.5. Ventajas y desventajas	63

CAPÍTULO IV

4. Aplicabilidad de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación	65
4.1. Determinación de la filiación en la reproducción humana asistida.....	68
4.2. Técnicas de reproducción asistida practicadas en Guatemala	72
4.3. Personas aptas a las técnicas de reproducción asistida	74
4.4. ¿Quiénes pueden ser donadores?	75
4.5. Requisitos para donar	76
4.6. Efectos jurídicos de la paternidad y maternidad del donador y su relación directa con las técnicas de reproducción asistida	77
4.7. Las técnicas de reproducción asistida y su relación con la filiación	78
4.8. La filiación y las implicaciones derivadas de los avances genéticos.....	79
4.9. Desventajas de no regular en el Código Civil las técnicas reproducción asistida.....	80
4.10. Importancia de reformar el Código Civil	80
4.11. El derecho genético y su derivación de algunos conceptos jurídicos	81



Pág.

4.12. El Límite que el derecho debe exigir a las técnicas procreativas: el interés del hijo.....	83
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



INTRODUCCIÓN

Mediante esta investigación se pretende dar un panorama general de las distintas técnicas de reproducción asistida, y analizar, las consecuencias jurídicas de la filiación del nuevo ser, tomando en cuenta la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación, por la dificultad para determinar la filiación del hijo concebido.

A partir de lo anterior, se planteó como hipótesis la siguiente: Se considera importante efectuar el estudio de la aplicabilidad de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación, tomando en cuenta que: El hijo concebido con técnicas de reproducción asistida no tiene derecho de filiación debido a que el donante no puede ser identificado para efectos de reconocimiento, pues legalmente no le corresponde al marido la obligación de filiación cuando no es el padre biológico, o bien cuando el donante si es conocido, pero solo consintió el uso del espermatozoides, no habiendo vínculo emocional o físico con la madre, y aun así le es imputada la paternidad, por el hecho de ser el padre biológico.

Este planteamiento determinó establecer como objetivo general: instituir la necesidad del estudio de las nuevas técnicas de reproducción asistida y su incidencia en el ámbito jurídico guatemalteco; y específico: estudiar las diferentes formas de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación, por ende en Derecho Civil. Efectuar el estudio de las diferentes formas de filiación. Determinar la importancia de regular en el Código Civil, las técnicas de reproducción asistida y las diferentes formas de filiación que se derivan de su aplicación. Establecer el cumplimiento de la hipótesis formulada.

Se formularon los siguientes supuestos: La filiación puede tener lugar por naturaleza, siendo ésta la que une a personas que descienden unas de otras; o por adopción en la que se asume la falta de relación biológica entre los padres e hijos siendo sustituida por la relación legal debido a que para ser declarada debe mediar una resolución judicial.

Por sentencia firme, como resultado del procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional. Respecto de la madre, cuando ella haga constar la filiación mediante la inscripción de nacimiento. La procreación artificial puede darse en dos formas que son la homóloga y heteróloga.

La investigación está conformada por cuatro capítulos integrados de la siguiente forma: El primero contiene la definición, antecedentes y características del derecho de familia; el segundo el concepto, características, clases y legitimación de la filiación; el tercero el concepto, características, finalidad, clasificación, ventajas y desventajas de las técnicas de reproducción asistida; en el cuarto capítulo todo lo relacionado a la aplicabilidad de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación.

Para la elaboración de la investigación se utilizaron los siguientes métodos: Inductivo, deductivo, analítico, sintético, jurídico. En cuanto a las técnicas de investigación, se emplearon las siguientes: bibliográficas y documentales, estadísticas, ficheros, observación directa, cuestionario estructurado, entrevistas e interpretación de la legislación.



CAPÍTULO I

1. Derecho de familia

En principio, las normas del derecho de familia tienden a proteger a la familia, y específicamente a los menores de edad que necesitan del cuidado, alimentación, calzado, vestuario, atención médica, vigilancia y educación; siendo parte importante de la relación e interviniendo para fortalecer los vínculos familiares, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar, tal como lo preceptúa el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece: " Deberes del Estado: Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona". De esta disposición, se deriva la primacía del derecho de familia para su protección por parte del Estado.

Así el derecho de familia, la jerarquización dentro del grupo y el derecho penal, se desarrollan juntos en íntima relación con la magia y las religiones primitivas. La transición hacia la agricultura, el -sedentarismo- obliga al hombre primitivo a formar comunidades en las que la ayuda mutua permite vencer la resistencia de la naturaleza misma. "En todo el curso de la evolución histórica del derecho de familia, siempre ha venido éste situado entre las ramas fundamentales del derecho civil".¹

"La familia —expone Morgan— es el elemento activo; nunca permanece estacionada,

¹ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**, pág. 14.



sino que pasa de una forma inferior a otra superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y sólo sufren una modificación radical cuando la familia se ha modificado radicalmente”.¹

Al referirse al cambio radical o modificación del parentesco se puede citar un claro ejemplo: uno de los impedimentos importantes para la difusión del Islam en el África central y del sur fue que muchas de las tribus de la región eran matrilineales. Una sociedad “matrilineal” es aquella en que la sucesión era transmitida a través de la línea materna. En consecuencia, asuntos tales como la herencia y el parentesco están definidos a través de la madre y la familia materna, antes que a través del padre. Las sociedades islámicas son patrilineales, lo que significa que la sucesión se transmite a través de la línea masculina.

Estas diferencias fundamentales en la organización del parentesco podían causar muchos conflictos, ya que la gente era forzada a decidir cuál de ambas tradiciones quería seguir, para resolver cuestiones de herencia y otros problemas legales. En la época que estamos estudiando, la mayoría de las naciones de África central y del sur no están dispuestas a cambiar radicalmente sus prácticas de parentesco, aunque en la actualidad, solo Tanzania y Malawi conservan una fuerte influencia islámica, conservando así la forma tradicional de definir el parentesco.

¹ Engels, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**, pág. 39.



“Lo mismo —añade Carlos Marx— sucede en general con los sistemas políticos, jurídicos, religiosos y filosóficos”.³ Mientras que la familia perdura, el sistema de parentesco se osifica; mientras que éste continúa en pie por la fuerza de la costumbre, la familia lo supera. Por el sistema de parentesco legado históricamente hasta nuestros días se puede concluir que existió una forma de familia a él correspondiente y hoy extinta.

“Los sistemas de parentesco y las formas de familia a referidos, difieren de los actuales en el hecho de que cada hijo tenía varios padres y madres. En el sistema americano de parentesco, al cual corresponde la familia hawaiana, un hermano y una hermana no pueden ser padre y madre de un mismo hijo.

El sistema de parentesco hawaiano presupone una familia en la que, por el contrario, ésa es la regla. Tenemos aquí una serie de formas de familia que están en contradicción directa con las admitidas hasta ahora como únicas válidas. La concepción tradicional no conoce más que la monogamia, al lado de la poligamia del hombre y quizá la poliandria de la mujer, ocultando —como corresponde al filisteo moralizador— el hecho de que en la práctica se salta tácitamente y sin escrúpulos por encima de las barreras impuestas por la sociedad oficial.

En cambio, el estudio de la historia primitiva nos revela un estado de cosas en que los hombres practican la poligamia y sus mujeres, la poliandria, y en que, por

³ Ibid.



consiguiente, los hijos de unos y otros se consideran comunes. A su vez, ese mismo estado de cosas pasa por toda una serie de cambios hasta que acaba en la monogamia. Estos cambios tienden a ir estrechando el círculo comprendido en el lazo conyugal común, que en su origen era muy amplio, hasta que finalmente solo abarca la pareja, la forma de familia hoy predominante”.¹

1.1. Antecedentes

“Lo que realmente marca a la historia del derecho, es el momento en que se busca mantener un documento de forma permanente, grabándolo en materiales que resistan con facilidad el paso de los años. Es tal vez el código de Hamurabí el más famoso de los que se conocen en la actualidad, sin ser el primero, ya que los sumerios han dejado huella profunda, aunque escasa, de su sistema de derecho”.²

“Este código contiene 280 preceptos de los cuales 60 no se entienden en lo absoluto, hace encontrar algunos conceptos sobre deudas, delitos (ley del talión), matrimonio, divorcio, patria potestad, derecho sucesorio y contratos de comisión, de prestación de servicio y arrendamiento.

Parecería maravilloso el legado jurídico de este documento, sin embargo, al compararlo con los pocos documentos de este tipo que se poseen de los sumerios, sólo nos demuestra que es un código mal sistematizado que marca un retroceso en el

¹ **Ibid**, pág. 39.

² Petit, Eugene. **Tratado elemental de Derecho romano**, pág. 74.



ejercicio del derecho, ya que los sumerios manejaban ya en sus textos la reparación del daño, elemento que desaparece en el código de Hamurabí”.⁶ “Gran parte de las normas jurídicas modernas son de origen romano, ya sea por sus raíces históricas en occidente, sea por la occidentalización que han sufrido algunos derechos de oriente. La aportación en materia jurídica de Roma al mundo ha sido principalmente en materia de derecho privado al igual que en materia técnica jurídica”.⁷

El derecho actual, tiene por origen la costumbre y el derecho romano, crearon un derecho para ellos y lo hicieron útil para todos. La familia romana se fundamenta políticamente con carácter patriarcal en el cual la soberanía corresponde al padre o al abuelo. Es un pequeño Estado cuyo jefe es el paterfamilias e integrada por los parientes y personas extrañas (adoptadas), excluyendo a los descendientes por vía femenina; el vínculo que la une no es sanguíneo sino civil, denominado *adgnatio*.

“La *Lex XII Tabularum* conceptúa a la familia como el conjunto de individuos sometidos a la patria potestad o al poder del marido *siu iuris (manus)* de una misma persona (padre o abuelo paterno); el Digesto, como conjunto de personas vinculadas por la sangre, por una ascendencia común: es decir, consanguínea y natural, regularon lo concerniente a la *cognatio*, que es el parentesco civil, y demás instituciones, el matrimonio, los esponsales, requisitos para contraer matrimonio, efectos del matrimonio, divorcio, nulidad del matrimonio, el concubinato consistía en la unión permanente entre personas de diferente sexo, las cuales no tienen la intención de

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid*, pág. 75.



constituirse como marido y mujer por faltar el deseo de contraer matrimonio. Fue permitido entre púberes sin parentesco de grado impediendo, cuando no se tenía otra concubina, y es prohibido cuando se tiene esposa legítima”.⁸ Los efectos del concubinato consistían en: la cohabitación sin estar la mujer sujeta a la autoridad del hombre ni participar del rango de su compañero. Los hijos del concubinato son considerados parientes de la madre por *cognatio* no estando sometidos a la autoridad del padre.

En tiempo de Justiniano a los hijos se les otorgó facultades para ser alimentados y ciertos derechos sucesorios. La familia romana se transformó de civil a natural durante la época de Justiniano; cuando la primera perdió el impulso del derecho civil, ante la natural y se convierte en completa al relacionar instituciones como la tutela: que es el poder conferido por el derecho civil sobre una persona para protegerla cuando por su edad y por su sexo no está en condiciones de defenderse por sí misma la curatela es una institución del derecho civil que consiste en el cuidado, solicitud y administración de una persona o de una cosa con la finalidad de custodiar o proteger los bienes o patrimonios necesitados de administración y vigilancia. Tiene como objeto principal la protección de personas incapacitadas por razones de accidente.

Toda la evolución del derecho romano privado se reduce a dotar de equidad a las soluciones rigurosas y formalistas del derecho civil. Aquí se puede hacer notar algo importante, ya que la equidad y el derecho natural son conceptos griegos, resalta la

⁸ Ruiz Castillo de Juárez, Crista, *Historia del derecho*, pág. 127-137.



aportación romana al derecho *humanitas*, es lo que nos permite apreciar el valor y la dignidad de la persona humana.

La influencia de derecho germano, en materia de familia también fue notoria, porque al haber receptado anteriormente el derecho romano, concibió el vínculo del parentesco ampliamente estableciendo una fuerte unión en la agrupación misma (*sippe*) humana y jurídicamente, privando la obligación de participar en los casos de venganza de sangre y prueba de conjuradores. La patria potestad estaba regulada por el poder conjunto del padre y la madre.

El actual derecho de familia se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106, en su libro I regula esa rama del derecho. El licenciado Federico Ojeda Salazar, destacado catedrático universitario y autor del actual Código Civil, y quien en esa fecha desempeñaba el cargo de Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la universidad de San Carlos de Guatemala, desarrolló el proyecto de todo lo relativo a la familia, que comprendía del Artículo 72 al 427, actualmente regulado en los Artículos 78 al 437.

En la exposición de motivos del Código Civil Guatemalteco Decreto Ley 106 se argumentó la importancia del resguardo de la mujer casada, organizar la familia sobre la base jurídica de la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, la protección, asimismo, de los hijos menores, en las diferentes situaciones en que puedan encontrarse ante los actos de sus padres que les sean perjudiciales, tales como la separación y el divorcio, motivan una serie de disposiciones legales en el



capítulo de la paternidad y filiación y patria potestad, cuya falta se hacía sentir en la legislación.

Con las modificaciones que hizo la comisión revisora, integrada por los Abogados Arturo Peralta Azurdia, José Vicente Rodríguez y el Doctor Mario Aguirre Godoy, quedó legislado en el Código Civil el Derecho de familia de Guatemala.

1.2. Concepto

El derecho de familia, resalta Ramos Pazos, “como toda rama del derecho, puede ser definido en sentido objetivo o subjetivo. En sentido objetivo, para aludir al conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de familia. En sentido subjetivo, para referirse a las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones existentes entre los miembros de la familia. Se trata en este caso de los derechos de familia”.⁹

Se entiende por derecho de familia, según Ferrara, Citado por Ramos Pazos, “el complejo de las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los pertenecientes a la familia entre sí y respecto de terceros”.¹⁰

“Se denominan derechos de familia las vinculaciones jurídicas establecidas por la ley respecto de las personas que han contraído matrimonio, o que están unidas por parentesco. El objeto de estas vinculaciones puede ser moral o patrimonial, o ambos a

⁹ Ramos Pazos, René. **Derecho de familia**, pág. 14.

¹⁰ **Ibid.**



la vez. Pero ya sea que el derecho de familia cree una obligación puramente ética o económica, en ambos casos presenta caracteres que lo diferencian de un derecho puramente patrimonial”.¹¹

Por eso, en lugar de hablar de obligaciones (concepto propiamente patrimonial), en el ámbito del Derecho de familia, suele aludirse a deberes, que deben cumplir el padre y la madre de acuerdo a sus funciones.

“El derecho de familia es un conjunto de normas, por lo general imperativas, que traducen a la legislación ordinaria, los principios constitucionales que se refieren a la familia”.¹²

“Derecho de familia, es la rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y en general, a la institución fundamental de la familia, se constituye en toda la sociedad”.¹³

“El derecho de familia es el conjunto de normas que rigen la constitución, organización disolución de la familia como grupo, en sus aspectos personales y de orden patrimonial”.¹⁴

“En todo el curso de la evolución histórica del derecho de familia, siempre ha venido

¹¹ Rossel Saavedra, Enrique. **Manual de derecho de familia**, pág. 5.

¹² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**, pág. 7.

¹³ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 302.

¹⁴ Mazeud, Henry, León y Jean. **Lecciones de derecho civil**, pág. 4.



éste situado entre las ramas fundamentales del Derecho Civil, formando, con los derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero, en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este Derecho como poco correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del Derecho”.¹⁵

Antonio Cicu, tratadista italiano, “hizo una exposición sistemática de la materia. Aceptando que generalmente se le trata como una parte del derecho privado; disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho. Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado resulta.

Expone Cicu de la diversa posición que al individuo reconoce el estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público, y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: interés superior y voluntades convergentes a su satisfacción, pues si bien es cierto que la familia no se presenta como un organismo igual al estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomiendan”.¹⁶

¹⁵ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**, pág. 14.

¹⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 106.



"Si el derecho público es el estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia, no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos. Por tanto. al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado, es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondiera a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público".¹

Por su parte, Rojina Villegas expone "que se puede considerar que el derecho de familia, pertenece al derecho privado, aunque tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables y que tampoco importa que regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son las que se derivan de la patria potestad marital y tutela, pues fundamentalmente se trata de relaciones entre particulares, y que si bien el Estado podrá tener cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieran a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos o funciones, o bien a las relaciones de aquellos con los particulares".²

En el curso de los distintos ordenamientos, la familia es considerada un derecho incluido dentro del derecho civil. Sin embargo, hoy en día no existe acuerdo de que el

¹ **Ibid**, pág. 107.

² **Ibid**, pág. 108.



derecho de familia pertenezca al derecho privado. La mayoría de tratadistas rechazan la idea de que pueda formar parte del derecho público, se habla de una simple variante del derecho público para poder asignar el lugar que le corresponde al derecho de familia. De lo anterior, es necesario establecer con claridad que el derecho de familia es una parte del derecho privado.

“El derecho de familia es la parte o rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad”.¹⁹ En resumen, el derecho de familia es el conjunto de normas, principios y doctrinas que regulan lo relativo a los derechos y obligaciones en general de las personas, resguardando fundamentalmente el matrimonio considerado en la legislación guatemalteca como una institución social, protegido especialmente porque a partir de él se establece la familia y de ésta el estado, siendo así que cuando la persona se integra a la institución del matrimonio la autonomía de la voluntad opera como elemento esencial en su máxima expresión de libertad, por ello el derecho de familia crea las normas en protección de los valores superiores en favor de la familia quedando inmersos en ella los menores, la paternidad y la maternidad responsable.

1.3. Características del derecho de familia

Existe diversidad de características del derecho de familia, sin embargo, se incluyen las que se consideran más apropiadas, y que se relacionan con la presente investigación, siendo las que a continuación se mencionan:

¹⁹ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 302.



1.3.1. Contenido ético

Esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones (o más propiamente deberes) fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre. Una importante excepción es el derecho de alimentos.

1.3.2. Transpersonalísimo

Es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etc.) que se imponen *erga omnes* (respecto de todos), aunque no necesariamente esta clasificación se propiamente jurídica, sino más bien social.

Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares (diversas de aquellas del derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.

1.3.3. Limita la autonomía de la voluntad

“Dado el principio general de la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria cae por su propio peso como subprincipio o corolario necesario de la misma”.²⁰ El principio de autonomía de la voluntad (base del derecho civil) no rige en estas materias. En

²⁰ López Santamaría, Jorge. **Los contratos, parte general**, pág. 19.



general, se prohíbe cualquier estipulación que contravenga sus disposiciones. Una importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Lalaguna, “considera que, siendo el negocio jurídico la expresión de una norma creada por los particulares, la autonomía privada es la manifestación de poder y precisamente del poder que tienen (éstos) de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas. La autonomía privada es, antes que una manifestación del poder normativo, una expresión de la libertad del ser humano, lo que explica que el problema de los límites de la autonomía privada se venga a plantear en el orden jurídico de acuerdo con la natural condición de la persona) (Así, para este autor, el sujeto de la autonomía no es la voluntad sino la persona”.²¹

En este sentido, Díez Picazo y Gullón hablan de la autonomía privada como “poder conferido o reconocido (según la concepción del Derecho que se tenga) a la persona por el ordenamiento jurídico para que gobierne sus propios intereses o atienda a la satisfacción de sus necesidades”.²²

La autonomía privada es el poder o potestad, atribuido por el ordenamiento jurídico a los particulares, de establecer normas jurídicas para satisfacer intereses privados, particulares o individuales, Según lo expuesto, el poder, en que la autonomía privada consiste, no es un poder originario o independiente sino derivado o heterónimo, en

²¹ Lalaguna, Enrique. **La libertad contractual**, pág. 884.

²² Díez Picazo, L y Gullón, A. **Sistema de derecho civil**, pág. 471.



cuanto conferido por el ordenamiento jurídico que regula su ejercicio, estableciendo sus cargas y limitaciones.

La voluntad privada no crea Derecho por sí o por fuerza propia; así que el poder propio de la autonomía privada consiste en una fuerza o energía jurídica, no solo en el sentido de creadora de derecho sino también en cuanto a que es concedida por el Derecho, ello explica que el ordenamiento jurídico pueda concederla aun a quienes carezcan de la aptitud actual de entender y querer. De ahí que, dado el fundamento preindicado de la autonomía privada, el Derecho lo atribuya a toda persona.

1.3.4. Función del derecho y del deber

El derecho civil está constituido por un sin número de derechos y obligaciones. Particularmente el derecho de familia tiene implícitos el derecho de recibir en algunas circunstancias como los alimentos y el deber de proporcionarlos. En ese sentido, existen varias instituciones que conjuntamente para su desarrollo se debe tener el derecho de alguna circunstancia y el deber de cumplir principalmente hacia los hijos.

1.3.5. Indisponibilidad

“Característica común a los derechos y deberes familiares es la indisponibilidad: no valen su renuncia o su transmisión, que en los demás derechos vienen a ser un modo



Los derechos y deberes se perpetúan en su titular, además, sea durante toda la vida de ambos términos de la relación (marido y mujer; padre e hijo); sea en un momento fijado por la ley sin consideración general (generalmente) a la voluntad de las partes (mayoría de edad del hijo), o hasta que sobrevenga otra causa de disolución, relajación o debilitamiento de vínculo.

María Luisa Beltranena de Padilla “determina como características del derecho de familia:

1. Contiene un sustrato de carácter moral, derivado fundamentalmente del derecho canónico.
2. Predominio de las relaciones personales sobre las relaciones patrimoniales.
3. Primacía del interés social sobre el interés individual; y una más frecuente intervención del Estado para proteger al más débil en la familia.
4. Las relaciones familiares son a la vez derechos y deberes.
5. Los derechos de la familia son inalienables e intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.
6. Los derechos de la familia no están condicionados, ni pueden estar constituidos con sujeción al término.



7. Carácter obligatorio o de orden público de las leyes relativas a la familia.

De las características anteriores, se infiere que el Derecho de familia es parte del derecho privado, y su importancia le hace tener una relación directa con el derecho público, razón por la cual ha dado lugar a su confusión".²⁴

1.4. Derecho de familia como derecho público o derecho privado

"Antonio Cicu defendió desde 1914 la afinidad entre Derecho de familia y el Derecho público, y la clara distinción entre aquel y el restante Derecho Civil. El autor ponía en contraste tales caracteres con su particular concepción del Derecho privado como el que regula la satisfacción de los intereses individuales en cuya realización actúa la voluntad autónoma e independiente del individuo, persiguiendo su propio interés particular distinto y contrapuesto al de los otros individuos, mientras que en la relación de Derecho público hay un único interés, el público, y voluntades convergentes a su satisfacción. Esto mismo ocurre en el Derecho de familia, donde las voluntades se subordinan a un interés unitario y superior".²⁵

En 1955 rectifica Cicu esta postura, entendiendo que si la estructura de la relación jurídica separa netamente Derecho de familia del común Derecho privado, con toda la ausencia del concepto clave del Derecho público, la soberanía, le aleja de su ámbito.

²⁴ Lecciones de derecho civil, pág. 97.

²⁵ Aguilar Guerra, Ob. Cit; pág. 27.



No es extraño al Derecho de familia el concepto de poder, pero, a diferencia de la soberanía, es un poder sobre individuos determinados y de duración limitada.

1.5. División del derecho de familia

En el derecho de familia, igual que en cualquier rama jurídica, puede dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo.

- **Objetivo**, se entiende por el conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. Así mismo podemos afirmar que el Derecho de familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares.

El derecho de familia objetivo se divide en: derecho de familia personal: tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar, regula los vínculos personales de la organización, y se puede decir que es el propio derecho de familia y en el que se dan como notas de relieve, los caracteres fundamentales que antes pusimos de manifiesto; derecho de familia patrimonial.

Tiene como objeto ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar y aunque recibe también la sustancia propia del grupo.



“Tanto la antigua doctrina como algunos Códigos y entre ellos el español, desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando solo en el lugar propio del derecho de familia el puro o personal”.²⁶

Derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges; Derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia.

- En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros”.
²⁷ Será derecho de familia subjetivo, aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanados de la especial configuración que la familia tiene en el derecho.

1.6. Regulación legal en el ámbito guatemalteco

Lo relativo al derecho de familia, formaba parte del derecho civil, es así, como para el caso de Guatemala, las instituciones y normas propias del derecho de Familia, se

²⁶ Puig Peña, *Ob. Cit*; pág. 25.

²⁷ Fonseca, Gautama, *Curso de derecho de familia*, pág. 14.



encuentran reguladas en el Código Civil, no así en ley específica, no fue sino hasta la creación de la Ley de Tribunales de Familia en que se empieza a establecer una especialidad en el derecho de familia.

En el primer Congreso jurídico guatemalteco, celebrado en el año 1960, mediante una ponencia de varios abogados, se demostró la necesidad de que en el derecho de familia se aplicará un procedimiento especializado que lo hiciera más flexible y menos engorroso.

Las argumentaciones contenidas en dicha ponencia hacen referencia a las deficiencias que obstaculizaban la pronta administración de justicia en los asuntos de familia en la jurisdicción ordinaria. Una de las argumentaciones al analizar las deficiencias, explicaba: El proceso en vigor no permite analizar los problemas desde el punto de vista real, porque impera el carácter esencialmente rogado del mismo, porque perdura el sofismo de igualdad de las partes y el formalismo que impone a la justicia.

No se enfocan los problemas familiares como humanos, sino como un asunto más de los múltiples que se representan ante el juez y especialmente porque en su estructura actual no se contempla la existencia de entidades especializadas que aporten a la administración de justicia, los datos y hechos de observación real esenciales para el exacto conocimiento de los problemas familiares.

Se sentía la necesidad de contar con entidades especializadas que participaran en la



administración de una justicia más real, más acorde con los problemas familiares con el objeto de darles el derecho de familia un sentido hondamente social.

Para entonces, el derecho de familia solo se concebía como una mera técnica legal aplicada por los tribunales ordinarios de lo civil. La legislación guatemalteca, tanto la constitucional como la ordinaria, contienen aspectos relacionados con la familia, describiendo a continuación lo siguiente:

1.6.1. En la Constitución Política de la República de Guatemala

La ley suprema de Guatemala, en los Artículos 47 al 56, regula lo relacionado con la familia, refiriéndose a la protección a la familia, la unión de hecho, el matrimonio, la igualdad entre los hijos, la protección a menores y ancianos, la maternidad, la minusvalía, la adopción, la obligatoriedad de proporcionar alimentos.

1.6.2. En el Código Civil

El Código Civil, en 359 Artículos, comprendidos del 78 al 437, regula unitariamente la familia, dedicándole el título II del libro I, que en los respectivos capítulos contiene: El matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial, la adopción, patria potestad, alimentos, tutela y patrimonio familiar.





CAPÍTULO II

2. Filiación

Se precisan dos conceptos de filiación: uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas y un progenitor determinado; el otro, jurídico, según el cual la filiación debe entenderse como el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre y la madre y la otra el hijo es decir el vínculo en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.

En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre".²⁸

Para Rojina Villegas, citado por Alfonso Brañas, "la filiación constituye un estado jurídico a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el

²⁸ Brañas, Ob. Cit; pág. 194.



nacimiento, que son hechos jurídicos. Afirma que se refiere a la filiación, se encuentra una situación permanente que regula el derecho y que se origina no solo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre en el estado de minoría o mayoría de edad o incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón".²⁹

2.1. Concepto doctrinario

"Vínculo existente entre padres e hijos. La filiación puede ser legítima (derivada de matrimonio), ilegítima (derivada de unión no matrimonial) o por adopción. La filiación ilegítima se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, caso en el cual se habla de filiación natural, como cuando media algún impedimento, sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos (filiación adulterina), relación de parentesco (filiación incestuosa) o profesión religiosa (filiación sacrílega) sin que jurídicamente tengan importancia estas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales".³⁰

²⁹ *Ibid*, pág. 195.

³⁰ Ossorio, *Ob. Cit*; pág. 417.



En términos generales, el Diccionario de la Real Academia define la filiación como la “procedencia de los hijos respecto de los padres. Se trata de la relación biológica que une al procreado con sus procreadores. Es tanto un hecho natural como una realidad reconocida y regulada por el Derecho, que presupone la determinación de la paternidad o maternidad”.³¹

2.2. Características

- a) Es un fenómeno jurídico que tiene como fundamento el hecho fisiológico de la procreación; salvo la filiación adoptiva, creación legislativa. De ahí que el legislador desconozca las consecuencias jurídicas de la filiación si se demuestra que no existe un vínculo de sangre.

- b) Constituye un estado civil. Tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial lo constituyen. Sin embargo cabe señalar que este estado civil podría modificarse, como acontece por ejemplo con el hijo de filiación no matrimonial que obtiene la filiación matrimonial por el matrimonio de sus padres; o el hijo de filiación indeterminada que torna en determinada, por el reconocimiento de ambos o de uno de sus padres.

- c) Es fuente de fenómenos jurídicos de gran importancia, como la nacionalidad, la sucesión hereditaria, el derecho de alimentos, el parentesco entre los mismos hijos, etc.

³¹ Valetta, María Laura. *Diccionario jurídico*, pág. 384.



2.3. Clases de filiación

Razones que enmarcan en las antiguas organizaciones sociales y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindar distintas clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país. Conforme a las disposiciones del Código Civil guatemalteco, puede afirmarse que dicha ley regula las clases de filiación que a continuación se describen:

2.3.1. Filiación matrimonial

Respecto a las expresiones filiación y paternidad, que el Código Civil emplea conjuntamente, opina Puig Peña, que existe el problema de determina si estos dos términos son correlativos o tiene cada uno sustantividad de concepto y contenido, opinando que algunos autores, como Cicu y Planiol, se fijan solo en el término filiación, como si alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado civil, y que otros, por el contrario, se fijan solo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de la paternidad, prueba de la paternidad, y por último, la tendencia a ver los dos términos en una relación sumada, el Código Civil de Guatemala, considera dicho autor que todo no es más que cuestión de palabras, pues se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, ya que una supone y lleva consigo la otra, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre; en una punta de la relación paternofilial están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación; ambos términos son



son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas".³²

2.3.2. Regulación legal de la filiación derivada del matrimonio

El Código Civil en el Artículo 199, párrafo primero, regula lo que en la doctrina se llama filiación legítima, estableciendo que: "El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Se presume concebido durante el matrimonio: El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados, y el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio"

En este Artículo la ley hace una conjugación de la filiación legítima propia y la filiación legítima impropia, ya que abarca tanto los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos o máximos del embarazo, así como los hijos cuyo nacimiento o concepción solamente tuvo lugar en el matrimonio, es decir, el hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido dentro del mismo, y del hijo concebido dentro del matrimonio pero nacido con posterioridad al mismo.

El Artículo 207 del mismo cuerpo legal regula lo que en la doctrina se denomina como la filiación legítima imprecisa, regulando el caso en el cual debido a nuevas nupcias de

³² **Ibid.**



la madre dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución del primer matrimonio, puede dar lugar a un conflicto de paternidades, para lo cual establece lo siguiente:

“Si disuelto el matrimonio, la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero. Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio”

Esta regulación soluciona el problema que se puede presentar por un conflicto de paternidades con apoyo a lo establecido por el párrafo segundo del Artículo 199, ya que en ciertos casos de no existir esta norma se podría imputar la paternidad del hijo tanto al marido del primer matrimonio como al del segundo matrimonio. El Artículo 201 del Código Civil establece otra presunción relativa a la filiación matrimonial, estableciendo que: "El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio se presume hijo del marido, si éste no impugna la paternidad".

Esta regulación legal establece que no obstante que el nacimiento de un hijo no se haya verificado dentro del término legal en el cual la ley presume que es hijo del marido (180 días después de celebrado el matrimonio), el mismo debe considerarse hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.



2.3.3. Efectos jurídicos de la filiación matrimonial

La unión de hecho declarada e inscrita en la forma legal es la que genera efectos legales. Y, el Código Civil, regula estos efectos en el Artículo 182; sin embargo, además de esta disposición, también existen otras que regulan efectos, entre ellas están los Artículos: 88, 184, 252, 253, 1076, 1078 y 1084 del mismo cuerpo de la ley citado.

Al efectuar un examen a las normas jurídicas indicadas, se pueden mencionar algunos de los efectos legales:

- Sujeción de los convivientes a los deberes y derechos de los cónyuges en el matrimonio.
- Los concubinos poseen la facultad de ejercer la patria potestad sobre los hijos menores de edad.
- Los convivientes pierden su libertad de estado. Tienen impedimento absoluto para contraer matrimonio o unirse de hecho con persona distinta de su conviviente, mientras dure la unión.
- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días de la fecha se da como inicio de la unión de hecho y los nacidos dentro de los trescientos días contados desde la fecha en que la misma terminó, se consideran hijos de



los convivientes. No obstante, la presunción indicada admite prueba en contrario.

- Los bienes adquiridos durante la unión de hecho, se consideran comunes, salvo que existiere escritura de separación de bienes o prueba de haber adquirido el bien uno solo de los unidos, a título gratuito o con el valor o permuta de otro bien de su exclusiva propiedad.
- En caso de muerte de alguno de los unidos de hecho, el conviviente supérstite tiene derecho a solicitar la liquidación del patrimonio, así como la adjudicación de los bienes que les correspondan por concepto de gananciales si fuere el caso.
- Los unidos de hecho tienen derecho a la sucesión intestada de su respectivo conviviente, en los mismos casos que los cónyuges en el matrimonio.
- Los concubinos poseen el derecho de solicitar la declaratoria de ausencia de su respectivo compañero, con el fin de que una vez declarada, poder solicitar el cese de la unión, liquidación del haber común, y la adjudicación de los bienes correspondientes.
- Derecho de los convivientes a percibir pensión por concepto de viudez, en caso de fallecimiento de alguno de ellos.



La legislación civil guatemalteca confiere determinados derechos a favor del hijo, derivados de la filiación legítima.

Estos derechos constituyen a la vez deberes jurídicos a cargo del padre, señalando los siguientes:

1. Derecho a llevar los apellidos del padre y la madre. El Artículo 4 del Código Civil establece que la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados.
2. A recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos. El Código Civil establece que los padres del menor están obligados a proporcionarle todo lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción. Asimismo, se establece que cuando el padre o la madre no pudieren cumplir con proporcionar alimentos a sus hijos dicha obligación corresponde a los abuelos paternos de los hijos, con lo cual se hace manifiesto que este derecho no solamente afecta al padre sino a sus familiares.

La obligación de prestar alimentos en favor de los hijos se sustenta en el Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala,



estableciendo que la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe es punible, delito que está tipificado en el Código Penal en el Artículo 242, bajo la figura ilícita de negación de asistencia económica.

2.3.4. Filiación extramatrimonial

Los preceptos de la ley de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia, es decir, se parte de la relación que surge por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

2.3.5. Filiación extramatrimonial conforme el Código Civil

Es la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada.

- a. Filiación adoptiva, de conformidad con el Artículo 228 del Código Civil, es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona; mientras que la Ley de Adopciones Decreto 77-2007 define la adopción como una 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.
- b. Por filiación natural, entiende Rojina Villegas el vínculo que une al hijo con



sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Necesariamente, no basta la existencia del vínculo sanguíneo o familiar; ese vínculo debe constar fehacientemente, es decir, en el registro civil, ya por voluntad de los interesados, ya mediante resolución judicial.

“Debe tenerse presente que cuando la filiación no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, por el sólo hecho del nacimiento y con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declara la paternidad, según lo establece el Artículo 210 del Código Civil, precepto que, atribuye plenamente la maternidad por el solo hecho del nacimiento, y reconoce las antedichas dos clases de reconocimiento de la paternidad. Por supuesto, no queda excluido el caso excepcional de que la madre reconozca al hijo, o bien, se demande la declaración de maternidad (por ejemplo, si no consta quién es la madre en la partida correspondiente del registro civil)”.³³

El Código Civil, después de admitir las dos clases de reconocimiento (voluntario y forzoso), dispone que el reconocimiento voluntario puede hacerse:

1. En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil del Registro Nacional de las Personas, conforme el Artículo 70, inciso a) de la Ley del Registro Nacional de las Personas, Decreto 90-2005 del Congreso de la República, o por acta especial ante el mismo registrador. La redacción

³³ *Ibid*, pág. 207.



de la ley es impropia, pudo haber especificado con más claridad que el reconocimiento puede efectuarse cuando el mismo padre comparece a inscribir el nacimiento reconociendo la paternidad del hijo; y por acta especial ante el registrador civil cuando el reconocimiento se haga con posterioridad al asentamiento de la partida.

2. Por escritura pública, según el Artículo 211, inciso 3) del Código Civil Guatemalteco, es lógica la exigencia de esa formalidad, en razón de la importancia y derechos sucesorios, en el nombre, en la patria potestad, en la tutela, en la obligación alimenticia, etcétera. Además resulta medio adecuado cuando el padre no tiene su domicilio en el lugar en donde fue inscrita la partida de nacimiento del hijo, puesto que le permite hacer el reconocimiento en lugar distinto.

El Código Civil de 1877 también exigió que el reconocimiento se hiciera en escritura pública, cuyo testimonio debería presentarse al registro civil dentro de los ocho días siguientes (Artículos 229 y 464). Asimismo el Código Civil de 1933, en su Artículo 171, exigía ese requisito, sin el plazo de presentación del testimonio. 3. Por testamento (Artículo 211, inciso 4º. del Código Civil).

Los comentarios anteriores son aplicables a ese medio de reconocimiento, esencialmente solemne por la propia solemnidad del acto testamentario. Ahora bien, debe tenerse presente que si bien lo normal es que el testamento se otorgue en escritura pública (testamento común abierto), puede otorgarse con intervención



constatatoria del notario, pero no en escritura pública (testamento cerrado), o ante un oficial, bajo cuyo mando se encuentran, los militares en campaña (testamento especial militar), o ante el jefe de la prisión, en caso de necesidad, por el preso (testamento especial del preso), o ante las autoridades marítimas que indica la ley cuando se testa a bordo de una nave durante un viaje marítimo, testamentos en los cuales también puede hacerse constar el reconocimiento del hijo, toda vez que la ley, si bien exige que se haga por testamento, no se refiere a ninguna forma específica de éste. Por confesión judicial Artículo 211, inciso 5°. Del Código Civil.

Esta modalidad de reconocimiento no aparece regulada en el Código de 1877 ni en el de 1933; esa clase de confesión no encierra, en realidad y si bien se ve, un reconocimiento voluntario propiamente dicho, puesto que se hace ante un juez, a requerimiento de la parte interesada.

La confesión judicial puede obtenerse, bien como prueba anticipada para preparar el juicio de filiación, bien como un medio de prueba en el curso del juicio (Artículos 98 y 130 del Código Procesal Civil y Mercantil. Se trata de lo que podría denominarse un reconocimiento cuasivoluntario, porque indudablemente la voluntad del reconociente es decisiva para la configuración de esta forma de reconocimiento.

2.3.6. Filiación cuasimatrimonial

Conforme el Artículo 173, 179, del Código Civil, es la del hijo nacido dentro de unión de hecho debidamente declarada y registrada.



2.4. Legitimación

“Por expresa previsión y facultad de la ley, conversión de un hijo ilegítimo en legítimo. Bien se advierte que esta Institución parte del supuesto de una diferencia respecto a la condición de los hijos; es decir, la existencia de los que son legítimos o matrimoniales y los que son ilegítimos o extramatrimoniales.

Como norma general se puede decir que la legitimación se produce por el siguiente matrimonio de los padres, pero algunas legislaciones la admiten también por lo que se llamó rescripto del príncipe o decreto real. No hay en las legislaciones uniformidad respecto a la posibilidad de la legitimación ni a la forma de realizarla. Con esta designación se conoce en la doctrina la ficción legal que lleva a considerar como hijo legítimo al que no lo es por la naturaleza; es decir, a quien no ha sido engendrado por los que aparecen como sus padres, sino al amparo de la adopción.

En buena técnica conviene reservar la expresión para el Derecho francés, en que integra una adopción cualificada, porque el legislador coopera a una ficción de legitimidad, fundada en el matrimonio de los adoptantes y para niños de corta edad. El vínculo nuevo rompe por completo y definitivamente el preexistente con la familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales”.³⁴

“Acción o efecto de legítimar. Justificación o probanza de la verdad o de la calidad de una cosa. Habilitación o autorización para ejercer o desempeñar un cargo u oficio.

³⁴ Ossorio, *Ob. Cit*; pág. 542.



Atribución de la cualidad de hijo legítimo al que no nació o no fue concebido dentro de matrimonio legal. Legitimar es probar, justificar conforme a ley o derecho. Habilitar para puesto o tarea a quien carecía de atribuciones o calidades. Reconocer por legítimo, y según las disposiciones legales, a los hijos naturales, y en algunas legislaciones a los ilegítimos”.³⁵ Considero que legitimar en filiación se utiliza para legitimar la calidad de hijo legítimo al natural y al nacido fuera de matrimonio.

2.5. La paternidad en la legislación guatemalteca

En consonancia con la doctrina y la ley, el esposo, por regla general, no puede desconocer al hijo concebido y nacido en el matrimonio, alegando adulterio de la madre, y aun cuando ella declare contra la legitimidad. En cuanto a la prueba de filiación, el medio probatorio está constituido esencialmente por la certificación de la partida de nacimiento respectiva, y en su caso por la partida matrimonial.

“Existe un problema de determinar si estos dos términos son correlativos o tiene cada uno substantividad de concepto y contenido, ya que existen quienes solamente se fijan en el término filiación, como sí alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado civil, y existen quienes por el contrario, se fijan solo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de la paternidad, prueba de la paternidad, y por último la tendencia a ver los dos términos en una estrecha relación”.³⁶

³⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*, pág. 254.

³⁶ Puig. Ob. Cit., pág. 89.



Lo anterior significa que todo no es más que cuestión de palabras, pues se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, ya que una supone y lleva consigo la otra, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padres; en un lado de la relación paternofilial están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación; ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas.

La paternidad tiene varias obligaciones, de las cuales se mencionan las siguientes:

1. El Artículo 4 del Código Civil establece que la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados.
2. A recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos. La legislación civil establece que los padres del menor están obligados a proporcionarle todo lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción. Asimismo, se establece que cuando el padre o la madre no pudieren cumplir con proporcionar alimentos a sus hijos dicha obligación corresponde a los abuelos paternos de los hijos, con lo cual se hace manifiesto que este derecho no solamente afecta al padre sino a sus familiares.



3. **Derecho a la sucesión intestada de los padres.** El Código Civil en su Artículo 1078 establece que los hijos son llamados en primer lugar a la sucesión intestada de los padres, juntamente con el cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredan por partes iguales. Asimismo, los hijos tienen derecho a suceder por derecho de representación en lugar de sus padres, en el caso que hubieren muerto antes que el causante, los mismos hayan renunciado a la herencia o la hayan perdido por indignidad.

4. **Derecho a la nacionalidad guatemalteca si el padre o la madre son guatemaltecos.** La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 144 establece que serán guatemaltecos de origen los hijos de padre o madre guatemaltecos.

5. **Todos los derivados de la patria potestad.** La patria potestad es definida como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley concede e impone a los padres de un menor para representar a sus hijos en todos los actos de la vida civil y en la administración de sus bienes, así como en la protección, asistencia y educación del mismo. Estos mismos derechos y obligaciones son impuestos a los padres de un mayor de edad declarado en estado de interdicción.

Ejercer la patria potestad de un menor o de un mayor de edad que ha sido declarado en estado de interdicción impone a los padres una serie de deberes y obligaciones,



que en términos generales se pueden resumir en los siguientes:

- 1. Guarda y vigilancia del hijo:** este deber de los padres se traduce en la protección en cuanto a la persona del hijo, vigilancia en cuanto a sus actos y dirección en cuanto a su conducta.

- 2. Prestación de alimentos.**

- 3. Instrucción y Educación:** los padres tienen el deber de velar por la orientación educacional y religiosa del menor, así como prepararlo para el ejercicio futuro de una profesión o industria.

- 4. Representación legal en actos de la vida civil.**

- 5. Administración de sus bienes:** los padres tienen el deber de administrar fielmente los bienes de los hijos, sujetándose respecto de esos bienes a las obligaciones propias de todo administrador.

- 6. Responder por los daños y perjuicios que ocasionen:** La ley establece que los padres del menor de quince años son responsables por los daños y perjuicios que causen a terceras personas.

La institución de la paternidad se encuentra regulada en el Código Civil guatemalteco, pero también en la reforma contenida en el Decreto 39-2008 del Congreso de la



República, respecto a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), limitando los métodos para probar la paternidad ante un juez: el análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) y la imposibilidad física de relaciones entre la madre y el supuesto padre en los tres meses anteriores al embarazo.

Esta nueva disposición tiene principios de singular importancia para determinar la paternidad en un proceso, por lo que es necesario efectuarlas como medios científicos de prueba dentro de un proceso penal o civil en el ámbito guatemalteco.

2.6. La maternidad en la legislación guatemalteca

En Guatemala, se encuentra vigente la Ley para la Maternidad Saludable, contenida en Decreto número 32-2010 del Congreso de la República, establece dentro de sus fines los siguientes:

- a) Declarar la maternidad saludable asunto de urgencia nacional; apoyar y promover acciones para reducir las tasas de mortalidad materna y neonatal, especialmente en la población vulnerada, adolescentes y jóvenes, población rural, población indígena y población migrante, entre otros.
- b) Fortalecer el programa de salud reproductiva y la unidad de atención de salud de los pueblos indígenas interculturalidad del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, respetando los métodos de atención a la salud



tradicional de las culturas maya, xinca y garífuna.

- c) Promover un sistema de monitoreo, vigilancia y evaluación que permita medir los avances y desafíos para cumplir con el objeto de la presente ley.**

- d) Garantizar el acceso universal, oportuno y de calidad a servicios materno-neonatales, incluida la planificación familiar, la atención diferenciada en adolescente, respetando la pertinencia cultural y la ubicación geográfica de las mujeres guatemaltecas, entre otras.**

- e) Establecer un único sistema de vigilancia epidemiológica de la salud materna neonatal, que permita medir el avance e impacto de la estrategia de reducción de la mortalidad materna en el corto, mediano y largo plazo; y monitorear, evaluar y redireccionar las acciones desarrolladas en el mismo.**

- f) Promover el involucramiento de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, las municipalidades, organizaciones civiles y empresas privadas para prevenir y reducir la mortalidad materna neonatal.**



CAPÍTULO III

3. Técnicas de reproducción asistida

Las técnicas de reproducción asistida se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80 y 90 del siglo XIX con una finalidad clara y específica: combatir la esterilidad humana. Los avances científicos en esta materia pretendieron, ofrecer remedios eficaces contra las enfermedades o disfunciones reproductivas de los seres humanos.

“Sin embargo, el origen histórico de estas técnicas es algo más remoto. Como explican José Manuel Martínez Pereda Rodríguez y J.M. Massigoge Benegiu, “parece ser que Thoure fue el primero en lograr la inseminación artificial corpórea conyugal sobre 1785, y catorce años más tarde el inglés Hunter practicaría las técnicas de la inseminación artificial corpórea conyugal pero hasta 1834 no nacería el primer niño por ese método.

Es en 1866 cuando Pancoat utilizó la inseminación artificial corpórea con donante de seres humanos”.³⁷

“En los últimos años de la década de los 90 del siglo CC se puede apreciar, una cierta evolución de la mentalidad que anima la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. No hay duda de que la esterilidad humana seguirá estando en la base de las

³⁷ Martínez Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge, Benegiu, J.M. **La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español**, pág. 16.



técnicas de reproducción asistida, pero lo más probable es que éstas amplíen su horizonte y aborden situaciones médicas, biológicas y sociales diferentes a las que impulsaron su aparición y desarrollo”.³⁸

“Las técnicas de reproducción asistida son importantes debido a la necesidad de identificación de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección legal y la consecuente positivización de otros derechos en las normas constitucionales, derechos a los que la doctrina denomina derechos humanos de cuarta generación, entre los cuales se encuentran el derecho a un medio ambiente sano, los derechos que compondrían un nuevo estatuto jurídico de la vida, de su fin y del patrimonio genético de cada individuo, estos derechos se refieren en definitiva a los problemas planteados por las técnicas de reproducción asistida (fecundación artificial, crioconservación de embriones y preembriones humanos, clonación, etc.), al trasplante de órganos, a la eutanasia en sus diversas modalidades; a la aplicación de las terapias génicas, al patentamiento de genes, entre otros”.³⁹

Una finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada. La creación de individuos humanos genéticamente idénticos por clonación debe prohibirse.

³⁸ Carcaba Fernández, María. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana**, pág. 26.

³⁹ Gómez Sánchez, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**, pág. 15.



La investigación y experimentación en seres humanos deben ser realizadas armonizando la libertad de la ciencia y el respeto de la dignidad humana, previa aprobación por parte de comités éticos independientes. Los sujetos de los ensayos deberán otorgar su consentimiento libre y plenamente informado.

Los productos alimenticios genéticamente transformados deben comportar la prueba, de acuerdo con el conocimiento científico del momento, de que no son perjudiciales para la salud humana, la naturaleza, asimismo, se elaborarán y ofertarán en el mercado con los requisitos previos de información, precaución, seguridad y calidad. Las biotecnologías deben inspirarse en el principio de precaución.

Debe prohibirse el comercio de órganos humanos. Debe continuarse la investigación sobre los xenotransplantes antes de que se inicien ensayos clínicos con seres humanos. El debate ético sobre el final de la vida debe proseguir, con el fin de profundizar en el análisis de las diferentes concepciones éticas y culturales en éste ámbito y de analizar las vías para su armonización. A fin de promover un lenguaje universal para la Bioética, deberá hacerse un esfuerzo por armonizar y unificar los conceptos que tienen actualmente terminologías diferentes. El acuerdo en este ámbito se hace indispensable desde el respeto a las identidades socioculturales.

3.1. Concepto

“Las técnicas de reproducción asistida, tal y como se les ha reconocido en la Declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios,

no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado”.⁴⁰

El autor Serrano Alonso define como las técnicas de reproducción asistida como “la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer”.⁴¹ Como señala este autor, “la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas es, posiblemente, la cuestión más importante que plantea su utilización y en la que las normas hasta ahora vigentes se muestran más insuficientes”.⁴²

“El tratadista Calvo Meijide considera que la fecundación artificial no parece dar lugar, en su sentido pleno, a la filiación por naturaleza, especialmente en la fecundación in vitro, pues no es natural la manipulación hormonal de una mujer para la producción de ovocitos, la extracción de los ovocitos así obtenidos, la obtención del semen del marido (fecundación homóloga) o de un tercero (fecundación heteróloga), la fecundación al margen del lugar de la misma, que es el útero de la mujer, la implantación del embrión en momento posterior a la fecundación. Entiende además, que, en el caso de la fecundación heteróloga la calificación de la filiación se hace aún más compleja, dado que el hijo que nacerá no será hijo del marido de la mujer que lo engendró, sino de un tercero desconocido (el donante de semen). La filiación surgida de la fecundación heteróloga no es matrimonial strictu sensu, pues el padre biológico

⁴⁰ Varsi Rospigliosi, Enrique. **Derecho genético**, pág. 167.

⁴¹ Serrano, Alonso. **Aspectos de la fecundación artificial**. pág. 387.

⁴² **Ibid**, pág. 393.



no es el marido, tampoco se la puede considerar adoptiva, pues el marido ha aceptado de forma estricta y formal la manipulación y fecundación de su mujer con semen de un desconocido para tener un hijo nacido de ella, pero no de él”.⁴³

Lizardo Taboada las definía como “métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas”.⁴⁴

3.2. Características

- Es un procedimiento que debe estar regulado en la ley respectiva.
- Se puede desconocer o no al donante de semen o de óvulos.
- Es un procedimiento que no tiene garantía de lograr la fecundación.
- Cualquier persona mayor de edad puede ser donante.
- El procedimiento tiene un costo económico.
- Generalmente no existe peligro para la persona receptora de gametos.
- Existen antecedentes de ser un proceso biológico aceptado en cada país.

⁴³ Calvo Meijide, Alberto. **El permisivismo en la FIV. El informe Palacios, fundamento de la legislación española en la humanidad in vitro.** pág. 84.

⁴⁴ Taboada Córdova, Lizardo. **Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil,** pág. 271.

3.3. Finalidad

“Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces, asimismo podrán utilizarse las técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible reforzar aquéllas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas”.⁴⁵

3.4. Clasificación

Las técnicas de reproducción asistida buscan solucionar, a través de ciertos procedimientos, los problemas de la pareja para poder concebir, dando como resultado un nuevo ser con la carga genética de sus progenitores, siendo uno de ellos el donante y otro el receptor, partiendo de esta premisa surge la siguiente clasificación:

3.4.1. Inseminación artificial

"Consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer por cauces distintos de la relación sexual, introduciendo el semen, previamente obtenido mediante

⁴⁵Moctezuma Barragán, Gonzalo. **La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario**, México, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.



masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer".⁴⁶

En Guatemala no existe normativa alguna respecto a la inseminación artificial. El Código Civil, por ejemplo no establece norma alguna relacionada a los supuestos relativos a esta técnica de reproducción asistida vinculados con el establecimiento de la filiación, y tampoco existe una ley administrativa específica al respecto, por lo que existe en el país una situación de anomia, lo cual ha sido ya manifestado por la jurisprudencia emanada por tribunales de familia.

"Fusión del óvulo femenino con el espermatozoide masculino que se efectúa normalmente por la cópula carnal. Pero puede también producirse la fecundación llevando artificialmente el semen a la vagina. Esta modalidad, aplicada a las personas (dejando de lado su empleo para la reproducción de animales), puede tener diversas motivaciones más o menos frecuentes: deseo en la mujer soltera de tener un hijo sin contacto de varón; imposibilidad de obtener la fecundación por el procedimiento fisiológico, ya sea por deficiencias de los órganos sexuales, ya sea por impotencia del hombre. Más, cualesquiera que sean las motivaciones, dan lugar a múltiples problemas jurídicos, según que la mujer esté o no casada, que el semen utilizado sea del marido o de un tercero, que ambos cónyuges estén conformes con la fecundación artificial o que uno de ellos se oponga".⁴⁷

"Si se lleva a efecto, no obstante la oposición del marido, surge la cuestión de si la

⁴⁶ Gafo, Javier. **Diez palabras claves en bioética**, pág. 170.

⁴⁷ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 502.



mujer habrá cometido adulterio, si bien la doctrina se inclina a la negativa, por cuanto no ha existido acceso carnal; pero, evidentemente, se habría producido una confusión en la prole y posiblemente un motivo de divorcio. Si la inseminación se hubiese llevado a efecto contra la voluntad de la mujer, empleando violencia o aprovechándose de su imposibilidad para resistir, habría surgido un delito de difícil configuración, en el que por lo menos se habría atacado su libertad sexual. Otro aspecto que se deriva de la fecundación artificial es el relativo a la valoración jurídica de la paternidad sui generis entre el dador del semen, si no es el marido, y el hijo concebido y nacido. Si el dador fuese el marido, ninguna duda habría respecto a la legitimidad de la filiación”.⁴⁸

3.4.2. Fecundación in vitro (FIV)

“Otro tipo de técnica más sofisticada es la fecundación in vitro (FIV). El primer bebé que nació con esta técnica fue Louise Brown en 1978 (Inglaterra). Existen diferentes variaciones de la misma. Una primera opción es la transferencia de óvulos frescos fecundados. La técnica consiste en la extracción de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos) requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia), hoy en día frecuentemente reemplazada por una aspiración transvaginal bajo control ecográfico y una técnica de laboratorio especial para este tratamiento.

⁴⁸ Ibid.



Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio. A esta solución se le agrega el esperma. El óvulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina hay embarazo. De esta manera, la tecnología logra superar, por ejemplo, el bloqueo de las trompas de Falopio, que impedía que el esperma llegara al óvulo”.⁴⁹

Una de las primeras críticas que se dirigieron contra esta técnica apuntaba a sus efectos, se cuestionaba si el uso de este método podía traer malformaciones en el niño o problemas de salud en la mujer. Con respecto a los efectos en el niño, este tipo de objeciones ha sido rebatida por la experiencia, dado que el porcentaje de bebés que nace con anomalías es de un 3% (el mismo porcentaje de anomalías en bebés concebidos naturalmente). En lo que concierne a los efectos en la salud de la mujer, todavía no se han obtenido resultados concluyentes con respecto a los efectos a largo plazo que puede traer el uso de drogas y hormonas para inducir la ovulación, por ello es importante que las pacientes sean adecuadamente informadas.

“Una segunda opción es la transferencia de óvulos fecundados congelados. En este caso la técnica anterior se complementa con otro procedimiento: el congelamiento (criopreservación) de embriones no transferidos.

⁴⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina**, pág. 41.



Como ya se ha visto esta posibilidad plantea problemas morales si se acepta que el embrión es una persona. Si se considera su estatus moral como una persona potencial, o simplemente un conjunto de células, éstos merecerán respeto pero no se les puede atribuir derechos. La criopreservación como tal no presenta mayores inconvenientes. Es más, con esta técnica se preservan los embriones, los mismos son fácilmente recuperables para volver a intentar otro embarazo y se protege la salud de la mujer al no someterla a hormonas y procedimientos invasivos evitables”.⁵⁰

Para evitar críticas y respetar algunas convicciones religiosas o personales, existe la posibilidad de no congelar ni producir más embriones que los que se pueden implantar.

La criopreservación de embriones es un procedimiento que puede no utilizarse. Esta precaución soluciona los problemas de las personas religiosas; aunque cabe señalar el costo físico, psíquico y económico que supone para la mujer tener que someterse a esta intervención –hormonas y drogas para sobreovular, cirugía o laparoscopia para la extracción de los óvulos– cada vez que intenta realizar una FIV. Hay que tener en cuenta que, generalmente, se considera necesario someterse, por lo menos, a tres FIV para poder lograr un embarazo.

Así, desde el punto de vista de la mujer y los riesgos que el procedimiento implica, la criopreservación resulta altamente beneficiosa. La solución que se prevé, en un futuro no muy lejano, es la posibilidad de criopreservar las gametas en forma separada –

⁵⁰ *Ibid*, pág. 42.



óvulos y espermatozoides—. De hecho ya existe cierta experiencia en el congelamiento de óvulos, pero se trata de una técnica todavía en experimentación. Y, aún si esta técnica se refinara, uno de los problemas a tener en cuenta es que presenta un porcentaje de éxito bastante más bajo que la transferencia de óvulos fecundados criopreservados.

Otro problema vinculado al anterior, plantea cómo se debe tratar al embrión sobrante. Esto sucede cuando se logró el o los embarazos y quedaron embriones criopreservados. Nuevamente las decisiones a tomar dependen de la consideración del embrión que se mantenga. Las opciones pueden variar desde donarlos, ya sea a otras parejas infértiles o donarlos para investigación o eventualmente descartarlos.

“Con esta técnica, también existe el riesgo de embarazos múltiples. Éstos se producen cuando se transfiere un número excesivo de embriones. Un punto que genera fuertes controversias es la cantidad de embriones a transferir por ciclo. En relación a este punto se puede señalar que mientras EE.UU. privilegia el éxito en el logro de embarazos y para ello sostiene la política de transferir alrededor de cuatro embriones por ciclo (debe aclararse que no se trata de una política explícita, ya que EE.UU. no tiene una regulación legal única al respecto), obtiene con ello el altísimo índice del 38% de embarazos múltiples”.⁵¹

En contraposición, esto es analizado con horror por los especialistas europeos. Ellos abogan por la transferencia de uno o a lo sumo dos embriones. Los países nórdicos

⁵¹ *Ibid*, pág. 43.



respaldan la transferencia de un único embrión. Por ejemplo Bélgica, cuyo sistema de salud público cubre estos procedimientos, tiene una política explícita al respecto: financia estos tratamientos y en mujeres menores de 36 años solo transfiere un embrión en los dos primeros intentos (ciclos). Si esto falla, desde el tercer al sexto ciclo se pueden transferir dos embriones. En el caso de mujeres de 39 años o mayores se permite transferir hasta tres embriones desde el primer ciclo.

Considérese el impacto del contexto socio-económico y sanitario en estas situaciones. En sociedades como la de los EE.UU. en las cuales los costos de estas técnicas se pagan privadamente, las pacientes son consideradas como clientes y se privilegia el logro del embarazo aún si esto implica mellizos, trillizos o cuatrillizos. En cambio, en algunos países de Europa, en el contexto de la medicina socializada, cuyo costo provee el Estado, las reglas a respetar son más estrictas.

“No se privilegia el deseo o la ansiedad de la pareja. Se brinda un determinado tratamiento estipulado por el sistema de salud nacional. Así se puede ver como los porcentajes de embarazo múltiple son muy diferentes en cada país.

Son muy bajos en Europa del Norte, Australia y Nueva Zelanda y altos en América Latina, Estados Unidos y Europa del Sur y del Este. La diferencia está vinculada a lo siguiente: los especialistas europeos no solo apuntan a las dificultades de un embarazo múltiple.

También se considera la morbilidad neonatal y la crianza de dos o más bebés en sociedades en las que es muy difícil tener una infraestructura de ayuda mínima o



cuando ésta es posible, resulta sumamente costosa. Además evalúan los costos económicos y sociales para el sistema de salud (ya que es significativa la cantidad de días de internación hospitalaria que estos bebés requieren) y para las familias en los casos de nacimientos múltiples de niños prematuros o con serios problemas de salud. Pero nótese que si bien hay políticas claras, se consideran los casos en particular, la edad de la mujer, etc."⁵²

Una última cuestión relacionada con este procedimiento es que brinda la posibilidad de hacer un diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI), el cual permite detectar las anomalías y malformaciones de los embriones que se implantarán. Este tipo de diagnóstico también ha sido cuestionado como eugenésico, dado que implica una forma de selección. Sin embargo, parecería que transferir un embrión sano no implica un acto eugenésico. Y, si se adopta la distinción entre fines eugenésicos y fines terapéuticos, vemos que puede ser aceptable éticamente transferir un embrión de determinado sexo –para evitar que herede una enfermedad genética (un ejemplo de tal tipo de enfermedad es la distrofia muscular, que se hereda en varones pero no en mujeres) – mientras que no lo es si se elige el sexo por capricho o porque se considera que determinado sexo es mejor que otro.

"En algunos países se cuentan los embriones congelados por varios millares, ya que, al tener éxito con la FIV con embriones recientemente concebidos, los criopreservados se convierten en sobrantes. Es verdad que la pareja puede recurrir a ellos para un ulterior embarazo, pero en cualquier caso los stocks de embriones

⁵² *Ibid*, pág. 44.



sobrantes se van haciendo muy elevados" planteándose el cuestionamiento de la posibilidad de su deshecho".⁵³

Autores como, Bidart Campos, Andorno, y Hooft argumentan que: "el embrión constituye una realidad distinta a sus progenitores y que la tutela de su vida impide constitucionalmente aceptar su eliminación. De ahí que en sí la fecundación in vitro no es que planteé problemas sobre constitucionalidad, pero sí en cambio sobre la utilización de los embriones desechados durante el proceso".⁵⁴

"El conocimiento de la presencia del factor genético puede ser de gran ayuda tanto para el sujeto, como para los miembros de su familia consanguínea, o afín, que así instruidos podrán poner en práctica las adecuadas medidas preventivas o tomar con conocimiento de causa otro tipo de decisiones importantes (por ejemplo la de procrear o no, la de realizar una prueba genética prenatal, etc.)".⁵⁵

3.4.3. ICSI (microinyección espermática)

"Una técnica semejante a la FIV en la cual la fecundación del óvulo se realiza extracorporalmente es la inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI). La diferencia de esta técnica con la FIV se da en la fertilización del óvulo. En esta técnica, que data de 1986, se selecciona un solo espermatozoide por óvulo, se lo carga en una aguja especial y se lo inyecta dentro del óvulo mediante micromanipuladores. Una vez

⁵³ Gafo, Javier. **Diez palabras claves en bioética**, pág. 174.

⁵⁴ Sagües, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**, pág. 269.

⁵⁵ **Revista genoma humano No. 1**, pág. 183.



fertilizado el óvulo se procede de manera similar a la fertilización in vitro⁵⁶.

Esta técnica se utiliza en los casos en los cuales fundamentalmente hay serios problemas con los espermatozoides. De hecho, no se sabe bien la causa, pero han aumentado los casos de infertilidad masculina en los últimos años. Se piensa que algunos motivos están relacionados con el estrés, el consumo de tabaco y sobre todo con contaminantes ambientales. Los casos que resultan problemáticos son aquellos en los se utiliza esta técnica porque el semen del varón presenta graves problemas como la ausencia de espermatozoides (azoospermia) o la muerte de los espermatozoides en el eyaculado (necrozoospermia).

El problema que surge es que no se sabe con certeza por qué no existen espermatozoides o estos son anómalos. La no producción o muerte de los espermatozoides está asociada –en algunas ocasiones– a ciertas enfermedades, esto es, existen riesgos de transmitir a la descendencia ciertas afecciones severas. A pesar de esto, se efectúa esta técnica y, cuando hay riesgo de enfermedades genéticas, se le sugiere a la pareja que realicen un diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI), aunque se sabe que solo brinda cierta información parcial respecto de algunas enfermedades.

Ciertas enfermedades de transmisión genética están asociadas a espermogramas anormales, por tanto, existe un 50 % de posibilidad de que esas enfermedades sean transmitidas a la descendencia.

⁵⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Ob. Cit*; pág. 46.



Esta situación es particularmente difícil para la pareja y, para la mujer especialmente, porque puede estar embarazada de un hijo genéticamente relacionado –este es uno de los principales objetivos de las técnicas de reproducción asistida: tener hijos relacionados genética o biológicamente– pero este hijo puede tener severas enfermedades y, más aún, puede heredar los mismos problemas de infertilidad de su padre.

3.4.4. Maternidad sustituta

“La filiación constituye una de las instituciones pilares del derecho de familia, es por ello que ha sido desarrollada por numerosos y prestigiosos juristas. Sin embargo, por lo general se ha dedicado una atención especial a los múltiples problemas relacionados a la paternidad, tanto así que sorprende cuan descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante presentar ésta más problemas de lo que prima facie pudiera parecer, tanto de tipo conceptual como funcional dentro de nuestro ordenamiento, amén de ser presupuesto y tener relación estrecha con la paternidad y su determinación. En cuanto a la maternidad, su clásica y repetida certeza resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele”.⁵⁷

Reconocidos juristas entre ellos Gustavo Bossert y Zannoni entre otros, establecen que: “La maternidad subrogada a título gratuito sería lícito y que si se podría aceptar

⁵⁷ Rivero Hernández, Francisco. **Problemas en la determinación de la maternidad en el ordenamiento español**, pág. 27.



en nuestro ordenamiento jurídico ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres. O la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una fábrica de hacer niños”.⁵⁸

3.4.5. Concepto

“En su acepción vulgar, el vocablo subrogar significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros”.⁵⁹

“La ciencia médica define a la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre. A su vez, distingue como maternidad gestacional a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación”.⁶⁰

⁵⁸ Bossert, Gustavo. **Fecundación humana asistida en el derecho civil de nuestro tiempo**. pág. 109

⁵⁹ Chávez Miranda, Gerson. **Derecho genético**, pág. 175.

⁶⁰ *Ibid.*



“La maternidad subrogada es la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar al término un embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión concebido *in vitro*”.⁶¹

“Se define a la madre sustituta como aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en éste el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres”.⁶²

3.4.6. La maternidad en el marco tradicional de la filiación

“En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta”.⁶³

“Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél. En materia de filiación el ordenamiento jurídico peruano proviene del derecho romano, en especial

⁶¹ Sesta, Michele. **Pruebas genéticas e interés del menor**, pág. 118.

⁶² Espinoza Espinoza, Juan. **Derecho de personas**, pag.121

⁶³ Arámbula Reyes, Alma. **La maternidad subrogada**, pág.10.



del *corpus iuris*, que es el cuerpo jurídico de la época del emperador Justiniano en los años 527 – 565 de nuestra era; enriquecido con las aportaciones del derecho canónico y llegado hasta nosotros por la doble vertiente del antiguo derecho español y del derecho francés, sobre todo por el Código de Napoleón de 1804”.⁶⁴

“La filiación refiere Héctor Cornejo Chávez es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y más restringidamente, la que vincula los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)”.⁶⁵

“La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación”.⁶⁶ “El vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto. Los romanos decían que el parto sigue al vientre”.⁶⁷

3.4.7. Clases

“De las definiciones señaladas, se establecen dos clases de maternidad

a. subrogada: Se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el esperma del marido de una mujer estéril, y entrega el niño al nacer éste; por tanto es madre biológica, gestadora y generadora”.⁶⁸

⁶⁴ **Ibid.**

⁶⁵ **Derecho familiar peruano**, pág. 11.

⁶⁶ Morán de Vicenzi, Claudia. **El concepto de filiación en la fecundación artificial**, pág. 191.

⁶⁷ Bossert, Gustavo; Zannoni, Eduardo. **Manual de derecho de familia**, pág. 442.

⁶⁸ Mosquera Vásquez, Clara. **Derecho y genoma humano**, pág. 48.



b. **Madre portadora.** Aquí, la mujer, lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. El embrión puede ser de la pareja contratante como de donantes. En este marco pueden presentarse seis variantes:

- Cuando tanto el semen como el óvulo provienen de la pareja contratante.
- Cuando el óvulo proviene de la esposa contratante y el semen de un cedente.
- Cuando el óvulo pertenece a una cedente y el semen al esposo contratante.
- Cuando tanto el óvulo como el semen provienen de cedentes.
- Cuando tanto el óvulo proviene de la "madre de alquiler" y el semen del esposo contratante.
- Cuando el óvulo proviene de la madre de alquiler, y el semen de un cedente.

Por otra parte, Fernando Alarcón Rojas, "desarrolla dos modalidades de la maternidad por sustitución".⁶⁹

⁶⁹ La maternidad por sustitución. pág. 130.



- a. La maternidad por “simple sustitución” que consiste en que la mujer que gesta y da a luz, aporta al proceso el material genético puesto que es la productora del ovulo fecundado.

- b. La maternidad por “sustitución en la gestación”, que consiste en que la mujer que gesta y da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del ovulo fecundado.

La maternidad subrogada por sustitución en la gestación se da cuando dos esposos aportan su material genético para la fecundación del nuevo ser, esposo aporta su espermatozoide y la esposa aporta su óvulo respectivamente. Luego se le implanta a la mujer en su vientre para que pueda llevar a cabo el proceso de gestación y el parto.

3.5. Ventajas y Desventajas

1. Ventajas

- a. Personas que tienen algún tipo de infertilidad pueden llegar a procrear.

- b. Mujeres que tengan problemas a nivel del aparato reproductor pueden llegar a tener hijos.

- c. Estos métodos presentan beneficios psicológicos a las parejas ya que



les da una esperanza de poder llegar a ser padres.

- d. El procedimiento por lo general no es doloroso.
- e. Es una práctica que está empezando a ser considerada como común, por lo tanto los centros de reproducción asistida están aumentando cada vez más.

2. Desventajas

- a. El precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas solo a personas que tengan suficiente capacidad económica.
- b. Los medicamentos que se inyectan en la fecundación in vitro, pueden crear algún tipo de anafilaxia, y el uso de medicamentos inductores pueden provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica (OHSS).
- c. Diversos autores han relacionado el uso de los medicamentos utilizados con cáncer de ovario.



CAPÍTULO IV

4. Aplicabilidad de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación

Las técnicas de reproducción asistida plantean graves problemas en orden a la determinación de la filiación, fundamentalmente al tratar de utilizar los criterios tradicionales para ello. Problemas que se agravan al tener que entender aplicable esta normativa a los matrimonios de personas del mismo sexo, aunque no se haya recogido expresamente en el texto tal supuesto.

Los problemas básicos van dirigidos en tres direcciones:

- Determinación de la paternidad, tanto en los casos en los que los gametos proceden del padre, como cuando provienen de donante ajeno.
- Relaciones jurídicas que se entablan entre el hijo y el donante de gametos.
- Determinación de la maternidad en aquellos casos en los que existe una maternidad subrogada.

“En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se pueden distinguir claramente los intereses fundamentales de las personas que participan en ellas: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre. Si interviene un tercero ajeno a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación heteróloga o de la



maternidad subrogada, existirá un nuevo interés en juego y que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o, por el contrario, podrá devenir en opuesto si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo”.⁷⁰

Frecuentemente se analiza la problemática de las técnicas de reproducción asistida solo o, en gran medida, desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero.

Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo, como una parte de sus derechos establecidos en la legislación guatemalteca.

“Solo se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las técnicas de reproducción asistida a situaciones excepcionales como en las parejas homosexuales, en la procreación artificial post mortem o en mujeres solas.

Se piensa que ese enfoque es erróneo, pues si bien son justamente esos casos los más conflictivos, un análisis de ese tipo da señales confusas al debate en el sentido de que los intereses o derechos de los hijos solo son relevantes en los casos

⁷⁰ Turner Saelzer, Susan. **Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo**, pág. 13.



excepcionales y, por el contrario, irrelevantes en los casos de aplicación de las técnicas de reproducción asistida a parejas heterosexuales, cuestión que resulta inaceptable en el estado actual de la concepción del hijo como sujeto de derecho”.⁷¹

En los eventuales conflictos de intereses que suscitan las técnicas de reproducción asistida entre sus distintos partícipes, se considera que es el interés del hijo el que debe primar, con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, teniendo presente que ello no puede llevarnos a considerar como absolutos los derechos de los hijos frente a los demás involucrados.

Las técnicas de reproducción asistida han supuesto uno de los avances científicos más espectaculares de los últimos tiempos. El Derecho no ha sido ajeno a la presencia de estos nuevos procesos reproductivos en el panorama social, de modo que ha sido precisa la intervención de la ciencia jurídica para su regulación.

Algunos de los elementos comunes de las técnicas de reproducción afectan directamente al derecho de familia. Esto resulta claro si se tiene en cuenta que todas las técnicas tienen el efecto de provocar la escisión entre sexualidad y procreación al obtenerse por medio de ellas un hijo sin la previa realización del acto sexual entre sus progenitores.

Esta circunstancia, junto con la ruptura que las técnicas en las que se emplea material genético de personas distintas a quienes serán padre o madre del niño concebido

⁷¹ *Ibid*, pág. 14.



provocan entre el orden biológico y jurídico, por lo que a la filiación del hijo se refiere, suscitan importantes conflictos de orden jurídico, para los que la mayoría de los ordenamientos jurídicos no tienen aún soluciones. De ahí que deban ser los jueces quienes han de decidir acerca de aquellas cuestiones jurídicas que afectan al concebido por una de estas técnicas.

De lo anterior se desprende la importancia de la aplicabilidad de las de técnicas de reproducción asistida y su incidencia en la filiación se relacionan con la regulación legal contenida en el Artículo 210 del Código Civil, sin embargo, debe tomarse en cuenta que la filiación queda incluida en una laguna legal cuando el donante es desconocido y es necesario establecer la maternidad o la paternidad del hijo recién nacido.

4.1. Determinación de la filiación en la reproducción humana asistida

Uno de las principales dificultades para establecer una diferencia legal entre filiación y origen biológico de manera tal que la filiación entre padres e hijos pueda quedar establecida más allá de su modo de concepción y evitar posibles conflictos futuros como la contestación de paternidad. En el caso de la maternidad este problema suele ser salvado por el hecho que las legislaciones suelen reconocer como madre a la mujer que ha dado a luz.

De este modo lo que todo cuerpo legal debería asegurar es la protección del hombre y la mujer que han accedido a la paternidad por vía de técnicas de reproducción asistida



TRA-D y que por lo tanto no poseen un lazo genético con el hijo o la hija y cuya filiación podría ser contestada en base a pruebas de ADN u otro medio validado. Por lo general, este problema se aborda introduciendo una normativa que establece una prioridad a la filiación simbólica y niega toda posibilidad de que la filiación pueda ser establecida con quien ha aportado el material genético. Es decir, se separa claramente el conocimiento de la identidad del progenitor de los derechos de filiación.

a. El Hijo Sujeto de Derechos y Derecho a la Filiación

El hijo, denominación que alude a las relaciones filiales del niño con sus progenitores, no ha quedado ajeno a la tendencia contemporánea de garantizar y proteger los derechos humanos. En efecto, en la medida que se ha avanzado en la consagración y tutela de los derechos fundamentales de las personas, también los niños han reportado los beneficios de ser considerados sujetos plenos de tales derechos, con ciertas peculiaridades atendida su condición de sujeto con potencialidad de desarrollo futuro.

Este desarrollo ha servido de base para la formulación de la denominada doctrina de protección integral de los niños, en que protección integral es sinónimo de protección de derechos”.⁷² “Los mecanismos complementarios de protección de los derechos del niño no son autónomos sino fundados en los dispositivos generales de amparo de los

⁷² Beloff, Mary. **Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar**, pág. 17.



derechos humanos”.⁷³

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el instrumento normativo más representativo de la doctrina de la protección integral. En ella se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, en el Artículo 7 establece que: “el derecho del niño de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, y la obligación de los Estados Partes de velar por la aplicación de este derecho, de conformidad con su legislación nacional”. El Artículo 8 de la misma Convención regula que: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas... cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

De los presupuestos anteriores, es oportuno indicar que los avances científicos relacionados con la figura jurídico familiar de reproducción asistida pueden provocar importantes alteraciones en el orden natural ordinario y, en algunos supuestos, pueden dar lugar a la aparición de otra categoría de filiación, como cuando se aplican métodos de reproducción heterólogos.

⁷³ Cillero Bruñol, Miguel. **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**, pág. 45 y 46.



La concepción actual liberal y democrática de la sociedad, como integrada ante todo por personas, y el reconocimiento de la igualdad de éstas, ha hecho que se supere la regulación tradicional de la filiación. Una regulación que se orientaba a la protección de una concepción patriarcal de la familia establecida en torno al matrimonio.

Esto determinaba una fuerte distinción entre los hijos, según que los padres estuvieran o no casados y se diferenciaba entre filiación legítima, natural e ilegítima. En la actualidad, la filiación produce los mismos efectos, con igualdad de derechos de los hijos, estén o no los padres casados. Las únicas diferencias entre la filiación matrimonial y no matrimonial están en las formas de reconocimiento o determinación legal de las mismas.

Es oportuno agregar que en Guatemala, no hay legislación específica vigente que regule las técnicas de reproducción asistida, ni mucho menos que regule su relación directa con la filiación del producto de estas técnicas, mucho menos que garanticen los derechos relacionados en forma directa de los sujetos involucrados en ellas, entiéndase por ello al embrión humano, científico, médico, mujer fecundada artificialmente, enfermo, discapacitado, etc.

Las actuaciones biotecnológicas, biocientíficas y sicobiomédicas sobre las personas han atraído en este último tiempo el interés de juristas y legisladores, y no son pocos los ámbitos académicos y profesionales que han organizado Comisiones de Bioética ad-hoc para realizar evaluaciones interdisciplinarias.



4.2. Técnicas de reproducción asistida practicadas en Guatemala

En Guatemala el estudio de la infertilidad es relativamente nuevo, pero ha tomado un giro impresionante debido a que este problema está adquiriendo una presencia cada vez mayor en la sociedad. Ahora en Guatemala existen dos reconocidos centros que se dedican a esta práctica, los cuales presentan una alta demanda en sus consultas, utilizando diferentes métodos de fertilización.

“Al grupo de técnicas cuyo objetivo es resolver los problemas de esterilidad que afectan a un número cada vez mayor de parejas se le denomina reproducción asistida. Dependiendo de la causa de la esterilidad la técnica que se emplea es diferente: estimulación hormonal de la ovulación, inseminación artificial, fecundación in vitro con transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos o inyección intracitoplasmática de espermatozoides”.⁷⁴

Como se podrá percibir en adelante existe hoy en día una gama de técnicas de reproducción asistida que permiten ayudar a aquellos que tienen dificultades para procrear para que con la intervención de un experto en la materia logren superar los inconvenientes que no permitieron la reproducción se diera de manera natural.

Para entender de mejor manera lo anteriormente expuesto a continuación se presenta un breve historial de los procedimientos que se realizan respecto a estas técnicas: “En 1978, nace en Inglaterra Louise Brown. Este es el primer caso exitoso de nacimiento

⁷⁴ Enciclopedia Encarta. **Reproducción asistida**, pág. 22.



de un bebé como producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fuera del cuerpo de la madre. Ha aparecido una nueva técnica: la fertilización in vitro.

A partir de esa fertilización in vitro (FIV) comienza públicamente la compleja historia de la reproducción asistida. En ese caso no hubo óvulos o embriones sobrantes, un único óvulo de la mamá de Louise fue fertilizado por un espermatozoide del Sr. Brown.

Las técnicas procreativas permiten la creación de niños con métodos de laboratorios. A partir del desarrollo de ciertos métodos de fertilización in vitro en animales, comienzan las experiencias en seres humanos con problemas de infertilidad.

“La fertilización es el proceso de unión del óvulo y espermatozoide que origina un nuevo individuo; habitualmente este proceso se realiza en las trompas de Falopio de las mujeres y luego el embrión se implanta en el útero; esta implica que, a diferencia de lo que ocurre habitualmente, los óvulos se unen a los espermatozoides fuera del cuerpo de la mujer y los embriones así producidos son transferidos al útero donde se implantan”.⁷⁵

Las nuevas técnicas de procreación intervienen en el proceso biológico de la reproducción humana y se desarrollaron para resolver problemas de infertilidad en casos de obstrucción de las trompas de falopio y cuando no es posible reparar quirúrgicamente, o cuando se carece de trompas y el resto del aparato genital es normal. El avance obtenido con otros procedimientos anteriores comienza el

⁷⁵ Scavone, Lucila. **Género y salud reproductiva en América Latina**, pág. 308.



desarrollo de estos métodos, cuando se sugiere la posibilidad de recoger un ovulo, fertilizarlo en el laboratorio y transferir el embrión recién formado al útero como una forma de vencer la esterilidad.

Uno de los métodos más simples y más antiguos es la inseminación artificial en que las mujeres son fecundadas en el momento de la ovulación con el esperma de su marido colocado en una sonda.

Le sigue en complejidad, la inseminación artificial por donante, donde el semen proviene de un donante, en general anónimo. Es aquí el punto importante del presente estudio ya que hay material genético de un extraño a la pareja.

En un punto de vista más cerrado podríamos calificar a este método como adulterio medicalizado y asexuado, el padre es otro pero no han mediado relaciones sexuales. Se usa en casos en que el número de espermatozoides es muy bajo o cuando existe algún problema hereditario serio. De lo citado se puede apreciar diferentes métodos de reproducción asistida con que cuenta la sociedad guatemalteca para solucionar los problemas de infertilidad que le aqueja según sea el individuo.

4.3. Personas aptas a las técnicas de reproducción asistida

Según información obtenida de algunos países que aplican las técnicas de reproducción asistida conforme la legislación nacional, se pudo determinar las



personas con aptitud para ser receptor o donador, de la forma siguiente:

Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley específica, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida, no importando su estado civil.

Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal en un documento escrito.

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección del donante de semen sólo podrá realizarse por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. En ningún caso podrá seleccionarse personalmente el donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

4.4. ¿Quiénes pueden ser donadores?

Tomando en consideración la inexistencia de una ley específica que regule los aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, se considera que



para la donación de espermatozoides y óvulos, pueden ser hombres y mujeres entre 18 y 50 años (aunque puede haber donadores de más de 50 años, que se encuentren en buen estado de salud y sean aceptados).

Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

4.5. Requisitos para donar

En España, por ejemplo, para la realización de un ciclo de reproducción asistida es necesario contactar con una clínica de reproducción especializada, puede ser tanto



pública como privada, que tenga la correspondiente licencia para su actuación. Las técnicas utilizadas deben estar aprobadas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

A la hora de engendrar preembriones actualmente no hay un límite establecido pero por sentido común no se puede sobrepasar el límite necesario para provocar el embarazo de la mujer. El fin único de la producción de preembriones es para engendrar vida por medio de la reproducción asistida. Existe un límite para la transferencia de embriones al útero de la madre, que son 3 embriones por cada intento, razón por la cual es común que la mujer tenga embarazos múltiples. Debe existir una estricta confidencialidad sobre todas aquellas personas que se someten a estos métodos, tanto los progenitores como los futuros hijos, y sobre los donantes de óvulos o espermatozoides.

La persona que dona tiene derecho al secreto, excepto en los casos de peligro de salud grave para el menor, en los que se podrá conocer la localización del donante siempre sin generar derechos de filiación.

4.6. Efectos jurídicos de la paternidad y maternidad del donador y su relación directa con las técnicas de reproducción asistida

La donación de espermatozoides, gametos y preembriones, deben ser autorizadas previamente por una ley específica, por medio de un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante, el receptor y el centro autorizado.



La donación puede ser revocable cuando existan razones suficientes que se establezcan la producción de un daño para el donante o para el receptor tanto de espermatozoides, gametos o preembriones. Si se concreta la revocación del contrato, se procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

4.7. Las técnicas de reproducción asistida y su relación con la filiación

Una problemática que se presenta con frecuencia en el ámbito filiatorio derivado de las técnicas de reproducción asistidas, es la inseminación artificial heteróloga, pues el problema de índole familiar es el parentesco del cónyuge de la mujer con el hijo heterólogo, pues no los une un vínculo biológico filial, únicamente existe entre ambos un vínculo jurídico filial, puesto que el grupo sanguíneo de ambos no concuerda, por la intervención del tercero donador de la célula masculina que es una figura extraña en la pareja.



Por lo tanto existe la necesidad que el cónyuge de la mujer que hay dado su consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción asistida no pueda en ningún momento alegar esta causal como desconocimiento de su calidad de padre legal y conferirle al hijo heterólogo todos los derechos como hijo natural. Un aspecto de singular importancia en el tema objeto de estudio es la influencia de las técnicas modernas con relación a la filiación es el aspecto de mayor importancia con respecto al derecho de familia, apareciendo factores nuevos que conmueven sus propios orígenes y principios clásicos que han regido y rigen hasta el momento.

El aspecto social, familiar, científico y jurídico, derivan una necesidad de regular dentro del régimen jurídico de la filiación, no sólo aquellas formas o modalidades que tradicionalmente han sido comprendidas, sino también aquellas que derivan de la aplicación de las técnicas modernas de reproducción asistida.

4.8. La filiación y las implicaciones derivadas de los avances genéticos

Como refiere el autor Díez-Picazo y Gullón, “el problema que plantean estas técnicas es que permiten una diversificación entre la paternidad y la maternidad biológicas, sobre las que el Derecho de Familia tradicional descansa, y lo que la Exposición de Motivos de la Ley llama maternidad y paternidad legales, educacionales, o de deseo.

Además, mientras que desde una perspectiva biológica sólo existe una paternidad genética, la maternidad puede disociarse, pues existe una maternidad biológica plena,



cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo, frente a otra en que son distintas las personas que aportan los óvulos (maternidad genética) o la gestación (maternidad de gestación)⁷⁶.

4.9. Desventajas de no regular en el Código Civil las técnicas de reproducción asistida

Se Considera que las desventajas que se presentan respecto a la no regulación de la filiación por técnicas reproducción asistida, se derivan pues la persona humana en principio no debería ser el resultado de un proceso de manipulación técnica o biológica, sino del amor de sus progenitores, lo cual va más allá de los elementos de la filiación regulados actualmente en el Derecho Civil vigente y como consecuencia índice en la identidad como sujeto de derecho.

4.10. Importancia de reformar el Código Civil

De acuerdo a las nuevas técnicas de reproducción asistida, es necesario e imperioso que el Código Civil sea reformado, adicionando además de las instituciones tales como la persona, la familia, el matrimonio, la patria potestad, etc., los derechos y obligaciones que se originan de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas, la inseminación artificial, pues el hijo concebido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial heteróloga, debe ser considerado hijo del matrimonio, aún

⁷⁶ Díez-Picazo, Antonio y Gullón, Luis. **Sistema de derecho civil**, pág. 278.



cuando en dicho tratamiento, se haya utilizado el esperma de una tercera persona donante de células germinales -espermatozoides-, por lo que se hace necesario e imperativo, que el donante del semen, no tenga ningún derecho ni obligación sobre el nacido, evitando así que se desvirtúe las instituciones del derecho civil relacionadas, evitando nuevas formas de filiación que vendrían a complicar cada vez más lo que hoy conocemos como identidad y filiación, repercutiendo en la familia y el patrimonio. El mismo tratamiento legal debe aplicarse a la fertilización in vitro y transferencia de embriones a la transferencia tubaria de gametos; a la transferencia tubaria de embriones y a la inyección de espermatozoide dentro del ovocito, con la finalidad de regular estas figuras dentro de las técnicas de reproducción asistida, y como consecuencia su filiación cuando se produzca la fertilización por estos medios no naturales.

4.11. El derecho genético y su derivación de algunos conceptos jurídicos

“Los progresos investigativos de la genética obligan a replantearse varios conceptos tradicionales existentes en el Derecho. La normativa jurídica trae conceptos que en los actuales momentos merecen una revisión más acorde a la realidad científica sobre todo cuando sabemos que la “ciencia es la vinculación del hombre con la realidad y comunicación interhumana”.⁷⁷

“Algunos de esos conceptos son paternidad, maternidad y filiación los cuales han sido

⁷⁷ González, Juliana. **Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales**, pág. 14.



reformulados por la nuevas técnicas de reproducción humana como son la inseminación artificial, la fecundación extrauterina en sus diversas modalidades y el alquiler de vientre, que han provocado que actualmente se hable de una paternidad genética, de una maternidad genética; y, de una filiación genética. En este sentido, es oportuno hacer distinciones entre el progenitor biológico y el ser a quien llamamos padre o madre toda vez que al amparo de la legislación civil, se puede llamar así a quienes aportaron el material genético para la formación de esa nueva criatura de la raza humana.

Pero esto no ocurre con quien donó su célula germinal para que sea utilizada en una técnica de reproducción asistida, en donde por ejemplo se donó el óvulo y el espermatozoide que posteriormente se fusionaron con la ayuda de una FIVET dando origen a un nuevo ser humano contenido en el cigoto y este fue anidado en una matriz distinta a la de los donadores y también distinta de la pareja que desea tener un hijo; en este caso, a los que se denomina como de alta complejidad".⁷⁸

Si bien es cierto que el código genético del ser humano en formación es totalmente distinto al de los cónyuges que decidieron concebir de esa forma, bajo nuestra legislación actual el hecho de la maternidad quedaría probado por el parto y el de la paternidad por la presunción legal *pater is est*.

Continuando con el ejemplo, si la criatura culminare con éxito su proceso de gestación será considerado como hijo y por ende la filiación ocurriría aún respecto de dichos

⁷⁸ Loyarte, Dolores y Adriana Rotonda. **Procreación humana artificial: un desafío bioético**, pág. 45.



cónyuges con quienes no posee ningún vínculo genético, sin embargo, recíprocamente están obligados al cúmulo de derechos y obligaciones establecidas en la ley.

4.12. El Límite que el derecho debe exigir a las técnicas procreativas: el interés del hijo

Las técnicas de asistencia a la procreación tornan posible una manipulación deliberada y autoritaria por parte de los sujetos y de los ejecutantes del proyecto parental (progenitores y médicos), que opera sobre elementos estructurales de la personalidad del objeto del proyecto de manera completamente inédita, olvidando a veces que este objeto es otro ser humano y de que se trata del proyecto de dar vida a un hijo, el cual en tanto que otro, debe ser respetado en su identidad filiatoria, en su integridad, física y genética, y protegido en su vulnerabilidad.

“El derecho no es neutro, el juicio de valor es una etapa decisiva en la reflexión jurídica. Por lo tanto, no puede renunciar a su propia razón de ser, que consiste en la función de discriminar lo que es legítimo, ético y permitido, y lo que no lo es”,⁷⁹ por lo cual no puede resignarse, particularmente el derecho de filiación, a aprobar el hecho científicamente cumplido.

Ya Savatier escribía que “no corresponde a la biología dirigir al derecho, sino al

⁷⁹ Bustos Pueche, José E. *El derecho civil ante los retos de la nueva genética*, pág. 112.



derecho dirigir la biología porque la realidad jurídica es más compleja que la realidad biológica, en razón de que el derecho es una ciencia del hombre en cuanto persona dotada de cuerpo y espíritu en el cual el espíritu siempre domina, incumbiendo al jurista salvaguardar los derechos subjetivos de la persona humana; mientras que la biología es una ciencia parcial, pues se limita a estudiar, en el hombre, la materia y la vida, prescindiendo de su espiritual preeminencia”.⁸⁰

“Por ello, al derecho le corresponde poner límites a las manipulaciones que posibilita la técnica médica y que predeterminan la personalidad del hijo que se pretende crear. El legislador, como se ha dicho, debe asumir la voz del sin voz (el futuro niño), cuyo legítimo interés debe hacer prevalecer porque de tal modo se resguarda más plenamente la dignidad humana”.⁸¹

“La toma de posición del ordenamiento jurídico, por consiguiente, debe traducirse en una intervención equitativa, eficaz e idónea para lograr una sistematización óptima de los intereses comprometidos: el de los progenitores y antes que nada el del hijo que es objeto del proyecto parental”.⁸²

Es en función del interés y beneficio del niño por nacer que debe rechazar la posibilidad de que pueda ser privado intencionalmente de la posibilidad de tener un padre y una madre socialmente responsable de él; este derecho del niño a una familia biparental constituye la frontera primera y fundamental que el derecho debe establecer para la legítima utilización de las técnicas de procreación”.⁸³

⁸⁰ Savatier, René: **Las metamorfosis económicas y sociales del derecho civil**, pág. 206.

⁸¹ Hooft, Pedro F. **Bioética y derechos humanos**, pág. 39.

⁸² Cassano, Giuseppe. **La nueva frontera del derecho de familia**, pág. 170.

⁸³ Meulders-Klein, Marie T. **La persona, la familia, el derecho**, pág. 31.



CONCLUSIONES

1. La filiación tiene como caracteres esenciales la certeza y la estabilidad, requiriendo a la ley que no haya dudas acerca de la filiación; pretendiendo una paternidad indudable; y que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradera, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad de impugnación o aceptación del padre.
2. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* homólogas desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método, pues se trata de un hijo legítimo, ya que la técnica ha sido utilizada por dos personas capaces, con su consentimiento y, además, coincide la paternidad biológica con la legal.
3. El Código Civil actual, no ha adicionado lo relacionado a las técnicas de reproducción asistida, para que los guatemaltecos cuenten con un fundamento legal para su aplicación, respecto a las personas que tengan necesidad de la fecundación por medio de estas técnicas de reproducción.
4. Las técnicas de reproducción no son aplicables en el derecho civil guatemalteco por su incidencia en la filiación, pues en Guatemala no existe esta regulación legal que con los adelantos de la ciencia, también es necesario reformarse la ley existente en forma congruente.





RECOMENDACIONES

1. La filiación debe tener certeza y la estabilidad, para que en la legislación no existan lagunas o interpretaciones ambiguas; pretendiendo una paternidad indudable; y que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradera, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad de impugnación o aceptación del padre.
2. Es necesario que el Estado, a través del Congreso de la República de Guatemala, regule en el Código Civil, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, ya que desde el punto de vista jurídico no deben presentar inconvenientes respecto a la determinación de la filiación del hijo nacido por este método, debido a que la técnica ha sido utilizada por personas civilmente capaces.
3. Es necesario reformar el Código Civil, adicionado lo relacionado a las técnicas de reproducción asistida, para que los guatemaltecos cuenten con un fundamento legal para su aplicación en las personas que tengan necesidad de la fecundación por medio de estas técnicas.
4. Las técnicas de reproducción asistida deben ser aplicables en el derecho civil guatemalteco por su incidencia en la filiación, pues en Guatemala no existe esta regulación legal que con los adelantos de la ciencia, también debe reformarse la ley existente en forma congruente.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala: Ed. Orión, 2006.
- ALARCÓN ROJAS, Fernando. **La maternidad por sustitución**. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- ARÁMBULA REYES, Alma. **La maternidad subrogada**. México servicio de investigación y análisis, 2008.
- BELOFF, Mary. **Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar**. Santiago de Chile, Justicia y derechos del niño, UNICEF y Ministerio de Justicia, 1999.
- BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa. **Lecciones de derecho civil**. Tomo I. Guatemala: Ed. Académica Centroamérica, 1982.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- BOSSERT, Gustavo. **Fecundación humana asistida en el derecho civil de nuestro tiempo**. Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 1995.
- BUSTOS PUECHE, José E. **El derecho civil ante los retos de la nueva genética**. Madrid, España: Ed. Dykinson, 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2003.
- CALVO MEIJIDE, Alberto. **El permisivismo en la FIV. El informe Palacios, fundamento de la legislación española en la humanidad in vitro**. Granada, España: Ed. Comares, 2002.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1955.



CASSANO, Giuseppe. **La nueva frontera del derecho de familia**. Milano, Italia: Ed. Giufre, 2000.P

CHÁVEZ MIRANDA, Gerson. **Derecho genético**. Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, Perú, 2009.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. **El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**. Colombia: Ed. Temis, 1998.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. **Derecho familiar peruano**. Lima, Perú: Librería Studium Ediciones, 1988.

DÍEZ PICAZO, L y Gullón, A. **Sistema de derecho civil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 2004.

ENGELS, Federico. **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**. Madrid, España: Ed. Progreso, 2006.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. **Derecho de personas**. Lima, Perú, Gaceta Jurídica, 2004.

FONSECA, Gautama, **Curso de derecho de familia**. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Imprenta López y Cía. (s/f).

GAFO FERNÁNDEZ, Javier Ignacio. **Diez palabras claves en bioética**. Argentina, Ed. Verbo divino, 1993.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. **El derecho a la reproducción humana**. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España: Ed. Jurídicas, 1994.

GONZÁLEZ, Juliana. **Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales**. México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1999.



HOOFT, Pedro F. **Bioética y derechos humanos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1999.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina**. San José de Costa Rica, 2008.

LALAGUNA, Enrique. **La libertad contractual**. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1972.

LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. **Los contratos, parte general**. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1998.

LOYARTE, Dolores y Adriana Rotonda. **Procreación humana artificial: un desafío bioético**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1995.

MARGADANT, Guillermo F. **Panorama de la historia universal del derecho**. México: Ed. Porrúa, 1980.

MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel y Massigoge, Benegiu, J.M. **La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español**. Madrid, España: Ed. Dikynson, 1994.

MAZEUD, Henry, León y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejea, 1968.

MEULDERS-KLEIN, Marie T. **La persona, la familia, el derecho**. París, Francia: Ed. Le Droit, LGDJ, 1999.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. **La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario**. México, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.

MORÁN DE VICENZI, Claudia. **El concepto de filiación en la fecundación artificial**. Perú, Ara Editores, 2004.



MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. **Derecho y genoma humano**. Lima, Peru: Ed. San Marcos, 1997.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed: Heliasta, 1989.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de Derecho romano**. Madrid, España: Ed. Calleja, S. A. 1964.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil**. España: Ed. Pirámide, 1976.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1957.

RAMOS PAZOS, René. **Derecho de familia**. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2000.

Revista Genoma Humano No. 1. España, Universidad de Deusto, 1994.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. **Problemas en la determinación de la maternidad en el ordenamiento español**. Anuario de derecho civil, Madrid, España, 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. **Manual de derecho de familia**. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1994.

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Historia del derecho**. Guatemala: (s.e), 1996.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Elementos de derecho constitucional**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1997.



SAMOS OROZA, Ramiro. **Apuntes de derecho de familia**. Charcas, Bolivia: Ed. Judicial, 1995.

SCAVONE, Lucila. **Género y salud reproductiva en América Latina**. Costa Rica: Ed. Universidad de Costa Rica, 1999.

SAVATIER, René. **Las metamorfosis económicas y sociales del derecho civil**. París, Francia: Ed. Librería Dalloz, 1952.

SERRANO, Alonso. **Aspectos de la fecundación artificial**. España, Actualidad Civil. 1999.

SESTA, Michele. **Pruebas genéticas e interés del menor**. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia, 2002.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. **Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil**. Lima: Ed. Grijley, Lima, 2006.

TURNER SAELZER, Susan. **Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo**. Revista de Derecho, Chile, 2005.

VALETTA, María Laura. **Diccionario jurídico**. Buenos Aires, Argentina, Valetta Ediciones, 2007.

VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Derecho genético**. 4ª. Ed.; Lima, Perú: Ed. Grijley, 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Civil. Decreto Ley número 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República, 1963.



Decreto Número 39-2008. del Congreso de la República, Reforma el Código Civil, respecto a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico - ADN-, Guatemala, veintidós de agosto del año dos mil ocho.

Ley del Registro Nacional de las Personas. Decreto Número 90-2005 del Congreso de la República, Guatemala, 14 de diciembre del año dos mil cinco.

Ley de Adopciones, Guatemala. Decreto Número 77-2007 del congreso de la Republica, veinte de diciembre del año dos mil siete.

Ley para la Maternidad Saludable. Decreto Número 32-2010 del Congreso de la República, Guatemala, veintiocho de septiembre del año dos mil diez.