

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



**CONTRATO DE GESTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, COMO
SOLUCIÓN A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA**

DANIEL AGUSTIN CHITÍ AGUILAR

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2018

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

**CONTRATO DE GESTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, COMO
SOLUCIÓN A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DANIEL AGUSTIN CHITÍ AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2018

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCALV: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Arnoldo Torres Duarte
Vocal: Lic. Wilvi Garibaldi Herrera Clara
Secretaria: Licda. Mónica Victoria Teleguario Xicay

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Edwin Leonel Bautista Morales
Vocal: Lic. Hugo Roberto Martínez Rebullá
Secretario: Lic. José Efraín Ramírez Higueros

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,
 14 de febrero de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, GLADIS HORTENCIA RAMOS JUAREZ DE REYES
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DANIEL AGUSTIN CHITÍ AGUILAR, con carné 199930560,
 intitulado DETERMINAR LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL CONTRATO DE GESTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL,
DECRETO LEY 106 COMO AYUDA A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA, PARA PROCREAR UN
HIJO.

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.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 05 / 03 / 2018.


 Asesor(a)
 (Firma y Sello) **Licenciada**
Gladis Hortencia Ramos Juárez de Reyes
 ABOGADO Y NOTARIO

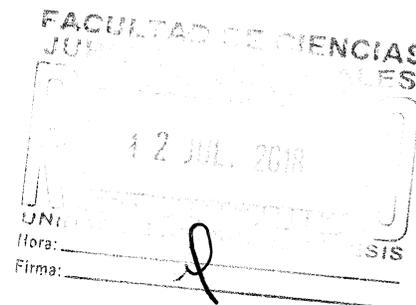


LICENCIADA
GLADIS HORTENCIA RAMOS JUÁREZ DE REYES
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, 28 de mayo de 2018

Licenciado
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Me dirijo a usted en referencia al nombramiento de fecha catorce de febrero del año dos mil dieciocho, como asesora del trabajo de tesis del estudiante **DANIEL AGUSTIN CHITÍ AGUILAR**, con carné **199930560** intitulado **“DETERMINAR LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL CONTRATO DE GESTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106 COMO AYUDA A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA, PARA PROCREAR UN HIJO”**, el cual fue modificado por: **“CONTRATO DE GESTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, COMO SOLUCIÓN A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA”**; como lo establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y luego de haber formulado las sugerencias al estudiante, mismas que fueron tomadas en consideración, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, para lo cual con todo respeto me permito informarle lo siguiente:

a. Contenido científico y técnico de la tesis: Luego de la lectura y análisis del trabajo de tesis, la investigación constituye un tema de actualidad, de interés a la población, novedoso y un aporte a la sociedad guatemalteca, ya que aborda el tema de la importancia que tiene para los matrimonios que adolecen de esterilidad, que se regule en el Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, como solución para procrear un hijo y con ello cumplir con uno de los fines del matrimonio.

b. Metodologías y técnicas de investigación utilizadas: La estructura formal de la tesis fue desarrollada en una secuencia lógica e ideal para su fácil comprensión, utilizando los siguientes métodos: analítico, con el cual se logró estudiar por separado, cada una de las partes que integran la presente investigación; sintético, para reunir todos los datos y conocimientos obtenidos y con ello determinar la importancia de regular el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106; inductivo, para establecer las propiedades generales que determinan la importancia de que el Congreso de la República regule el contrato de gestación; y deductivo, puesto que se consultaron leyes, doctrinas y teorías relacionadas con la investigación. Aunado a lo anterior, se utilizaron técnicas bibliográficas al consultar libros de texto y legislación en materia civil y técnicas de campo, como la encuesta, permitiendo la obtención de un resultado favorable.

c. Redacción: El trabajo de tesis referido, en cuanto a su redacción, reúne las condiciones

LICENCIADA
GLADIS HORTENCIA RAMOS JUÁREZ DE REYES
ABOGADA Y NOTARIA



necesarias, ya que se utilizó un lenguaje claro, conciso y sencillo de tal forma que sea comprensible para el lector; valiéndose de las reglas ortográficas y signos de puntuación.

d. Contribución científica: El aporte científico que brinda el tema investigado, puede utilizarse como punto de referencia para nuestros legisladores, ya que el mismo determina la importancia que tendría para los matrimonios estériles de Guatemala, que el Congreso de la República de Guatemala, regule o incorpore al Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, como el vehículo o medio para que puedan procrear un hijo, con el cual se sientan identificados genéticamente, logrando con esto formar una familia.

e. Conclusión discursiva: Teniendo en consideración la conclusión discursiva del estudiante, se puede percibir que la misma es congruente con la investigación, donde se propone una posible solución, para los matrimonios estériles de Guatemala, que anhelan cumplir con uno de los fines del matrimonio que consiste en procrear, alimentar y educar a los hijos.

F. Bibliografía utilizada: La fuente de información utilizada para el presente trabajo de tesis, es la apropiada, toda vez que se consultaron autores nacionales, extranjeros y la legislación vigente.

g. Aunado a lo expuesto: Procedí a realizar algunas recomendaciones para contribuir en el mejoramiento de la redacción y contenido de la investigación; sugerencias que fueron tomadas en cuenta e incorporadas en el trabajo de tesis, haciendo cambios en el bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas y en el título del trabajo de tesis, quedando de la siguiente manera: **“CONTRATO DE GESTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, COMO SOLUCIÓN A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA”**.

h. Hago de su conocimiento, que no soy pariente dentro de los grados de ley con el estudiante **DANIEL AGUSTIN CHITÍ AGUILAR**.

Y tomando como referencia lo antes manifestado, considero que el trabajo de tesis presentado, cumplen con todos los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de Usted

Atentamente:

Licenciada
Gladis Hortencia Ramos Juárez de Reyes
ABOGADO Y NOTARIO

LICDA. GLADIS HORTENCIA RAMOS JUÁREZ DE REYES
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada 6592



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de septiembre de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DANIEL AGUSTIN CHITÍ AGUILAR, titulado CONTRATO DE GESTACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA, COMO SOLUCIÓN A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.

[Handwritten signatures and stamps]

Stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, SECRETARIO, GUATEMALA, C. A.

Stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, DECANO, GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Creador de vida y fuente inagotable de sabiduría, gracias porque soy más que vencedor y me has dado fuerzas para alcanzar este éxito.
- A MIS PADRES:** Agustín Chití Cac y Aura Marina Aguilar López (QEPD), por darme la vida, por los ejemplos de perseverancia y constancia, por su sacrificio y su motivación constante, que me han permitido ser una persona de bien. Hoy en gran parte gracias a ustedes puedo alcanzar mi meta.
- A MI ESPOSA:** María de los Ángeles Velásquez González, por luchar junto a mí para alcanzar esta meta, brindándome la fuerza necesaria para continuar, mil palabras no bastarían para agradecerte tu apoyo.
- A MI HIJO:** Marcos Daniel Chití Velásquez, por la alegría que representas en mi vida, eres esa motivación especial para alcanzar esta meta.
- A MIS HERMANOS:** Porque mi vida es especial al lado de ustedes, gracias porque me han acompañado a lo largo del camino, brindándome la fuerza necesaria para continuar y alcanzar este triunfo.
- A MIS AMIGOS:** Por las muchas alegrías en los buenos y malos momentos y por el apoyo mutuo en nuestra formación profesional, en especial a: Egil Eric Orozco y Orozco y Fredy Leodegario González Vásquez.



A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y permitirme superarme profesionalmente.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que con la ayuda de sus catedráticos, quienes con su instrucción, colaboración y paciencia; me permitieron adquirir el pan del saber necesario para alcanzar esta meta.

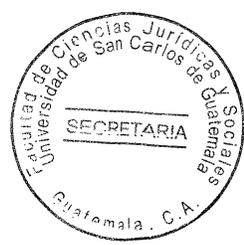


PRESENTACIÓN

La investigación realizada es de tipo cuantitativa, empleándose encuestas para el desarrollo del trabajo de campo, debido a que el objeto de estudio implica determinar la importancia de regular el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106, como solución a los matrimonios que adolecen de esterilidad en Guatemala para que puedan procrear un hijo, con el cual se sientan identificados genéticamente, logrando con esto formar una familia.

El tema de este estudio pertenece al derecho de familia, dentro del cual se encuentran las instituciones que la conforman como el matrimonio, la paternidad y la filiación; así mismo, pertenece al derecho civil que regula las obligaciones y los contratos en particular. También se encuentra ligado al derecho constitucional, puesto que la Constitución Política de la República, dentro de los derechos sociales, regula a la familia.

En su contexto diacrónico, el desarrollo de la investigación se realizó en el municipio de San Marcos, del departamento de San Marcos, durante el año 2017, permitiendo establecer a través de la muestra respectiva la importancia de regular el contrato de gestación, el cual fue el objeto de estudio, como solución a los matrimonios estériles quienes representan el sujeto de estudio, finalizando la investigación con el aporte de que resulta importante que el Congreso de la República de Guatemala regule el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106.



HIPÓTESIS

Es necesario determinar la importancia de regular el contrato de gestación, como solución a los matrimonios que adolecen de esterilidad en Guatemala, para que puedan lograr por medio del vientre de una tercera persona una gestación que lleve a término un embarazo y al nacimiento de un hijo, con el cual los padres tengan parentesco y se sientan identificados genéticamente; por lo que se requiere que el Congreso de la República de Guatemala lo regule e incorpore en el Código Civil, Decreto Ley 106, y así puedan cumplir los matrimonios estériles con una de las finalidades del matrimonio que es la procreación, alimentación y educación de los hijos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis se comprobó, siendo necesario utilizar los métodos: analítico, por medio del cual se logró hacer un estudio por separado de cada una de las partes que integran el objeto de estudio de la presente investigación; sintético, a través del cual se reunió todos los datos y conocimientos obtenidos para determinar la importancia de regular el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106; inductivo, el cual permitió establecer propiedades generales para determinar la importancia de que el Congreso de la República de Guatemala regule el contrato de gestación.

De igual manera se hizo uso del método deductivo, puesto que se consultaron leyes, doctrinas y teorías relacionadas con la familia, el matrimonio, la filiación y la maternidad subrogada. Además se utilizaron técnicas bibliográficas y de campo como la encuesta, permitiendo la obtención de un resultado favorable, demostrando que es importante para los matrimonios estériles en Guatemala que se regule el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de familia.....	1
1.1 Evolución histórica.....	1
1.2 Definición.....	3
1.3 Naturaleza jurídica.....	6
1.3.1 Tesis de la personalidad jurídica de la familia.....	7
1.3.2 Tesis de la familia como organismo jurídico.....	7
1.3.3 Tesis de la familia como institución.....	8
1.4 Sujetos.....	9
1.5 Elementos.....	10
1.5.1 Derechos subjetivos.....	11
1.5.2 Deberes subjetivos.....	11
1.6 División.....	13

CAPÍTULO II

2. Matrimonio.....	15
2.1 Etimología.....	15
2.2 Definición.....	17
2.3 Naturaleza jurídica.....	19
2.3.1 El matrimonio es un contrato.....	20
2.3.2 El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo.....	21
2.3.3 El matrimonio es una institución.....	21

2.4	Fines.....	23
2.5	Clases.....	24
2.6	Sistemas.....	27
2.7	Anulabilidad del matrimonio.....	28
2.8	Separación y divorcio.....	30

CAPÍTULO III

3.	Filiación.....	33
3.1	Etimología.....	33
3.2	Definición.....	34
3.3	Clases.....	35
3.4	Procreación y filiación.....	37
3.5	Filiación legítima e ilegítima.....	39
3.6	Determinación de la filiación.....	40
	3.6.1 Determinación legal de la maternidad.....	41
	3.6.2 Determinación legal de la paternidad.....	42
	3.6.3 Relación entre filiación, maternidad y paternidad.....	43
3.7	Biogenética y filiación.....	44
	3.7.1 Antecedentes.....	45
	3.7.2 Proyecciones.....	47
	3.7.3 Técnicas de reproducción humana artificial.....	48
	3.7.4 Implicaciones legales.....	52

CAPÍTULO IV

4.	Maternidad subrogada.....	55
4.1	Antecedentes.....	56
4.2	Definición.....	59

4.3	Modalidades.....	60
4.4	Estado de necesidad.....	63
4.5	Argumentos en contra de la maternidad subrogada.....	65
4.6	Argumentos a favor de la maternidad subrogada.....	65

CAPÍTULO V

5.	Contrato de gestación en la legislación guatemalteca, como solución a los matrimonios estériles en Guatemala.....	69
5.1	Definición de contrato.....	70
5.2	Contrato de gestación.....	71
5.3	Naturaleza jurídica.....	72
5.4	Elementos del contrato de gestación.....	74
5.4.1	Elemento personal.....	74
5.4.2	Elemento real.....	74
5.4.3	Elemento formal.....	75
5.5	La importancia de regular el contrato de gestación.....	75
5.6	Aceptación del contrato de gestación en la población guatemalteca...	77
5.7	Viabilidad del contrato de gestación en Guatemala.....	82
	CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	83
	ANEXOS.....	85
	BIBLIOGRAFÍA.....	95



INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los problemas reales de muchos matrimonios es la esterilidad, causando en ellos frustración, desgaste físico y emocional, y hasta la desintegración familiar, por lo que procrear se vuelve realmente un sueño para estos matrimonios; sin embargo, con los avances tecnológicos de la medicina, se puede tener la opción de formar una familia a través de la maternidad subrogada, procedimiento que es muy novedoso y que consiste esencialmente en contratar el vientre de una mujer para que lleve a término un embarazo, producto de implantarle un ovulo fecundado donado por uno o ambos cónyuges que solicitan esta práctica, logrando con esto tener relación genética con el menor que está por nacer.

Como objetivo se tuvo determinar la importancia que tiene para los matrimonios estériles en Guatemala que el Congreso de la República de Guatemala regule el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106, como solución para procrear un hijo; así como establecer que la esterilidad es una de las causas más comunes para pedir la separación o divorcio y que si se regula el contrato en mención, muchos matrimonios estériles harían uso del mismo. Por lo expuesto, se considera haber cumplido con los objetivos trazados.

Es por ello que la hipótesis respectiva se basa en requerir del Congreso de la República de Guatemala que regule e incorpore al Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, como solución a los matrimonios estériles en Guatemala para que puedan lograr una gestación que lleve al nacimiento de un hijo, con el cual los padres se sientan identificados genéticamente. La hipótesis se comprobó al determinar que si es importante para los matrimonios que adolecen de esterilidad que se regule el contrato de gestación.

Los métodos utilizados fueron: analítico, logrando hacer un estudio por separado de cada una de las partes que integran la investigación; sintético, a través del cual se reunió todos los datos y conocimientos obtenidos para determinar la importancia de regular el contrato de gestación; inductivo, el cual permitió establecer propiedades generales del contrato

de gestación; deductivo, puesto que se consultaron leyes, doctrinas y teorías relacionadas con la familia, el matrimonio, la filiación y la maternidad subrogada. Además se utilizaron técnicas bibliográficas y de campo para obtener un estudio más desarrollado del tema.

Se estructuró la tesis en cinco capítulos: en el capítulo I, se desarrolla el derecho de familia, su evolución, definición, naturaleza, sujetos, elementos y división de la misma; el capítulo II, está encaminado al matrimonio y lo relacionado con su etimología, definición, naturaleza jurídica, fines, clases, sistemas, la anulabilidad, la separación y el divorcio; el capítulo III, trata de la filiación y sus clases, la procreación y filiación, así como la filiación legítima e ilegítima y la biogenética y filiación; el capítulo IV, comprende el tema de la maternidad subrogada, sus antecedentes, definición, modalidades y los argumentos en contra y a favor de la maternidad subrogada; y el capítulo V, contiene el tema de la importancia de regular el contrato de gestación, la aceptación de la población guatemalteca y su viabilidad.

Es así como se determinó que la solución a la realidad que están viviendo muchos matrimonios en Guatemala que son estériles, resulta de incorporar el contrato de gestación al Código Civil, Decreto Ley 106, por medio del Congreso de la República de Guatemala, pues la regulación de este ayudará a los matrimonios, ya mencionados, para que puedan lograr una gestación que lleve al nacimiento de un hijo, con el cual se sientan identificados genéticamente.



CAPÍTULO I

1. Derecho de familia

La familia, desde hace varios años, ha sido estudiada por varios autores y desde varios puntos de vista; “surge por la unión de dos personas de distinto sexo para realizar un proyecto de vida en común, y como consecuencia de esa unión, y la trascendencia especial que conlleva, forma un ente que con el tiempo va a englobar a una pluralidad de individuos, que frente a los demás tienen una realidad e identidad propia.”¹

1.1 Evolución histórica

Como lo indica Puig Peña, “durante los últimos siglos, y hasta tiempos cercanos a nuestros días, fue concepción casi dogmática que la familia actual, con más o menos modificaciones, pero con el asiento fundamental del matrimonio monogámico y la preeminencia marital, había sido una institución indeleble a través de la historia. Pero el nacimiento, hace pocos años, de las escuelas sociológicas y positivistas determinó que aquella concepción se revisara, poniéndose a discusión el origen de la familia y la trayectoria seguida posteriormente a través de los siglos.

Ciertas costumbres, consideradas como supervivencias de pasadas instituciones; el estudio de la filología comparada y de la prehistoria; el examen de las costumbres de los

¹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. Pág. 1.



pueblos salvajes, determinaron a esta escuela a la aceptación de un punto de vista especial en orden a la evolución de la familia. Con arreglo al mismo, se sostiene que antes de la constitución del grupo familiar, base de la familia moderna, existió una evolución, que arranca de la promiscuidad sexual y llega hasta el patriarcado, pasando, sobre todo, por una época de matriarcado, en la que la familia se asienta en el predominio y determinación de la madre.”²

Alfonso Brañas, al respecto indica: “una opinión sostiene que la promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado, con distintas formas de matrimonio, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, como la monogamia, base de la familia como ahora es concebida.”³

No es pues, un criterio digno de recibirse en serio el de la primera fase de una promiscuidad sexual, pues las razones que se alegan frente a los que tal teoría sostienen pesan como razones de verdadera importancia. Mayores signos de probabilidad tiene la segunda fase, llamada del matriarcado primitivo, como etapa anterior al patriarcado y a la monogamia. Pero esta doctrina del matriarcado no explica el pase o tránsito del mismo al sistema del patriarcado, aparte de que los argumentos históricos y de inducción no

² Tratado de derecho civil español. Tomo II; Volumen I. Pág. 6.

³ Manual de derecho civil. Pág. 103.

tienen, según ya se ha hecho notar la importancia y exactitud necesaria para constituir una base científica.

Por todas las anteriores razones parece ser que en la moderna doctrina no tiene mucha fuerza la tesis evolucionista con su ya clásico sistema de fases en el desarrollo de la familia. “Eminentes autores y profundos pensadores han hecho ver que resulta más lógico, atendiendo a la naturaleza, a las costumbres, etc., partir de un primer régimen patriarcal, del cual se deriva la actual constitución de la familia moderna; sólo que ese régimen se va perfeccionando y puliendo sus rudos contornos con el transcurso del tiempo y el desarrollo progresivo de las costumbres.”⁴

1.2 Definición

La palabra familia tiene varias definiciones y varios significados que depende del punto de vista que sea abordado, sin embargo 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. A continuación se mencionan algunas definiciones de autores que la han estudiado.

Para Puig Peña es, “aquella institución que, asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total, a los cónyuges y a sus descendientes para que, presidida por los lazos

⁴ Puig. Op. Cit. Pág. 8.

de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”⁵

Carlos López Díaz define a la familia como: “El conjunto de normas que regulan las relaciones familiares, principalmente entre esposos y entre padres e hijos, aunque también tiene en cuenta otras relaciones de parentesco.”⁶

Belluscio citado por Manuel Ossorio, “entiende que familia, en un sentido amplio de parentesco, es 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, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y 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...”⁷

Díaz de Guijarro, también citado por Manuel Ossorio, “ha definido la familia como la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.”⁸

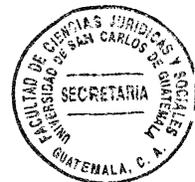
El Código Civil no da una definición de familia, solamente la regula a través del título II

⁵ **Ibid.** Pág. 3.

⁶ **Manual de derecho de familia y tribunales de familia.** Pág. 15.

⁷ **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág. 426.

⁸ **Ibid.**



del libro I; sin embargo, la Ley de Adopciones, regula en el Artículo 2 algunas definiciones de familia de la siguiente manera: “Definiciones... 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 otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos y costumbres nacionales y comunitarias... g. Familia biológica: Comprende a los padres y hermanos del adoptado...”. El anterior Artículo no define en sí a la familia, solamente da definiciones de familia ampliada y biológica; pero si proporciona elementos que serán útiles para formar una definición de familia.

El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “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.”; norma jurídica que no define a la familia, pero sí preceptúa que el Estado reconoce la importancia de la familia en la sociedad, así como la búsqueda de su protección y el cumplimiento de sus objetivos.

De lo anterior, se puede definir a la familia como aquella institución, compuesta por un grupo de personas, unidas entre sí por vínculos jurídicos, protegida por el Estado y regulada por un conjunto de normas jurídicas.

1.3 Naturaleza jurídica

El derecho de familia es considerado como una parte importante dentro del derecho civil, motivo por el cual el Código Civil, Decreto Ley 106, la regula del Artículo 78 al 368, inclusive, dedicándole el título II del libro I; por lo que resulta importante establecer su naturaleza jurídica.

“La realidad de la familia, en el contexto social, plantea el problema de su naturaleza en el ámbito jurídico. Hemos considerado la familia como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas que son sancionadas por el derecho. De este modo se establecen vínculos jurídicos interdependientes y recíprocos que, en su conjunto, integran tradicionalmente el derecho civil, y dan fisonomía a la familia como categoría jurídica. A partir de ello ¿puede hablarse de la naturaleza jurídica de la familia como tal?”⁹

Puig Peña, al respecto indica: “En todo el decurso de la evolución histórica del Derecho de familia siempre ha venido éste situado entre las ramas fundamentales del Derecho civil, formando, con los derechos reales, de crédito y de sucesión, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero, en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la naturaleza privada de este Derecho, como poco correcta y fuera, por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del Derecho.”¹⁰

⁹ Zannoni, Eduardo A. **Derecho de familia**. Tomo I. Pág. 16.

¹⁰ Puig. **Op. Cit.** Pág. 14.

Para establecer la naturaleza jurídica de la familia, se citan tres tesis, siendo las siguientes:

1.3.1 Tesis de la personalidad jurídica de la familia

“La familia es una persona moral o persona jurídica a quien se atribuyen derechos de naturaleza tanto patrimonial como extrapatrimonial. Entre los primeros se contarían los bienes constitutivos del acervo familiar, los sepulcros de la familia, las cargas del matrimonio, la legítima hereditaria, la institución del salario familiar, etcétera. Entre los segundos, el derecho al apellido o nombre patronímico de sus miembros, los derechos emergentes de la patria potestad, con sus atributos, etcétera. La personalidad presupone la aptitud para sumir la titularidad de potestades y deberes. La personalidad jurídica, en otras palabras, presupone la subjetividad.”¹¹

Tesis que presenta a la familia como un ente con personalidad jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones de carácter patrimonial o extrapatrimonial, a través de sus miembros que actúan como sus representantes.

1.3.2 Tesis de la familia como organismo jurídico

“Las críticas a la teoría de la personalidad jurídica de la familia llevaron a afirmar que en ésta, no obstante, existe siempre una interdependencia entre individuos y dependencia

¹¹ Zannoni. *Op. Cit.* Pág. 17.

de un interés superior. Lo cual, para el maestro italiano, Antonio Cicu, configuraría un vínculo jurídico orgánico. Hay organismo aunque no exista personalidad, porque hay vínculo recíproco de interdependencia personal; lo que significa que falta en las relaciones familiares la interdependencia, la libertad, la autonomía, que contradistinguen las relaciones, especialmente las patrimoniales del derecho privado.

La tesis de Cicu, además, traza una permanente analogía entre el ser de la familia y el ser del Estado, ambos como estructuras orgánicas, y quizá sea esta la razón que concentra las críticas. Cicu, que sostuvo estas ideas desde 1913, replanteó su tesis pocos años antes de su muerte cuando en 1955 publicó un trabajo que tituló Principios generales del derecho de familia y en el cual rectificó la posición originalmente sostenida. Admite que no puede trazarse una analogía entre la familia y el Estado, pues la ausencia del concepto de soberanía, aleja al derecho de familia del derecho público.”¹²

Tesis que presupone que la familia no es un ente o sujeto titular de un derecho, no tiene la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones porque simplemente representa una pluralidad de personas, la cual subsiste aunque no haya personalidad porque es un organismo jurídico.

1.3.3 Tesis de la familia como institución

“Aquí el concepto de institución es eminentemente sociológico: institución que trasciende

¹² **Ibid.** Pág. 18.

como un conjunto de pautas de conducta internalizada que se aplican a una determinada categoría de relaciones sociales, en este caso, las familiares.”¹³

Una cita importante para concluir con la naturaleza jurídica de la familia, es la que hace Alfonso Brañas, quien indica que Rojina Villegas expone: “que se puede considerar que el derecho de familia pertenece al derecho privado, aunque tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciables, y que tampoco importa que regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son los que se derivan de la patria potestad marital y tutela, pues fundamentalmente se trata de relaciones entre particulares; y que si bien el Estado podrá tener cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a la misma se refieran a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos o funciones, o bien a las relaciones de aquellos con los particulares.”¹⁴

Tesis que al establecer que la familia es una institución, le da preferencia al interés común frente al individual, indica que si bien el Estado la regula, sus relaciones son entre particulares; es la de mayor aceptación entre los distintos tratadistas.

1.4 Sujetos

Los sujetos del derecho de familia están integrados esencialmente por los cónyuges y por los parientes, dentro de los cuales se incluyen a los consanguíneos, los afines y

¹³ **Ibid.** Pág. 20.

¹⁴ **Op. Cit.** Pág. 108.

aquellos que surgen de la adopción; algunos, también incluyen a aquellos que ejercen patria potestad o tutela. Rojina Villegas, indica que: “También deben mencionarse a los concubenarios, dado que algunos sistemas, reconocen ciertas consecuencias jurídicas al concubinato, tanto entre las partes como relación a los hijos habidos en el mismo.”¹⁵

Nótese, que dentro de los sujetos del derecho de familia, los que revisten principal importancia son los cónyuges, en virtud de que la unión legal de ambos, no solo crea derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede e impone, sino que crea las relaciones de parentesco por consanguinidad, afinidad y civil; Rojina Villegas, al respecto de los cónyuges indica que: “se proyectan sobre los parientes legítimos y, especialmente, en las relaciones paterno- filiales.”¹⁶

1.5 Elementos

Determinar los elementos de la familia es de vital importancia, ya que permite observar cómo está estructurada; una visión simplista los divide en elemento personal, elemento económico y elemento jurídico. Puig Peña, refiriéndose a los elementos de la familia indica: “el elemento personal está integrado por los esposos y sus descendientes, el económico está integrado por el hogar y el conjunto de bienes con que aquella cuenta, el jurídico está constituido por una configuración especial ante el Derecho, de la cual surge un complejo de deberes y facultades.”¹⁷

¹⁵ **Derecho civil mexicano.** Pág. 65.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 68.

¹⁷ **Op. Cit.** Pág. 21.

De lo anterior, se determina que la familia está estructurada esencialmente por los tres elementos ya relacionados, y de los cuales, el elemento jurídico llama especial atención porque está constituido por derechos y deberes, los cuales a continuación se abordarán.

1.5.1 Derechos subjetivos

Zannoni, define los derechos subjetivos familiares como: “Las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares.”¹⁸. Y clasifica estas facultades o derechos en: a) facultades o poderes para la satisfacción de intereses propios del titular del derecho, entre los que se encuentra la petición de divorcio; y b) facultades o poderes para la protección de intereses ajenos, y se puede citar como ejemplo en este tipo de facultades la patria potestad.

1.5.2 Deberes subjetivos

Frente a un derecho se encuentra un deber u obligación, de ahí la importancia de abordarlos. Rojina Villegas, los define como: “Los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.”¹⁹

¹⁸ Op. Cit. Pág. 32.

¹⁹ Op. Cit. Pág. 93.

Estos estados de sujeción, a los que se refiere Rojina Villegas, consisten en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina obligado frente a otro sujeto llamado pretensor.

Los romanos clasificaron las obligaciones distinguiendo tres categorías principales: obligaciones de dar, hacer y de no hacer. Una cuarta categoría es abordada por Rojina Villegas y la denomina obligaciones o deberes de tolerancia, y al respecto indica: “Esta especie no puede quedar comprendida en las obligaciones de no hacer, dado que éstas se caracterizan por la simple abstención del sujeto pasivo para realizar determinados hechos o actos jurídicos.”²⁰

Para los deberes subjetivos familiares es importante esta cuarta categoría, porque a decir del propio Rojina Villegas: “En las relaciones conyugales, parentales, tutelares o de potestad, el sujeto pasivo debe permitir que el pretensor interfiera directamente en su esfera jurídica de una manera constante, principalmente en su persona, como ocurre en los deberes maritales de vida en común, cohabitación y débito carnal o en las relaciones de patria potestad y tutela, respecto a la educación, dirección y castigo de los menores o incapacitados; o bien la interferencia puede ser constante en la esfera patrimonial, cuando el pretensor tiene un derecho permanente e ininterrumpido sobre la administración de todo el patrimonio de los incapaces.”²¹

²⁰ **Ibid.** Pág. 94.

²¹ **Ibid.**

1.6 División

El derecho de familia, como cualquier otra rama del derecho, es susceptible de ser dividido para su estudio, la mayoría de tratadistas coinciden dividirlo en derecho de familia subjetivo y derecho de familia objetivo. Al respecto Puig Peña indica: “Será Derecho de familia subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanadas de la especial configuración que la familia tiene en el Derecho. Derecho de familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares.”²²

El derecho de familia objetivo, a su vez, es dividido en derecho de familia puro o personal y derecho de familia patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El derecho de familia puro o personal, a decir, de Puig Peña: “regula los vínculos personales de la organización, y se puede decir que es el propio derecho de familia...”²³ El derecho de familia patrimonial o aplicado a los bienes familiares, regula “los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar y aunque recibe también la sustancia propia del grupo, parece se acerca más a las otras ramas del derecho civil. Por esto, tanto la antigua doctrina como algunos códigos desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando solo en el lugar propio del Derecho de Familia el puro o personal.”²⁴

²² Op. Cit. Pág. 25.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

Sin embargo, para Vladimir Aguilar Guerra, el derecho de familia comprende tres grandes divisiones: “a) El tratado del matrimonio: en el que hay que distinguir el Derecho matrimonial personal y el Derecho matrimonial patrimonial. Esta parte del Derecho de familia abarca los presupuestos y formalidades de su celebración, la relajación (separación de los cónyuges) y disolución del vínculo conyugal creado, así como las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges. b) El tratado de la filiación: que comprende las diversas clases de ésta y las relaciones entre padres e hijos. c) El estudio de las instituciones tutelares de los menores e incapacitados...”²⁵

El Código Civil, Decreto Ley 106, realiza un estudio unitario del derecho de familia, toda vez que lo regula, como ya quedo indicado anteriormente del Artículo 78 al 368, dedicándole el título II del libro I; dentro del cual se encuentra el matrimonio incluyendo la separación y el divorcio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad y la filiación matrimonial, la paternidad y la filiación extramatrimonial, la adopción que actualmente se encuentra desarrollada en la Ley de Adopciones, la patria potestad, los alimentos entre parientes, la tutela y el patrimonio familiar.

²⁵ Op. Cit. Pág. 31.

CAPÍTULO II

2. Matrimonio

En el capítulo anterior, se estudió que la familia surge por la unión de dos personas de distinto sexo para realizar un proyecto de vida en común; esa unión se concreta o materializa a través del matrimonio, al que los distintos tratadistas le dan el carácter de base fundamental de todo el derecho de familia.

2.1 Etimología

La mayoría de autores establecen que la palabra matrimonio deriva de *matrimonium*, que a su vez se deriva de las raíces latinas *matris* y *munium* y significa originalmente carga o misión de la madre, dando a entender que por esta institución se pone de relieve la carga, el cuidado, que la madre ha de tener sobre sus hijos. Zannoni, para ejemplificar la etimología de la palabra matrimonio, cita a las Decretales de Gregorio IX, que indicaban: “para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio.”²⁶

Puig Peña, al respecto indica: “Creemos, sin embargo, con cierto número de pensadores modernos, que esta referencia a la madre como sujeto pasivo o único depositario de los

²⁶ Op. Cit. Pág. 120.

gravámenes y sinsabores de la institución no debe admitirse, pues que, en primer término, la apreciación no es absoluta, ya que el padre sufre también, en otro orden de relaciones, los cuidados de la casa; y, en segundo lugar, no parece correcto el buscar una significación etimológica, que hace tan sólo referencia a ciertos efectos que se producen en la institución del matrimonio, más lógico y racional resulta llenar la voz de madre del más hermoso y sublime significado: maternidad.”²⁷

El derecho romano, en cambio, utilizó el término *iustae nuptiae*, de donde proviene el sustantivo nupcias, como sinónimo de matrimonio. “En este caso *nuptiae* proviene de *nubere*, velar o cubrir, aludiendo al velo que cubría a la novia durante la ceremonia de la *confarreatio*, como lo recuerdan los *Fastos* del poeta Ovidio.”²⁸

Otros términos sinónimos han sido consorcio, de raíz latina *cum* y *sors*, que significa la suerte común de quienes contraen matrimonio. “Modestino definió las nupcias como el *consortium omnis vitae*, a que alude el Digesto (Libro XXIII, Título II, Ley 1); también *coniugium*, de *cum* y *iugum*, alude al yugo o carga común que soportan los esposos, de donde proviene el sustantivo cónyuge.”²⁹

Brañas, con relación a la etimología del término matrimonio indica: “Es significativo que la etimología de la palabra matrimonio resalte en especial la figura de la madre. No debe verse en ello su situación como sujeto pasivo o depositario de los gravámenes de la

²⁷ Op. Cit. Pág. 28.

²⁸ Zannoni. Op. Cit. Pág. 121.

²⁹ Ibid.

institución, al menos a las luces de la legislación de Guatemala, sino, a los efectos del derecho, preferentemente la causa justificativa de que la ley tienda a ser protectora del estado jurídico de la mujer dentro del matrimonio, ante la tradicional preponderancia del hombre, por cierto ahora muy controvertida, y por la circunstancia de las relaciones maternofiliales que derivan generalmente una protección conjunta de la madre y de los hijos en caso de perturbación de la vida conyugal o de modificación o disolución del matrimonio.”³⁰

Existen muchos términos que se refieren a la etimología de la palabra matrimonio, como sinónimo de madre, debido a que es ella juntamente con los hijos la que el Estado preferentemente les brinda protección.

2.2 Definición

Existe en la doctrina diversas definiciones de matrimonio, de las cuales algunas presentan una mayor o menor tendencia descriptiva del mismo como acto jurídico, como relación jurídica o, bien, como institución.

Spota, citado por Zannoni, al definir el matrimonio indica que: “surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima, siguiendo a estas declaraciones la del oficial público, hecha en nombre de la ley y por la cual los declara marido y mujer.”³¹

³⁰ Op. Cit. Pág. 111.

³¹ Op. Cit. Pág. 118.



Eduardo Prayones, también citado por Zannoni, define el matrimonio como: “Institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad.”³²

Ahrens, citado por Puig Peña, define el matrimonio como: “la unión formada entre dos personas de sexo diferente con el propósito de crear una comunidad perfecta de toda su vida moral, espiritual y física, y de todas las relaciones que son su consecuencia.”³³

Por su parte Brañas, indica que Kipp y Wolf definen el matrimonio como: “la unión de un hombre y de una mujer dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida.”³⁴

El Código Civil, establece en su Artículo 78: “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.” Para algunos tratadistas, el contenido de éste Artículo, se debe apreciar como una definición legal, y la orientación que sigue el Código Civil, es la de considerar al matrimonio como una institución social.

De las definiciones ya citadas, se puede determinar que no existe en la doctrina uniformidad al momento de abordar el término matrimonio, sin embargo, como lo indica

³² **Ibid.**

³³ **Op. Cit.** Pág. 30.

³⁴ **Op. Cit.** Pág. 112.



Ossorio: “cuál sea la finalidad del matrimonio constituye tema cuyas soluciones no son coincidentes, pues mientras para algunos es sólo la procreación de los hijos, para otros es la ayuda mutua, moral y material, de los cónyuges, y para otros la satisfacción sexual. Posiblemente sean los tres aspectos mencionados los que encierran el verdadero objetivo de la institución.”³⁵

2.3 Naturaleza jurídica

Existe diversidad de criterios para establecer la naturaleza jurídica del matrimonio, motivo por el cual Spota, citado por Zannoni, indica: “el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio se refiere al acto mismo por el cual se lo celebra.”³⁶ Rojina Villegas, indica que: “el matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista: 1. Como institución. 2. Como acto jurídico condición. 3. Como acto jurídico mixto. 4. Como contrato ordinario. 5. Como contrato de adhesión. 6. Como estado jurídico, y 7. Como acto de poder estatal.”³⁷

Brañas expone de manera sintética los principales criterios enunciados por los diferentes autores para determinar la naturaleza jurídica del matrimonio, siendo los siguientes: a) El matrimonio es un contrato; b) El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo; y c) El matrimonio es una institución. Criterios que se desarrollaran a continuación para tener mejores elementos de juicio respecto de la naturaleza jurídica

³⁵ Op. Cit. Pág. 607.

³⁶ Op. Cit. Pág. 125.

³⁷ Op. Cit. Pág. 93.



del matrimonio.

2.3.1 El matrimonio es un contrato

“Es tesis de origen canónico, del derecho de la Iglesia, la cual, a fines del imperio romano, en lucha contra la posibilidad de proliferación de la bigamia, hizo obligatoria las proclamas de matrimonio, y más tarde (Concilio de Trento, 1563) obligó a la celebración pública del mismo, ante párroco y en presencia de dos testigos (concepción del matrimonio como un contrato solemne, idea acogida por canonistas y civilistas y adoptada por la revolución francesa; se trata, dicen sus seguidores, de un contrato especialísimo, en el que es un elemento básico el consentimiento)”³⁸

Escribe Puig Peña al respecto: “Esta doctrina se injerta en la tesis de los canonistas, quienes siempre han sostenido que el matrimonio es en todo caso un contrato, y además e inseparablemente, cuando se trata del matrimonio de los bautizados, un sacramento. Pero, si bien tiene ese entronque canónico la tesis contractualista, lo cierto y verdad es que la doctrina de la naturaleza contractual del matrimonio en su aspecto estrictamente jurídico ha sido precisamente defendida por los teorizantes del liberalismo, que, apoyándose en esta naturaleza, han propugnado siempre la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial.”³⁹

Doctrina, que el Código Civil, Decreto Ley 106, no adopta en su Artículo 78 ya que no

³⁸ Brañas. **Op. Cit.** Pág. 113.

³⁹ Puig Peña. **Op. Cit.** Pág. 31.

considera al matrimonio como un contrato.

2.3.2 El matrimonio es un acto jurídico mixto o negocio jurídico complejo

Gautama Fonseca, citado por Brañas, escribe al respecto de este criterio: “Se distinguen en el Derecho los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Los primeros se realizan por la intervención exclusiva de los particulares; los segundos por la intervención de los órganos estatales, y los terceros por la concurrencia tanto de particulares como de funcionarios públicos en el acto mismo, haciendo sus respectivas manifestaciones de voluntad. El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Alcalde municipal. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acto respectivo la declaración que debe hacer el citado funcionario considerando unidos a los contrayentes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.”⁴⁰

2.3.3 El matrimonio es una institución

Respecto a este criterio, Brañas cita a Fonseca quien manifiesta: “Desde dos puntos de vista se ha intentado explicar el matrimonio como institución. Según el primero, el matrimonio es una institución por cuanto el Derecho Positivo lo configura como un

⁴⁰ Op. Cit. Pág. 115.



conjunto de reglas que tienen como finalidad exclusiva regir la organización social de los sexos y por cuya virtud se constituye un hogar, se forma una familia, o lo que es lo mismo, un estado permanente de vida... El segundo punto de vista se apoya en las ideas de Maurice Hariou sobre la institución. Antes hemos dicho que según Hariou la institución es una idea de obra o empresa que se realiza y perdura en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte entre los miembros del grupo social interesados en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes dirigidas por los órganos de poder y regidas por procedimientos.”⁴¹

Sigue manifestando Brañas, que: “Conforme a la legislación de Guatemala, 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 ente sí (Art. 78). Por lo tanto, configuran la institución matrimonial: el hecho de que el hombre y mujer se unan legalmente (es decir, cumplidos los requisitos de ley y sancionada la unión por funcionario competente), con ánimo de permanencia (elemento subjetivo no sujeto a comprobación sino a simple manifestación) y con los fines enumerados por la ley (elemento teleológico, que se cumple o no a través de las circunstancias en que se desarrolle la unión matrimonial, y cuya no realización puede tener singular importancia en la estabilidad y durabilidad de la misma)”⁴²

⁴¹ **Ibid.** Pág. 117.

⁴² **Ibid.** Pág. 118.

De lo anterior se establece que la mayoría de autores se inclinan por considerar el matrimonio como una institución social; la legislación guatemalteca sigue este criterio, ya que como anteriormente se consignó, el Código Civil en su Artículo 78, preceptúa claramente que el matrimonio es una institución social.

2.4 Fines

Para tener un panorama amplio sobre los fines del matrimonio, se hará uso de lo que Puig Peña, escribe al respecto: “Una primera doctrina, ya abandonada, mantiene un criterio unilateral, señalando un solo fin al mismo. De este parecer era Kant, quien, manifestó que el fin único del matrimonio era el goce mutuo de los instintos sexuales, los cuales quedaban regularizados en él... Una segunda doctrina, de matiz bilateral, que arranca de ARISTÓTELES, sostiene que los fines del matrimonio son fundamentalmente dos: la procreación de los hijos y el complemento mutuo de los esposos.”⁴³

Sin embargo, existe una tercera doctrina sostenida por Santo Tomás de Aquino, la cual alcanza mayor aceptación entre los diversos tratadistas, y al respecto escribe Puig Peña: “Para el sabio teólogo, el matrimonio tiene dos fines específicos: la procreación y la educación de la prole, y un fin individual: el mutuo auxilio de los cónyuges.”⁴⁴

Zannoni, para tener una idea clara sobre los fines del matrimonio, cita a Miguélez Domínguez, quien hace mención del Código de Derecho Canónico, y al respecto escribe:

⁴³ Op. Cit. Pág. 41.

⁴⁴ Ibid. Pág. 42.



“El canon 1013 del Código de 1917, distinguía entre fines primarios y fines secundarios: los primeros serían la procreación y la educación de la prole; los segundos, la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia. Esto significaría que los cónyuges deben, en primer lugar, realizar lo conducente a cumplir los fines primarios, la propagación de la especie. A la procreación y educación de los hijos estarían subordinados los fines secundarios de la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia.”⁴⁵

Doctrinariamente existen varias clasificaciones para establecer los fines del matrimonio, sin embargo la legislación guatemalteca a este respecto regula en el Artículo 78 del Código Civil los fines del matrimonio, y de la lectura de dicho Artículo se determina que son tres, siendo los siguientes: a) vivir juntos; b) procrear, alimentar y educar a sus hijos; y c) auxiliarse entre sí. Y como ya quedo establecido anteriormente, para Brañas, estos fines enumerados por la ley constituyen el elemento teleológico del matrimonio.

2.5 Clases

No existe unidad de pensamiento o criterio entre los diferentes autores en relación a las clases de matrimonios. Brañas escribe que dentro de la concepción cristianocatólica, se considera como principales clases de matrimonios, los siguientes: “el matrimonio canónico (celebrado ante el sacerdote...), el matrimonio rato (no seguido de la unión de cuerpos...), el matrimonio solemne (celebrado ante la autoridad correspondiente...), el matrimonio no solemne o secreto o de conciencia (celebrado, por razones muy

⁴⁵ Op. Cit. Pág. 121.

especiales, reservadamente...), el matrimonio igual (celebrado entre personas de igual condición social), y el matrimonio morganático (de origen germánico, supone el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con pacto de no participar el inferior, ni los hijos, de los títulos y bienes del superior).⁴⁶

Existen varios intentos de clasificar al matrimonio, sin embargo, la que abarca las principales clases, es la siguiente:

- a) **Matrimonio canónico y civil:** El canónico es el celebrado ante sacerdote eclesiástico y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación de la Iglesia. El civil es el celebrado ante el funcionario del Estado y de acuerdo con lo establecido con las leyes de este orden.
- b) **Matrimonio rato y consumado:** El rato se da cuando no se ha seguido la cópula carnal, y el consumado cuando se ha seguido la unión de cuerpos entre los contrayentes.
- c) **Matrimonio solemne y no solemne:** El solemne o público es el matrimonio tipo, o sea el celebrado ante la autoridad civil o eclesiástica y bajo las formas y requisitos que las normaciones respectivas establecen. El no solemne, llamado también secreto o de conciencia, en el cual por circunstancias especialísimas, se celebran las nupcias reservadamente, permaneciendo así hasta que los cónyuges

⁴⁶ Op. Cit. Pág. 119.

quieran darle publicidad.

- d) **Matrimonio ordinario y extraordinario:** El ordinario, llamado también regular, es aquel en el que se han observado todas las formalidades y requisitos que las leyes establecen. El extraordinario es el celebrado en inminente peligro de muerte, el matrimonio por poder, el de los militares, el contraído a bordo de buques de guerra o mercantes.

- e) **Matrimonio válido y nulo:** El válido es aquel que, celebrado conforme a las prescripciones legales, se ha contraído sin ningún impedimento dirimente. El nulo puede ser *noto* o conocido si es notoria la nulidad del mismo, o putativo si esa nulidad es desconocida para ambas partes o una de ellas.

- f) **Matrimonios iguales y morganáticos:** Los primeros son aquellos que se celebran entre personas de igual condición social o clase. Los morganáticos, suponen el enlace entre personas de distinto rango y clase social, con el pacto de no participar el inferior ni los hijos de los títulos y bienes del superior.

La anterior clasificación, de manera muy sucinta, explica las diversas formas de matrimonios que hay. En Guatemala, a decir de Brañas, no tienen, a excepción del matrimonio canónico, ninguna significación; sin embargo, si la tienen, preponderantemente, el matrimonio religioso y el matrimonio civil.

2.6 Sistemas

Bajo la idea de sistemas matrimoniales, la mayoría de tratadistas, han hecho referencia al tema que trata de la ordenación o regulación que hace el Estado sobre el matrimonio, Aguilar Guerra, cita a Sánchez Roman, quien escribe: “los sistemas matrimoniales son los diferentes criterios de organización legal establecidos y practicados en los diferentes países para reputar válidamente celebrado el matrimonio.”⁴⁷

Brañas indica que del matrimonio civil y del matrimonio religioso han surgido los distintos sistemas matrimoniales y los agrupa de la siguiente manera: “1. Sistema exclusivamente religioso, que solo admite el matrimonio celebrado ante la autoridad eclesiástica... 2. Sistema exclusivamente civil, surgido de la revolución francesa, que establece la obligatoriedad del matrimonio civil (en su variedad pura, debe celebrarse antes que el religioso, sin ser éste de ninguna manera obligatorio...) 3. Sistema mixto, surgido como resultado de la existencia y reconocimiento de los matrimonios religioso y civil, a manera de que, en casos determinados, uno u otro surtan plenos efectos; teniendo como variantes el matrimonio civil facultativo y el matrimonio civil por necesidad...”⁴⁸

Puig Peña hace mención de tres sistemas matrimoniales: El primero, que lo denomina sistema de la forma exclusivamente religiosa, que no admite más matrimonio que el celebrado ante la Iglesia. El segundo, que lo denomina sistema de la forma exclusivamente civil, que establece el matrimonio civil como obligatorio para todos los

⁴⁷ Op. Cit. Pág. 80.

⁴⁸ Op. Cit. Pág. 120.



ciudadanos del Estado. Y el tercero, que lo denomina sistema mixto, al que le reconoce tres variantes: a) sistema del matrimonio civil facultativo, aquí los interesados pueden casarse a su elección ante ministro religioso o ante funcionario del Estado, b) sistema del matrimonio civil para caso de necesidad, donde el Estado reconoce como forma normal la religiosa, pero admite el civil sólo para aquellos que no profesen una religión, y c) el matrimonio acto oficial y el matrimonio acto privado.

En el caso de Guatemala, algunos indican que el sistema matrimonial es único, porque únicamente reconoce el matrimonio civil; otros indican que es mixto o plural, ya que puede elegirse la autorización del mismo por un funcionario del Estado o bien la autorización por un ministro de culto, tal y como lo preceptúan los Artículos 49 de la Constitución Política de la República y 92 del Código Civil, Decreto Ley 106. Sin embargo, el sistema matrimonial en Guatemala es único debido a que el ministro de culto, la autorización que recibe es para celebrar matrimonio civil.

2.7 Anulabilidad del matrimonio

El Artículo 145 del Código Civil, regula los casos en los que el matrimonio es anulable, pero para la presente tesis se centrará únicamente en el inciso 2., que establece: “Del que adolezca de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea perpetua, incurable y anterior al matrimonio;”. Este numeral se complementa con el Artículo 148 del mismo cuerpo legal que establece: “La anulación del matrimonio por ocurrir el caso del inciso 2º del artículo 145, puede pedirse por

cualquiera de los contrayentes si la impotencia es relativa, pero si fuere absoluta, el cónyuge impotente no podrá demandar la nulidad...”

Rojina Villegas, escribe que la nulidad, “ha sido considerada como la sanción perfecta del derecho, en virtud de que tiene por objeto privar de efectos y consecuencias al acto jurídico. Desde el momento en que la ley destruye con carácter retroactivo todas las consecuencias que pudo haber producido un acto nulo, se considera que existe una sanción perfecta, pues el derecho impide que tenga eficacia el acto contrario a la ley, o bien, el acto en el cual existen ciertos vicios internos como son la incapacidad, los vicios de la voluntad y la inobservancia de las formalidades legales.”⁴⁹

Para entender los anteriores preceptos legales, se citará a Brañas, quien indica: “Procede deslindar el concepto de impotencia (ineptitud para el acto sexual) del de esterilidad (ineptitud para engendrar), a los efectos legales. Los códigos no son explícitos a ese respecto. Tanto el código de 1933 como el vigente, distinguen la impotencia absoluta y la relativa. Ha de entenderse que la absoluta es comprensiva de la incapacidad para tener relaciones sexuales –que puede obedecer a inhibiciones de orden psicológico o a inadecuada conformación, congénita o accidental, de los órganos sexuales– y de la incapacidad para la procreación. La impotencia relativa tiene que circunscribirse a la ineptitud para la procreación, a la falta de aptitud para engendrar.”⁵⁰

De lo anterior se puede indicar, que una de las causas para pedir la nulidad del

⁴⁹ Op. Cit. Pág. 115.

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 133.



matrimonio, es la incapacidad ya sea absoluta o relativa para la procreación, esto porque uno de los fines del matrimonio es la procreación; si bien es cierto, aunque no haya procreación dentro del matrimonio persisten los otros dos fines que contempla el Código Civil, también es cierto que en la actualidad uno de los problemas reales de muchas parejas es la esterilidad, lo cual ha causado frustración en los matrimonios, llevándolos a un desgaste físico y emocional, que concluye en la separación o el divorcio.

2.8 Separación y divorcio

El Código Civil, regula en el Artículo 153: “El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.”; el Artículo 155 del mismo cuerpo legal establece: “Son causas comunes para obtener la separación o el divorcio: ...13. La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio,...”. Anteriormente, se estableció que la impotencia absoluta o relativa para la procreación es causa para solicitar la nulidad del matrimonio; pero también es causa para solicitar la separación o el divorcio, el factor que los diferencia es el momento en que se da la impotencia, si es antes del matrimonio se recurre a la nulidad, si es posterior a la celebración del matrimonio, se solicita la separación o el divorcio.

Ya sea que se solicite la nulidad, la separación o el divorcio; la impotencia absoluta o relativa para la procreación constituye un factor de riesgo para la continuidad del matrimonio. Brañas indica que “la permanencia y la estabilidad del matrimonio no dependen de la voluntad del legislador, quien fija las normas generales de observancia



obligatoria por parte de los cónyuges, pero no puede ir más allá: circunstancias de índole personal, familiar o social, son determinantes del buen o mal suceso de un matrimonio que efectiva o aparentemente se celebró con ánimo de permanencia.”⁵¹

La separación o, como algunos autores la llaman, separación de cuerpos, separación de personas o divorcio relativo; es definida por Planiol-Ripert, citados por Brañas, como: “el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos” ⁵². Teniendo como característica esencial la separación, que el vínculo matrimonial sigue vigente, aunque la vida en común de los cónyuges haya terminado.

El divorcio es considerado por Rojina Villegas como “una sanción específica del derechos de familia”⁵³. Brañas cita a Planiol-Ripert, quienes indican que “El divorcio es la disolución en vida de los esposos, de un matrimonio válido”⁵⁴. De lo que se establece, que el divorcio para que se pueda dar necesita que los cónyuges estén vivos y dentro de un matrimonio válidamente celebrado, y trae como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial dejando a los cónyuges en libertad para poder contraer nuevo matrimonio.

⁵¹ **Op. Cit.** Pág. 170.

⁵² **Ibid.** Pág. 172.

⁵³ **Op. Cit.** Pág. 116.

⁵⁴ **Op. Cit.** Pág. 175.



CAPÍTULO III

3. Filiación

La familia y el matrimonio, como ya fue expuesto en los capítulos anteriores, están estrechamente unidos, por cuanto comprenden ampliamente todas las relaciones derivadas de vínculos que surgen de la unión intersexual y la procreación, que a su vez, da origen a la filiación, la cual ha tenido un especial tratamiento tanto en la doctrina como en la legislación guatemalteca.

3.1 Etimología

La certidumbre de la procedencia de los hijos respecto de los padres surge al ser reconocida e institucionalizada la familia monogámica, ya que esta exige la cohabitación exclusiva entre hombre y mujer; a partir de esa certidumbre, como lo escribe Zannoni: “el sistema de consanguinidad hizo de la filiación una categoría dependiente de la existencia o inexistencia de unión estable entre padre y madre a la época en que debe presumirse la concepción del hijo...”⁵⁵ Es por ello que resulta importante saber el origen o procedencia de la palabra filiación.

Procede del latín medieval “*filiatio, filiationis*, que designaba sobre todo un concepto jurídico, un derecho o conjunto de derechos: el que los hijos adquieren por ser hijos

⁵⁵ Op. Cit. Pág.11.

naturales de quienes son, o bien adoptados, y los que se refieren a la adquisición de bienes paternos. *Filiatio*, es vocablo que surge en el latín tardío cristiano, bajo imperial y alto medieval con el sufijo de acción sobre la palabra *filius* (hijo), sin que existiera en la época un verbo *filiare* (*filiar*, crear un hijo o engendrarlo), verbo que por definición de *filiatio*, parece que nace más tardíamente en la edad media.”⁵⁶

Para Zannoni, el término filiación proviene del latín *filius*, que significa hijo, y sintetiza: “el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.”⁵⁷

3.2 Definición

Ossorio define el término filiación como: “Vínculo existente entre padres e hijos.”⁵⁸ Por su parte, Brañas indica que: “Pueden 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.”⁵⁹

Zannoni indica que la filiación comprende “todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente, que atañen

⁵⁶ <https://etimologias.dechile.net/?filiación>. (Consultado 14-04-2018).

⁵⁷ Eduardo A. **Derecho de familia**. Tomo II. Pág. 283.

⁵⁸ **Op. Cit.** Pág. 435.

⁵⁹ **Op. Cit.** Pág. 194.

tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad.”⁶⁰

Puig Peña define a la filiación como: “el nombre jurídico que recibe la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra.”⁶¹ Por su parte Planiol-Ripert, citados por Brañas indican: “puede definirse la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra...”⁶²

De lo anterior se puede determinar que la filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, una descendiente de otra, ya sea por un hecho natural o por un acto jurídico. El Código Civil no da una definición de filiación, sin embargo, regula la paternidad y filiación matrimonial y extramatrimonial del Artículo 199 al 227.

3.3 Clases

A decir de Brañas, “los preceptos de la ley de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia. Es decir, se parte de la relación surgente por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio... Conforme a las disposiciones del código civil, puede afirmarse que dicha ley reconoce

⁶⁰ **Op. Cit.** Pág.11.

⁶¹ Federico. **Tratado de derecho civil español. Tomo II; Volumen II.** Pág. 5.

⁶² **Op. Cit.** Pág. 194.

las siguientes clases de filiación:

1. Filiación matrimonial: la del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable (Art. 199).
2. Filiación cuasimatrimonial: la del hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada (Art. 182).
3. Filiación extramatrimonial: la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada (Arts. 209 y 182).
4. Filiación adoptiva: la del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que la adopta (Art. 228).⁶³

Cabe aclarar, que el Artículo 228 del Código Civil fue reformado por el Artículo 63 del Decreto 77-2007, que contiene la Ley de Adopciones, por lo que todo lo relacionado con la adopción, y por ende la filiación adoptiva, está contenida en el cuerpo legal ya citado, el cual preceptúa en su Artículo 13: “Podrán adoptar el hombre y la mujer unidos en matrimonio o en unión de hecho declarada de conformidad con la legislación guatemalteca, siempre que los dos estén conformes en considerar como hijo al adoptado...”; Artículo que actualmente regula la filiación adoptiva, como la llama Brañas.

Otra clasificación establece tres clases de filiación, siendo las siguientes: a. Filiación matrimonial; b. Filiación extramatrimonial; y c. Filiación civil.

“La filiación matrimonial, es la que surge producto del matrimonio. La filiación extramatrimonial es, como su nombre lo indica, la de los hijos que no han nacido dentro

⁶³ *Ibid.* Pág. 195.



del matrimonio. El reconocimiento de estos hijos por parte del padre puede ser voluntaria o puede ser imputada mediante sentencia judicial. La filiación civil es la que se establece por la adopción.

Una vez que es establecida la filiación no hay diferencias entre unos y otros como en el pasado existía entre hijos legítimos (nacidos dentro del matrimonio), naturales (nacidos fuera del matrimonio pero que podrían legitimarse) y espurios, adulterinos, incestuosos, etc. Estos es, sin importar el tipo de filiación siempre conlleva las siguientes consecuencias jurídicas: Obligación y derecho de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones así como la configuración de ciertos delitos, agravantes y atenuantes en derecho penal. Derecho al nombre, es decir, a llevar el apellido de los padres.”⁶⁴

3.4 Procreación y filiación

La paternidad y la maternidad determinan la filiación. “De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación paterno-filial. Aun así, esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acaece en la adopción y en la legitimación adoptiva. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público.”⁶⁵

⁶⁴ <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/02/filiacion>. (Consultado 14-04-2018).

⁶⁵ Zannoni. *Op. Cit.* Pág. 283.



El Código Civil, en relación a este tema, regula en el Artículo 199: “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio...”; norma jurídica que precisa que la procreación de un hijo dentro del matrimonio presume que el marido es el padre, aunque esta presunción admite prueba en contrario como lo establece el Artículo 200 del mismo cuerpo legal. Para el caso de la procreación fuera del matrimonio o extramatrimonial, el mismo Código Civil regula en el Artículo 210: “Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre; del solo hecho del nacimiento; y, con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad.”

Lógico es que la anterior norma, para el caso de la filiación extramatrimonial, establezca que con respecto a la madre se prueba con el solo hecho del nacimiento, ya que esto no genera duda o incertidumbre, porque es un hecho notorio durante el proceso de la gestación; sin embargo, con respecto del padre, si este hace el reconocimiento voluntario, se presume que es el padre, pero si se niega, se tendrá que recurrir a una sentencia judicial para establecer el vínculo paterno-filial del hijo nacido fuera de matrimonio.

Otro aspecto a tomar en cuenta, y que resulta de gran importancia es el descrito por Zannoni, quien indica: “Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores –mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal– e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la

determinación de la maternidad por el parto.”⁶⁶

3.5 Filiación legítima e ilegítima

La tradicional distinción entre filiación legítima y filiación ilegítima, se realiza en referencia a la existencia o inexistencia de matrimonio de los padres a la época de la concepción. El Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 199 regula: “... Se presume concebido durante el matrimonio: 1. El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2. El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.” Artículo que regula los casos en los que un hijo tiene a su favor la presunción legal de paternidad, ya que se tiene concebido dentro de matrimonio; entonces la filiación legítima es aquel vínculo jurídico que se produce dentro del matrimonio.

La filiación ilegítima provoca más discusión que la legítima, ya que como expone Ossorio, “La filiación ilegítima se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, caso en el cual se habla de filiación natural, como cuando media algún impedimento, sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos (filiación adulterina), relación de parentesco (filiación incestuosa) o profesión religiosa (filiación sacrílega) sin que jurídicamente tengan importancia estas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales.”⁶⁷

⁶⁶ *Ibid.* Pág. 284.

⁶⁷ *Op. Cit.* Pág. 435.



“La llamada filiación ilegítima recibió y recibe todavía en algunas legislaciones discriminaciones según que el hijo hubiera sido engendrado cuando los padres no podían contraer matrimonio válidamente por mediar impedimentos dirimentes –así, p.ej., los hijos adulterinos o incestuosos–, reservándose la denominación de hijos naturales a los concebidos por progenitores que, a la época de la concepción, si bien no estaban casados, no tenían impedimento para hacerlo.”⁶⁸

Al respecto Brañas, escribe: “Si no existe matrimonio, el hijo puede ser reconocido por el padre (reconocimiento voluntario); a falta de ese acto, se produce una reversión de la situación; debe probarse judicialmente la paternidad (reconocimiento forzoso). En cualquier forma, los hijos procreados fuera de matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio (y, por supuesto, tienen los mismos deberes y obligaciones); sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge (Art. 209).”⁶⁹

3.6 Determinación de la filiación

La filiación tiene como presupuesto el vínculo jurídico que surge a raíz del nexo biológico entre el hijo y sus padres; la paternidad y la maternidad queda jurídicamente determinada cuando ese nexo biológico puede acreditarse. Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, citados por Zannoni, definen la determinación de la filiación como: “la afirmación jurídica

⁶⁸ Zannoni. **Op. Cit.** Pág. 284.

⁶⁹ **Op. Cit.** Pág. 207.

de una realidad biológica presunta.”⁷⁰

De manera legal, voluntaria y judicial; son las formas en las que se puede determinar la filiación, “Es legal cuando la propia ley, con base en ciertos presupuestos de hecho, la establece... Es voluntaria o negocial, cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo. Finalmente, es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, basándose en las pruebas relativas al nexo biológico.”⁷¹

3.6.1 Determinación legal de la maternidad

La expresión “la maternidad, en sentido biológico, siempre es cierta”, nos lleva a la conclusión que el parto constituye el hecho que, probado, atribuye *ipso iure* la maternidad, por aquello que el parto sigue al embarazo. “Tradicionalmente, ha sido valor entendido que mientras la paternidad del marido se determina a través de la presunción ya recordada, y en razón del aforismo clásico recogido en la sentencia de Paulo: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, la maternidad se acredita por el parto de la mujer, y por eso, como también se lee en Paulo: *mater semper certa est*.”⁷²

Como ya quedo establecido en el Código Civil, en su Artículo 210, la filiación y, por ende, la maternidad se prueba del solo hecho del nacimiento; como puede fácilmente inferirse,

⁷⁰ Op. Cit. Pág. 294.

⁷¹ Ibid. Pág. 295.

⁷² Ibid.

lo que la ley ha tenido en cuenta para atribuir la maternidad es el hecho del parto, debidamente acreditado, a resultas de la cual la mujer dio a luz a aquel cuyo nacimiento se inscribe. Entonces, la determinación legal de la maternidad se aplica tanto a la maternidad matrimonial como a la maternidad extramatrimonial.

Sin embargo, puede existir una divergencia en la determinación legal de la maternidad, derivada del fenómeno que ofrece la fecundación extracorporal con posterior implantación del embrión en un útero de otra mujer, procedimiento que se conoce como maternidad subrogada o vientre de alquiler y que puede crear dificultades en el hecho objetivo del parto que legalmente determina la maternidad, si quien da a luz al niño adujere que no es la madre por haber recibido un embrión ajeno, actuando como madre sustituta o por cuenta de otros.

3.6.2 Determinación legal de la paternidad

Anteriormente se indicó que la determinación de la filiación consiste en la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta; afirmación que presume como lo escribe Zannoni, “que el hijo dado a luz por una mujer casada tiene como padre a su marido.”⁷³. Presunción que tiene su fundamento en el Artículo 199 del Código Civil, la que debe reunir los siguientes elementos: a) que se haya celebrado legalmente un matrimonio; b) filiación materna acreditada; y c) que el hijo sea concebido durante del matrimonio.

⁷³ **Ibid.** Pág. 295.

Sin embargo, puede suceder que el hijo dado a luz por una mujer casada nazca dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, o bien, el hijo dado a luz por una mujer que estuvo casada nazca después de los 300 días de disuelto el matrimonio; circunstancias que facultan al marido para impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio o después del mismo. Cuando el marido no impugna la paternidad dentro del plazo establecido en el Artículo 204 del Código Civil, la atribución legal de padre queda firme y con ella la legitimidad del hijo.

Para el caso del hijo dado a luz por una mujer no casada, es decir, cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, como lo regula el Artículo 210 del Código Civil; la paternidad queda establecida por el reconocimiento voluntario del presunto padre, o por sentencia judicial que declare la paternidad, para lo cual, se debe ventilar el proceso respectivo como lo establece el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

3.6.3 Relación entre filiación, maternidad y paternidad

Durante el desarrollo del presente capítulo se ha utilizado indistintamente los términos filiación, maternidad y paternidad; pero surge la interrogante si estos términos son correlativos o, por el contrario, cada uno tiene su propia sustantividad de concepto y contenido. Puig Peña, sobre filiación y paternidad escribe: “En realidad, creemos que ello no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo la otra, ya que el padre

supone al hijo y no puede existir hijo sin un padre. Son, pues, los dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres, y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación.”⁷⁴

Situación que se repite con los términos filiación y maternidad. De lo anterior se puede apreciar que paternidad y maternidad es el vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo; y la filiación, es ese mismo vínculo jurídico que existe entre el hijo y sus respectivos padres.

3.7 Biogenética y filiación

El hijo ha sido siempre considerado como el resultado de la cópula fecundante de hombre y mujer; sin embargo, con el avance de la ciencia y la tecnología, ya en el siglo pasado, se comenzó a practicar la inseminación artificial, a través de la cual la concepción en el seno materno dejó de ser el resultado del acto sexual de los padres y pasó a ser un procedimiento mediante el cual el semen es inoculado en el cuello del útero para posibilitar su ascenso hacia las trompas de falopio donde se realiza el encuentro del espermatozoide con el óvulo.

Zannoni, escribe al respecto: “La inseminación artificial ha sido practicada frecuentemente utilizándose, en mujeres casadas, el semen del marido cuando por

⁷⁴ Op. Cit. Pág. 10.

circunstancias especiales no es posible que, a través del coito, el esperma conserve su calidad fecundante; así, por ejemplo, secreciones vaginales o trastornos endocrinos que neutralizan los espermatozoides. Pero también se ha utilizado semen de un tercero –o “donante”, preferiblemente anónimo– cuando la esterilidad de la pareja obedece a infertilidad del hombre.”⁷⁵

En los años más recientes hace su aparición el llamado bebe probeta, demostrando con ello la ciencia la posibilidad de fecundar extracorporalmente el óvulo mediante semen extraído previamente, para luego implantar el embrión en el útero. Esta práctica ha planteado varios debates con relación a la filiación del hijo producto de esta práctica.

3.7.1 Antecedentes

La concepción de un hijo de manera no natural, utilizando técnicas de inseminación artificial, en la actualidad ya no constituye un factor que conmocione a la sociedad, por lo que cabe señalar algunos antecedentes que son significativos desde el plano científico. Zannoni escribe: “Ya desde fines del siglo pasado se venían realizando diversas investigaciones sobre la ectogénesis en conejos, ratas, etcétera. Un notable zoólogo, británico también, Gregory Goodwin Pincus (1903-1967), obtuvo hacia finales de la década de 1930 un promisorio resultado: logró la activación artificial de un óvulo no fecundado de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre. Sus investigaciones prosiguieron en el área de la biosíntesis de las hormonas suprarrenales.

⁷⁵ Op. Cit. Pág. 463.

Pincus llegó a ser el “padre de la píldora”, al obtener el primer compuesto anticonceptivo por vía oral, la FDA, lanzada al mercado de consumo de los Estados Unidos en 1963.”⁷⁶

Después de Pincus, en las décadas de 1940 y 1950, las investigaciones de algunos científicos se extendieron a los seres humanos. “Se computan las de científicos como Rock y Menkin (1944), Landium y Shettles (1953), Petrov (1958) y Moricard (1959). Todos ellos lograron fecundaciones *in vitro* aunque no pudieron prolongar la vida del embrión más de cinco o seis días. Pero debe recordarse –como verdadero hito– el experimento que entre 1960 y 1961 realizó el biólogo italiano Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolonia; logro el desarrollo de embriones *in vitro*, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en el tubo de ensayo y cuya evolución fue, incluso, filmada.”⁷⁷

Sigue escribiendo Zannoni: “Pero hay mucho más. Hoy se habla de partenogénesis, también conocida como *cloning* o reproducción asexuada dentro de las ciencias biológicas. La partenogénesis se obtiene a partir de la fecundación mediante una célula cualquiera –no el espermatozoide– que, según se ha demostrado, contiene todos los componentes genéticos del organismo a que pertenece y absolutamente toda la información para crear un nuevo ser idéntico a aquél. Esa célula se introduce en el núcleo del huevo sustituyendo el embrioblasto, es decir el embrión formado por las células genéticas originales. Un biólogo de Oxford, J.B. Gurdon, logró por este procedimiento, en 1960, reproducción de ratas, pero la ciencia se pregunta si no podría hacerse ella en

⁷⁶ **Ibid.** Pág. 464.

⁷⁷ **Ibid.**

seres humanos.”⁷⁸

Esta concepción de un hijo de manera no natural y la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera las tradicionales concepciones científicas, provocando el replanteo ético de la concepción y la creación de nuevas formas jurídicas que modifican la tradicional forma en que se ha regulado la filiación.

3.7.2 Proyecciones

En un corto plazo en los últimos años ha cobrado gran desarrollo la biogenética, colaborando con grandes aportes la ingeniería genética y la computación. “Desde una perspectiva positiva, los fines de la investigación pueden orientarse hacia el mejor conocimiento de la evolución orgánica del embrión humano, antes y después de su implantación en el útero; desarrollar técnicas a través de la ingeniería genética para detectar y corregir afecciones congénitas o hereditarias; perfeccionan el conocimiento de la fisiología embrional, diferenciando sus tejidos y órganos, etcétera. Pero también -como contrapartida- pueden estas investigaciones orientarse hacia experimentos aberrantes, como por ejemplo, las conocidas como partenogénesis, el clonado, intentar el cruce de gametos de distintas especies, la implantación de embriones humanos en animales o mujeres clínicamente muertas, etcétera.”⁷⁹

También en los últimos años se ha difundido el tema de la maternidad subrogada, que

⁷⁸ **Ibid.** Pág. 466.

⁷⁹ **Ibid.**

consiste esencialmente en la fecundación extracorporal e implantación del embrión en el útero de una mujer distinta a la dadora del óvulo, teniendo esta mujer la obligación de entregar al hijo después del nacimiento. Estos logros modernos de la embriología ponen al alcance de las parejas un modo de resolver la concepción de un hijo, cuando por diversas situaciones no se logra de manera natural.

Esto nos lleva a pensar en temas como el alquiler de vientres, la venta de espermatozoides o de óvulos, o bien, la comercialización de embriones; los cuales en algún momento la legislación tendrá que regularlos para su control y fiscalización. Teniendo en cuenta que el derecho presupone lo científico y lo ético y que sus avances van de la mano con los nuevos descubrimientos, y a decir de Zannoni, “Las conquistas en el campo de la genética humana exigen al jurista conjugar los datos que aquella computa en el espectro de las realidades o posibilidades biológicas, con los presupuestos que informan la realidad jurídica.”⁸⁰

3.7.3 Técnicas de reproducción humana artificial

Existen diversas clasificaciones de las técnicas de reproducción humana mediante manipulación genética, por ejemplo, Zannoni indica que esencialmente se basan en “a) Inseminación artificial. Previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero o directamente en interior del útero, de la esposa o pareja; a su vez puede ser homóloga o heteróloga. 1) Homóloga. Se practica con el semen del marido en

⁸⁰ *Ibid.* Pág. 468.

los casos en los que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. 2) Heteróloga. Se practica con el semen de un donante cuando el marido es estéril, y también en casos de incompatibilidad del factor; incluso, si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil.

b) Fecundación extracorporal, o fertilización *in vitro*. En estos casos la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio en razón de existir la imposibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en el interior del tercio externo de las trompas de Falopio. La fecundación extracorporal, o *in vitro* (FIV) suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas –obstrucción tubárica- que impide el encuentro de óvulo y espermatozoides mediante el coito... Una variante de ésta técnica es la denominada transferencia intratubaria de gametos (GIFT), que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción.”⁸¹

Otra clasificación indica que existen dos formas de reproducción humana artificial a) inseminación homóloga o autoinseminación, la mujer es fecundada con el semen o espermatozoide del esposo cuando existe la imposibilidad de fecundar el óvulo de la mujer, de una forma natural; y b) inseminación heteróloga o heteroinseminación, la mujer es fecundada con el semen o espermatozoide de una tercera persona; se produce cuando el esposo es absolutamente impotente para poder fecundar, ya sea por

⁸¹ **Ibid.** Pág. 469.



obstrucción de las vías seminales, trastorno de espermatogénesis, hombres azoospermas, células generadoras de espermias lesionadas, existencia de enfermedades hereditarias o la incompatibilidad del factor RH de la sangre de los esposos.

Las dos formas ya mencionadas pueden efectuarse de dos maneras: a) inseminación intrauterina, es realizada médicamente por medio de una jeringuilla, la cual es llenada con el espermia del esposo o del donante, y con ello, se tratará de fecundar el óvulo dentro del útero de la mujer, sin extraer el óvulo, para lograr la fecundación; y b) inseminación exocervical, *in-vitro* o extrauterina, aquí el espermatozoide y el óvulo son fecundados fuera del cuerpo de la mujer, una vez el óvulo se encuentre fecundado en un tubo de ensayo deberá implantarse en el útero de una mujer y ser llevado a término.

La inseminación exocervical, *in-vitro* o extrauterina, a su vez, se puede realizar a través de dos métodos:

a) Método de GIFT (*gameto intrafalopian transfer* o transferencia de gametos a la trompa), se efectúa estimulando la ovulación de la mujer, luego son extraídos y colocados en un cateto para posteriormente ser colocados en la trompa de falopio, juntamente con el espermatozoide, el que también está colocado en un cateto para que al estar los catetos en posición dentro del cuerpo de la mujer, estos sean unidos para provocar la fertilización.

b) Método de bebé probeta, se realiza cuando la mujer ha perdido las trompas de falopio o ha sufrido de infecciones severas o endometriosis, teniendo la necesidad de sacar los óvulos, los que se almacenan en una cajita de petril o probeta, que al estar en posición se fertilizan con los espermatozoides. Para cuando se haya logrado la fertilización o cuando esta fertilización ya tenga crecimiento de cuatro o seis células, dentro de un término aproximado de 3 días, este nuevo ser llamado embrión es introducido por medio de un catéter al útero de la madre por vía vaginal, con la esperanza de que la implantación del embrión madure y se convierta en un nuevo ser.

Se citara una última clasificación, siendo la siguiente: “A) Según provenga el semen: Se denomina IAC si la muestra procede del semen del cónyuge. Si proviene de un semen de donante anónimo la llamaremos IAD. B) Según dónde se deposite el semen: podemos distinguir las modalidades de IA: Intravaginal (IV), Intracervical (IC), Intrauterina (IU), Intratubárica (IT) e Intraabdominal (IAbd). Por motivos de su eficacia y simplicidad la inseminación intrauterina ha desplazado a las otras modalidades de inseminación al recuerdo histórico, por lo que siempre nos vamos a referir a las modalidades de inseminación intrauterina. (IAC-IU y IAD-IU). C) Según el tipo y modalidad de ciclo ovárico: Distinguimos entre Ciclo espontáneo, ciclo inducido con Citrato de Clomifeno (CC) o ciclo estimulado con gonadotropinas (FSH-HCG).”⁸²

⁸² <https://www.institutocefer.com/blog/que-es-una-inseminacion-artificialcomo-se-realiza-unainseminacion-artificial/>. (Consultado 15/04/2018).



3.7.4 Implicaciones legales

Las instituciones jurídicas familiares se basan en la constitución de relaciones biológicas de reconocimiento social, vinculadas a la ética y a la cultura; la filiación matrimonial se constituye en base a dos principios fundamentales: a) El de naturaleza biológica, en donde el hijo es legítimo porque es concebido por el esposo y la esposa; y, b) El de naturaleza institucional, en donde el hijo es legítimo porque es concebido dentro del tiempo legal del matrimonio, tiempo que establece el Artículo 199 del Código Civil, Decreto Ley 106. Entonces, se puede afirmar que el medio para lograr la concepción de un hijo es indiferente cuando en ello intervengan los componentes genéticos del marido y la mujer durante el matrimonio.

Esto permite pensar que el hijo concebido durante el matrimonio por el método de la inseminación artificial homóloga debe considerarse como legítimo; también se puede determinar que el hijo concebido por fecundación extrauterina durante el matrimonio utilizándose el óvulo de la esposa y el esperma del esposo es también legítimo. Cumpliendo estos dos mecanismos con los supuestos de la biología y la ley en el caso de la institución de la filiación.

Sin embargo, en la inseminación heteróloga puede ocurrir que exista una separación entre el aspecto genético y las normas legales, circunstancia en donde el hijo nace dentro del matrimonio; pero existe la intervención de un componente biológico extraño entre los cónyuges, como por ejemplo: la fecundación del óvulo de la esposa con el semen del



esposo, sin embargo el implante del embrión será en el útero de otra mujer. Circunstancia que no está regulada en Guatemala, pero puede ayudar a los matrimonios que adolecen de esterilidad para que a través de este método puedan cumplir con una de las finalidades del matrimonio, que es procrear, alimentar y educar a los hijos.







CAPÍTULO IV

4. Maternidad subrogada

La maternidad subrogada ha sido identificada, estudiada, analizada y criticada por distintos autores, profesionales y personas; unos se manifiestan a favor y otros son detractores de esta práctica, que cada día es más extendida con los avances de la ciencia y la tecnología. Es conocida con los nombres de subrogación gestacional, maternidad sustituta, vientre de alquiler o contrato de gestación por sustitución; de hecho, hay quienes la han estudiado de manera más detallada e indican que existen hasta 17 nombres distintos para nominarla. En el desarrollo del presente capítulo los nombres ya mencionados serán utilizados de manera indistinta.

Denominación que está formada por dos términos, maternidad y subrogación. Ossorio define maternidad como: “Relación paternal que une a la madre con el hijo.”⁸³ Anteriormente se determinó que paternidad y maternidad es el vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo. Ossorio, también define subrogación, indicando que es: “substituir o poner una persona o cosa en lugar de otra.”⁸⁴ En su acepción vulgar el vocablo subrogar significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Entonces, es el reemplazo de una persona que debería cumplir una función y que, por algún motivo, es desplazada y suplantada por otra que llevará a cabo la tarea asignada a la primera.

⁸³ Op. Cit. Pág. 605.

⁸⁴ Ibid. Pág. 942.



Con lo anterior, se puede establecer, en un sentido amplio, que la maternidad subrogada es la condición por la cual una pareja dota de material genético para la fecundación y una tercera persona, mujer, por medio de su vientre, gesta y da a luz al nuevo ser.

4.1 Antecedentes

Los primeros indicios de gestación subrogada que aparecen en la cultura se remontan 2000 años antes de Cristo, y el Antiguo Testamento, en Génesis capítulo 16, narra cómo Sara, la esposa de Abraham, era infértil, y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara su hijo. Sara dijo a Abraham: "Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella"⁸⁵ y así fue.

En los años 70 del Siglo pasado, la maternidad subrogada se limitaba a la práctica por la cual una mujer se ofrecía para ser inseminada por el marido de una mujer infértil que no podía producir óvulos sanos. "El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial que fue documentado ocurrió en 1976, a través de Noel Keane, un abogado que en Dearborn, Michigan, Estados Unidos creó la *Surrogate Family Service Inc.* para ayudar a parejas con dificultades para concebir facilitándole el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación.

La atención pública brindada al controvertido caso de maternidad subrogada, conocido como Baby M, puso el tema en el centro de los debates en 1986 en Estados Unidos. En

⁸⁵ La Santa Biblia. Pag. 11.



un acuerdo sobre maternidad sustituta, la mujer gestante después de nacida la hija, se arrepintió de darla al matrimonio contratante y decidió conservarla, los problemas se suscitaron por el contrato que habían firmado ambas partes involucradas. La madre sustituta había sido inseminada con semen del varón de la pareja contratante y este conflicto de intereses terminó en la justicia quien después de un largo proceso con varias apelaciones, decidió darle la tenencia al varón y derechos de visita a la madre sustituta. Este caso paradigmático plantea las dificultades éticas y las complicaciones en la determinación de los derechos y responsabilidades parentales.”⁸⁶

Zannoni, sobre los antecedentes de la maternidad subrogada, escribe: “Hacia 1983, un Comité de ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido se expidió en contra de la práctica de madres subrogadas en razón de que ellas no pueden, de antemano, predecir cuáles serían sus actitudes hacia los niños que den a luz, y, además, porque la entrega de los bebés las hacen posibles de sufrimientos emocionales. Por eso, en 1984 la Comisión Warnock recomienda establecer por ley que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por tanto, estarán desprovistos de acción para hacer efectivo su cumplimiento.

El proyecto preliminar del Consejo de Europa, contemporáneamente, contiene previsiones relativas a lo que se denomina inseminación artificial en una madre subrogada, y por separado la fecundación *in vitro* en una mujer subrogada... El primer caso supone la inseminación de una mujer que conviene en entregar al hijo que ella

⁸⁶ <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Consultado 15/04/2018).



concibe; el segundo caso, en cambio, constituye el típico supuesto de subrogación.

La orientación hacia la prohibición de maternidades sustitutas, en cualquiera de sus formas, parece afirmarse. El antes recordado proyecto de ley presentado por la Asamblea Nacional de Francia en mayo de 1984, dispone en el art. 1º la nulidad de pleno derecho de cualquier convención acerca de la concepción del hijo, fecundación y embarazo de la mujer.”⁸⁷

Del mismo modo países como Italia en 1985 y España en 1986 han rechazado esta práctica, y hasta el propio Estados Unidos de América, que hasta 1985 no había regulado estos contratos, ha visto con desaire la maternidad subrogada. Sin embargo, “si se utiliza frecuentemente en los países que toleran de alguna manera esta práctica, aceptando las relaciones comerciales que se establecen por parte de las clínicas especializadas, las agencias de asesoramiento legal y las personas implicadas en ella. Entre los países que admiten la maternidad subrogada están California, en Estados Unidos, India, Tailandia y Rusia.

También se admite en algunos países de Latinoamérica en los que la legislación permite esta práctica, por lo que en ellos han surgido numerosas clínicas de FIV especializadas, estudios de abogados, que tratan los aspectos médicos y legales de estos contratos, tanto en el país de origen de las parejas como en el de la madre subrogada. Toda una organización que capta jóvenes necesitadas (frecuentemente a través de Internet)

⁸⁷ Op. Cit. Pág. 491.



dispuestas a ser madres subrogadas por una suma de dinero, poniéndolas en contacto con la pareja contratante. Así, se realiza un contrato que establece que la madre subrogada, entregará el niño cuando nazca a los padres biológicos.”⁸⁸

A pesar de las objeciones tanto morales como jurídicas, la maternidad subrogada es un hecho, una realidad que se comienza a mostrar y aceptar con más frecuencia y naturalidad, dejando a un lado los escándalos provocados en los inicios de esta práctica, dando paso a los avances de la ciencia, convirtiéndose en una práctica de rápida expansión.

4.2 Definición

“Según Jesús Gonzáles Merlo; “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”. Según el Informe *Warnock*; “Es 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.”⁸⁹

Zannoni, sobre la definición de este tema, indica: “Se alude a maternidad subrogada - traducción de la expresión en inglés: *surrogate motherhood* o gestación por cuenta de otro- en aquellos supuestos en que el embrión de una pareja es implantado en el útero

⁸⁸ <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/.../maternidad-subrogada.pdf> (Consultado 14-07-2017).

⁸⁹ <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas.shtml> (Consultado 14-07-2017).

de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y da a luz al hijo en beneficio de la pareja.”⁹⁰

Esta práctica denominada maternidad subrogada o subrogación gestacional, hace referencia a que la pareja que quiere tener un hijo por este medio acuerda con una mujer dispuesta a gestar y dar a luz casi siempre por medio de una remuneración, el embrión obtenido por fecundación *in vitro*, de esta manera la pareja contratante se reserva el derecho a ser padres legales del niño.

4.3 Modalidades

Existen diversas modalidades de maternidad subrogada en relación con los actores y las motivaciones que los mismos tienen, algunas más controvertidas y objetables moralmente, otras bastante más toleradas o incluso valoradas.

Una primera modalidad es aquella en la que, “una mujer que está casada no puede gestar en su propio útero, por ejemplo por no tenerlo o por alguna malformación que lo impida, pero sí cuenta con sus propios óvulos. Y por otro lado el marido tiene espermatozoides de buena calidad con lo cual pueden realizar una fecundación *in vitro*, e implantar el embrión en la hermana de la mujer en cuestión quien se ofrece voluntariamente como forma de ayudar a la pareja en esta dificultad. Este es el caso más frecuentemente loable, valorado y menos cuestionado de todos, ya que se trataría de un acuerdo por fines meramente altruistas por parte de la hermana en donde no media el

⁹⁰ Op. Cit. Pág. 490.

dinero, se trata de una pareja heterosexual y en una relación simétrica entre familiares.”⁹¹

La segunda modalidad es: “la de una pareja que contacta a una mujer, generalmente con dificultades económicas de clase baja o de países en vías de desarrollo y mediante un acuerdo monetario o de bienes, utiliza los servicios de la misma para que gesté y alumbré a su futuro hijo, utilizando ya sea los óvulos de esta, la madre contratante o una tercera donante y el esperma del padre, un tercer donante anónimo o conocido por la pareja y en algunos raros casos el semen de la pareja de la mujer gestante.

Esta es una de las formas más frecuentes que también puede presentar muchas variaciones, ya sea que la mujer gestante por ejemplo conviva con la familia contratante mientras dure el embarazo, para cuidar más de cerca el proceso y que no tenga carencias o falta de controles o que la pareja se mude durante cierto período de tiempo al país donde vive la madre sustituta, eso suele ser frecuente en países con legislaciones que favorecen o facilitan los posteriores trámites de adopción o en aquellos en donde la corrupción posibilitan sortear barreras legales con facilidad.”⁹²

La tercera modalidad y que está creciendo en estos tiempos, es “la elección de la subrogación por parte de los varones gays como forma de acceder a la paternidad, ya sea que estén en pareja o solteros, contactan con una mujer gestante y pueden utilizar el óvulo de ella o de una tercera persona y el semen de uno de ellos si son pareja, de ambos combinados o conseguirlo mediante un banco de semen si tuvieran algún

⁹¹ <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Consultado 15/04/2018).

⁹² *Ibid.*

problema grave de fertilidad o usar el semen del varón que va a ser padre en caso de estar solo. Esta modalidad suele recibir objeciones que se suman a las propias de la subrogación y son las relacionadas con la orientación sexual de los padres y fundamentalmente con la privación de la posibilidad de que exista una madre para ese hijo o hija, más allá de que la gestante lo sea de manera circunstancial.”⁹³

Y finalmente la última modalidad, la cual es muy poco utilizada, consiste en que el varón tenga relaciones sexuales con la futura madre subrogante logrando una inseminación por coito natural.

Existen asimismo diferentes posibilidades con relación a quienes aportan el material genético. El semen puede ser comprado en un banco de donantes anónimos, puede ser aportado por un familiar o amigo, raramente por el marido o pareja de la mujer gestante y frecuentemente por el varón de la pareja contratante, o por el varón solo, ya sea gay o heterosexual o por ambos miembros de la pareja en el caso de parejas gays. En el caso de los óvulos pueden ser aportados por una donante anónima, una amiga o familiar, la mujer gestante o la mujer contratante.

Las modalidades ya mencionadas tienen ventajas y desventajas, entre las desventajas se pueden señalar: a) que algunos métodos tienen efectos potencialmente peligrosos para algunas mujeres como son las terapias hormonales para la estimulación ovárica; b) la posibilidad de contagio de enfermedades de transmisión sexual en el caso de las

⁹³ **Ibid.**

relaciones sexuales directas; y c) los costos elevados de las inseminaciones *in vitro*. Como ventajas se pueden indicar: a) el menor gasto de recursos con las inseminaciones caseras; b) la relativa accesibilidad y costos medios de las inseminaciones artificiales; y c) la importante tasa de éxitos en las fertilizaciones *in vitro*.

Además, las anteriores modalidades de maternidad subrogada puede realizarse o llevarse a cabo técnica y científicamente de diversas maneras, “la forma más frecuente es la fertilización *in vitro* y posterior implantación, mediante la misma se fertiliza el óvulo con el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer y luego se transfiere el embrión a la madre sustituta. Otra modalidad es la que utiliza la inseminación artificial, mediante este procedimiento a la mujer gestante se la insemina o ella se autoinsemina con el esperma en las fechas posibles de ovulación y la fertilización se produce dentro del cuerpo de la misma. Esta técnica tiene varias formas, ya sea que se realice con estimulación ovárica o sin ella, se practique con un especialista o en forma casera y sin otra mediación que la de los implicados directamente.”⁹⁴

4.4 Estado de necesidad

Se entiende por estado de necesidad, “la situación de infertilidad o improbidad biológica para concebir en la cual se halla una pareja, para acudir a contratar una madre subrogada o alquilar un vientre, creemos que el deseo de ser padres y no poderlo realizar por la deficiencia biológica que lo impide es un hecho que debe ser apreciado al momento de

⁹⁴ **Ibid.**

juzgar la paternidad, mas no así el que una mujer por vanidad o para evitar las consecuencias corporales del embarazo contrate una madre sustituta, ya que ello significaría desvirtuar o desnaturalizar el fin de dicha figura, que es el de poder ser padres mediante la solidaridad humana.

De lo anterior, se puede establecer que una pareja se encuentra en un estado de necesidad, cuando se presenta alguna o varias de las circunstancias siguientes: a) Deficiencia biológica-congénita del vientre de la madre genética; b) Esterilidad de la madre biológica-genética; c) Enfermedad que impida el desarrollo normal del embrión en el claustro materno; d) Malformación en el aparato genital que haga imposible llevar el embarazo; y e) Situación en que el desarrollo y la gestación de embrión pueda sufrir complicaciones debido a la edad de la madre genética.”⁹⁵

Nótese que las anteriores circunstancias están relacionadas directamente con la mujer, por ser facultad exclusiva de ella la gestación y correspondiente parto de un nuevo ser; sin embargo se puede dar que el varón sea quien se encuentre en una situación de infertilidad o improbidad biológica. Cuando una o varias de las circunstancias ya mencionadas se presentan en la pareja o matrimonio, el concebir un hijo se convierte en un deseo, de ahí, la importancia de regular el contrato de gestación. Dicho en otras palabras, únicamente debe de permitirse utilizar el contrato de gestación a los matrimonios que acrediten fehacientemente que se encuentran en estado de necesidad.

⁹⁵ <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas.shtml> (Consultado 14-07-2017).

4.5 Argumentos en contra de la maternidad subrogada

Los principales argumentos en contra de la maternidad subrogada pueden agruparse, como lo indica el Doctor Javier Martín Camacho, básicamente en siete planteamientos, siendo los siguientes:

“a) La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable; b) Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer; c) El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada, mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa; d) Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable; e) Desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable; f) Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales; y g) Es inmoral traer de esta forma un niño o niña al mundo habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.”⁹⁶

4.5 Argumentos a favor de la maternidad subrogada

Como anteriormente se indicó, son varios los argumentos en contra de la maternidad subrogada oponiéndose a su práctica; sin embargo, hay argumentos a favor de esta

⁹⁶ <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Consultado 15/04/2018).

práctica, y a decir, también del Doctor Javier Martín Camacho, “Sería bueno no tener que defender la libertad de las personas de elegir, pero todavía debemos hacerlo, en realidad nuestra idea no es alentar ni estimular la práctica, sino liberarla de las críticas morales, las objeciones pseudocientíficas y los prejuicios en que la quieren envolver. La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma.

Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda. Los estudios sobre los niños y las familias que tienen hijos mediante la modalidad de la maternidad subrogada, muestran que no aparecen ni las complicaciones ni los problemas psicológicos vaticinados por los críticos, por eso a los prejuicios es importante oponerle datos concretos de estudios científicos.⁹⁷

De lo anterior se puede establecer, que la maternidad subrogada es un acto en donde interviene la libre voluntad de las partes, la cual debe de ser controlada y regulada por el

⁹⁷ Ibid.



Estado, ya que constituye otra forma de acceso a la maternidad y la paternidad. Debiendo de ser practicada únicamente por los matrimonios que adolecen de esterilidad, es decir, quienes se encuentren en situación de necesidad y que aporten el embrión que será implantado en el útero de otra mujer, quien será la encargada de llevar a término el embarazo y dar a luz al hijo en beneficio del matrimonio que desea tener un hijo con el cual se identifiquen genéticamente.

Esta práctica, a pesar de sus detractores, reviste gran importancia como el vehículo necesario para que dichos matrimonios puedan cumplir, como ya antes se mencionó, con uno de los fines del matrimonio, que es la procreación, por tanto, si el Estado cumple la tarea de regular la práctica cuidando a todas las partes involucradas, especialmente a la madre sustituta y al niño por nacer, puede tener éxito su aplicación.



CAPÍTULO V

5. Contrato de gestación en la legislación guatemalteca, como solución a los matrimonios estériles en Guatemala

Una vez que se han abordado temas como la familia, en donde se determinó que es aquella institución compuesta por un grupo de personas unidas entre sí por vínculos jurídicos, protegida por el Estado y regulada por un conjunto de normas jurídicas, la cual tiene como su punto de partida la institución social del matrimonio, que a su vez, contempla dentro de sus fines la procreación de los hijos; quienes gozan de la protección de las leyes, a través de la figura jurídica de la filiación, como ese nexo legal que existe entre padres e hijos.

Pero sucede de manera frecuente que matrimonios legalmente constituidos adolecen de impotencia absoluta o relativa para la procreación, siendo esta incurable; teniendo como desenlace trágico estos matrimonios la nulidad o la separación o el divorcio, debido a que, el deseo de procrear causa en ellos frustración, desgastándolos emocionalmente. Sin embargo, los avances de la medicina y la tecnología permiten optar por una solución que tiene sus detractores, pero también tiene quienes la defienden; siendo la maternidad subrogada, la cual da vida al contrato de gestación, objeto de estudio de la presente tesis.

Entonces, corresponde determinar si el contrato de gestación, o vientre de alquiler como



también se le conoce, es importante que sea regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106, para que los matrimonios estériles puedan procrear un hijo. Para lo cual es necesario que antes de determinar si es importante o no, se tenga el conocimiento necesario sobre lo que es un contrato, pero en especial, el contrato de gestación, cuál es su naturaleza jurídica y cuales elementos intervienen en su constitución, para luego establecer si es viable o no que la legislación guatemalteca lo regule.

Además, resulta importante establecer si el contrato de gestación tiene aceptación en la sociedad guatemalteca, que aún presenta rasgos de ser conservadora, que se encuentra lejos de los avances de la medicina y la tecnología, por lo menos en una buena parte del territorio; para lo cual se buscó la opinión de un sector de la población, encuestando a un número de personas, en base a la muestra seleccionada, la cual se describirá con detalles más adelante.

5.1 Definición de contrato

“Se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Capitant lo define como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a probar una convención...”⁹⁸

⁹⁸ Ossorio. **Op. Cit.** Pág. 233.

“Según el punto de vista gramatical: Es el pacto o convenio entre las partes, que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”⁹⁹

El Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 1251, regula: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.” El mismo cuerpo legal regula en el Artículo 1517 que: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” Y en el Artículo 1519 que: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.”

Con lo anterior, se determina que existe contrato cuando dos o más partes se ponen de acuerdo, aunque existen los contratos unilaterales, sobre un asunto determinado que está encaminado a crear, modificar o extinguir una obligación y desde el momento en que se perfecciona, se vuelve forzoso su cumplimiento.

5.2 Contrato de gestación

A raíz del surgimiento de esta práctica, a través de la cual una mujer podía dar a luz al hijo de otra mujer, se le ha denominado contrato de gestación o alquiler de vientre. Ello

⁹⁹ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil IV**. Pág. 5.



debido a que los primeros estudios enfocan la atención de los sociólogos y juristas en el acto por el cual la pareja contratante arrendaba el vientre de la mujer ofertante para que llevará en él, la gestación de sus gametos fecundados.

De lo ya mencionado, se puede determinar que el contrato de gestación es el acuerdo de voluntad, en virtud del cual, una pareja que adolece de infertilidad, solicita los servicios de una mujer para implantarle un óvulo fecundado a través de fertilización in vitro, proporcionado por ellos, quien será la encargada de llevar a término el embarazo y dar a luz al hijo en beneficio de la pareja.

5.3 Naturaleza jurídica

Los contratos son de naturaleza privada, debido a que es la declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que generalmente se expresa en un documento privado; es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato la gestación subrogada, ya que representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada, confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades.

Si ello fuera así, se está ante el hecho que la vida humana en formación sea de disposición de los contratantes, y objeto de una cláusula; sin embargo esto no es posible, ya que contraviene el orden público y los derechos humanos, por lo que se considera que dicho contrato no es propiamente de carácter privatista. Por el contrario, prima en él



el interés público, puesto que lo que se discute es una vida humana y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por todos los sistemas jurídicos.

Por lo que compete al interés público del Estado regular la presente relación jurídica en observancia del principio que ampara el respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo el Estado quien prevenga el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del Congreso de la República de Guatemala.

“Hay algunos que consideran la tesis que este tipo de relaciones jurídicas es de interés social, así a decir del connotado jurista español Jaime Vidal Martínez, un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, por la cual se entiende que dicho acto jurídico como contraveniente a las buenas costumbres aceptadas, sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad, si bien esta posición es respetada, este punto de vista, no conduce a la solución del problema sino por el contrario lo agrava, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica, es así que nosotros consideramos que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta un enfoque ecléctico.”¹⁰⁰

¹⁰⁰ <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas.shtml> (Consultado 14-07-2017).

5.4 Elementos del contrato de gestación

Están constituidos por un conjunto de condiciones, cuya exigencia es necesaria para que la relación jurídica conformada entre arrendador y los arrendatarios del vientre este regulada por el orden jurídico; siendo los siguientes:

5.4.1 Elemento personal

El elemento personal está integrado por: a) una pareja heterosexual bien constituida, con solvencia moral, económica y estabilidad psicológica; b) en los casos que la madre sustituta sea un familiar, deberá acceder por un fin únicamente altruista y totalmente gratuito, los arrendatarios se comprometerán a cubrir los gastos que demande el embarazo y una pensión alimenticia hasta que dé a luz; c) el médico tratante, quien será el encargado de realizar la inseminación artificial; y d) el hijo, producto de implantarle el óvulo fecundado de la pareja en el útero de la mujer que llevara a término el embarazo.

5.4.2 Elemento real

Está integrado por: a) el estado de necesidad de la pareja para acudir a contratar dichos servicios; b) el fin que persigue dicho acto jurídico debe ser lícito; c) pleno consentimiento de las partes en la relación jurídica, en este sentido nadie puede ser obligado a prestar su vientre para la gestación, así como también nadie puede sin consentimiento disponer de

gametos para este tipo de fecundación; y d) el óvulo fecundado de la pareja, que será implantado en el útero de la madre sustituta.

5.4.3 Elemento formal

Elemento integrado por: a) la regulación legal que realice el Congreso de la República de Guatemala, al incorporar el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106; b) autorización judicial que compruebe el estado de necesidad y asienta la contratación de una madre subrogada, con intervención de la Procuraduría General de la Nación; y c) el contrato que deberá ser solemne, es decir, que debe de constituirse a través de escritura pública.

5.5 La importancia de regular el contrato de gestación

Como corolario de lo ya abordado, se determina que no se puede comercializar ni contratar con el cuerpo y menos hacer de ello una actividad lucrativa, en especial, cuando se trata de la futura existencia de un ser humano; sin embargo se entiende que el derecho es un orden jurídico normativo que no puede dejar de regular dichas conductas.

Es por ello que resulta importante e indispensable legislar sobre dicha actividad, no de manera prohibitiva, tratando de tipificar delitos y haciendo punible la maternidad subrogada, ya que la realidad muestra que ello no es eficaz; así desde un punto de vista del análisis económico del derecho, la prohibición absoluta del contrato de gestación o



existencia de madres subrogadas, como toda prohibición, generaría un mercado negro de alquiler de vientres, ya que siempre van a existir matrimonios o parejas con necesidad de recurrir a dichos servicios y otras dispuestas a brindarlos.

Además, el Estado de Guatemala está obligado a brindar una solución efectiva para aquellos matrimonios que no pueden concebir de manera natural un hijo, hasta el momento la única solución ha sido la adopción, figura jurídica que no soluciona en todo esta problemática, debido a que el matrimonio estéril no tiene identificación genética con el adoptado; es por ello que en base a la premisa anterior, la mejor forma de normar el contrato de gestación es establecer ciertos requisitos legales de validez para que esa relación pueda ser tutelada por el ordenamiento civil.

Por lo anterior, si resulta importante regular el contrato de gestación, pero para no desnaturalizar la maternidad subrogada y que los críticos consideren ilegal el contrato de gestación, el Congreso de la República de Guatemala debe de incorporar al Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, para ser utilizado únicamente por las parejas unidas en matrimonio legalmente celebrado, que no puedan concebir un hijo, debe de ser certificado por un facultativo que se encuentren dentro del estado de necesidad indicado anteriormente, que puedan aportar el óvulo fecundado para ser implantado en el útero de la mujer que llevara a término el embarazo con la obligación de entregarlo a la pareja contratante, estableciendo que por esta práctica, no se puede alegar parentesco o filiación alguna entre el nuevo ser y la mujer que dio a luz, y que serán por cuenta de la pareja contratante todos los gastos del embarazo y del parto, así como de las

complicaciones que puedan surgir producto de esta práctica.

5.6 Aceptación del contrato de gestación en la población guatemalteca

En el plan de investigación, se estableció que se utilizaría la técnica de la encuesta para saber la opinión de los distintos sectores, y así determinar si es importante para la población que se regule el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106, como solución a los matrimonios estériles en Guatemala, para que puedan procrear un hijo y así tener uno con el cual se sientan identificados genéticamente.

La investigación se desarrolló en el municipio y departamento de San Marcos, pero para saber a quiénes y a cuántas personas se aplicará el instrumento de recolección de datos, se recurrió a lo que al respecto indica Rojas Soriano: “las investigaciones sociales se llevan a cabo en un reducido número de casos denominado muestra para conocer el comportamiento de las distintas variables objeto de estudio a nivel de toda la población. Resultan obvias las ventajas que representa investigar sólo una porción de los elementos, sin que ello signifique que los resultados carezcan de validez.”¹⁰¹

Entonces, surge la interrogante ¿qué es una muestra?, el mismo autor Rojas Soriano, la define como “una parte de la población que contiene teóricamente las mismas características que se desean estudiar en la población respectiva. Sus medidas reciben el nombre de estadísticos... El concepto de población se refiere a la totalidad de los

¹⁰¹ **Guía para realizar investigaciones sociales.** Pág. 286.

elementos que poseen las principales características objeto de análisis y sus valores son conocidos como parámetros. Cuando se emplean muestras los resultados obtenidos se generalizan hacia la población, según el nivel de confianza y precisión especificados en el cálculo del tamaño muestral.”¹⁰²

Ahora bien, ¿cómo calcular el tamaño de la muestra? Al respecto no existe un criterio definido de la forma de cómo debe determinarse el tamaño de la muestra y que pueda ser usado de manera uniforme en todas las investigaciones. Rojas Soriano, proporciona algunas fórmulas, según se trate del tamaño de la población, y siendo que el municipio de San Marcos, del departamento de San Marcos, según datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística INE, tiene una población que asciende a 25,922 habitantes, se utilizara la fórmula para determinar la muestra en donde la población es mayor a 10,000 habitantes, la cual es la siguiente: $n = Z^2 \times pq / E^2$.

Fórmula que se resuelve de la siguiente manera: n es igual a tamaño de la muestra; Z^2 es igual a nivel de confianza; p es igual a probabilidad de éxito; q es igual a probabilidad de fracaso; y E^2 es igual al margen de error. Por lo que para el desarrollo de la anterior fórmula se utilizará un nivel de confianza del 95%, un margen de error del 5%, con una probabilidad de éxito del 65% y una probabilidad de fracaso del 35%; por lo que si se sustituyen los valores de la fórmula se tendrá como resultado, 350 habitantes los que deben de ser encuestados. Ver anexo I.

¹⁰² Ibid.

Elaborándose para tal efecto, una boleta simple con siete preguntas para determinar si es importante o no para la población que el Congreso de la República de Guatemala regule el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106, como solución a los matrimonios estériles en Guatemala para que puedan procrear un hijo. Ver anexo II.

A continuación se presentan los resultados de la encuesta. Ver anexo III.

La pregunta número uno fue: ¿Cuál es su género?, teniendo como respuesta que del total de encuestados el 52% fueron de sexo masculino y el 48% fueron de sexo femenino, por lo que se determina que la participación casi fue similar, contándose con la opinión tanto de hombres como de mujeres.

La pregunta número dos fue: ¿Cuál es su estado civil?, obteniendo como resultado que el 46% del total de encuestados respondió que está casado o casada, el 42% respondió que es soltero o soltera y un 12% indicaron que se encuentran unidos, cabe aclarar que la población que respondió que estaban unidos, se refirió a la simple convivencia y no a la unión de hecho legalmente declarada.

La pregunta número tres fue: ¿Conoce usted algún matrimonio que no pueda procrear hijos?, a lo cual el 52% respondió que si conocen de algún matrimonio que se encuentra en esta situación y el 48% de los encuestados respondió que no; de lo cual se determina que más de la mitad de la población si conoce a algún matrimonio que adolezca de

esterilidad, de lo que se entiende, que esta condición si afecta a los matrimonios guatemaltecos.

La pregunta número cuatro fue: ¿Conoce usted algún matrimonio que se haya separado o divorciado porque no pudieron procrear hijos?, el 67% de los encuestados respondió que no y el 33% respondió que sí tienen conocimiento de algún matrimonio que se haya separado o divorciado porque no pudieron procrear hijos, determinándose con esto, que en Guatemala, sí hay matrimonios que adolecen de esterilidad y que esta es una de las causas de separación o divorcio.

La pregunta número cinco fue: ¿Ha escuchado hablar sobre el contrato de gestación, que consiste esencialmente en contratar el vientre de una tercera persona, mujer, para que lleve a término un embarazo, producto de implantarle un ovulo fecundado donado por un matrimonio que no puede procrear hijos?, respondiendo a esta interrogante el 59% de los encuestados que no han escuchado hablar sobre el contrato de gestación; sin embargo, el 41% de encuestados, respondieron de manera afirmativa, con lo cual se comprueba que en Guatemala se tiene conocimiento de este contrato, aunque sea en una escala menor.

La pregunta número seis fue: En Guatemala no se encuentra regulado el contrato de gestación, ¿Considera usted que es importante que se regule en el Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación para que los matrimonios estériles puedan procrear un hijo?, a esta interrogante el 85% de encuestados respondió que considera importante



regular el contrato de gestación en el Código Civil, Decreto Ley 106, mientras que el 15% respondió que no lo considera importante. Del resultado anterior se establece que a pesar del poco conocimiento que se tenga del contrato de gestación, para la población sí es importante que se regule, para que los matrimonios que adolecen de esterilidad o infertilidad lo puedan utilizar y con ello cumplir, como ya quedo indicado, con uno de los fines del matrimonio que es la procreación.

La pregunta número siete fue: Si el Congreso de la República de Guatemala incorpora al Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, ¿Considera usted que muchos matrimonios estériles en Guatemala van a hacer uso de este contrato para solicitar de una tercera persona, mujer, su vientre y que lleve a término un embarazo, cuyo hijo sería del matrimonio contratante?, el 75% de los encuestados respondieron que si consideran que los matrimonios estériles van a utilizar el contrato de gestación, mientras que el 25% consideró que no van a utilizar el contrato de gestación.

De lo anterior se interpreta que el contrato de gestación resulta ser de importancia para la población en general, por lo que el Congreso de la República de Guatemala debe de regularlo tomando muy en consideración todos los aspectos que rodean a este contrato, para que el mismo sea el vehículo necesario para ayudar a los matrimonios estériles en Guatemala, y así puedan cumplir con el deseo de todo matrimonio, que es procrear hijos con los cuales exista identificación genética.



5.7 Viabilidad del contrato de gestación en Guatemala

A través de la presente tesis, ha quedado demostrado que tanto para la doctrina como para la población en general, sí resulta importante regular el contrato de gestación e incorporarlo al Código Civil, Decreto Ley 106. Sin embargo, y ante la mirada y el señalamiento de los críticos, el contrato de gestación debe de normar todos los aspectos esenciales para que su uso no desnaturalice el objeto para el cual fue creado, como la solución necesaria para las parejas o matrimonios que no pueden de manera natural procrear un hijo.

Por lo que su incorporación al ordenamiento jurídico guatemalteco, específicamente en el Código Civil, Decreto Ley 106, sí es viable si se cuidan aspectos que ya fueron abordados y que son los siguientes: a) debe de ser utilizado únicamente por parejas unidas en matrimonio legalmente celebrado, que no puedan concebir un hijo, lo cual debe de ser certificado por un facultativo; b) que se encuentren dentro del estado de necesidad indicado anteriormente; c) que puedan aportar el óvulo fecundado para ser implantado en el útero de la mujer que llevara a término el embarazo con la obligación de entregarlo a la pareja contratante, estableciendo que por esta práctica no se puede alegar parentesco o filiación alguna entre el nuevo ser y la mujer que dio a luz; y d) que serán por cuenta de la pareja contratante todos los gastos del embarazo y del parto, así como los gastos de las complicaciones que puedan surgir producto de esta práctica.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La ciencia y la tecnología con sus avances han brindado a las parejas o matrimonios que presentan esterilidad la solución para procrear un hijo, en donde intervienen los componentes genéticos del marido y la mujer; a través de la maternidad subrogada, que esencialmente consiste en el procedimiento médico por el cual una pareja aporta material genético para la fecundación, y una tercera persona, mujer, por medio de su vientre gesta y da a luz al nuevo ser. La legislación guatemalteca, hasta el momento no ha regulado este procedimiento, si bien es cierto, esta práctica en los últimos años se ha vuelto más común, utilizándola las parejas estériles e inclusive de manera clandestina, también es cierto que el derecho no puede quedarse rezagado ante los avances científicos.

Como solución a esa realidad, resulta importante que por medio del Congreso de la República de Guatemala, se regule el contrato de gestación, incorporándolo al Código Civil, Decreto Ley 106, pues, la regulación de este contrato ayudará a los matrimonios estériles en Guatemala, para que puedan lograr una gestación que lleve al nacimiento de un hijo con el cual los padres se sientan identificados genéticamente y puedan cumplir con una de las finalidades del matrimonio, que es procrear, alimentar y educar a los hijos, regulado en el Artículo 78 del Código Civil, Decreto Ley 106.





ANEXOS





ANEXO I

Fórmula para determinar la muestra donde la población es mayor a 10,000 habitantes

$$n = \frac{Z^2 pq}{E^2}$$

$$n = 1.96^2 \times \frac{0.65 \times 0.35}{0.05^2}$$

$$n = 3.8416 \times \frac{0.2275}{0.0025} = \frac{0.873964}{0.0025}$$

$$n = 349.59 = 350 \text{ habitantes}$$



ANEXO II

Modelo de la boleta utilizada para encuestar a la población



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

ORIENTACIONES: El presente instrumento está orientado a la población en general del municipio de San Marcos, del departamento de San Marcos y tiene como finalidad: **“DETERMINAR LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL CONTRATO DE GESTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, COMO SOLUCIÓN A LOS MATRIMONIOS ESTÉRILES EN GUATEMALA PARA PROCREAR UN HIJO”**. Por favor sírvase responder las siguientes preguntas, marcando con una X, la respuesta que usted considere.

1. ¿Cuál es su género?

Masculino _____

Femenino _____

2. ¿Cuál es su estado civil?

Soltero (a) _____

Casado (a) _____

Unido (a) _____

3. ¿Conoce usted algún matrimonio que no pueda procrear hijos?

Sí _____

No _____

4. ¿Conoce usted algún matrimonio que se haya separado o divorciado porque no pudieron procrear hijos?

Sí _____

No _____

5. ¿Ha escuchado hablar sobre el contrato de gestación, que consiste esencialmente en contratar el vientre de una tercera persona, mujer, para que lleve a término un embarazo, producto de implantarle un ovulo fecundado donado por un matrimonio que no puede procrear hijos?

Sí _____

No _____

6. En Guatemala no se encuentra regulado el contrato de gestación, ¿Considera usted que es importante que se regule en el Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación para que los matrimonios estériles puedan procrear un hijo?

Sí _____

No _____

7. Si el Congreso de la República de Guatemala incorpora al Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, ¿Considera usted que muchos matrimonios estériles en Guatemala van a hacer uso de este contrato para solicitar de una tercera persona, mujer, su vientre y que lleve a término un embarazo, cuyo hijo sería del matrimonio contratante?

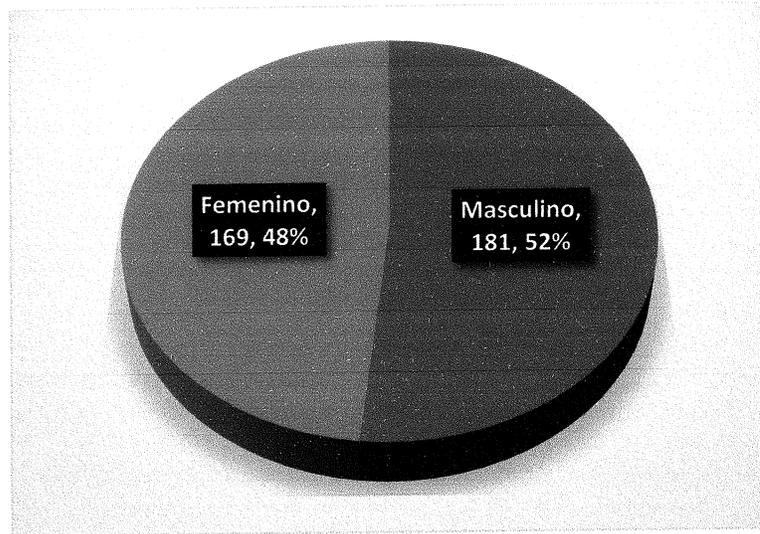
Sí _____

No _____

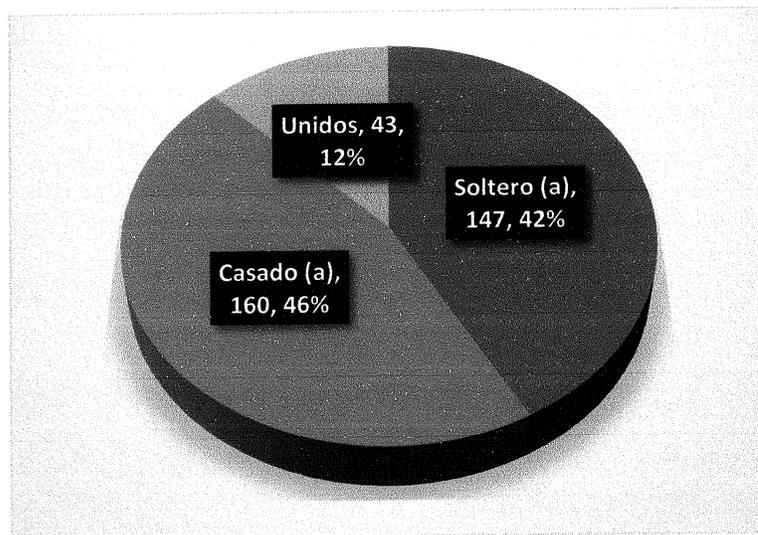


ANEXO III

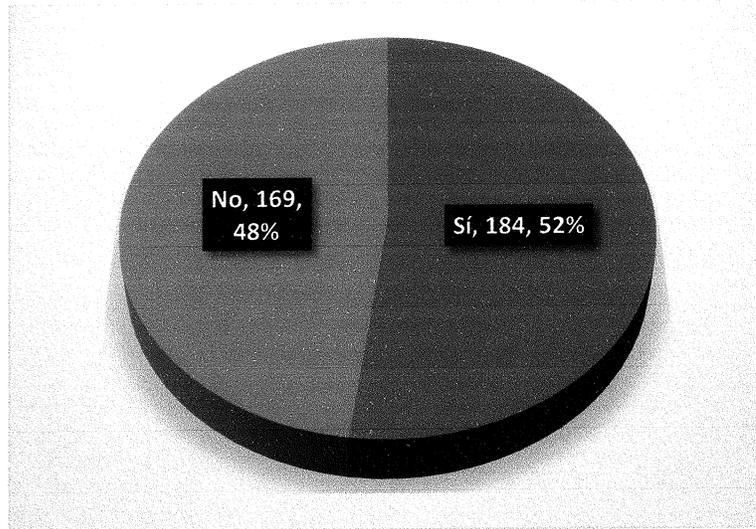
Pregunta 1: ¿Cuál es su género?



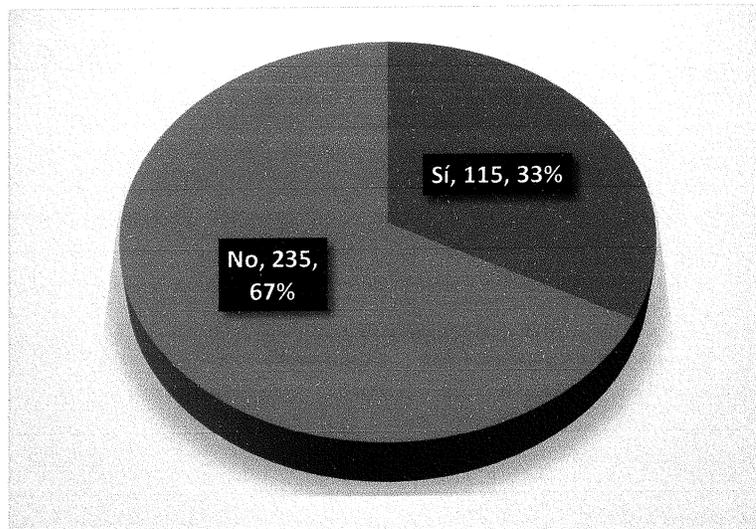
Pregunta 2: ¿Cuál es su estado civil?



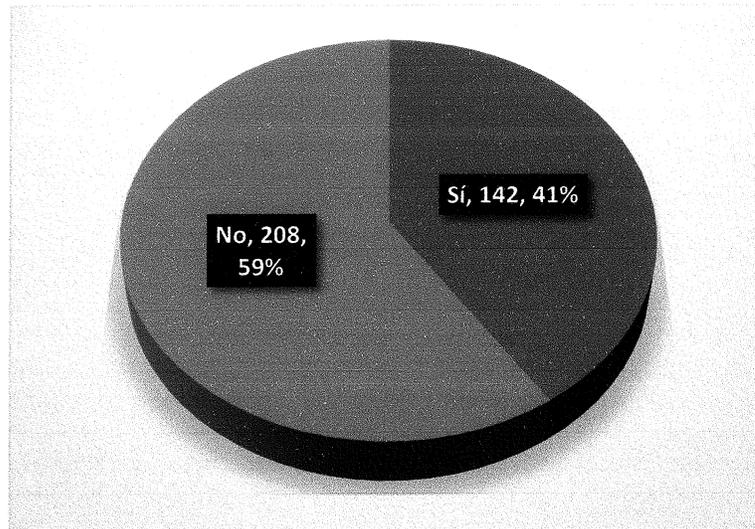
Pregunta 3: ¿Conoce usted algún matrimonio que no pueda procrear hijos?



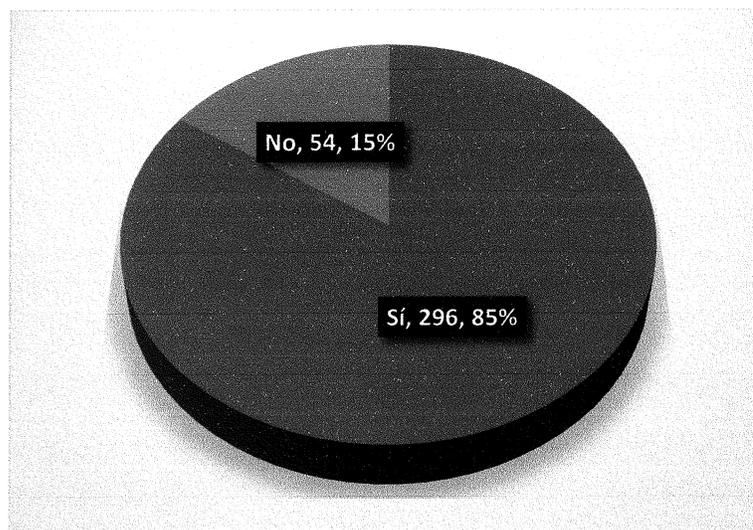
Pregunta 4: ¿Conoce usted algún matrimonio que se haya separado o divorciado porque no pudieron procrear hijos?



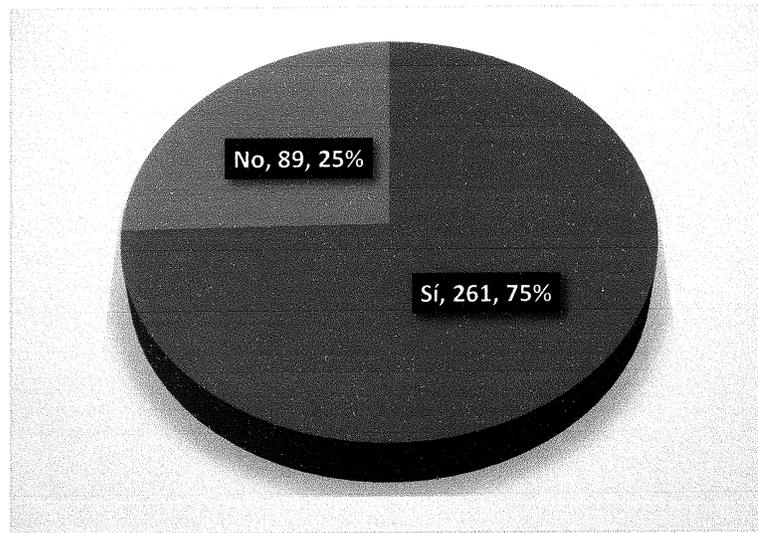
Pregunta 5: ¿Ha escuchado hablar sobre el contrato de gestación, que consiste esencialmente en contratar el vientre de una tercera persona, mujer, para que lleve a término un embarazo, producto de implantarle un ovulo fecundado donado por un matrimonio que no puede procrear hijos?



Pregunta 6: En Guatemala no se encuentra regulado el contrato de gestación, ¿Considera usted que es importante que se regule en el Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación para que los matrimonios estériles puedan procrear un hijo?



Pregunta 7: Si el Congreso de la República de Guatemala incorpora al Código Civil, Decreto Ley 106, el contrato de gestación, ¿Considera usted que muchos matrimonios estériles en Guatemala van a hacer uso de este contrato para solicitar de una tercera persona, mujer, su vientre y que lleve a término un embarazo, cuyo hijo sería del matrimonio contratante?





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de familia**. 3ª ed. Guatemala: Ed. Litografía Orión, 2009.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.

<https://definicionlegal.blogspot.com/2012/02/filiacion>. (Consultado: 14-04-2018).

<https://etimologias.dechile.net/?filiacion>. (Consultado: 14-04-2018).

<https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/.../maternidad-subrogada.pdf>
(Consultado: 14-07-2017).

<https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Consultado: 15/04/2018).

<https://www.institutocefer.com/blog/que-es-unainseminacion-artificialcomo-se-realiza-una-inseminacion-artificial/> (Consultado: 15/04/2018).

<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas.shtml> (Consultado: 14-07-2017).

La Santa Biblia. Corea: Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, 2005.

LÓPEZ DÍAZ, Carlos. **Manual de derecho de familia y tribunales de familia**. Tomo I. Santiago, Chile: Ed. LOM Ediciones, 2005.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 28ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 2001.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Tomo II; Volumen I. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1953.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Tomo II; Volumen II. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1971.

ROJAS SORIANO, Raúl. **Guía para realizar investigaciones sociales**. 36ª ed. México: Ed. Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2011.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Tomo II. 4ª ed. México: Ed. Porrúa S.A., 1975.

VÁSQUEZ ORTIZ, Carlos Humberto. **Derecho civil IV. De los contratos (obligaciones II)** (s.l.i): (s.ed), (s.f).



ZANNONI, Eduardo Antonio. **Derecho de familia**. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1993.

ZANNONI, Eduardo Antonio. **Derecho de familia**. Tomo II. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1993.

Legislación:

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

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

Ley de Adopciones. Decreto número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala. 2007.