

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



REFORMA AL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, ADICIONANDO LA
FILIACIÓN POR GESTACIÓN SUBROGADA

EVELYN KARINA PÉREZ PÉREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

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

**REFORMA AL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, ADICIONANDO LA
FILIACIÓN POR GESTACIÓN SUBROGADA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EVELYN KARINA PÉREZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2016

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Secretaria:	Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Estuardo Abel Franco Rodas
Secretaria:	Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Vocal:	Lic. Cristóbal Gregorio Sandoval García

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



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

Atentamente pase al (a) Profesional, CARLOS HUMBERTO VÁSQUEZ ORTIZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
EVELYN KARINA PÉREZ PÉREZ, con carné 201014082,
 intitulado REFORMA AL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, ADICIONANDO LA FILIACIÓN
 POR GESTACIÓN SUBROGADA.

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

[Handwritten Signature]
 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 12 / 02 / 2016

[Handwritten Signature]
 Asesor(a)

[Handwritten Signature]
 Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
 Abogado y Notario
 Cnt. 3703

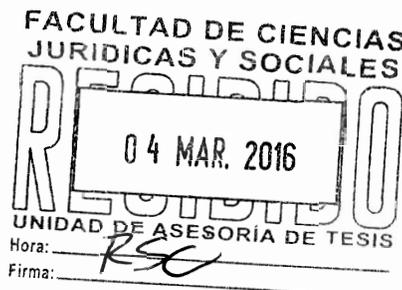




Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortíz
Abogado y Notario
Dirección: 7ª. Avenida 8-56 Zona 1, Edificio El Centro
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Guatemala, 23 de febrero de 2016.

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



Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución de este Decanato, procedí a asesorar el trabajo de Tesis de la Bachiller **EVELYN KARINA PÉREZ PÉREZ**, con número de carne 201014082 quien elaboró el trabajo de tesis intitulado: **“REFORMA AL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, ADICIONANDO LA FILIACIÓN POR GESTACIÓN SUBROGADA.**

- I. **CONTENIDO CIENTÍFICO Y TÉCNICO DE LA TESIS:** La asesorada efectuó una investigación social, legal y actual, apegada a la realidad, utilizando en forma acertada los instrumentos legales que sustentan el estudio del tema; asimismo, realizó una conclusión discursiva aplicable, por ser esta posible y legal.
- II. **METODOLOGÍA Y TÉCNICAS UTILIZADAS:** La asesorada alcanzó de manera satisfactoria los resultados previstos en su plan de investigación, lo cual se demuestra con un trabajo investigativo de contenido claro y científico, derivado de la utilización de métodos analíticos, deductivos, históricos, científicos; sustentados en técnicas bibliográficas y documentales.
- III. **REDACCIÓN:** *En la redacción se efectuaron algunas correcciones mínimas a efecto de enlazar de mejor manera uno y otro tema, y depurar la semántica del contenido.*
- IV. **CONTRIBUCIÓN CIENTÍFICA:** El trabajo de tesis desarrollado tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico guatemalteco la filiación por gestación subrogada, reformando el Artículo 210 del Código Civil guatemalteco.



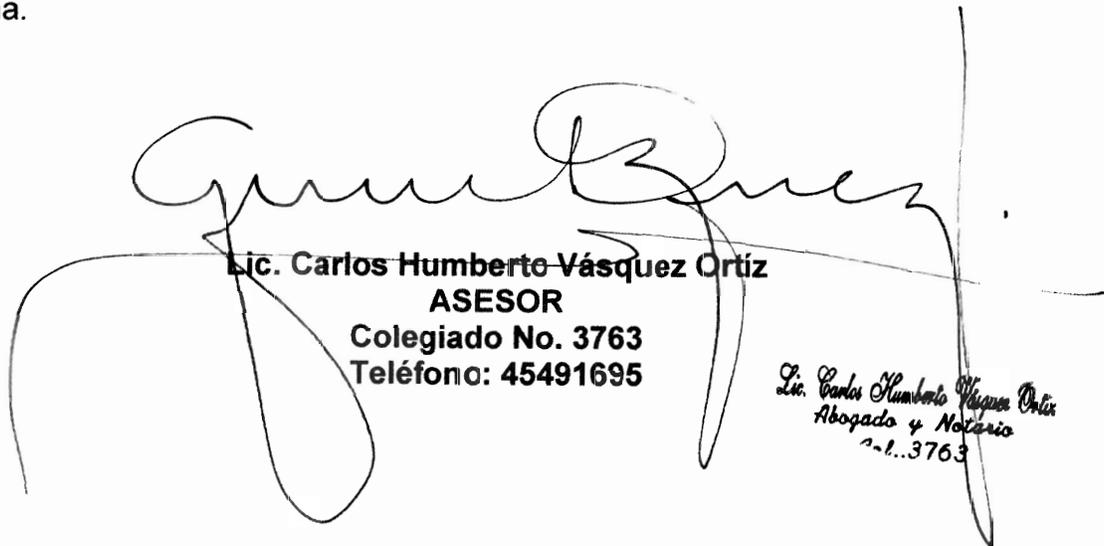
Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
Abogado y Notario
Dirección: 7ª. Avenida 8-56 Zona 1, Edificio El Centro
Ciudad de Guatemala, Guatemala

V. CONCLUSIÓN DISCURSIVA: El resultado de la tesis es la falta de regulación sobre la técnica de gestación por subrogación en Guatemala, ocasionando un impacto negativo en el ejercicio de los derechos humanos, especialmente en el derecho a fundar una familia; por lo que es necesario contar con normas que respondan a esta realidad, en este sentido el Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 210 del Código Civil, adicionando la filiación subrogada, con el objeto de establecer y reconocer como madre legal, a la mujer que aportó su material genético, el derecho de poder inscribirlo como su hijo, en el registro respectivo, sin mayores complicaciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA: En el desarrollo del trabajo se apoyó en la bibliografía apropiada, pues tiene relación directa con el tema y la misma es contemporánea y producida por autores nacionales y extranjeros que gozan de amplio reconocimiento en la materia.

Por los motivos expuestos, luego de un análisis profesional e imparcial del trabajo de investigación y debido que no poseo parentesco con la asesorada, considero que el trabajo de tesis elaborado por la Bachiller **EVELYN KARINA PÉREZ PÉREZ** cumple todos los presupuestos establecidos en el reglamento de mérito, principalmente en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público; motivo por el cual emito dictamen **FAVORABLE**, a efecto de que se continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted, con muestra de mi consideración y estima.



Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
ASESOR
Colegiado No. 3763
Teléfono: 45491695

Lic. Carlos Humberto Vásquez Ortiz
Abogado y Notario
C-1...3763



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 19 de abril de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante EVELYN KARINA PÉREZ PÉREZ, titulado REFORMA AL ARTÍCULO 210 DEL CÓDIGO CIVIL GUATEMALTECO, ADICIONANDO LA FILIACIÓN POR GESTACIÓN SUBROGADA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

WELM/srrs.

Lic Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
Secretario Académico

Lic. Avilán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser el centro de mi vida, mi escudo y mi fortaleza. Gracias por ayudarme en cada momento de mi vida, y darme la sabiduría y las fuerzas necesarias para alcanzar este éxito.
- A MI PADRE:** Carlos Enrique Pérez García por ser mi ejemplo a seguir, mi maestro, mi compañero y mi amigo, gracias por todos sus consejos y regaños, ya que gracias a ellos estoy donde estoy y puedo ver alcanzada mi meta.
- A MI MADRE:** Evelia Pérez Reyes por ser mi amiga y mi ángel, por estar presente en cada momento de mi vida, por brindarme siempre una palabra de aliento y motivación, gracias a tus consejos y tus valores es que me encuentro aquí.
- A MIS HERMANOS:** Lucia Asucena y Carlos Javier por acompañarme a lo largo de este camino y brindarme siempre una sonrisa y un abrazo, la cual ha sido una motivación para seguir, los adoro.
- A BLADIMIR:** Por tu amor incondicional, amistad y compañerismo durante todo este tiempo, por estar presente en cada momento de mi vida, por siempre brindarme tu cariño y comprensión en todo momento.

A MIS AMIGAS:

Por brindarme su amistad y haber compartido con ustedes alegrías, tristezas, locuras, enojos y tantos nervios por los parciales; gracias por haber hecho de mi etapa universitaria una vivencia que jamás olvidaré, gracias compañeras y amigas en especial a Estelita y a Estefany Gularte.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y con ello darme la oportunidad de superarme profesionalmente.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ya que con la ayuda de sus catedráticos me permitieron adquirir los conocimientos necesarios para la culminación de mi carrera.

AL:

Comité de financiamiento del fideicomiso nacional de becas y crédito educativo –FINABECE- de SEGEPLAN, por haberme otorgado una beca durante los 5 años de mi carrera universitaria.



PRESENTACIÓN



En la presente investigación se abordará la institución de la familia por ser la base fundamental de la sociedad y que con la evolución de la tecnología va cambiando las formas y modos de convivencia; al igual que la filiación, institución que surge de todas esas relaciones familiares. El contenido de estas instituciones se encuentra regulado en el Código Civil, por lo que la investigación pertenece a la rama del derecho civil. La tesis planteada se realizó en enero de 2015 y finalizó en febrero de 2016.

El objeto de estudio del presente trabajo de investigación es la reforma al Artículo 210 del Código Civil guatemalteco, analizando a la mujer (comitente) como sujeto de investigación, logrando así, la incorporación al ordenamiento jurídico de una nueva clase de filiación y el reconocimiento como madre legal.

El aporte académico de la tesis es incorporar al Código Civil la filiación que surge producto de la gestación subrogada, con el objeto de ayudar a las parejas que por diversas causas no pueden concebir; pero que sí son fértiles, a que tengan la oportunidad al igual que todos los seres humanos a ser padres, con la seguridad jurídica que brinda el Estado en conjunto con las instituciones encargadas para ello, y así lograr el reconocimiento de madre legal a la mujer que aportó su ovulo.

HIPÓTESIS



Los legisladores no se preocuparon por normar los vínculos de filiación que resultaren de las nuevas técnicas de reproducción, quizá pensaron que no se llegaría a poder concebir fuera del útero materno lo que en la actualidad tiene mucho auge y es por ello que en los países que carecen de legislación como en el caso de Guatemala tienen grave problema; las personas que optan por dichas técnicas, no tienen ninguna protección por lo que se hace necesario y obligatorio una reforma al Código Civil, ya que el derecho no es estático, debe evolucionar de acuerdo a la evolución del hombre.

Es por ello que la hipótesis a plantear es la siguiente: Para reconocer como madre legal a la mujer que no puede gestar y que desea utilizar la técnica de gestación subrogada, es necesario la reforma del Artículo 210 Código Civil, la cual permitirá la adición de la filiación por gestación subrogada.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Para la comprobación de la hipótesis fue necesario individualizar los problemas por los cuales una mujer no puede gestar, las causales y los requisitos que debe contar las personas que optan por el proceso de gestación subrogada esto mediante el método inductivo.

Debido a la serie de problemas que causa la incorporación de la filiación por gestación subrogada al ordenamiento jurídico guatemalteco fue necesario utilizar el método deductivo para determinar si al utilizar esta clase filiación se solucionarían o se mantendrían los problemas que existen en la actualidad como los jurídicos y morales. Por carecer de regulación existente en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y sobre la gestación subrogada se realizaron similitudes y diferencias entre cada uno de las legislaciones que sí lo regulan, utilizando el método comparativo.

Es por ello que sí se comprobó la hipótesis planteada, ya que cada vez son más las parejas que tiene problemas para concebir, y que optan por estas técnicas. La madre necesita la protección legal y que sea reconocida como madre ante la ley y la sociedad a través de reforma del Artículo 210 del Código Civil y obtener la filiación por subrogación, para poder desempeñar sus funciones y que la familia siga siendo la base fundamental de la sociedad.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1. Origen de la familia.....	1
1.1.1. Estado salvaje.....	2
1.1.2. Estado de la barbarie.....	2
1.1.3. Estado de la civilización.....	5
1.2. Clases de familia.....	5
1.2.1. Familia extensa o consanguínea.....	5
1.2.2. Familia nuclear.....	6
1.2.3. Familia monoparental.....	6
1.2.4. Familia homoparental.....	6
1.3. Definición de familia.....	6
1.3.1. Definición etimológica.....	7
1.3.2. Definición gramatical.....	7
1.3.3. Definición sociológica.....	7
1.3.4. Definición legal.....	8
1.4. Constitución de la familia.....	9
1.4.1. El matrimonio.....	9
1.4.2. La unión de hecho.....	12
1.4.3. La unión libre.....	13



1.5.	El derecho de familia.....	
1.5.1.	El parentesco.....	17
1.5.2.	La patria potestad.....	20
1.5.3.	La tutela.....	21
1.5.4.	Los alimentos.....	22
1.5.5.	La filiación.....	22
1.5.6.	Regulación legal de la familia.....	23

CAPÍTULO II

2.	La filiación.....	27
2.1.	Definición.....	27
2.1.1.	Significado etimológico.....	28
2.1.2.	Significado gramatical.....	28
2.1.3.	Significado biológico.....	28
2.1.4.	Significado jurídico.....	29
2.2.	Clases de filiación.....	30
2.2.1.	Legal.....	30
2.2.2.	Doctrinarias.....	32
2.3.	Características de la filiación.	34
2.3.1.	Es un estado civil.....	34
2.3.2.	Es un hecho jurídico.....	34
2.3.3.	Investigación libre de la paternidad o maternidad.....	35
2.4.	Formas de determinar la filiación.....	35



2.4.1.	Legal.....	
2.4.2.	Voluntaria.....	35
2.4.3.	Judicial.....	36
2.5.	Efectos de la filiación.....	36
2.5.1.	Patria potestad.....	37
2.5.2.	La sucesión hereditaria.....	37
2.5.3.	Estado civil.....	38
2.5.4.	Efectos personales.....	38

CAPÍTULO III

3.	La gestación subrogada.....	41
3.1.	Origen.....	44
3.2.	Definición.....	49
3.3.	Clases.....	50
3.3.1.	Tradicional.....	50
3.3.2.	Inseminación artificial.....	51
3.3.3.	Fertilización in vitro.....	52
3.4.	Formas de la gestación subrogada.....	53
3.4.1.	Lucrativa.....	53
3.4.2.	Altruista.....	54
3.5.	Sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada.....	54
3.5.1.	Los comitentes.....	55
3.5.2.	La gestante.....	55



3.5.3.	El profesional.....	56
3.5.4.	El nuevo ser.....	56
3.5.5.	Donante.....	56
3.6.	Derechos de los sujetos que interviene en el proceso de gestación subrogada.....	57
3.6.1.	Los comitentes.....	58
3.6.2.	La gestante.....	59
3.6.3.	El profesional.....	59
3.6.4.	El niño.....	60
3.7.	Obligaciones de los sujetos que interviene en el proceso de gestación subrogada.....	61
3.7.1.	Los comitentes.....	61
3.7.2.	La gestante.....	62
3.7.3.	El profesional.....	62
3.8.	Acuerdo de voluntades	63
3.9.	Causas que dan origen a la gestación subrogada.....	64
3.9.1.	Infertilidad.....	64
3.9.2.	Esterilidad.....	65
3.9.3.	Fracasos en la fertilización in vitro.....	65
3.9.4.	Enfermedades que impiden el embarazo.....	65
3.10.	La maternidad.....	66
3.10.1.	Definición	66
3.10.2.	Tipos de maternidad.....	68



3.10.3. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad....

CAPÍTULO IV

4.	Reforma al Artículo 210 del Código Civil guatemalteco, adicionando la filiación por gestación subrogada.....	73
4.1.	Norma actual.....	74
4.2.	Norma reformada adicionando la filiación subrogada.....	75
4.3.	Beneficios que trae esta reforma al ordenamiento jurídico.....	76
4.4.	Instituciones encargadas de velar por la correcta implementación de la gestación subrogada.....	77
4.4.1.	Procuraduría General de la Nación.....	78
4.4.2.	Registro Nacional de las Personas.....	78
4.4.3.	Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.....	80
4.4.4.	Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.....	82
4.4.5.	Juzgados y tribunales de familia.....	83
4.4.6.	Ministerio Público.....	85
4.4.7.	Instituto Nacional de Ciencias Forenses.....	86
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	89
	ANEXOS.....	91
	BIBLIOGRAFÍA.....	95

INTRODUCCIÓN



La ciencia avanza a un ritmo exponencial, creando técnicas de reproducción humana que han aportado importantes cambios en el mundo de lo jurídico, especialmente en las instituciones de la familia y de la filiación. La gestación subrogada, se ha convertido en la técnica de reproducción humana más utilizada, debido a que en este proceso se utiliza material genético de la pareja (comitente) y la gestante únicamente aporta su vientre con la intención de dar a luz al bebé y luego entregárselo a sus padres; sin embargo, en Guatemala no existe regulación acerca de la gestación subrogada, y cómo filiación materna se le reconoce a la gestante y no a quien en realidad, genética y biológicamente lo es.

El objetivo principal de la presente investigación consistió en determinar quiénes pueden formar parte del proceso de gestación subrogada estableciendo las instituciones del Estado que forman parte del proceso, para lograr un acuerdo de voluntades con el fin de brindar un respaldo jurídico a la mujer (comitente) y el establecimiento de los derechos y obligaciones que cada sujeto contrae. La hipótesis planteada fue el reconocimiento como madre legal a la mujer (comitente), reformando el Artículo 210 del Código Civil, para adicionar la filiación por gestación subrogada, lo que dio como resultado que la filiación se pueda comprobar de dos formas así: con el sólo hecho del nacimiento o por el acuerdo de gestación subrogada debidamente firmado por cada uno de los sujetos que intervengan en dicho proceso. En la investigación se utilizó el método histórico, por ser uno de los principales para poder comprender de manera más completa el origen de



cada una de las instituciones desarrolladas; el método deductivo para desarrollar la institución de la familia y llegar a la filiación por gestación subrogada; y finalmente, para poder abordar el tema de la técnica de gestación subrogada, se utilizó el método comparativo; en cuanto a las técnicas de investigación utilizadas como primer paso se procedió a la observación del problema, recolectando datos apoyándose en la técnica documental y en los fichajes para concluir en la técnica bibliográfica.

La presente investigación está contenido en cuatro capítulos: el primero, desarrolla todo lo referente a la evolución de la familia, cada una de las instituciones que la conforman y la regulación legal; el segundo, se refiere a la filiación, sus clases, las formas de determinarlas y sus efectos jurídicos; el tercer capítulo contiene todo lo referente a la gestación subrogada, su origen, los sujetos que interviene en el proceso de gestación subrogada, así como cada uno de los deberes y derechos que tienen; y en el cuarto capítulo, se propone la reforma al Artículo 210 del Código civil, incorporando la filiación por gestación subrogada en base a la teoría de la intensión y de la contribución genética, así como cada una de las funciones que tienen las instituciones que formarán parte del mismo.

Este trabajo de tesis tiene como fin brindar un aporte académico y dar las pautas necesarias para que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Código civil, en cuanto al reconocimiento de la maternidad y el proceso de gestación subrogada, incorporando a ella la filiación por gestación subrogada y sea reconocida como madre legal la mujer (comitente).



CAPÍTULO I

1. La familia

Es una institución de origen natural que ha existido desde tiempos muy remotos; pero no de la misma forma ni estructura que hoy en día se conoce, a continuación se dará a conocer una breve historia de ella.

1.1. Origen de la familia

Según estudios antropológicos que datan de hace aproximadamente 3.6 millones de años, verifican la existencia de tres pisadas, las cuales corresponden a tres individuos de estatura desigual, quizá el de mayor estatura era un hombre, sobre las pisadas de éste se encontraban otras más pequeñas que probablemente pertenecían a la mujer, y al lado de ellas aparecieron otras mucho más pequeñas, como las de un niño. Estos datos permiten imaginar que ya existían grupos de personas que formaban un modelo de familia prehistórica.

De acuerdo con el filósofo Alemán Federico Engels, establece lo siguiente: "Morgan es el primero que con conocimiento de causa ha tratado de introducir un orden preciso en la prehistoria de la humanidad; las agrupaciones adoptadas por él permanecerán de seguro en vigor todo el tiempo en que no obliguen a modificarlas documentos mucho



más abundantes”.¹ Por lo que el origen de la familia está dividido en tres estados principales: el salvajismo, la barbarie y la civilización.

1.1.1. Estado salvaje

Es el primer estado, comienza cuando el hombre se encontraba en la copa de los árboles, en los bosques tropicales o subtropicales y vivía en los árboles; los frutos y raíces servían de alimento; el principal progreso de este estado fue la formación del lenguaje articulado, luego siguió la pesca y el uso del fuego que permitió hacer comestibles de un modo más perfecto; la creación de los primeros instrumentos de piedra sin pulimentar hace que puedan difundirse en la mayor parte de la tierra. Con los descubrimientos realizados fueron capaces de crear nuevos alimentos pero, principalmente las primeras armas como la maza y la lanza, finaliza este estado con la caza y la invención del arco y la flecha, los cuales junto con la cuerda hacían un instrumento muy complejo.

1.1.2. Estado de la barbarie

Inicia con el uso de la alfarería, la cual surgió en muchos casos por recubrir los objetos con arcilla lo cual, posteriormente se descubrió que no era necesario un objeto interior para ello; el rasgo característico del estado de la barbarie es la domesticación, cría del ganado y el cultivo de plantas. Acá es donde se marca la diferencia entre los dos grandes continentes terrestres, el mundo antiguo poseía casi todos los animales domesticables y

¹ Engel, Federico. **El origen de la familia y la propiedad privada y el Estado**. Pág. 29.



cereales de todo tipo para el cultivo a excepción del maíz y de la llama propia del continente americano; sigue avanzando este periodo con la crianza de animales domésticos para obtener leche y carne, el cultivo de la hortaliza por medio del riego y la construcción con el empleo de adobes y piedras; finaliza este estado con la fundición del hierro y la escritura alfabética, se encuentra por primera vez el arado de hierro tirado por animales domésticos, lo que hace posible la agricultura.

a) Clases de familia en la barbarie

De acuerdo a la evolución, este estado tiene cuatro clases de familia: la familia consanguínea, punalúa, sindiásmica y la monogámica, a continuación se detallará cada una de ellas:

a.1. Familia consanguínea

Es la primera etapa de la barbarie. Vivían entre familia, no importando si eran hermanos, primos, abuelos o algún pariente, solo los padres y los hijos (as), estaban excluidos entre sí del matrimonio. En esta clase de familia predominó la promiscuidad.

a.2. Familia punalúa

En esta clase de familia se estableció la exclusión del matrimonio de los hermanos uterinos (es decir, por parte de la madre), hasta prohibir el matrimonio entre hermanos



colaterales. En la familia punalúa cierto número de hermanas eran mujeres comunes de sus maridos, excluyendo sus propios hermanos, estos maridos se llamaban entre sí punalúa es decir que eran compañeros íntimos y de igual forma las mujeres se llamaban entre sí punalúa.

a.3. Familia sindiásmica

En esta clase de familia un hombre vive con una mujer, pero seguía en proliferación la poligamia y la infidelidad ocasional siendo un derecho para los hombres, contrario a la mujer, a la cual se le exige la más estricta fidelidad mientras dure la vida común y en caso de adulterio se castigaba cruelmente, en esta clase de familia la unión se disuelve con facilidad y predomina el matriarcado.

a.4. Familia monogámica

Es resultado de la familia sindiásmica, predomina el hombre y su fin es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible, por tener la calidad de herederos directos y que a la muerte de su padre sean los poseedores de todos sus bienes. La familia monogámica tiene lazos conyugales mucho más fuertes que la familia sindiásmica y la disolución de esos lazos ya no se puede realizar tan fácil.



1.1.3. Estado de la civilización

Se aumenta la población al dividirse una tribu en varias gens, por lo regular dos; cada una de estas gens primitivas se segmentaba en varias gens hijas y así sucesivamente va apareciendo más gens lo que aumenta la población, en este estado el hombre aprende a elaborar productos de manera artificial cuyo medio principal es la industria y el arte.

1.2. Clases de familia

La familia no es un concepto estático sino que va en desarrollo de acuerdo a la sociedad y cultura de que se hable; de ahí que se transforme la conformación familiar en diversas formas o clases de familia, algunas de ellas son:

1.2.1. Familia extensa o consanguínea

Esta clase de familia está conformada por varios núcleos familiares, es decir que comprende un grupo de personas unidas por varias generaciones con un amplio número de parientes colaterales, que se encuentran unidos por lazos de sangre, por lo que todas descienden de un tronco en común.



1.2.2. Familia nuclear

Está conformada únicamente por un núcleo familiar, es decir por la pareja con sus hijos e hijas. En muchos países industrializados es el prototipo a seguir por considerar que es lo fundamental y el fin del matrimonio.

1.2.3. Monoparental

Es la familia que se encuentra integrada únicamente por un progenitor y su o sus hijos, que por diversas razones los padres no se encuentran juntos.

1.2.4. Homoparental

Esta clase de familia es nueva, ya que se compone de una pareja del mismo sexo con sus hijos e hijas. Este tipo de familia no es aceptado en variedad de países y culturas, ya que tergiversa la esencia del concepto de familia.

1.3. Definición de familia

Es necesario e importante definir la institución de la familia ya que es la base fundamental de la sociedad, ésta institución se puede abordar desde distintos puntos de vista: atendiendo a su significado etimológico, gramatical, sociológico y el jurídico que es el más importante para la presente investigación.



1.3.1. Definición etimológica

Etimológicamente, “la palabra familia procede de la voz famuli, por derivación de famulus, que a su vez procede del osco famel, que significa siervo o esclavo; o sea la gente que vive bajo la autoridad del señor de ella, y el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje. La mayoría de autores entienden que la voz familia significa en sus orígenes una convivencia localizada en un hogar”.²

1.3.2. Definición gramatical

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al referirse a la palabra familia, entre otros la define como: “conjunto de ascendientes y descendientes, colaterales y afines de un linaje”.³

1.3.3. Definición sociológica

Partiendo desde este punto de vista, la sociología establece que es una institución muy difícil de precisar, sin embargo el sociólogo Goode la define de la siguiente manera: “aquella en la que al menos dos adultos de sexo opuesto viven juntos bajo una estructura comunitaria, en cuyas relaciones (socialmente institucionalizadas) se insertan también

² Aguilar Guerra, Vladimir. **Derecho de familia**. Pág. 7.

³ Real Academia, Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 949.



los no adultos que descienden de ellos u otras personas a las que les unen lazos de parentesco biológico o legal.”⁴

1.3.4. Definición legal

La legislación guatemalteca no define con exactitud el concepto de familia, sin embargo la Ley de Adopciones, Decreto 77-2007 en el Artículo 2 hace referencia a que debe entenderse como familia ampliada y familia biológica, pero desde el punto de la adopción, más no un concepto homogéneo, por lo que se hace necesario acudir a la doctrina para entenderla, así el jurista Manuel Ossorio, en el diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales, señala: “la familia el conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad”.⁵

No existe una definición universal para conceptualizar a la familia, por lo que ésta puede ser definida de la siguiente forma: es la institución que surge de la unión de dos seres de sexo opuesto con lazos afectivos, cuyo fin es procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.

⁴ Pastor Ramos, Gerardo. **Sociología de la familia. Enfoque institucional y grupal.** Pág. 20.

⁵ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 406.



1.4. Constitución de la familia

La familia se constituye con la unión de dos personas de distinto sexo, que al unirse y procrear crean un núcleo familia, ésta constitución puede ser a través del matrimonio o de la unión de hecho; ambas tienen una protección tanto por la Constitución Política de la República de Guatemala como por el Código Civil; sin embargo existe una tercer forma de constitución la cual es la unión libre.

1.4.1. El matrimonio

Etimológicamente la palabra matrimonio se deriva de la palabra castellana matrimonio, por conducto de la palabras latina matrimonium, la cual a su vez se deriva de las voces matris que quiere decir madre y munium que significa gravamen. Muchos civilistas afirman que en la palabra matrimonio resalta mucho la figura de la madre como sujeto pasivo, la cual tiene deberes y cargas maternas para con el esposo y los hijos, además la madre era quien determinaba el vínculo de parentesco con certeza dentro de la comunidad primitiva.

El matrimonio es la forma de constitución principal de la familia, regulada en el capítulo I, título II del Código Civil la cual puede ser definida de la siguiente manera: es una institución social que forma parte del derecho de familia, conformada por dos personas de sexo opuesto, que han decidido formalizar su unión ante un notario, un alcalde o un



concejal que haga sus veces, con el ánimo de permanencia, vivir juntos, procrear, educar, alimentar y auxiliarse entre sí.

En la doctrina varios estudiosos hacen referencia al matrimonio así: Westermarck citado por Brañas establece un concepto de índole histórico sociológico “es el matrimonio una relación más o menor duradera entre el hombre y la mujer, que se prolonga más allá del acto de la reproducción hasta después del nacimiento de la progenitura”⁶, Planiol define al matrimonio como: “un contrato por el cual un hombre y una mujer establecen entre ellos una unión que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”⁷, Cabanellas define al matrimonio de la siguiente manera: “Una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizá ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual complementada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula para la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores Estados”.⁸

Un definición legal la establece el Artículo 78 del Código Civil que regula: “el matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo

⁶ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 127.

⁷ Vásquez, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 107.

⁸ Cabanellas de Las Cuevas Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo I. Pág. 291.



de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio es una institución, porque para su constitución es necesario el cumplimiento de varios requisitos previamente establecidos en la ley, el ánimo de permanencia por parte de los cónyuges constituye el elemento subjetivo y por los fines que se establecen en la ley constituyen el elemento teleológico.

Los sistemas de matrimonio que existe son los siguientes:

- A. Sistema exclusivamente civil: el matrimonio es autorizado por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o ante un notario; se deben cumplir ciertos requisitos para su constitución. Este sistema es obligatorio para todos los ciudadanos del Estado.
- B. Sistema exclusivamente religioso: el matrimonio es celebrado ante la autoridad eclesiástica y se realiza posteriormente al matrimonio civil.
- C. Sistema mixto: este es el resultado de la existencia y el reconocimiento de los dos sistemas anteriores, es decir se realiza el matrimonio civil para luego casarse ante un ministro religioso.



1.4.2. La unión de hecho

Es una de las formas de constitución de la familia reconocidas en la legislación guatemalteca, contemplada en el capítulo II, del título del Código Civil, la cual puede ser definida de la siguiente manera: es la institución social que forma parte del derecho de familia, conformada por dos personas de sexo opuesto, con absoluta libertad de estado que luego de haber hecho vida en común y de haber mantenido relaciones sociales por más de tres años deciden formalizar su unión ante un notario, un alcalde o un concejal cumpliendo con los fines de procreación, educación, alimentación y auxilio recíproco.

Brañas establece lo siguiente: “Esa unión no es otra forma de matrimonio, sino el reconocimiento de una situación que ha durado no menos de tres años, en la que hombre y mujer, con capacidad de contraer matrimonio han vivido juntos, han procreado, han trabajado y adquirido algunos bienes, por lo que es de justicia que se establezcan los derechos de ambos y sus mutuas obligaciones, tal como si fueren casados.”⁹

Para poder establecer la unión de hecho los requisitos esenciales son:

- A. que el hombre y la mujer tengan la capacidad para poder contraer matrimonio,
- B. que exista hogar y vida en común constante por más de tres años, ante sus familiares y las relaciones sociales,

⁹ Brañas, Alfonso. **Op. Cit.** Pág. 207.



C. que la unión que se haya mantenido este cumpliendo con los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos así como el auxilio recíproco entre la pareja.

De igual forma que el matrimonio, se puede realizar ante el alcalde o el concejal que haga sus veces y ante notario.

1.4.3. La unión libre

Es la tercera y última forma de constitución de la familia, sin embargo es la única que no se encuentra regulada en la legislación guatemalteca, por lo tanto no goza de protección legal. Está conformada por dos personas de sexo opuesto que se unen, con el fin de vivir juntos, establecer una relación conyugal y cumplir con los fines de procrear, alimentar, educar y auxiliarse entre sí, pero sin tener la intención de casarse o unirse de hecho, solamente el de permanecer juntos por un tiempo indeterminado. Cabanellas lo define de la siguiente manera: “Denominación menos agresiva que la de concubinato o amancebamiento (v.); o sea, vida marital practicada por quienes no son casados”¹⁰. En la mayoría de casos esta forma de convivir se torna en una especie de prueba o ensayo para verificar si en un futuro se pueden comprometer o incluso casarse.

Un alto porcentaje de la población guatemalteca se encuentra en esta situación, poniendo en juego su futuro y el futuro de una criatura que nacerá en un hogar sin mayor estabilidad, es por ello que la legislación guatemalteca no reconoce esta unión, pero si

¹⁰ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. **Op. Cit.** Tomo VIII. Pág. 280.



brinda protección a los hijos que nacen de esa unión, reconociéndoles sus derechos y obligaciones.

1.5. El derecho de familia

La familia ocupa, como se ha visto, un papel muy importante dentro de la sociedad, y dentro del Ordenamiento Jurídico no solo guatemalteco sino mundial. Es por ello que se hizo necesario crear un conjunto de normas jurídicas que tiendan a proteger tal institución, de ahí la creación del derecho de familia. Este derecho comprende todas las instituciones referentes a la familia; más adelante se dará a conocer cada una de ellas. El profesor Vladimir Aguilar Guerra, en su libro familia y derecho de familia señala que el derecho de familia abarca tres grandes divisiones: el tratado del matrimonio, el tratado de la filiación y el Estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados.

- A. Tratado del matrimonio: esta parte del derecho de familia se refiere a todo lo relativo a unión conyugal, las formalidades de su celebración y las causas para su disolución. Lo que da como resultado relaciones personales y relaciones patrimoniales.

- B. Tratado de la filiación: comprende las relaciones que surgen entre padres e hijos producto de un hecho natural o de un acto jurídico.

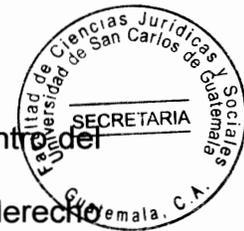
- C. El Estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados: se refiere a todas aquellas instituciones que protegen a las personas menores de edad e



incapaces para realizar determinadas circunstancias de la vida legal, así como las relaciones jurídicas que se derivan de ellas.

El estudio del derecho de familia es muy extenso, ya que no solo involucra normas jurídicas sino que también normas morales que son aceptadas y practicadas por los miembros de un núcleo familiar, estas normas los guían a lo largo de la vida y dan las pautas de conducta para una mejor convivencia. Tal es el caso de las familias que adoptan una serie de reglas éticas y religiosas que se van transmitiendo de generación en generación hasta convertirlas en costumbre.

El derecho de familia siempre se ha situado dentro del derecho civil, es decir dentro de la rama del derecho privado, pero en las últimas décadas algunos tratadistas se cuestionan acerca de si este derecho pertenece a una de las grandes ramas del derecho (público o privado) o si por el contrario se debe pensar en la existencia de una tercer rama. El tratadista Antonio Cicu, defendió su tesis en la cual sostiene que el derecho de familia pertenece al derecho público por el hecho de que las voluntades e intereses pertenecen a un interés superior. Si bien es cierto el derecho de familia se relaciona con ambas ramas, por lo siguiente: con el derecho público por el reconocimiento que el Estado le brinda a la familia, la existencia del interés familiar frente al interés particular y la injerencia por parte de órganos del Estado cuya función es proteger a la familia. Con el derecho privado: porque las instituciones que nacen como consecuencia del matrimonio, no tiene relevancia para otros individuos sino, sólo para los cónyuges, porque regula conflictos de los particulares interesados. En fin, Cicu afirma que el



derecho de familia debe ser considerado como una tercera rama, y ubicarlo dentro del derecho social o de frontera entre el derecho público y privado. A mi criterio el derecho de familia forma parte del derecho civil, sí tiene aspectos de derecho público por la importancia y protección que el Estado proporciona a la familia, pero para hacer la diferencia, y ubicarlo en lo civil, se debe apreciar el interés de la persona, el interés de la familia, como un núcleo o un conjunto, y no como una colectividad.

Por lo anterior expuesto es necesario precisar un concepto de derecho de familia, Puig Peña afirma que puede hablarse del derecho de familia en un doble sentido, “así, en sentido objetivo se entiende por derecho de familia el conjunto de normas jurídicas que disciplinan esta institución real. En un sentido subjetivo, los derechos de familia son las facultades o poderes que nacen de aquellas relaciones que, dentro del grupo familiar, mantiene cada uno de los miembros con los demás, para el cumplimiento de los fines superiores de la entidad familiar”¹¹, Cabanellas define al derecho de familia como la: “Parte del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones jurídicas entre personas unidas por vínculos de parentesco.”¹² Julian Bonnecasse citado por Carlos Vásquez Ortiz, define así al derecho de familia: “Conjunto de reglas de derechos, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia”¹³.

¹¹ Aguilar Guerra, Vladimir. **Op. Cit.** Pág. 30.

¹² Cabanellas de Las Cuevas, Guillermo. **Op. Cit.** Tomo I Pág. 132.

¹³ Vásquez Ortiz, Carlos. **Op. Cit.** Pág. 94.



Por consiguiente, derecho de familia es el conjunto de normas, principios, instituciones que regulan las relaciones derivadas del matrimonio o de la convivencia entre parejas (matrimonio, la patria potestad, parentesco, filiación, alimentos, adopción y la tutela) con el fin de brindar protección a los miembros de ella y así cumplir con el principal fin del Estado, que es el bien común. Cada uno de los miembros de ella posee un derecho, denominado estado de familia, el cual es inherente a la persona, no puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra; tampoco puede ser transmitido mortis causa, no se puede subrogar para ejercer acciones relativas al estado de familia, únicamente en derechos y acciones derivadas del estado de familia de carácter patrimonial.

A pesar de que en Guatemala no existe un código de familia, este derecho sí se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106 vigente desde 1964, el cual contempla en su libro primero denominado: de las personas y de la familia, título II de la familia, Artículos del 78 a 368 todo lo relativo a ella. Sin embargo como se ha venido desarrollando la familia cambia constantemente y nuestra normativa no, la mayoría de normas contempladas en el libro II, son obsoletas, discriminatorias y poco eficaces para el siglo XXI, entre las instituciones que forman parte del derecho de familia se encuentran las siguiente:

1.5.1. El parentesco

El parentesco es una institución del derecho de familia que consiste en la relación que existe entre dos o más personas de forma natural, por virtud de la ley o que nace a través



de la adopción. Cabellas lo define: “relación recíproca entre las personas, provenientes de la consanguinidad, afinidad, adopción o la administración de algunos sacramentos.”

El parentesco ayuda a designar y clasificar a los parientes que se tiene de acuerdo a cada generación, no importando si son por consanguinidad o afinidad; y por lo trascendental de este tema en el mundo de lo jurídico, la legislación guatemalteca cuenta con sistemas para su cómputo. Primero se debe establecer qué personas descienden de un mismo tronco ya que ellas forman líneas las que pueden ser: recta, cuando descienden unas de otra; y colateral o transversal que son las personas que provienen de un mismo tronco pero no descienden unas de otras. Estas líneas pueden ser ascendientes o descendientes, según que, a partir de la persona de que se trate, se suba hasta el tronco común o se baje hasta el último descendiente. El Artículo 193 del Código Civil establece: “El parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado”, de donde se concluye que el grado lo estatuye la distancia que existe entre cada miembro de la familia.

a) Clases de parentesco

El Código Civil guatemalteco no define qué es el parentesco, únicamente lo regula en el libro I, título II, capítulo III Artículos 190 al 198 y establece que existen tres clases:

a.1. Parentesco por consanguinidad

¹⁴ Cabanellas de Las Cuevas, Guillermo. **Op. Cit.** Tomo VI. Pág. 100.



a.1. Parentesco por consanguinidad

Esta clase de parentesco nace de forma natural; puede ser en línea recta cuando la sucesión es ordenada y las personas descienden unas de otra o de manera colateral cuando se establece un tronco común, es decir cuando las personas no descienden unas de otras pero sus respectivas líneas son unidas por un ascendiente en común. El Código Civil en el Artículo 191, lo define así: “es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor” es decir, que esta clase de parentesco lo tendrán únicamente aquellas personas que descienden de un tronco común, que tienen vínculos de sangre, ya sea en línea recta o en forma colateral. El citado Código establece que habrá parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado.

a.2. Parentesco por afinidad

Nace necesariamente del matrimonio o de la unión de hecho reconocida por la ley; se establece entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro cónyuge. El Artículo 192 del Código Civil regula: “es el vínculo que une a un cónyuge con el otro y sus respectivos parientes consanguíneos”. La legislación guatemalteca reconoce esta clase de parentesco hasta el segundo grado, estableciendo la igualdad entre los hijos, con independencia de la filiación.



a.3. Parentesco civil

Se origina por medio de la institución de la adopción, y es el vínculo que existe entre el adoptante y el adoptado. La adopción produce derechos para los sujetos que intervienen en ella e inicia una vez terminado los trámites. La ley de Adopciones, Decreto 77-2007 en el Artículo 2 regula lo relativo a la familia y el parentesco que existe entre el adoptado(a) y los parientes del adoptante así: "...f. Familia ampliada: es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras persona que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias."

1.5.2. La patria potestad

Es una de las instituciones que pertenece al derecho de familia, la cual consiste en el derecho que tienen los padres de representar a sus hijos menores de edad o mayores de edad en estado de interdicción, así como de administrar sus bienes y la obligación de cuidar, sustentar, educar y corregirlos.

El Código Civil regula la institución en el capítulo VII de los Artículos 252 al 277; no define que debe entenderse por patria potestad, solo se concreta a establecer que se ejerce sobre los hijos menores de edad, se debe de ejercer conjuntamente con el padre y la madre en el matrimonio y/o en la unión de hecho; y por el padre o la madre, en cuyo



poder esté el hijo, en cualquier otro caso; en cuanto a los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad, solamente si son declarados en estado de interdicción. En tal sentido la definición legal de la institución que nos ocupa es la siguiente: es el derecho que tiene los padres de representar legalmente al menor de edad o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.

1.5.3. La tutela

Es el derecho que tiene una persona de representar a un menor de edad o a un mayor de edad en estado de interdicción, así como de administrar sus bienes, la obligación de cuidar, sustentar, educar y corregirlos. El diccionario jurídico Espasa señala lo siguiente: "Institución que tiene por finalidad la guarda de personas incapaces de regirse por sí misma, tanto personal como patrimonialmente".¹⁵

El Código Civil regula todo lo relativo a esta institución en el capítulo IX de los Artículos 293 al 351; y de igual manera que la patria potestad no se concreta a una definición sino únicamente a establecer en el Artículo 293 lo siguiente: "El menor de edad que no se halle bajo la patria potestad, quedará sujeto a tutela para el cuidado de su persona y de sus bienes. También quedará sujeto a tutela aunque fuere mayor de edad, el que hubiere sido declarado en estado de interdicción, si no tuviere padres. El tutor es el representante legal del menor o incapacitado".

¹⁵ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 981.



1.5.4. Los alimentos

Esta institución comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es un menor de edad. Pertenece al derecho de familia y se encuentra regulado en el Artículo 278 del Código Civil guatemalteco el cual establece lo siguiente: “La denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”.

El Diccionario jurídico Espasa al referirse al concepto de alimentos señala: “Relación jurídica en cuya virtud una persona está obligada a prestar a otra lo necesario para su subsistencia”¹⁶.

1.5.5. La filiación

Es una de las instituciones que comprende el derecho de familia, su contenido se encuentra desarrollado en el capítulo II, del presente trabajo de tesis.

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 51.



1.5.6. Regulación legal de la familia

El ordenamiento jurídico guatemalteco hace énfasis en la protección de la familia, regulando en el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”. La regulación constitucional le da una característica muy relevante, al establecer el derecho a una familia dentro de los derechos sociales. La Constitución Política de la República de Guatemala protege a la familia sin distinción alguna sobre el modo de organización de ella, es decir de un modo distinto al tradicional tal como la procreación a través de las técnicas de reproducción humana asistida. Al analizar el citado artículo se puede deducir que:

- El Estado de Guatemala, creó esta norma para proteger a la familia como génesis de la sociedad.
- Brinda protección social en las relaciones familiares y en las relaciones con las demás personas que no forman parte de la misma familia.
- Brinda protección económica al facilitar un trabajo digno, que permita la superación familiar.
- Brinda protección jurídica al crear normas constitucionales, sustantivas y procesales.



- El Estado impulsa a que la familia se producto del matrimonio, en caso ya existiera, a través de la unión de hecho legalizada.
- En el matrimonio debe de existir igualdad de derechos y obligaciones, los cónyuges deben ser quienes planifiquen una paternidad responsable de acuerdo a sus posibilidades económicas, ya que en Guatemala existe la libertad para procrear los hijos deseados. En cambio, en países como China, es el Estado quien controla y planifica la maternidad; recientemente este país sufrió un cambio en la política de procreación, ya que en octubre de dos mil quince se anunció que las parejas podrán tener hasta dos hijos, circunstancia que no había sido modificada por más de treinta años.

Los preceptos básicos constitucionales que regula lo relativo a la familia son los siguientes:

Artículo 1° “Protección a la persona. El Estado de Guatemala se organiza para la proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

Artículo 2° “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”.

Artículo 3° “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.



Artículo 4° “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado tiene iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

Por imperativo constitucional se han creado normas ordinarias que regulan la protección a la familia como las siguientes:

- A. Código civil, Decreto Ley 106, como ya quedó establecido, tiene un título especial para todo lo relativo a la familia, las formalidades para poder contraer matrimonio o legalizar la unión de hecho y las diferentes instituciones que lo regulan.
- B. Ley de adopciones, Decreto 77-2007: Protege la adopción y a los niños huérfanos y abandonados considerando que la familia constituye la base de la sociedad y que se deben adoptar medidas para proteger a los niños.
- C. Ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, Decreto 97-96: para ponerle fin a la violencia intrafamiliar y así tener una familia con respeto e igualdad entre los cónyuges.

En el caso de ser vulnerados los derechos de la familia, existen varias herramientas legales para poder hacerlos valer, como lo es la Ley de tribunales de familia, Decreto Ley 206; Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107; y el órgano jurisdiccional

encargado de velar por su aplicación es el juzgado de familia ubicado en la venturosa
calle, siete guion setenta, zona uno, cuenta con ocho juzgados.



CAPÍTULO II



2. La filiación

Pertenece al derecho de familia y es la institución con más relevancia en cuanto a las técnicas de reproducción asistida se trata, en especial a la técnica de gestación subrogada, por considerar que al utilizarla no se puede determinar quién es en realidad la madre del bebé.

2.1. Definición

La filiación de acuerdo al español Diego Espín Cánovas citado por Carlos Vásquez Ortiz, la define de la siguiente manera: “ es la relación existente entre una persona de un parte, y otras dos, de las cuales es el padre y la otra la madre de la primera”;¹⁷ es decir que para que exista esta institución necesariamente debe existir un vínculo entre los padres y el hijo; para definir esta institución jurídica, a mi juicio puede abordarse desde cuatro ángulos diferentes: atendiendo a su significado etimológico; por su significado gramatical; desde un punto de vista biológico; y el jurídico que para el presente trabajo de tesis es el más relevante.

¹⁷ Vásquez Ortiz. **Op. Cit.** Pág. 147.



2.1.1. Significado etimológico

“Etimológicamente, la palabra Filiación deviene del latín filiatione que significa “acción de filiar”, relativo a la relación que tienen los hijos con los padres”.¹⁸

2.1.2. Significado gramatical

El diccionario de la real academia de la lengua española al referirse a la palabra filiación, entre otros, la define como “procedencia de los hijos respecto a los padres”¹⁹. Se considera como procedencia a la relación paterna y/o materna filiar, desde el punto de vista del hijo aludiendo la calidad de padre o madre.

2.1.3. Significado biológico

Es la natural e indispensable relación entre padre e hijos por lazos de sangre o por disposición de la ley. De esta forma es posible manifestar que la filiación encuentra su fuente en un hecho de la naturaleza resultado de la fecundación, cuyo efecto es la procreación. Por lo que la filiación como significado biológico, que siempre existirá entre todos los individuos, ya que se es siempre hijo de un padre y de una madre.

¹⁸ Vásquez Ortiz. **Op. Cit.** Pág. 147.

¹⁹ Real academia española. **Op. Cit.** Pág. 968.



2.1.4. Significado jurídico

Esta definición puede partir de dos fuentes fundamentales del derecho como lo son la ley y la doctrina. En Guatemala las leyes que regulan la filiación corresponden a la legislación sustantiva civil y familiar; sin embargo, no definen con exactitud el instituto de la filiación, únicamente permiten otorgar un estatus jurídico a quienes lleven a cabo el acto de procreación mediante una relación natural, exista o no matrimonio entre los progenitores, o por el vínculo de la adopción existiendo un vacío legal cuando para la procreación se recurren a alguno de los métodos de reproducción asistida; como el ordenamiento jurídico guatemalteco no define con exactitud a la institución de la filiación, es necesario acudir a la doctrina para entenderla, así el guatemalteco Alfonso Brañas, en su libro manual de derecho civil, señala: “Puede precisarse 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 propiamente dicho, según el cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo”.²⁰ El tratado elemental de derecho civil señala lo siguiente: “la filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que une a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más

²⁰ Brañas, Alfonso. **Op. Cit.** Pág. 218.



estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo”.²¹

Ahora bien no hay una definición universal de la filiación desde el punto de vista doctrinal, siendo conceptualizada por diversos autores desde muy variadas perspectivas. En tal sentido la institución que se ocupa se concibe como hecho jurídico, vínculo jurídico o ambos, así como estado civil, estado de familia, y se ha llegado a confundir con el parentesco; dejándose bien claro que la filiación tiene como presupuesto fundamental la concepción.

2.2. Clases de filiación

Es necesario enfatizar en las distintas clases de filiación; la primera es una clasificación legal por encontrarse inmersa en la legislación guatemalteca y la segunda corresponde a una división doctrinaria.

2.2.1. Legal

Las distintas clases de filiación que se derivan de ésta clasificación tienen su base legal, es decir, que cada una de ellas tiene su fundamento en el Código Civil, tal como se verá a continuación:

²¹ Planiol Marcel y George Ribert. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 111.



a) Matrimonial

Esta filiación surge cuando los hijos son concebidos dentro del matrimonio aunque sea declarado insubsistente, nulo o anulable, la cual se regula en el Artículo 199 Código Civil. Se basa en la presunción de la fidelidad de la mujer y de la relación conyugal, por lo que sólo se exige que los padres se encuentren casados al momento de la concepción.

b) Cuasimatrimonial

Esta designación se da como consecuencia de que los hijos son concebidos dentro de la unión de hecho declarada y/o registrada, es decir, están casi dentro del matrimonio, pero no completamente en virtud de que la es una unión de hecho no se considera un matrimonio. La regulación se encuentra en el Artículo 182 Código Civil.

c) Extramatrimonial

Es el vínculo que une al hijo con sus padres no casados entre sí, esta descendencia se origina cuando los padres no tienen ningún vínculo legal, es decir no están casados ni han declarado su unión de hecho. Pero al ser reconocidos los hijos, producto de esta relación, la ley les concede todos los derechos de una filiación matrimonial, regulado en el Artículo 209 Código Civil.



d) Adoptiva

Esta generación surge de la institución de la adopción, también se le denomina filiación puramente civil, y únicamente trasciende entre los padres adoptivos y el adoptante. Ésta clase de filiación se encuentra regulada en el Artículo 2 literal a de la Ley de Adopciones. Se puede afirmar que la adopción es el acto a través del cual se le otorga la calidad de hijo legítimo a quien por naturaleza no lo es, y se establece un vínculo legal entre el adoptante y el adoptado.

2.2.2. Doctrinarias

Su base se encuentra únicamente en la doctrina, por lo que a continuación se detallará brevemente el contenido de las mismas:

a) Conocida

Se le denomina así, porque la identidad de los padres es cierta, está declarada y registrada. No existe duda de quiénes son los progenitores de la persona.



b) Desconocida

A esta procedencia se le denomina así porque la identidad de los padres es incierta, no está declarada ni registrada y sus descendientes son considerados como hijos de padre o madre no conocido.

c) Legítima

Esta filiación es otorgada al hijo nacido de padres válidamente casados entre sí. Nuestra legislación guatemalteca señala posibilidades o supuestos de esta filiación legítima así:

a) que los padres estén casados; b) que la concepción se dé dentro del matrimonio; c) la filiación de la madre por el solo hecho del parto; d) el reconocimiento del padre.

d) Legitimada

Esta filiación es considerada natural porque ha sido obtenida la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, es decir el hijo nace antes de la celebración del matrimonio por ello el hijo obtiene la calidad de legítimo.

e) Ilegítima

A esta dependencia también se le denomina natural y es la condición de los hijos nacidos fuera del matrimonio, es decir que los padres no están casados en el momento de la



concepción, pero los reconocen como hijos suyos y gozan de los mismos derechos del hijo legítimo.

2.3. Características de la filiación

Son las cualidades o rasgos que diferencian claramente la filiación de las demás instituciones del derecho civil y son:

2.3.1. Es un estado civil

Porque determina la posición jurídica de un individuo dentro de la sociedad, entorno a las categorías o situaciones fundamentales de libertad, de ciudadanía y de familia; libertad para hacer todo lo que la ley no le prohíbe; vinculación a un estado y pertenecer a un conglomerado familiar.

2.3.2. Es un hecho jurídico

Su fundamento se encuentra en el hecho biológico de la procreación (relaciones sexuales) porque la unión del ovulo y del espermatozoide es un hecho natural; con la excepción de la filiación adoptiva que es creada por la legislación.



2.3.3. Investigación libre de la paternidad o maternidad

Se refiere a que toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus progenitores, utilizando para ello los medios y métodos científicos existentes, los cuales no podrán ser limitados ni restringidos por parte de autoridad alguna, salvo regulación legal.

2.4. Formas de determinar la filiación

El Código Civil guatemalteco, indica el medio para establecer la filiación; las cuales pueden ser a través de la forma legal, voluntaria y judicial.

2.4.1. Legal

Esta forma de filiación es la que establece la ley. El Código Civil guatemalteco regula en qué momento surge la filiación paternal, así como una serie de etapas para poder impugnarla, cuando el hijo es concebido durante el matrimonio o la unión de hecho debidamente registrada. En cuanto a la maternidad, los legisladores aún no han regulado las controversias de ésta, en lo referente a la gestación por subrogación.

2.4.2. Voluntaria

Se denomina así, porque la realizan los padres voluntariamente, ante la imposibilidad de determinar la filiación por la forma legal, como consecuencia de no poder probar dicha



unión ni por el matrimonio ni por la unión de hecho debidamente registrada. Este reconocimiento tiene características propias como: es una confesión: debido a que es una manifestación personal y unilateral que no debe tener vicios; es un acto declarativo: ya que no tiene como fin crear un nuevo estado, sino probar una filiación ya existente desde el inicio de la concepción; es una manifestación de voluntad irrevocable: esto indica que el padre una vez reconocido el hijo, no puede arrepentirse o negarlo.

2.4.3. Judicial

Ésta la determina un juez y consiste en la resolución judicial que decide una controversia relativa a la filiación, tal como lo establece el Artículo 220 del Código Civil "El hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él". De lo anterior se puede deducir que la filiación judicial opera a través de la decisión de un juez, por medio de un proceso que inicia el hijo cuando desea investigar sobre su paternidad.

2.5. Efectos de la filiación

Como se pudo apreciar, la filiación surge de manera natural, por lo que de ella emanan derechos y obligaciones así como también instituciones como las siguientes:



2.5.1. Patria potestad

Es la relación entre padres e hijos, generadora de derechos y deberes recíprocos, concebidos siempre en función al amparo de los hijos”.²² El Código Civil no define qué debe entenderse por patria potestad, sin embargo se podría tomar como base para una definición lo regulado por el Artículo 254, el cual con una sencilla modificación quedaría así: “patria potestad es la institución que comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.

2.5.2. La sucesión hereditaria

En esta institución, la persona es titular de derechos y obligaciones mientras viva; sin embargo, existen otros derechos y obligaciones que se pueden transmitir, la legislación guatemalteca divide esta sucesión en: testamentaria, cuando el causante dispone de sus bienes en todo o en parte para después de su muerte; y la sucesión intestada, en la cual la persona no ha dispuesto nada por lo que la ley dispone el orden de quiénes van a sucederle, tal como lo establece el Artículo 1078 del Código Civil: “la ley llama a la sucesión intestada, en primer lugar, a los hijos, incluyendo a los adoptivos, y al cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales; quienes heredarán por partes

²² Fundación Tomás Moro. **Op. Cit.** Pág. 728.



iguales...” Es por ello que se hace necesario establecer la filiación que se tiene con el causante.

2.5.3. Estado civil

Por el estado civil se determinan los fenómenos jurídicos de gran importancia como: la nacionalidad que se deriva de los padres a los hijos, la sucesión hereditaria, los alimentos entre parientes, el parentesco, y otras instituciones más.

2.5.4. Efectos personales

En cuanto a los efectos personales de la filiación, es decir los efectos propios de sujetos que intervienen en esta institución: padres a hijos y viceversa puede mencionarse los siguientes:

a) Deberes de los hijos hacia sus padres

- Los menores de edad deben vivir con sus padres, o con la madre o el padre que los tenga a su cargo.
- Los hijos menores de edad no pueden abandonar el hogar sin previa autorización de sus padres o de la madre o del padre que los tenga a su cargo.



- Es un derecho de los hijos, que al cumplir catorce años pueden contratar su trabajo y percibir retribución, con el fin de ayudar a sus padres para su sostenimiento.
- Es obligación de los hijos, que aun cuando sean mayores de edad, deben honrar y respetar a sus padres y brindarles asistencia en todas las circunstancias de la vida.

b) Deberes de los padres hacia sus hijos

- Es obligación de los padres cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina.
- Tiene el derecho de representar legalmente al menor de edad o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición.
- La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce única y exclusivamente la persona que lo haya adoptado.
- Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos ni contraer obligaciones en nombre de ellos, obligaciones que excedan de los límites de su administración, sino por causa de necesidad y utilidad y con autorización de la Procuraduría General de la Nación.

- Los padres deben entregar a sus hijos, cuando lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración.



CAPÍTULO III



3. La gestación subrogada

Desde sus orígenes la civilización humana se ha reproducido de manera natural por medio de relaciones sexuales entre un hombre y una mujer; sin embargo, también es conocido que algunas mujeres no podían concebir derivado a problemas de infertilidad o de salud y morían con el deseo de experimentar el embarazo. Actualmente estas formas de reproducción natural están siendo objeto de profundos y permanentes estudios, análisis y experimentos científicos, los cuales han contribuido positivamente para lograr la fecundación y dar origen a nuevas vidas. Concretamente se está frente a las técnicas de reproducción humanas llamadas también “reproducción sin sexo” o “técnicas de reproducción asistida” que ha ampliado los tipos de familia y permiten ser padres a quienes no podían serlo, habilitando paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles en el pasado cercano, tales como la maternidad de mujeres estériles, la maternidad sin paternidad e incluso posibilita la maternidad de mujeres a edades muy avanzadas. Estas nuevas técnicas de reproducción humana permiten una planificación de la reproducción, o planificación familiar que evitan la transmisión de enfermedades congénitas; y poder determinar el sexo de los hijos. Es por ello que se demandan cambios en la normativa vigente relativa a la filiación, debido a que amplían las opciones de reproducción ya que cuestionan las nociones tradicionales de paternidad, maternidad y embarazo así como también la del parto.



Las técnicas de reproducción asistida que se utilizan para la reproducción humana son: la inseminación artificial; fertilización in vitro; y gestación por subrogación. Las citadas técnicas guardan estrecha relación entre sí.

La gestación subrogada, se da cuando existe una pareja en la cual la mujer (comitente) desea un embarazo, pero por motivos de salud, a pesar de ser fértil, no lo consigue. Se contacta a otra mujer (gestante) también fértil, persona que proporciona su vientre a la pareja comitente para lograr la maternidad. Después de dar a luz, la gestante hace entrega del o la recién nacido (a) a la pareja comitente. A la gestación subrogada la doctrina le denomina:

- gestación por subrogación,
- gestación por cuenta ajena ,
- gestación por cuenta de otro,
- gestación de sustitución,
- madre portadora,
- madre sustituta,
- madre de alquiler,
- madre gestante,
- madres portadoras,
- maternidad de alquiler,
- maternidad sustituta,
- maternidad suplente,
- maternidad de encargo,



- maternidad de sustitución
- alquiler de vientres,
- alquiler de útero,
- arriendo de útero,
- arrendamiento de vientre,
- vientre de alquiler,
- donación temporaria de útero.

Sin embargo, el más adecuado es el de gestación subrogada para no desvirtuar el concepto de maternidad, porque es preciso denominar madre a la mujer que aporta su material genético, cría, cuida y protege a sus hijos; mientras que en esta técnica de reproducción asistida la mujer únicamente gesta al nuevo ser para después ser entregado a los padres comitentes. Por lo complejo que resulta la gestación subrogada se puede confundir con la inseminación artificial así como con la fertilización in vitro, técnicas que posteriormente se desarrollaran.

En Guatemala aún no se ha regulado las modernas técnicas de reproducción humana, tema de la presente tesis, sin embargo tampoco está prohibido tal y como se desprende de lo estipulado en el Artículo 225 C del Código Penal cuando regula: "...No se consideran experimentos los diversos intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada". El Artículo anterior no establece qué técnicas de reproducción se pueden utilizar, por ello, bien podría aplicarse la gestación por subrogación. Debido a la ausencia de un sistema legal que permita

regular lo relativo a la gestación subrogada, existe una gran vulnerabilidad de derechos de las partes que intervienen en dicho proceso y puede ser penalizada por la ley.



3.1. Origen

Muchas parejas sueñan con tener hijos porque además es uno de los presupuestos para el matrimonio; tal como lo establece el Código Civil guatemalteco, al regular en el Artículo 78 lo siguiente “El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí”.

El sueño de procrear un hijo, se ve frustrado muchas veces por la infertilidad de una de las partes de la pareja y es esta misma situación la que ha provocado buscar en la ciencia la forma de procrear. Un antecedente mitológico se encuentra en la cultura griega, que señala a Nut como esposa infiel y su amante Geb, fueron separados por Shu, dios del aire y por Ra marido de Nut, quienes al enterarse de la traición, condenaron a Nut a la infertilidad por los 360 días del año. Nut acude a pedir ayuda a Thoth dios de la sabiduría, quien roba luz para crear cinco días más y así convertir el año en 365 días en los cuales nacen los cuatro hijos de Nut. La biblia también hace referencia a este tema en el libro de Génesis, en el capítulo 16, versículos del uno al cuatro, al señalar lo siguiente: “Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero como tenía una esclava egipcia llamada Agar, Saray le dijo a Abram: El señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos. Abram aceptó la



propuesta que le hizo Saray. Entonces ella tomo a Agar, la esclava egipcia, entregó a Abram como mujer. Esto ocurrió cuando ya hacía diez años que Abram vivía en Canaán. Abram tuvo relaciones con Agar, y ella concibió un hijo...”.²³ El pasaje bíblico relata que Saray no podía tener hijos, era infértil por lo que desesperada, acude a una tercera persona llamada Agar para que engendre un hijo con su marido, en este caso se está ante una gestación tradicional. La biblia también relata en el primer libro de Samuel, capítulo 1, versículo 2, que Elcaná tenía dos esposas. Una de ellas se llamaba Ana, y la otra Penina. Esta tenía hijos, pero Ana no tenía ninguno; pero después de orarle por mucho tiempo al Señor, él le concedió un hijo al que puso por nombre Samuel, que en hebreo significa: Dios oyó. Otro ejemplo de infertilidad se encuentra en este mismo libro sagrado, en el libro de Génesis, capítulos 29 y 30, relata que las hermanas Lea y Raquel se casaron con Jacob pero Raquel no podía concebir un hijo, utilizando a su criada de nombre Bilhá para que su marido tuviere hijos con ella.

En Babilonia, el código de Hammurabi, señala que la mujer que era infértil y deseaba tener un hijo, debía dar una esclava a su esposo para que tuviera relaciones sexuales bajo la condición de no buscar ninguna otra concubina, salvo si la concubina dada también era infértil.

En Egipto también se utilizaba a las esclavas como sustitutas de las esposas que eran infértiles. En Grecia existe un antecedente conformado por el rey Deyotario y la princesa Estratónica la cual era infértil, ella persuadió a su esposo de tomar a otra mujer y tener

²³ Internacional, sociedad bíblica. Nueva versión internacional. **La biblia del nuevo milenio**. Pág. 14.



hijos para luego adoptarlos como hijos suyos, tanta fue su insistencia que el rey accedió y tomó como su mujer a Electra, una de las doncellas más bellas del reino.

La historia relata muchos acontecimientos que describen la forma de solucionar la infertilidad, utilizando más la subrogación tradicional, es decir, cuando la concubina o criada aportaba su cuerpo y gestaba, y el hombre aportaba sus espermias, claro a través de la fecundación natural.

En el siglo XX se dio una limitación en las adopciones, lo que provocó el aumento de las técnicas de reproducción asistida. En los años ochenta, los científicos fueron capaces de implantar en el útero un embrión a través de la fertilización in vitro, una alternativa para aquellas mujeres que deseaban ser madres y que producían óvulos sanos, pero, por razones médicas o problemas uterinos les era imposible concebir. Con el avance de la ciencia ha logrado solucionar el problema de infertilidad a través de la inseminación artificial, la cual fue realizada por primera vez en el año de 1967.

En el año 1975 en los Estados Unidos de América, inicia la gestación subrogada cuando una pareja estéril hace una publicación en un periódico, solicitando una mujer para que fuera inseminada artificialmente, remunerándola por ese servicio. El primer antecedente que registra un acuerdo escrito de gestación por subrogación data de 1976, gracias al abogado Noel Keane, en Michigan, Estados Unidos, quien creó surrogate family service inc, con la finalidad de auxiliar a las parejas con dificultades para concebir, facilitando el

acceso a las mujeres gestantes así como los trámites legales necesarios para llevar a cabo la gestación subrogada.



Los científicos no cesaron en las investigaciones y en los experimentos, por lo que en el año 1978 en Oldham, Gran Bretaña, se experimentó la concepción del primer ser humano fuera del claustro materno de Louise Brown, gracias a los británicos: el biólogo Robert Edwart y el ginecólogo Patrick Steptoe.

El primer caso de gestación por sustitución fue reportado en 1984, cuando el óvulo de una mujer sin útero (denominada comitente) inseminado in vitro, fue transferido al útero de su amiga (denominada gestante del embarazo), y al dar a luz al bebé no se le encontró ningún rasgo genético de la gestante.

Resulta fundamental citar el caso de Baby M. en Nueva Jersey en 1988, cuando Mary Beth Whitehead, acepta el acuerdo de maternidad subrogada, es decir acepta gestar en su vientre al hijo de la pareja Stern; cuando la niña nace, la señora Whitehead opta por no entregar al bebé a los padres biológicos y huye; con la ayuda de un detective privado fue localizada y el caso se somete al Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en donde el juez al resolver, otorga la custodia a la pareja Stern otorgándole a la señora Stern una orden para la adopción de la niña y declaró válido el contrato de subrogación por lo que denegó los derechos maternos a la señora Whitehead.

En Guatemala la primera clínica de fertilidad humana se inició en el año de 1976, al Doctor Haroldo López, en el Hospital San Juan de Dios; y en febrero de 1990 se realiza la ejecución del programa de fertilización asistida. En 1995 se inicia el cultivo intravaginal de embriones, por lo que el Doctor López decide implementar el primer centro de reproducción humana en centroamérica, el cual se encuentra ubicado en el boulevard los Próceres 24-69 edificio empresarial, zona Pradera, torre tres, nivel dos oficina 212 en la ciudad de Guatemala.

En Moscú, a finales de 2005, una mujer prestó su vientre para una pareja rusa, estando embarazada dio su consentimiento para que los cónyuges inscribieran al niño y así ser los padres, luego decidió impugnar la filiación pero la legislación Rusa establece que la madre subrogada, no puede impugnar la filiación una vez se haya inscrito en el libro de nacimientos.

Es importante hacer mención que existen varios países en donde aún practican la gestación por subrogación tradicional, por no tener el conocimiento de las nuevas técnicas de reproducción asistida, y además, por carecer de medios económicos o simplemente por preferir que quien sea la gestante sea persona conocida o allegada a la pareja.





3.2. Definición

Para lograr definir la gestación subrogada, se acotará que el término engloba dos conceptos: en primer lugar el de gestación que es el tiempo en el cual se desarrolla la preñez y en segundo lugar, la subrogada, del verbo subrogar que significa la sustitución de una persona o cosa en lugar de otra. Hecha esta acotación, se considera que la gestación subrogada se puede definir como el tiempo en cual una mujer desarrolla en su vientre un bebe que no es suyo para, luego de dar a luz, entregárselo a los padres respectivos. El profesor Dr. D. Pedro F. Silva-Ruiz, en su ponencia panorámica general de la fecundación humana asistida, utiliza el término de maternidad subrogada y la define como: “una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia a su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos los derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”.²⁴

La revista online babygest, aplica también el título de maternidad subrogada y al definirla lo hace de la siguiente manera: “es una técnica de reproducción asistida por la que una

²⁴ II Congreso mundial vasco. **La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana.** Pág. 99.



mujer accede a gestar el hijo de otras personas, ya sea por una remuneración económica o de forma totalmente altruista. A esa mujer se le llama madre subrogada o gestante y a los futuros padres se les llama padres comitentes o intencionales”.²⁵ El informe de Warnock, define subrogación como: “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.²⁶

3.3. Clases

Existen variedad de clases gestación por subrogación, dependiendo de la técnica de reproducción asistida que se emplee y de los fines con que se realice así:

3.3.1. Tradicional

Esta clase de gestación subrogada fue la primera que existió de cuyos antecedentes la biblia, en el libro de Génesis, capítulos 29 y 30, relata que las hermanas Lea y Raquel, se casaron con Jacob, pero Raquel no podía concebir un hijo, y utilizó a su criada de nombre Bilhá para que su marido tuviere hijos con ella. En esta clase de gestación por subrogación, la mujer además de gestar, aporta sus propios óvulos y la fecundación podrá hacerse directa o a través de la técnica de inseminación artificial. Se emplea con

²⁵ <http://www.babygest.es/gestacion-subrogada/>.(Consultado el 4 de diciembre de 2015).

²⁶ Leonsegui Guillot, Rosa Adela. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7.1994. **La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo**. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF> (consultado 5 de diciembre de 2015).



menor frecuencia debido a que la gestante y él bebe tiene un mayor vínculo al con el parto carga genética, lo que genera problemas legales ya que la gestante es madre biológica y legal a la vez.

3.3.2. Inseminación artificial

Esta consiste en la introducción de semen en el cuello uterino, mediante instrumentación, sin dolor. El Profesor Dr. D. Pedro F. Silva-Ruiz, al referirse a esta clase de gestación subrogada, señala: “salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril... No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido”.²⁷(sic)

Si la inseminación artificial se realiza con óvulos y semen de la pareja, ambos están aportando material genético, ambos son fértiles y la inseminación artificial solo es el medio para facilitar el encuentro y realizar así la fecundación, acá se está ante una inseminación homóloga. Ahora bien, si en la pareja alguno de ellos no aporta el componente genético, es una inseminación heteróloga.

²⁷ II Congreso Mundial Vasco. **Op. Cit.** Pág. 86.



3.3.3. Fertilización in vitro

Esta clase de gestación subrogada consiste en obtener una cantidad de óvulos maduros a través de una punción, mediante tratamientos inductores de la ovulación; esos óvulos son extraídos por un aparato especial vía vaginal o por el ombligo, luego, esos óvulos se unirán con un espermatozoide fértil, ya descongelados (si hubiesen sido congelados en una probeta con sustancias nutritivas para su fecundación) transcurridos algunos días, se implanta en el útero de la mujer. Aproximadamente entre 17 y 20 horas se tendrá el resultado de la fecundación, si fue exitosa, se obtendrá un cigoto, el cual ya podrá continuar con cada una de las etapas de un embrión. El investigador Pedro Esponda, explica: “la fecundación in vitro es un método por el cual la unión del espermatozoide con el óvulo se realiza en un tubo de ensayo y por lo tanto fuera del medio en el que naturalmente ocurre. En los mamíferos, cuando se efectúa la fecundación in vitro, el tubo de ensayo reemplaza al tracto reproductor femenino”.²⁸ El diario el Periódico, de fecha 11 de junio de 1999, al referirse a la fertilización in vitro, publicó lo siguiente: “Es una técnica con la cual se fecunda al óvulo de la mujer en el laboratorio al ser enfrentado con el espermatozoide; este óvulo fecundado, llamado célula huevo o cigoto, es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación”.²⁹

Varios famosos también han acudido a esta clase de gestación subrogada, tal es el caso de Sofía Vergara y su ex esposo el empresario Loeb, quienes motivados por ser padres

²⁸ Esponda, Pedro. **Seres del futuro. De la fecundación in vitro a los clónicos y transgénicos.** Pág. 47.

²⁹ El Periódico. **La infertilidad.** Pág. 2.



aportaron su material genético, y tras varias publicaciones en los periódicos contactaron a una mujer a fin de que gestara el embrión.

3.4. Formas de la gestación subrogada

Al momento de iniciar el proceso de gestación subrogada, es necesario establecer en que forma lo realizará la gestante; si es a través de un lucro o por amor y deseo de ayudar a otra mujer.

3.4.1. Lucrativa

Consiste en la aceptación de la gestante para llevar a cabo la gestación, a cambio de una remuneración de cualquier naturaleza. En Guatemala puede ser considerado un delito de acuerdo a lo estipulado en el Decreto número 17-73 Código Penal, que señala: "Artículo 202 Ter. Trata de personas. Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o varias personas con fines de explotación. Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil quetzales. En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal. Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el



tráfico de órganos y tejidos humanos, el reclutamiento de personas menores de edad por grupos delictivos organizados, adopción irregular, trámite irregular de adopción, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil. Artículo 202 Quater Remuneración por la trata de personas. Quien para sí mismo o para terceros, a cambio de las actividades de explotación a que se refiere el delito de trata, brinda o prometa a una persona o a terceros un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza, será sancionado con pena de prisión de seis a ocho años...”.

3.4.2. Altruista

Esta forma de gestación subrogada es realizada por una mujer a quien se le denomina gestante, sin fines lucrativos motivada únicamente por el deseo de que la mujer que encarga la gestación, denominada comitente, experimente el don divino de ser madre, es decir, cuidar, alimentar, educar y proteger a su hijo quien lleva su material genético. Lo anterior no excluye a que a la gestante se le cubra todos los gastos ocasionados por el embarazo y el parto, tales como vitaminas, medicinas, hospitalización, alimentos, ropa, entre otros.

3.5. Sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada

Dentro del proceso de gestación subrogada intervienen varios sujetos, los cuales realizan una función importante para la materialización de este método de reproducción humana, siendo éstos:



3.5.1. Los comitentes

Se les llama así a la o las personas que acuden a una mujer para acordar que preste su vientre con el fin de gestar a un bebé, el que les será entregado a los comitentes después del parto. También son conocidos como padres de intensión.

La mujer (comitente) deberá hacerse una serie de exámenes con los cuales el Instituto de Ciencias Forenses determinará si es posible la gestación subrogada, sin ese informe emanado por la institución no podrá iniciarse el proceso.

3.5.2. La gestante

Con este término se conoce a la mujer que gesta en su vientre a un nuevo ser, implantado a través de alguna de las técnicas de reproducción humana que puede o no utilizar su propio óvulo, con la condición de entregar al bebé a los padres comitentes.

La gestante de ser mayor de edad, debe encontrarse en buenas condiciones de salud, con capacidades mentales y volitivas de acuerdo a un informe que extenderá el Instituto Nacional de Ciencias Forenses además debe de haber procreado por lo mínimo dos hijos; para poder ser gestante debe firmar el acuerdo de voluntades, en donde se compromete a entregar al bebé luego de dar a luz y de no formar ningún vínculo afectivo con él.



3.5.3. El profesional

Es el facultativo de la medicina que realiza el proceso de gestación subrogada, iniciando con la obtención del óvulo y el espermatozoide de los comitentes, para luego, a través de la fertilización in vitro, introducirlo en el cuerpo de la gestante, previo consentimiento de ésta, así como de los comitentes. Durante el desarrollo del citado proceso deben incluirse la participación de profesionales del derecho, con el fin de regularlo y que la gestación por subrogación no sea utilizada con fines ilícitos, así como también es aconsejable la contratación de psicólogos que apoyen a la gestante, a la comitente y al nuevo ser.

3.5.4. El nuevo ser

Así se le denomina al ser humano cuyo nacimiento es producto de la utilización de la gestación por subrogación, el cual es concebido fuera del útero de la madre para luego ser implantado y fecundando en el vientre de la gestante.

3.5.5. Donante

Son sujetos ajenos a la pareja comitente que disponen su material genético a favor de ellos, pueden o no aparecer dentro del proceso de gestación por subrogación debido a que su intervención solamente es necesaria cuando alguno de los comitentes no puede aportar su material genético, la catedrática de derecho civil Encarna Roca Trías, define



al donante como: “aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales como donante”.³⁰

Un donante debe ser sometido previamente a pruebas de selección que constituyen requisitos exigidos por los distintos laboratorios, siendo algunas de ellas, de acuerdo al laboratorio de andrología, del laboratorio médico CITOLAB ubicado en la 3era Calle 4-32, zona 10 de la ciudad de Guatemala, las siguientes:

- Encontrarse en perfectas condiciones de salud,
- Son sometidos a entrevistas personales,
- Exámenes de laboratorio y
- Proporcionar su historial familiar a fin de evitar el posible traspaso de condiciones genéticas.

Únicamente pueden ser donantes los mayores de edad, de ambos sexos, sin sobrepeso y en lo que respecta a la estatura para los varones: mínimo 1.70 y para las mujeres 1.60 metros. Es importante resaltar que este laboratorio cuenta con un banco de semen y posibilita la donación de óvulos.

3.6. Derechos de los sujetos que interviene en el proceso de gestación subrogada

Cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso de gestación por subrogación adquiere derechos, sin embargo en Guatemala estos derechos no existen por carecer

³⁰ II Congreso mundial vasco. **Op. Cit.** Pág. 43.

de legislación; no obstante gozan de los derechos fundamentales que por analogía les corresponde a otros de igual naturaleza.



3.6.1. Los comitentes

La legislación guatemalteca como se ha indicado, no regula la gestación por subrogación; sin embargo, según se definió, los comitentes son los padres biológicos del niño o niña que ha sido gestado, y por consiguiente, adquieren los derechos que las leyes guatemaltecas les conceden a los padres de un hijo nacido de forma natural. Entre estos derechos están:

- ser legalmente los padres del menor de edad,
- representarlos legalmente en todos los actos de la vida civil,
- administrar sus bienes,
- aprovechar sus servicios,
- ser respetado por los hijos,
- corregir a sus hijos,
- educarlos,
- procrear,
- ser padres,
- reproducirse,
- tener hijos.



3.6.2. La gestante

Es criticada la comercialización del cuerpo de la mujer sí la gestación por subrogación se ve desde el punto de vista mercantilista; pero si la gestante lo hace con fines no lucrativos, motivada únicamente por el deseo de que la mujer que encarga la gestación experimente el don divino de ser madre; puede considerarse como un acto de amor a la vida y a la reproducción del ser humano. En este caso tiene derecho a:

- indemnización por problemas ocasionados por el embarazo,
- gestar en su vientre a un niño que no es suyo,
- poder disponer de su cuerpo libremente,
- respetar su dignidad como mujer,
- ser respetada por la sociedad,
- seguro médico
- no ser discriminada.

3.6.3. El profesional

Es necesario tener en cuenta que la ciencia y la medicina avanzan por lo que no se le puede vedar el derecho al profesional de la medicina de aplicar sus conocimientos en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y ayudar a quienes desean ser padres porque gracias a sus conocimientos adquiridos pueden dar el don de la vida.



3.6.4. El niño

Un proceso de gestación subrogada lleva implícito la voluntad de procrear de los comitentes y de la gestante, sin embargo lo que se está creando es una persona, susceptible de ser sujeto de derechos y obligaciones, tal como lo regula el Artículo 1 del Código civil “La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo al que está por nacer se le considera nacido para todo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”. La carencia de regulación guatemalteca en torno a la gestación por subrogación no lleva implícito la carencia de derechos del futuro ser, por considerar que tales derechos son inherentes a la persona, tales, como:

- la vida,
- libertad,
- igualdad,
- atribuirle una nacionalidad,
- sea reconocida su filiación,
- poseer un nombre,
- tener un patrimonio,
- capacidad,
- estado civil,
- patrimonio.



3.7. Obligaciones de los sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada

A este respecto, no solo se deben hacer referencia los derechos que le asisten a cada uno de los sujetos involucrados, sino que también a las obligaciones que con su participación adquiere.

3.7.1. Los comitentes

La pareja que acude a la gestación por subrogación tiene el deseo de tener un hijo aportando el material genético con el cual se va a fecundar a la gestante, por ende son responsables de la gestación y una vez iniciado este proceso, la pareja no puede inducir a la gestante a un aborto, ni mucho menos abandonar al nuevo ser o despreciarlo una vez se haya dado el alumbramiento ya sea por enfermedades o malformaciones. Al ser los comitentes los padres legales del niño, tienen las siguientes obligaciones:

- representarlos legalmente en todos los actos de la vida civil,
- administrar sus bienes,
- respetarlos,
- corregirlos,
- cuidarlos,
- sustentarlos,
- educarlos,
- procrear,



- ser padres,
- reproducirse,
- tener hijos.

3.7.2. La gestante

En relación al proceso de gestación subrogada, la gestante, una vez comprometida a realizar el proceso, debe someterse a las evaluaciones médicas o de salud mental que de acuerdo al profesional de la medicina se considere, necesario realizarlo, así como a todas aquellas prevenciones que se le hagan, como el de no consumir drogas, llevar una dieta balanceada, entre otros cuidados, es importante recalcar que la gestante no puede abortar al bebé sin una causa médica razonable así como tampoco puede quedarse con el bebé una vez haya dado a luz.

3.7.3. El profesional

El profesional de la medicina que realice la gestación subrogada además de las obligaciones propias de su especialidad deberá tomar las precauciones necesarias para resguardar la integridad física de la mujer gestante así como del nuevo ser que gracias a la ciencia y a él, se creará; asimismo, velará por la no transmisión de enfermedades adquiridas o malformaciones que se puedan suscitar y de ser así, comunicarlo inmediatamente a la gestantes y a los comitentes. Es de resaltar que por ser un proceso muy complicado y novedoso se deberá informar a la mujer gestante los peligros

inherentes a la gestación subrogada, porque el papel del médico debe ser el de evitar el sufrimiento por no tener hijos y no la satisfacción de un deseo.



3.8. Acuerdo de voluntades

Al realizarse el proceso de gestación subrogada es necesario realizar un acuerdo de voluntades de todos los sujetos que intervienen en él, es decir, el consentimiento de los comitentes, la gestante y el profesional, con el propósito de contar con un documento que permitirá ser prueba directa y cierta de ese proceso que respaldará el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes; al respecto el Dr. D. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano, señalan: “la existencia de esa prueba cierta permite conocer en todo momento con exactitud quiénes son el padre y la madre naturales de una persona concebida con las técnicas de fecundación asistida. Ello puede ser especialmente importante para el ejercicio de las acciones de filiación.”³¹ Sin embargo, de no existir tal acuerdo la prueba de ADN comprobaría la identidad de la madre. Por lo que el referido acuerdo de voluntades no transforma en madre a quien no haya aportado su material genético.

En Guatemala no es posible la celebración de un contrato de gestación subrogada, aunque no se convenga un precio por gestar, por considerar que la gestación de un niño no puede pactarse a través de un negocio jurídico, lo que origina que el contrato sea inexistente y por tanto no produce efectos jurídicos, tal como lo establece el Artículo 1301

³¹ II Congreso mundial vasco. **Op. Cit.** Pág. 121.



del Código Civil “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia”

3.9. Causas que dan origen a la gestación subrogada

Existen muchas causas a las cuales se les atribuye su origen, entre éstas tenemos: infertilidad, esterilidad, fracasos de la fertilización in vitro, enfermedades que impiden el embarazo, embarazos de alto riesgo, entre otros. Es muy importante resaltar que únicamente la mujer (comitente) que sufra estas enfermedades o cualquier otra debidamente comprobada por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses puede acudir a este proceso.

3.9.1. Infertilidad

De acuerdo al Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena, la infertilidad “es la incapacidad de llevar a término el producto de la concepción”³². Esta definición de infertilidad es aplicable en la vida real, porque puede suceder que la comitente nunca haya procreado un hijo, o bien, después de haber procreado uno, ya no vuelva a concebir, en este último caso se generan embarazos, pero por diferentes causas acaban en abortos por lo que se acude ante otra mujer para que le geste un bebé.

³² Sopena, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Tomo III. Pág. 2254.



3.9.2. Esterilidad

Según el Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena, la esterilidad, entre otros, “es la incapacidad de realizar la concepción”.³³ Visto de esta manera, la incapacidad de concebir un hijo en un plazo razonable, mismo que varían según la edad y las circunstancias, sin que se haya utilizado algún método anticonceptivo, ha permitido la utilización con frecuencia de la gestación por subrogación.

3.9.3. Fracasos en la fertilización in vitro

Otras de las causas por la cual se recurre a la gestación por subrogación son los fracasos en cuanto a la fertilización in vitro; las parejas tras varios intentos no se sienten capaces de enfrentarse a un nuevo fracaso, el desgaste emocional, los repetidos abortos y la idea desesperada de tener un hijo, hacen que recurran a una mujer para que geste por ellos al niño tan anhelado, aportando la mujer su propio óvulo y el hombre su espermatozoide.

3.9.4. Enfermedades que impiden el embarazo

Son muchas las razones por las que una mujer no puede quedar embarazada, alguna de ellas se deben a anomalías anatómica del útero que dificulta o impide la implantación del embrión, por lo que existe una incapacidad para llevar el embarazo a buen término, o puede suceder que la capa mucosa del útero sufra inflamación o infección por lo que

³³ **Ibíd.** Tomo II Pág. 1702.



el embrión no puede ser implantado. Algunas mujeres sufren de enfermedades inmunológicas por lo que durante todo el embarazo deben ser controladas y existe un peligro para la vida tanto del feto como de la madre; por otra parte, los medicamentos que debe tomar la madre para sobrellevar este tipo de enfermedades puede causar malformaciones o problemas graves al futuro bebé. Por lo que las mujeres prefieren no afrontar tales riesgos y buscar una solución a través de la gestación por subrogación.

3.10. La maternidad

Es un tema muy controversial hoy en día, debido a que la maternidad no era objeto de discusión por mucho tiempo, sin embargo, con las técnicas de reproducción asistida, lo tradicional se convierte en un problema, causando serios problemas a los sujetos involucrados en estos procesos, por lo que a continuación, se expondrá el porqué de este dilema y las distintas denominación que en la actualidad existen.

3.10.1. Definición

Es de suma importancia definir qué debe entenderse por maternidad, ésta, puede abordarse desde cuatro punto de vistas diferentes, atendiendo a su significado etimológico, por su significado gramatical, desde un punto de vista biológico y el jurídico, que es para la presente tesis el más importante.



a) Definición etimológico

“La palabra maternidad está conformada por raíces latinas y significa “cualidad propia de la madre”. Sus componentes léxicos son: mater (madre), nus (sufijo que indica pertenencia o procedencia), más el sufijo – dad (cualidad)”.³⁴

b) Definición gramatical

De acuerdo al diccionario enciclopédico ilustrado sopena, maternidad significa: “Estado o calidad de madre”³⁵ ahora bien, si se busca la palabra madre se refiere a, entre otros: “hembra que ha parido, respecto de sus hijos”.³⁶

c) Definición biológica

Se le llama maternidad al proceso de gestar en el vientre a un bebé, para que luego de nueve meses dé a luz, es un proceso natural entre un hombre y una mujer que luego de tener relaciones sexuales.

³⁴ <http://etimologias.dechile.net/?maternidad>. (Consultado el 10 de diciembre 2015).

³⁵ Sopena, Ramón. **Op. Cit.** tomo III. Pág. 2671.

³⁶ **Ibíd.** Pág. 2563.



d) Definición jurídica

La maternidad es el vínculo que existe y une a la madre con el hijo, se encuentra inmersa en la institución de filiación y es parte del derecho de familia. El Código Civil guatemalteco no lo regula debido a que varias normas son resabios del derecho romano, por lo que se establece la locución “mater Semper certa est” que significa: “la madre es siempre cierta por el solo hecho del nacimiento”, pero resulta que en la actualidad ya no es así, debido a la gestación por subrogación.

3.10.2. Tipos de maternidad

La maternidad hoy en día es objeto de clasificación por el uso de la gestación por subrogación y la inadecuada denominación de los sujetos que intervienen dentro del proceso, por lo que a continuación se expone su la clasificación:

a) Legal

Es la maternidad reconocida y aceptada por el ordenamiento jurídico guatemalteco, el cual acepta como madre legal a la mujer que dio a luz, pero con el uso de la gestación por subrogación y atendiendo a la teoría de la intención, debe reconocérsele como madre legal a la mujer que acudió a la gestación por subrogación con la intención y voluntad de procrear un hijo, solo que por no poder hacerlo ella misma acude a una gestante.



b) Biológica

Este tipo de maternidad se establece por el vínculo genético que lleva implícito el feto y la mujer que aportó su óvulo, sin embargo la legislación guatemalteca es clara en establecer que la maternidad se prueba con el hecho del nacimiento; al utilizar la gestación por subrogación se le debe reconocer la maternidad a la mujer que dio su óvulo para que lo fecundaran en el útero de la gestante, además esta maternidad puede ser comprobada científicamente a través de una prueba biológica capaz de determinar la maternidad del nuevo ser, al respecto Di Lella, expone “el análisis de ADN consiste en un estudio molecular para generar perfiles genéticos, luego se hace una confrontación para determinar si el individuo debe ser incluido o excluido y, supuesto que sea incluido, se ponderan las posibilidades de que algún otro de la población en general haya proporcionado una igual evidencia”³⁷.

c) Gestante

En este concepto se reconoce a la mujer gestante por llevar en su vientre a un bebé que no es suyo y que luego del alumbramiento deberá ser entregado a los comitentes, la maternidad gestante únicamente incluye el tiempo de gestación, porque luego de dar a luz se extingue; sin embargo esta clase de maternidad es la que reconoce el Código Civil guatemalteco.

³⁷ Di Lella, Pedro. **Op. Cit.** Pág. 23.



3.10.3. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad

Debido a que el Código Civil guatemalteco sostiene una postura inalterable en cuanto a la maternidad, y el uso de las técnicas de reproducción asistida se hace mayor, es necesario determinar quién es la madre del futuro niño que nacerá como consecuencia de la gestación por subrogación, por lo que a continuación se presentan tres posturas doctrinarias.

a) Teoría sobre la intención

Esta teoría fue desarrollada en la corte del estado de California en Estados Unidos de América en 1993, cuando a ésta llegó un caso denominado Johson v. Calverti, en el cual la comitente y la gestante reclamaban la maternidad, en este caso los miembros de la corte resolvieron que la madre era la que había tenido la intención de procrear y criar a la criatura, no la que lo gestó. Esta teoría se basa en la intención, en la voluntad que tienen los comitentes de ser padres y la filiación debe ser acreditada a ellos. La Doctora Eleonora Lamm al referirse a esta hipótesis establece lo siguiente: “para esta teoría, la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar la criatura. Ésta es conocida como la madre comitente (commissioning mother). Esta teoría está basada en la creencia de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura



no hubiese sido creada”.³⁸ Derivado de esta teoría surgen los nombres de padres de intención o padres comitentes.

b) Teoría de contribución genética

Esta teoría tiene su base fundamental en el vínculo genético que existe entre la comitente y el feto, debido a que el niño se parecerá genéticamente a quien aportó el material genético y no a quien lo gestó por nueve meses, por lo que es necesario atribuirle la calidad de maternidad legal y maternidad biológica a la mujer que ha deseado que ese futuro ser sea suyo, y ha acudido a la gestación subrogada aportando su óvulo.

c) Teoría de la preferencia de la madre gestante

Debido a que varios autores afirman que madre es la que da a luz independientemente si se usó o no una técnica de reproducción asistida, ellos consideran que esta teoría es la que debe prevalecer debido al valor al lazo que se formó durante los nueve meses entre la gestante y el feto; sin embargo no comparto esta postura por considera que la gestante conoce su misión en el proceso de gestación por subrogación el cual consiste en llevar a término el embarazo y después de dar a luz, hacer entrega del recién nacido a la comitente que fue lo convenido al momento de contactarla.

³⁸ Eleonora Lamm. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf>. (consultado el 15 de diciembre de 2015).



CAPÍTULO IV



4. Reforma al Artículo 210 del Código Civil guatemalteco, adicionando la filiación por gestación subrogada

Un ordenamiento jurídico adquiere unidad y validez cuando todas las normas jurídicas se encuentran armonizadas con el fin de procurar el bien común, de acuerdo al trabajo de investigación realizado, es necesario armonizar dos cuerpos legales fundamentales como lo son: la Constitución Política de la República de Guatemala, que es la ley fundamental de la organización del Estado; y el Código Civil que, por ser una ley sustantiva, regula derechos individuales, con el objeto de lograr el reconocimiento legal de la filiación por gestación subrogada reformando el Artículo 210 del Código Civil. El Profesor Santiago López Aguilar, define lo que debe entenderse por reforma de una ley así: “reforma significa la introducción de cambios parciales en la ley vigente...”,³⁹ es decir, que con la reforma, se modificará dicho Artículo, con el objeto de ampliar el reconocimiento y establecimiento de la filiación por parte de la madre, cuando se haya realizado el acuerdo de gestación subrogada.

En concordancia con lo anterior, el derecho debe ir ajustándose a los cambios y a las necesidades de la sociedad ampliando su marco regulatorio y no solo abarcar instituciones que han sido heredadas de la antigua Roma y que hoy en día muchas de ellas han sido modificadas por la ciencia, es por ello necesario un ordenamiento jurídico

³⁹ López Aguilar Santiago. *Introducción al derecho*. Pág. 134.



adaptable, que acepte estos cambios para regularlos. Tal es el caso de la **gestación** subrogada que por no ser un concepto clásico del derecho de familia queda **sin** regulación. La Doctora en derecho y bioética Eleonora Lamm en su conferencia **Gestación por sustitución. Realidad y Legalidad en España y en el mundo**, cita a Eliza de Rudinezco con la siguiente frase: “no tenemos que tener miedo de cambiar las leyes por los cambios que se produzcan en la sociedad, no hay que tenerle miedo a los cambios de la sociedad y la ciencia; siempre se nos dice que cualquier cambio relacionado con la familia nos lleva al pánico: divorcio, igualdad de derechos, el aborto, siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar y nunca pasa, porque un apocalipsis sería una humanidad que no quiere hijos”.⁴⁰

4.1. Norma actual

El actual Código Civil guatemalteco en el Artículo 210 y cuyo epígrafe establece lo siguiente: “Reconocimiento del padre”, es decir que únicamente el hombre (padre) puede realizar el reconocimiento de la filiación más no la mujer (madre); si bien es cierto, la Ley del Organismo Judicial establece en el Artículo 207: “los epígrafes que encabezan los artículos de una ley no tienen más valor ni función que el de facilitar la consulta y carecen de carácter legal”, es necesario acotar que el epígrafe antes indicado no señala tal reconocimiento a la mujer.

⁴⁰ <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/conferencia-gestacion-por-sustitucion-realidad-y-legalidad-en-Espana-y-el-mundo>. Conferencia **Gestación por sustitución. Realidad y legalidad en España y el mundo**. Impartida el 17 de febrero de 2015.



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

4.2. Norma reformada adicionando la filiación subrogada

Ante la imposibilidad del actual ordenamiento jurídico guatemalteco de poder otorgarle la filiación materna a la madre comitente por regir el principio Mater Semper Certa Est, es necesario establecer los diferentes elementos de la filiación para poder demostrar la relación materno filial en los casos de gestación subrogada; se debe hacer una integración en cuanto al elemento biológico, el elemento constituido por la voluntad de querer ser madre y por el elemento genético que consiste en la identidad genética entre la madre comitente y él bebé.

Por lo expuesto anteriormente, es necesario reformar la norma legal, incorporando una solución capaz de atribuirle legalmente la maternidad a la madre biológica y no a la gestante como lo indica la corriente que actualmente regula el Código Civil.

Por lo que el Artículo 210 del Código Civil, reformado, quedaría así: “Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento o con el acuerdo de



gestación por subrogación; y, con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad”.

4.3. Beneficios que trae esta reforma al ordenamiento jurídico

La reforma que se pretende realizar al Artículo 210 del Código Civil adicionando la filiación por gestación subrogada, es un avance científico y jurídico, en donde la subrogación finalmente será aceptada por la sociedad en general, como una herramienta más para los fines de procreación en determinadas circunstancias, ya que no es posible ignorar su existencia ni minimizar su importancia. Con la reforma al Artículo citado se tendrá un control y un aval dentro de un marco legal, evitando excesos o conductas indeseables que puedan convertirse en delito, por lo que esto abre un nuevo panorama al desarrollo en cuanto a los métodos de reproducción asistida en Guatemala.

Brindará apoyo, pero sobre todo velará por la protección legal a aquellas parejas que han anhelado ser padres, pero que por diversas circunstancias no les ha sido posible, y que al momento de realizar el proceso de gestación subrogada, la determinación de la filiación materna se hará a través de la teoría de la intensión, es decir, que madre es quien deseó aportar el óvulo y no quien dio a luz, proporcionado así un respaldo legal a la pareja comitente y buscando siempre el interés superior del niño. El reconocimiento de los niños nacidos, producto de la gestación por subrogación, se realizará sin mayores complicaciones, presentando el acuerdo de voluntades ante el Registro Nacional de las Personas, adicionalmente, si así fuere requerido un estudio de ADN para demostrar que



los comitentes son los padres biológicos del recién nacido, se emitirá la certificación de la partida de nacimiento de igual forma que se hace para los bebés nacidos de manera natural, sin ninguna adición o descripción que vulnere los derechos de los sujetos involucrados en este proceso. Es muy importante resaltar el apoyo que prestarán las distintas instituciones del Estado, para velar por la correcta aplicación del proceso de gestación subrogada, tal como se verá más adelante.

4.4. Instituciones encargadas de velar por la correcta implementación de la gestación subrogada

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 1, establece: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. El Estado de Guatemala protege a la persona y busca principalmente el bien común, se organiza a través de sus distintos órganos e instituciones, de forma que cada uno de ellos desempeñen distintas funciones estatales, es decir, actúen dentro de la esfera de su competencia, asimismo es necesario capacitar al personal, ya que éste es un tema nuevo y nunca antes legislado en Guatemala. Para llevar a cabo la gestación subrogada, es necesario que diversas Instituciones se encarguen de velar porque así sea y no existan irregularidades en cuanto al proceso, algunas de ellas son:



4.4.1. Procuraduría General de la Nación

Es una institución auxiliar de los tribunales y de la administración pública la cual entre sus funciones principales, de acuerdo a su ley orgánica en el Artículo 1 se encuentra la siguiente: “representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras éstos no tenga personero legítimo conforme al Código Civil y demás leyes;”.

La Procuraduría General de la Nación, es una institución muy importante dentro del proceso de gestación subrogada, por ser la encargada de los menores de edad cuando no tengan personero legítimo, es decir, que si en dado caso, los padres comitentes no quisiesen al bebe producto de la gestación subrogada, esta institución es la encargada de velar por el interés superior del niño, que no exista vulneración de ningún derecho así como que sea tomada como parte dentro del proceso de gestación, con el objeto de verificar el contenido del acuerdo de voluntades.

4.4.2. Registro Nacional de las Personas

El Artículo 2 de la Ley del Registro Nacional de las Personas Decreto 90-2005, define a esta institución de la siguiente manera: “El RENAP es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, inscribir los hechos y actos relativos a su estado civil, capacidad civil y demás datos de identificación desde su nacimiento hasta la muerte, así como la emisión del Documento Personal de Identificación...”.



Es importante resaltar la última reforma que se realizó al reglamento de inscripciones del registro civil de las personas, número 55-2014, la el cual se adiciona los requisitos que debe cumplir un hombre que desee reconocer a su hijo, aunque la madre esté casada con otra persona; la Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional el párrafo segundo del Artículo 215 del Código Civil, el cual regulaba lo siguiente: “No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable”, dicha acción fue declara con lugar el veintiséis de noviembre de dos mil quince, publicad el dieciocho de diciembre de dos mil quince en el diario de Centroamérica. Esta reforma es un avance para el reconocimiento de la paternidad y el respeto al derecho de obtener identidad e identificación que posee cada persona, pero el ordenamiento jurídico guatemalteco una vez más deja en completo abandono a la maternidad.

En este orden de ideas, es sumamente importante esta institución contenida en la figura de la gestación subrogada, debido a que el nuevo ser lleva implícitos derechos inherentes a la persona humana así como también la pareja comitente; por lo que es necesario que el Registro Nacional de las Personas al inscribir el nacimiento del nuevo ser, lo haga como hijo de la pareja comitente, una vez presentado el acuerdo de voluntades debidamente firmado por los comitentes y la gestante, esta inscripción se debe efectuar dentro de los sesenta días siguientes al alumbramiento, y se puede registrar en el lugar donde haya acaecido el nacimiento o en el lugar donde tenga asentada la residencia la pareja comitente, asimismo la inscripción del nacimiento debe



efectuarse por ambos padres, y que al momento de extenderse el certificado de nacimiento del menor de edad, no debe de consignarse ninguna información impresa sobre la madre subrogada o que fue producto del proceso de gestación subrogada, con el fin de procurar la igualdad de todos los seres humanos y evitar que el menor de edad pueda ser objeto de discriminación.

4.4.3. Ministerio de salud pública y asistencia social

Es el ministerio encargado de velar por la salud de los habitantes de la República guatemalteca, así como brindar una asistencia social; la ley del Organismo Ejecutivo en el Artículo 39 señala lo siguiente: “Al ministerio de salud pública y asistencia social le corresponde formular políticas y hacer cumplir el régimen jurídico relativo a la salud preventiva y curativa y a las acciones de protección, promoción, recuperación y rehabilitación de la salud física y mental de los habitantes del país...” Por lo que es obligación del ministerio de salud pública y asistencia social formular y dar continuidad a los planes de salud pública, programas de promoción, prevención, rehabilitación; así como también de propiciar la participación pública y privada, para cumplir con su finalidad, que además es un derecho constitucional establecido en el Artículo 93 de la Constitución Política de la República de Guatemala “el goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna”.

En cuanto a las inscripciones de los nacimientos por gestación subrogada éstas deben ser obligatorias y aun de oficio, dentro de los tres días de producido el nacimiento ya sea



en los hospitales públicos, privados o centros de salud del ministerio a que se hace referencia.

Un dato muy relevante en Guatemala es que el ministerio de salud pública y asistencia social inauguró en mayo de 2015, la primera clínica de fertilidad y reproducción humana pública, adscrita al Hospital Roosevelt, ubicada en el anexo a la maternidad periférica, en la zona 13 capitalina, es atendida por la doctora Paulina de Mata, experta internacional bióloga de la reproducción humana; una publicación realizada por el Diario La Hora describe lo siguiente: “La creación de esta clínica obedece a la necesidad de brindar atención especializada para las parejas de escasos recursos para el correcto diagnóstico y tratamiento oportuno de problemas reproductivos e infertilidad, así como dar seguimiento a cada embarazo logrado con técnicas de reproducción asistida hasta su resolución”⁴¹. El ministro de salud Luis Enrique Monterroso, señaló que el 17% de los matrimonios en Guatemala tiene un problema para concebir, por lo que es necesario una orientación y el tratamiento adecuado, en la clínica de fertilidad se realizarán los estudios para verificar las razones fisiológicas por las cuales la pareja no puede tener hijos, así como también se les dará el tratamiento adecuado. Este es un avance para la población guatemalteca ya que podrá acudir a un servicio público, y utilizar las técnicas de reproducción asistida e incluso la gestación subrogada.

⁴¹ <http://lahora.gt/supervisor-primera-clinica-publica-de-fertilidad/Contreras, Virginia. Fertilidad. Diario la Hora. Mayo 21, 2015.>



4.4.4. Instituto Guatemalteco de Seguridad Social

Es una institución autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y obligaciones, cuya finalidad es la de aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala un régimen nacional, unitario y obligatorio de seguridad social, de conformidad con el sistema de protección mínima. En este orden de ideas, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, es el encargado de la protección de todos los habitantes de Guatemala que sean parte activa del proceso de producción, los cuales deben contribuir a sufragar el costo total de los beneficios que en determinado momento les sea brindado con un 25%, ya que el Estado de Guatemala aporta el 50% y los patronos el 25% restante.

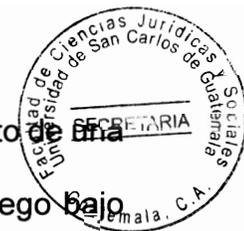
En este orden de ideas, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, debe velar por la correcta aplicación del beneficio y protección en caso de maternidad. Sin embargo, en el caso de gestación subrogada, éste debe ser el encargado de prestar asistencia si así se hubiere pactado en el acuerdo de voluntades, a la gestante y al bebé; de manera separada, debe crear normas tendientes a regular los beneficios que cubre en caso se diera la gestación subrogada y el tiempo de cobertura de los mismos. De igual manera, las inscripciones de los nacimientos por gestación subrogada deberán efectuarse obligatoriamente y aún de oficio dentro de los tres días de producido el nacimiento en el dicha Institución.



4.4.5. Juzgados y tribunales de familia

Los tribunales de familia tienen jurisdicción privativa para conocer únicamente asuntos relativos a la familia, de acuerdo a la ley de tribunales de familia en el Artículo 2, establece: “Corresponden a la jurisdicción de los tribunales de familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar”.

Si por alguna razón hubiese conflicto en cuanto a la filiación de la maternidad en un proceso de gestación subrogada, corresponde a los tribunales de familia resolver tal controversia en base al acuerdo de voluntades firmado por los padres comitentes y la gestante; porque de lo contrario ocurriría lo sucedido en febrero de 2014, cuando los tribunales de justicia, no podían resolver un conflicto entre los padres comitentes y la gestante, ya que los padres comitentes tuvieron problemas y la mujer (madre comitente) inició un proceso a través de una denuncia por violencia intrafamiliar, la cual terminó con la captura del padre comitente, pero en varias ocasiones fue activada la alerta Alba Keneth, fue por este motivo que el juzgado de la niñez ordenó que el bebé debía pasar a vivir con la madre, posteriormente y luego de meses de investigación, se logró descubrir que él bebe nació producto de una gestación subrogada y la gestante reclamaba derechos sobre el niño, por lo que siendo un tema de impacto fue publicado en Prensa Libre con el siguiente encabezado: Padres se enfrentan por vientre en alquiler, con la



siguiente nota: "...Al principio la madre biológica aseguró que su hijo era producto de una relación sexual con el padre. Aunque después admitió espontáneamente y luego bajo juramento, que había sido una inseminación artificial y nunca hubo contacto físico entre el padre del menor y ella. El exhaustivo interrogatorio y otros medios de prueba demostraron que el padre mentía, porque la última relación que dijo haber sostenido con la madre biológica de su hijo fue en septiembre del 2010 y, según la certificación de nacimiento del Registro Nacional de las Personas, el niño nació en agosto del 2011. Ningún bebé nace 11 meses después de ser concebido...".⁴² Los magistrados Miguel Ángel Giornado Navarro, Rony López Contreras y María Porrás Argueta buscaron una salida legal y justa para los padres que luego de haber contratado a una gestante decidieron separarse; sin embargo, luego de realizar pruebas de ADN tanto a los comitentes como también a la gestante, el Instituto Nacional de Ciencias Forenses emitió un dictamen en el que se estableció que a los comitentes les correspondía la paternidad, además se comprobó que se acordó con la gestante el pago de Q. 2,500.00 quetzales de alimentación mensual, Q. 2,500.00 quetzales de alquiler de un apartamento y Q. 30,000.00 quetzales cuando diera a luz, por lo que los jueces de la sala de la corte de apelaciones de la niñez y adolescencia emitieron un fallo paradigmático e histórico, al darle solución a un problema nunca antes legislado, debido a que jamás se había suscitado tal dilema, podría llamarse un fallo salomónico, la sala ordenó que el niño debía compartir siete días con su madre legal y siete con su padre, y que el niño tiene el derecho de conocer a una sola madre la cual es la madre legal.

⁴² Palma Claudia. Prensa libre. **Padres se enfrenta por vientre en alquiler**. Publicado el 22 de febrero de 2014. Pág. 10.

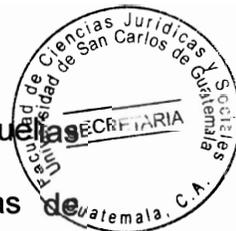


Los magistrados establecen en su sentencia, que los verdaderos padres no deben ser los donantes o vendedores de óvulos y/o espermatozoides, sino aquellas parejas que han añorado un hijo pero que por distintas razones no lo han logrado; ratificando así la teoría de la intención desarrollada en el capítulo tercero del presente trabajo. Es por ello que corresponde a los tribunales de familia establecer la filiación de la maternidad del bebé, de conformidad con el acuerdo de voluntades previamente firmado y evitar estos problemas que únicamente afectan al nuevo ser.

4.4.6. Ministerio Público

Es el ente acusador y encargado de la persecución penal, la Ley Orgánica del Ministerio Público en el Artículo 1 lo define de la siguiente manera: “El Ministerio Público es una institución con funciones autónomas, promueve la persecución penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública; además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. En el ejercicio de esa función, el Ministerio Público perseguirá la realización de la justicia, y actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad, en los términos que la ley establece”.

Es por ello que el Ministerio Público es un órgano de control que tiene por objeto investigar delitos de acción pública, y en el caso de que se esté cometiendo alguno y tergiversando el fin de la gestación subrogada debe actuar inmediatamente, alertando a la Policía Nacional Civil, así como a otros cuerpos de seguridad y efectuar las diligencias necesarias ante los tribunales de justicia para preservar el Estado de derecho así como



el respeto a los derechos humanos. Es el encargado de investigar a todas aquellas clínicas que hoy en día se encuentran funcionando y practicando técnicas de reproducción asistida, las cuales operan sin ningún fundamento legal, tergiversando muchas veces el fin tan sublime de la gestación subrogada.

4.4.7. Instituto Nacional de Ciencias Forenses

Es la institución auxiliar de la administración de justicia, con autonomía funcional, personalidad jurídica y patrimonio propio, tiene como fin, de acuerdo al Artículo 2 de su ley orgánica: “la prestación del servicio de investigación científica de forma independiente, emitiendo dictámenes técnicos específicos”.

En cuanto a la gestación subrogada, es el ente encargado de realizar todos los dictámenes respectivos para poder iniciar el proceso de gestación subrogada, garantizando la imparcialidad y confiabilidad de la investigación técnica científica y contribuyendo a la determinación de la prueba científica del ácido desoxirribonucleico (ADN) de la manera siguiente:

- En la mujer (comitente): es el encargado de extender el certificado médico donde consta la imposibilidad de llevar a cabo la gestación, pero que sí es fértil, es decir, que sí puede aportar su óvulo, pero no puede llevarlo en su vientre durante los meses correspondientes a la gestación.



- En la mujer (gestante): es el ente encargado de emitir el certificado médico donde se haga constar las capacidades físicas y volitivas de llevar en su vientre un bebé que no es de ella, así como también de realizar una investigación y verificar que con anterioridad haya procreado, mínimo, a dos hijos.

Dicho proceso se realizará de acuerdo a los principios rectores que rigen a la institución, tales como: la objetividad en el ejercicio de sus funciones; profesionalizar a su personal con los más altos niveles de rigor técnico, científico y moral; respeto a la dignidad humana; coordinación interinstitucional; y sobre todo, actualización técnica la cual constituye la base para los dictámenes referentes a la gestación subrogada.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA



La Constitución Política de la República de Guatemala brinda un estatus jurídico de protección a la institución de la familia, por considerarla génesis de la cual parte y se mantiene una sociedad, todo lo relativo a ella se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106. En cuanto a la filiación una de las instituciones más importantes del derecho de familia, en la legislación guatemalteca únicamente la puede comprobar el padre, no así la madre, porque se establece y se prueba con el solo hecho del nacimiento. Sin embargo, esta norma está obsoleta con el uso de la técnica de reproducción de gestación subrogada, porque en este proceso, madre es quien tiene la intención de procrear, quien aporta el óvulo para que sea fecundado en la gestante y no quien da a luz.

Es por ello que la falta de regulación sobre esta técnica en Guatemala, por lo complejo y nuevo, tiene un impacto negativo en el ejercicio de los derechos humanos, especialmente en el derecho a fundar una familia, por lo que es necesario contar con normas que respondan a la realidad; Guatemala es un país que no prohíbe la gestación subrogada pero tampoco la permite. Por lo que el Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 210 del Código Civil, adicionando la filiación subrogada, con el objeto de establecer y reconocer como madre legal, a la mujer que aportó su material genético; así como el derecho de poder inscribir a ese niño como su hijo, en el registro respectivo, sin complicaciones.





ANEXOS



ANEXO I



Glosario:

Acuerdo de voluntades: es el escrito que contiene el consentimiento de los sujetos que intervienen en el proceso de gestación subrogada; comitente, gestante y el profesional.

Comitentes: son los padres del niño o niña que nacerá producto de la gestación por subrogación.

Donante: es el hombre o mujer que dispone de su material genético, con el único propósito de ayudar a quienes no pueden procrear.

Fertilización in vitro: es una técnica de reproducción asistida, que consiste en fecundar el óvulo y el espermatozoide en el laboratorio, para luego ser introducido en el cuerpo de la mujer.

Gestación subrogada: es una técnica de reproducción asistida, que consiste en la introducción de un ovulo y un espermatozoide en el cuerpo de una mujer que accede a llevar en su vientre, gestar y dar a luz al hijo de otra mujer.



Gestante: es la mujer que lleva en su vientre, gesta y da a luz a un nuevo ser, fue implantando a través de una técnica de reproducción asistida que puede o no utilizar su propio óvulo.

Inseminación artificial: es una técnica de reproducción asistida, que consisten en la introducción de semen en el cuerpo de la mujer y así lograr la fecundación.

Nuevo ser: es el ser humano que nace producto de alguna técnica de reproducción asistida.

Profesional: es la persona facultada para realizar el proceso de gestación subrogada; así como también de corroborar que durante dicho proceso no exista irregularidad. En este sentido se entiende como profesional a un médico, un abogado y/o un psicólogo.

Técnica de reproducción asistida: son medios alternativos que se utilizan para la procreación humana; es decir, que la fecundación no se realiza de manera natural. Entre estas técnicas se encuentran: la fertilización in vitro, la gestación subrogada y la inseminación artificial.

BIBLIOGRAFÍA



- ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. Volumen 21 Madrid, España: editorial espasa calpe, S.A., 1992.
- AGUILAR GUERRA Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Guatemala: 3era edición, editorial Orion, 2009.
- BIOÉTICA Y DERECHO, conferencia. **Gestación por sustitución. Realidad y legalidad en España y el mundo**. <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/conferencia-gestacion-por-sustitucion-realidad-y-legalidad-en-espana-y-el-mundo>. (consultado el 12 de enero de 2016).
- BRAÑAS, Alfonso Manuel. **Manual de derecho civil**. 3ra ed., Guatemala: editorial estudiantil Fenix, 2014.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires: editorial Heliasta, 2008.
- Congreso Mundial. **La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana**. 1era ed. España, Madrid: editorial Trivium, S.A.
- CONTRERAS Virginia. **Diario la Hora**. <http://lahora.gt/supervisan-primera-clinica-publica-de-fertilidad/> (consultado el 21 de mayo de 2015).
- DI LELLA Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Buenos Aires, Argentina: editorial Depalma.
- ENGEL Federico. **El origen de la familia y la propiedad privada y el Estado**. 3era ed. San Salvador: editorial jurídica salvadoreña.
- ESPONDA Pedro. **Seres del futuro. De la fecundación in vitro a los clónicos y transgénicos**. España: editorial mundo vivo.
- INTERNACIONAL SOCIEDADES BÍBLICAS. Nueva versión internacional. **La Biblia del nuevo milenio**. EE.UU.: Sociedad bíblica internacional.
- LAMM Eleonora. Bioetica y derecho.ub.edu. <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/conferencia-gestacion-por-sustitucion-realidad-y-legalidad-en-España-y-el-mundo>.
- LAMM Eleonora. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf> (consultado el 15 de diciembre de 2015).
- LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7.1994. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07/PDF> (consultado el 5 de diciembre de 2015).



- LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al derecho**. Guatemala: Departamento de Publicaciones, 1991.
- MARCEL, Planiol., & George Ribert. **Tratado elemental de derecho civil**. México: editorial Cardenas, 1991.
- OSSORIO Y FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires: editorial Heliasta, 2011.
- PALMA, Claudia. **Padres se enfrenan por vientre en alquiler**. Prensa Libre, (consultado el 22 de febrero de 2014).
- PASTOR RAMOS, Gerardo. **Sociología de la familia. Enfoque institucional y grupal**. Salamanca, España: Sígueme, 1988.
- RODRIGO, Andrea. Babygest. <http://www.babygest.es/gestacion-subrogada/> (consultado el 4 de diciembre de 2015).
- SOPENA, Ramon. **Diccionario enciclopédico ilustrado sopena**. Barcelona: editorial Ramón Sopena, S.A., 1991.
- SUPLEMENTOS EL PERIÓDICO. El Periódico. **Infertilidad**. (Consultado el 11 de junio de 2015).
- TOMÁS MORO, Fundación. **Diccionario jurídico espasa**. Madrid: editorial Espasa Calpe, S.A., 1998.
- VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil I**. 2010 ed., Guatemala: editorial PinedaVela Editores, 2010.

Legislación:

- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código Civil**. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. 1964.
- Código Penal**. Congreso de la República, Decreto 17-73, 1973.
- Ley del Organismo Judicial**. Decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala, 1989.
- Ley del Organismo Ejecutivo**. Decreto 114-97, Congreso de la República de Guatemala, 1997.
- Ley de Tribunales de Familia**. Decreto Ley 206, Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. 1964.



Ley de la Procuraduría General de la Nación. Decreto 512 Congreso de la República 1948.

Ley del Registro Nacional de las Personas. Decreto 90-2005 Congreso de la República, 2005.

Ley del contra la Violencia Sexual, explotación y trata de personas. Decreto 9-2009, Congreso de la República, 2003.

Ley del Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto 27-2003, Congreso de la República, 2005.

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

Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Decreto 295, Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Decreto 40-94, Congreso de la República de Guatemala, 1994.

Ley Orgánica del Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala. Decreto 32-2006, Congreso de la República de Guatemala, 2006.

Reglamento de Inscripciones del Registro Civil de las personas 55-2014, Guatemala 2016.