

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

LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA IMPUGNACION DE LA
MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA, DEBIDO A
LAS ANOMALIAS DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE
ADOPCION

TESIS

*Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala*

POR

VILMA ROSSANA REYES GONZALEZ

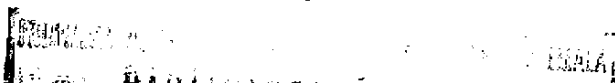
Previo a conferirsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los títulos de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 1998



04
7(3008)
E. 4

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL I	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V	Br. José Francisco Peláez Cordón
SECRETARIO	Lic. Héctor Anibal de León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE:

PRESIDENTA:	Lic. Oscar Edmundo Bolaños Parada
VOCAL:	Lic. Luis Alfredo González Rámila
SECRETARIO:	Licda. Rosa María Ramírez Soto

SEGUNDA FASE:

PRESEDENTE:	Lic. Ronán Arnoldo Roca Menéndez
VOCAL:	Lic. David Sentés Luna
SECRETARIO:	Licda. Viviana Nineth Vega Morales

Nota:

"Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Lic. JUAN ALBERTO de la CRUZ SANTOS

ABOGADO Y NOTARIO

7a. Avenida 6-56, Zona 1
Edificio El Centro Of. 702
Tels.: 28559 - 510879



1985-98 [Signature]

Guatemala, 22 de Junio de 1.998.

Licenciado JOSE FRANCISCO DE MATA VELA.
Decano de la Facultad de Ciencias Juridicas y
Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

- 7 JUL. 1998

RECIBIDO
Horas: 18 Minutos: 20
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

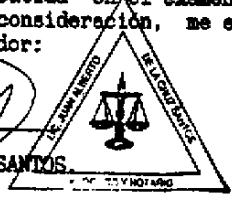
En cumplimiento de providencia emanada de ese Decanato, tengo el agrado de manifestar a Usted, que procedí a prestar asesoría de tesis a la Bachiller VILMA ROSSANA REYES GONZALEZ en su trabajo que ella denominó "NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA, DEBIDO A LAS ANOMALIAS DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE ADOPCION."

Al respecto me permito informar que la investigación en mención se realizó bajo mi inmediata dirección y se oriento a la estudiante sobre las fuentes bibliográficas a utilizar, tanto en materia de Derecho Constitucional, como Civil y Penal aplicables al tema objeto de estudio; habiéndome analizado las teorías más contemporáneas sobre la fecundación tanto biológica como invitro y las consecuencias jurídicas que la misma produce en nuestra Sociedad.

La temática se desarrolla alrededor de la maternidad, la Adopción y distintos problemas surgidos en algunos casos sobre dicho instituto, y aspectos de vanguardia en relación a la fecundación que se lleva a cabo mediante tubos de ensayo en distintos laboratorios.

En virtud de lo cual, me permito rendir un dictamen favorable sobre la tesis en mención, para que pueda ser discutida en el examen público de la sustentante. Con las muestras de mi consideración, me es grato suscribirme del señor Decano, como su Atento Servidor:

[Signature]
LIC. JUAN ALBERTO DE LA CRUZ SANTOS
Asesor.



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES,
Guatemala, ocho de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Atentamente, pase al LIC. MARIO ESTUARDO GORDILLO GALINDO para
que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller VILMA
ROSSANA REYES GONZALEZ y en su oportunidad emita el dictamen
correspondiente.

alhj.



11/8/98
JFW



2347-

Guatemala, 28 de agosto de 1998.

Licenciado
José Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

31 AGO. 1998

RECIBIDO
Horas: 14 Minutos: 25
Oficet: _____

Señor Decano:

En cumplimiento a la providencia, por la cual se me encomendó revisar el trabajo de tesis de la Bachiller **VILMA ROSSANA REYES GONZALEZ** titulado **"LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA, DEBIDO A LAS ANOMALIAS DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE ADOPCION"** me permito a usted informar:

- a) Consecuencia de las falsas inscripciones en el Registro Civil, que acreditan una anómala filiación entre el ser humano, cuyo nacimiento se inscribe, y su presunto madre, inscripción esta que ilegalmente legitima a otorgar el consentimiento en una futura adopción, surge en la autora la necesidad de legislar la impugnación de esa maternidad.
- b) Aunque el suscrito es de la opinión que el procedimiento para la solución de un conflicto de esta naturaleza, está en la impugnación del documento que acredita esa filiación, la sustentante es de la tesis que el procedimiento adecuado es la impugnación de la filiación entre madre e hijo, acción que no regula nuestro ordenamiento civil, tanto sustantivo como adjetivo.
- c) El trabajo contiene un análisis de la filiación entre madre e hijo (maternidad) así como de la adopción y una explicación del procedimiento que podría adoptarse para impugnar esta filiación.
- d) Se cumple en el trabajo de investigación con los requisitos que exige el reglamento respectivo, por lo que estimo que puede ordenarse su impresión y discutirse en el examen público de tesis.

Sin otro particular, atentamente,

Lic. Mario Estuardo Gueñas Gallardo
Revisor

c.c. archivo



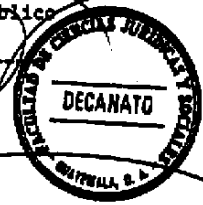
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



[Handwritten signature]

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, dos de septiembre mil novecientos noventa y
ocho. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
Impresión del trabajo de Tesis de la Bachiller **VIUMA ROSSANA
REYES GONZALEZ** intitulado "LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA
IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA,
DEBIDO A LAS ANOMALIAS DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE
ADOPCION". Artículo 22 del reglamento de Exámenes Técnico
Profesional y Público de Tesis. -----



alhj.

[Large handwritten signature and scribbles over the stamps and text]

DEDICATORIA

A DIOS

Dador de fortaleza y sabiduría.

A MIS PADRES

Mirza Aida González Melgar de Reyes
Carlos Humberto Reyes Calderón.
Gracias por su apoyo incondicional.

A MIS HERMANOS

Carlos Danilo, Mirza Julia y Luz Maria.

A MI HIJO

Byron Estuardo.
Motivo de Alegría en mi vida.

A MIS PROFESORES Y CATEDRATICOS

Gracias por sus enseñanzas.

A MIS CENTROS EDUCATIVOS

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
En especial al Centro Universitario de Occidente y a la
Universidad de San Carlos de Guatemala.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS

Gracias.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central



INDICE

	Página
INDICE	i
INTRODUCCION	iv

CAPITULO I

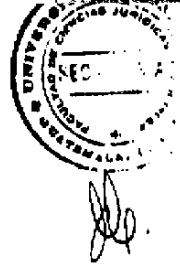
LA MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA

I.1 Concepto de paternidad	2
I.2 Concepto de maternidad	2
I.3 Diferencias conceptuales entre paternidad y maternidad	3
I.4 Diferencias esenciales entre paternidad y maternidad	4
I.5 Diferencias formales entre paternidad y maternidad:	
I.5.1 Cuando se presume en relación a cada instituto	5
I.5.2 Como se establece en relación a cada instituto	8
I.5.3 Signos contrarios en relación a cada instituto	11

CAPITULO II

TEORIAS EN RELACION A LA MATERNIDAD

II.1 Antecedentes históricos	13
II.2 Teoría sustentada por Manuel F. Sánchez Asencio	18
II.3 Teoría sustentada por Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez	20
II.4 Teoría sustentada por Antonio de Ibarrola	22
II.5 La filiación proveniente de la inseminación artificial	24



CAPITULO III

LA ADOPCION Y LA MATERNIDAD EN GUATEMALA

III.1 Concepto de adopción	34
III.2 Características:	
III.2.1 Formal	35
III.2.2 Consensual	36
III.2.3 Fiscalizada por el Estado	38
III.2.4 Aprobada judicial o notarialmente	39
III.3 Personas facultadas para consentir la adopción:	
III.3.1 La madre y el padre biológico	40
III.3.2 El tutor	41
III.3.3 Tutores legales (Directores de establecimientos de asistencia social)	42
III.4 El caso del consentimiento brindado ilegalmente por una persona que no reúne las cualidades de la ley	43

CAPITULO IV

REGULACION DE LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA

IV.1 Análisis crítico en nuestra sociedad	46
IV.2 Inexistencia de regulación legal sobre la maternidad en Guatemala:	
IV.2.1 Sobre sus presunciones	48
IV.2.2 Signos Contrarios	49
IV.2.3 Sobre su impugnación	50



CAPITULO V

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD
EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA, DEBIDO A LAS ANOMALIAS
DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE ADOPCION

V.1 Sin haber sido inscrito de parte de su madre biológica	54
V.2 Cuando ya ha sido inscrito de parte de su madre biológica	55
V.3 Identidad entre madre biológica y presunta madre en relación al infante, objeto de disputa	57
V.4 Como se establece la maternidad:	
V.4.1 Por el hecho del parto	58
V.4.2 Por su inscripción respectiva	60
V.4.3 Por uso de medios de prueba	62
V.5 Inexistencia de procedimiento adecuado para la impugnación de maternidad:	
V.5.1 El caso de nuestra legislación	69
V.5.2 El caso de nuestro atraso científico en pruebas de ADN	73
CONCLUSIONES	90
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFIA	95



iv

INTRODUCCION

Cooperando con la investigación en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, presento este trabajo que, para ser discutido y cuestionado, se une a otros que pretenden actualizar algunas figuras en nuestro Código Civil (Decreto Ley 106).

El tema que se ha escogido es: "LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA IMPUGNACION DE LA MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA, DEBIDO A LAS ANOMALIAS DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE ADOPCION".

Consideramos que las múltiples relaciones que se producen en el grupo social en que se desenvuelven los seres humanos, suponen actos de autoridad y de obediencia; actos de libre comunicación entre los componentes de dicho conglomerado, lógicamente ha de suponerse que habrán colisiones de derechos o de pretensiones, asimismo se supone que habrá entidades para la prevención o eliminación de dichos conflictos, razón por la cual es necesario saber quién es la autoridad y hasta dónde llega su poder; hay que conocer de modo cierto y concreto los convenios o hechos que dan lugar al nacimiento o modificación de los derechos; y cuando se susciten dichas controversias, el organismo competente que las dirima deberá darlas a publicidad, a conocer al resto del conglomerado social. Semejantes circunstancias no solamente han de producirse, sino que han de tener la suficiente notoriedad y veracidad para que las consecuencias que produzcan no se consideren caparichosas, arbitrarias o abusos de poder.



Nos parece necesario, por lo tanto, adecuar debidamente la figura de la Impugnación de la Maternidad que aún no está regulada en las disposiciones de nuestro Código Civil; confundiéndose a unos casos y equiparándose en otros a la figura de la Impugnación de la Paternidad, razón por la cual se hace necesario su estudio y análisis.

LA AUTORA



CAPITULO I

LA MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA

I.1. CONCEPTO DE PATERNIDAD

Según CABANELLAS es: "La calidad de padre, o las relaciones que tiene con su hijo".¹

Por su parte OSSORIO la define como la: "Calidad de padre. Relación parental que une al padre con el hijo; y que puede ser legítima cuando esta concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonialmente".²

Entonces podemos decir que PATERNIDAD es la relación biológica que une a un padre con su hijo; pudiendo ser legítima, legitimada o ilegítima según el hijo sea concebido en el matrimonio, en la unión de hecho debidamente registrada³ o extramatrimonialmente.

I.2. CONCEPTO DE MATERNIDAD

Según OSSORIO es la: "Relación parental que une a la madre con el hijo. La Maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente".³

En cuanto al término un DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA

¹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, página 365.

² Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, página 553.

³ Ossorio, Manuel, Ob. Cit., página 451.



nos dice que es el: "Estado o calidad de madre".⁴

Por lo anterior podemos decir que MATERNIDAD es la relación biológica que une a una madre con su hijo; pudiendo ser legítima, legitimada o ilegítima según el hijo haya sido concebido en el matrimonio, en la unión de hecho debidamente registrada o extramatrimonialmente.

1.3. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Paternidad y maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno-filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuáles se generan deberes, derechos y obligaciones.

FEDERICO PUIG PENA, después de señalar que hay algunos autores que solo hacen referencia al término de filiación y otros que hacen solo referencia a la paternidad, expresa que "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 pueda existir hijo sin su 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 eso se llama filiación. Pero éstos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una parificación

⁴ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, página 631.



absoluta en sus consecuencias jurídicas",*

En base a lo anterior podemos decir que la diferencia conceptual básica estriba en que la maternidad se refiere directamente a la madre y la paternidad se refiere al padre, siendo uno y otro término incorporados en la terminología usualmente utilizada en el derecho de PATERNIDAD, comprendiendo éste término al padre y a la madre dentro de un polo de la relación paterno-filial y al otro los hijos.

1.4. DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La esencia de cada uno de estos institutos la encontramos en que solamente el varón puede ser padre y por ende ejercer la paternidad sobre su o sus hijos, y solo la mujer puede ser madre y en consecuencia ejercer la maternidad sobre todos sus hijos.

Es aquí donde nos damos cuenta que el término PATERNIDAD ha sido utilizado de una manera errada en el derecho, pues a cada instituto debería llamarsele por su nombre y así se evitaría un sin fin de equivocaciones que puede o podría provocar la falta de una adecuada utilización de términos.

En conclusión si tanto el estudioso del derecho como el jurista creador de la norma se llegaran a percatar de la gran importancia y de las consecuencias jurídicas que implica la mala utilización de términos en el derecho -no solamente refiriéndonos a paternidad y maternidad, éste es sólo un ejemplo-, tanto el profesional del derecho como el órgano encargado de administrar justicia y el estudiante de derecho (como futuro profesional)

* Citado por Chávez Asencio, Manuel F., La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, página 11.



tendrían un mejor conocimiento del tema jurídico a tratar y por ende una objetiva aplicación del mismo a la práctica, dándose con ello una real y justa interpretación de la ley que ayudaría de sobremañera al juzgador a dictar una resolución acorde a la ley, sin la menor alternativa a crear duda alguna sobre la equanimidad que la misma debe llevar consigo.

I.5. DIFERENCIAS FORMALES ENTRE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Estas se refieren a la forma jurídica en que cada uno de estos institutos se diferencia del otro, siendo ellas:

I.5.1. CUANDO SE PRESUME EN RELACION A CADA INSTITUTO

a) EN RELACION A LA PATERNIDAD:

Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos se presume, como tendra que hacerse siempre en la paternidad a falta de pruebas directas, que el marido o el concubino es el padre del nacido por haberlo engendrado.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 199: "(Paternidad del marido). El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Se presume concebido durante el matrimonio:

- 1o.- El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los conyuges legalmente separados; y
- 2o.- El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio".

El artículo 222 del Código Civil por su parte nos dice:



"(Presunción de paternidad).- Se presumen hijos de los padres que han vivido maridablemente:

- 1o.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que iniciaron sus relaciones de hecho; y
- 2o.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida en común".

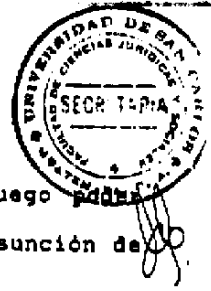
Esta presunción se desprende del presupuesto que las relaciones sexuales son habituales dentro del matrimonio y el concubinato. Del hecho conocido, como son las relaciones genitosexuales entre cónyuges y concubinos, se deriva un hecho desconocido que es el relativo a quién engendró el hijo en la mujer que lo dió a luz y la presunción en Derecho, en este caso, señala al marido o al concubino.

Por su parte nuestra legislación civil, en los artículos anteriormente mencionados señala plazos de presunción de paternidad tanto matrimoniales como extramatrimoniales, siendo los mismos para el inicio como para la terminación de la relación que exista entre padre y madre, ello tomando en cuenta el término de gestación.

b) EN RELACION A LA MATERNIDAD:

La presunción de maternidad se basa en la fidelidad y moralidad que debe haber en las relaciones conyugales, que dan firmeza al matrimonio y estabilidad a la familia. Se parte del supuesto normal de que la mujer no tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio.

Ahora bien, para comprender a que se refiere la PRESUNCION, damos unos conceptos referentes al mismo, ya que pensamos que es



importante saber a que se refiere el mismo, para luego llegar a un mejor entendimiento de la figura de presunción de maternidad sobre la cual hablaremos a continuación.

Según OSSORIO, presunción: "No es, otra cosa que el juicio formado por el Juez , valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo, para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en los conocidos".⁶

Por su parte CABANELLAS, nos dice que es la: "Conjetura, suposición. Indicio. Señal. Sospecha. Decisión legal salvo prueba en contrario".⁷

De lo anterior concluimos, que presunción es aquel medio por el cual el Juez llega a un convencimiento sobre ciertos hechos, en base a un razonamiento realizado sobre hechos conocidos.

Nuestro ordenamiento jurídico civil no contempla la figura de la Presunción de Maternidad, únicamente lo hace en lo que se refiere a la Presunción de la Paternidad, pero nos dice que el hecho conocido para establecer la maternidad es el parto (nacimiento del infante), hecho contemplado en el artículo 210 del Código Civil, Decreto Ley Número 106, del cual obtenemos un razonamiento conclutivo que es el de verificar la identidad entre el ser que se dió a luz y el que se pretende que sea, situación no contemplada por los legisladores. Ello con el fin de lograr identificar al infante producto de un parto.

Para esta comprobación puede usarse cualquier medio probatorio, aunque lo normal es que en el acta de nacimiento se

⁶ Ossorio, Manuel, Ob. Cit., página 604.

⁷ Caabanellas, Guillermo, Ob. Cit., página 227.



asiente el reconocimiento materno, pero se pueden dar casos en que la verdadera madre biológica no ha realizado dicho reconocimiento y no existe la voluntad de parte de la misma para que se de el reconocimiento de su hijo por otra mujer o en su caso la aprobación para que el infante sea adoptado por terceras personas.

1.5.2. COMO SE ESTABLECE EN RELACION A CADA INSTITUTO

a) EN RELACION A LA PATERNIDAD:

La paternidad matrimonial y extramatrimonial tienen distintas formas para establecerlas.

En la paternidad matrimonial hay reglas precisas que no pueden cambiar; el hecho del matrimonio determina la paternidad que la ley declara, encontrándose regulado esto en el artículo 199 del Código Civil.

Por su parte la paternidad extramatrimonial, está regulado de una forma completamente distinta, según el Código Civil, decreto ley número 106, establece en su artículo 210 con respecto a la paternidad: "(Reconocimiento del padre). Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba,....., y con respecto al padre, por reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad".

Precepto que como puede verse, resulta lógico, reconoce las dos clases de reconocimiento de paternidad, siendo ellas: 1) El Reconocimiento Voluntario; y 2) El Reconocimiento Forzoso.

En el artículo 211 del Código Civil, se estipulan las formas de reconocimiento voluntario el cual dice así: "(Formas de

reconocimiento). El reconocimiento voluntario puede hacerse:

- 1o.-En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil;
- 2o.-Por acta especial ante el mismo registrador;
- 3o.-Por escritura pública;
- 4o.-Por testamento; y
- 5o.-Por confesión judicial.....".

Esta clase de reconocimiento de paternidad es una forma, llamémosle, directa y voluntaria en la cual la intervención del padre en la formalización del acto es ajena a cualquier participación extraña, pudiendo caerse en algún error en lo preceptuado por el inciso 5o., el que puede producirse al contestarse la demanda, al absolver posiciones o por acta ante la autoridad judicial, es decir que es provocada por alguna acción legal, más sin embargo podría decirse que si no fuera su voluntad el padre (demandado) no daría en su momento una confesión acerca de la paternidad que se le imputa y por lo tanto se caería en una forma de reconocimiento forzoso.

El reconocimiento forzoso de paternidad está regulado en el artículo 221 del decreto ley número 106, el cual establece:

"(Casos en que puede ser declarada la paternidad).- La paternidad puede ser judicialmente declarada:

- 1o.- Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozcan;
- 2o.- Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre;
- 3o.- En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época de delito coincida con la de la concepción; y
- 4o.- Cuando el presunto padre haya vivido maritáblemente con la madre durante la época de la concepción".



El reconocimiento de paternidad forzoso también es denominado, doctrinariamente hablando, reconocimiento judicial o reconocimiento por declaración judicial, el cual tiene lugar cuando a petición del hijo, y en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los padres. Tratándose por lo tanto de una declaración judicial de filiación de paternidad.

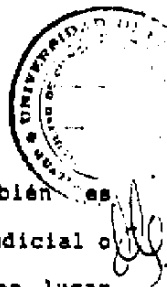
b) EN RELACION A LA MATERNIDAD:

El hijo ha de ser necesariamente de la cónyuge o concubina, es decir, de la mujer del que es marido. Esto supone el hecho del parto y por su inscripción definitiva.

En la doctrina se dice que la prueba de la filiación materna es una cuestión relativamente sencilla, ya que puede ser fácilmente comprobada, pues basta con probar la existencia del parto.

En el artículo 210 del Código Civil dice: "(Reconocimiento del padre).- Cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, en relación a la madre, del solo hecho del nacimiento,

Se puede apreciar claramente que nuestro ordenamiento jurídico civil regula tanto la forma voluntaria como forzosa el establecimiento de la paternidad, encontrándose por lo tanto una laguna en lo referente a la maternidad ya que para la paternidad encontramos los requisitos necesarios para establecerla, más sin embargo, para la maternidad únicamente nos dice que se establece por el hecho del parto, dejando de esa forma muy escueta la





investigación referente a dicha institución, motivo por el cual en la actualidad muchas personas han hecho mal uso de dicha laguna jurídica, y se han dado a la tarea de hacer creer a la sociedad que un infante es hijo de una mujer no siendo ello verdadero, ya sea por alguna u otra causa que al no estar regulada, la verdadera madre no sabe que medio adecuado emplear para solventar esta situación y recuperar legalmente a su hijo.

1.5.3. SIGNOS CONTRARIOS EN RELACION A CADA INSTITUTO

a) EN RELACION A LA PATERNIDAD:

Se prueba en contrario así: Artículo 200 del Código Civil: "(Prueba en contrario).- Contra la presunción del artículo anterior no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia".

Los legisladores no creyeron conveniente las incertidumbres en orden a la relación de filiación, y por ello, para eliminar la duda de la concepción dentro del matrimonio, establecen, como decíamos, un periodo legal de concepción, comprendido entre un plazo mínimo y otro máximo, a contar desde la fecha de la celebración y de la disolución del matrimonio, respectivamente, y ocurrido el nacimiento dentro de dicho periodo, el hijo se presume concebido durante el matrimonio.

Aquí se requiere una prueba de la imposibilidad de esa relación genito-sexual y, por lo tanto, que la concepción no pudo ser obra del marido.



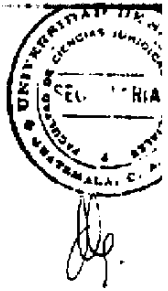
b) EN RELACION A LA MATERNIDAD:

En la doctrina se nos dice que para establecer la filiación extramatrimonial se permite la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad.

Por lo tanto, contra la presunción de maternidad se debería poder probar en contrario igualmente que en la presunción de paternidad, lo cual no es posible debido a la falta de regulación que en nuestro Código Civil existe referente a este tema, por medio de ella lograría una madre biológica impugnar la maternidad de una presunta madre, tal y como quedó explicado en el inciso I.5.1. b) del presente Capítulo.

Debemos tomar muy en cuenta que en nuestros días se esta llevando acabo la inseminación artificial por medio de la cual una mujer infértil logra por medio del avance de las Ciencias Médicas ser madre, tema que se desarrollará ampliamente en el Capítulo II inciso II.5.1. de este trabajo.

En consecuencia podemos decir que deberían de existir reguladas las formas en que una madre biológica podría probar en contra de una presunción de maternidad, haciendo uso de los distintos medios de prueba que regula nuestra legislación y sobre todo de los Medios Científicos, entre ellos la prueba de ADN.



CAPITULO II

TEORIAS EN RELACION A LA MATERNIDAD

II.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

El problema relativo a la familia es de aquellos que el jurista debe tocar como el acto más extraordinario. Si la familia no se halla firme y sólidamente constituida, todo el edificio social vendrá estrepitosamente abajo.

La familia lleva en si misma algo de divino y, por lo mismo, algo de religioso. Los modernos miran hoy con terror la multiplicación de los niños. Y hacen mal. No hay exceso de niños: nos aqueja el exceso de egoísmo, la falta de planeación, el horror al esfuerzo, la falta de prevención.

Imposible es solucionar los problemas de la pobreza, de la educación, de la salud, de los esparcimientos, de los servicios sociales, sin implicar más o menos directamente a la familia: todos los expertos otorgan hoy en día a esta un papel de primerísimo orden en la solución de las más fundamentales cuestiones sociales de nuestro siglo. Falta ver y precisar cómo puede darse una investigación a la familia dentro de sus diversas categorías sociales y tomado en cuenta sus diversas necesidades. Es el mismo problema que cuando se llama a los pobres a tomar las medidas conducentes a la eliminación de la pobreza.

Desafortunadamente, en nuestro siglo diversas técnicas de acción desbordan irreflexiblemente en violencia y provoca la inevitable ola de contraviolencia. El reto de nuestro siglo es el de alcanzar innovaciones políticas para que grupos, hasta hoy desfavorecidos, participen en las decisiones.



Ligado está el problema de los derechos y deberes de la mujer al problema central del orden familiar.

Son iguales todos los seres humanos por su propia naturaleza, la cual les otorga el mismo derecho a alcanzar su propio fin y a utilizar los medios necesarios para alcanzarlo. Pero hay diferencias accidentales que distinguen profundamente al hombre de la mujer.

Recordemos a Gregorio Martínez Sierra en Canción de Cuna: "La excelsa caridad de la mujer le viene de que sencillamente, toda ella es maternidad. Es la maternidad el honor de la mujer y, en el orden natural, la más noble de las actividades".*

Convenimos entonces que el primer derecho de la mujer es el de ser ella misma, ser mujer y no buscar su medio de desarrollo en la imitación del hombre. Por lo que se dice que el verdadero feminismo debe ser esfuerzo razonable y reflexivo para escudriñar más de cerca la naturaleza humana y en lo que diferencia del otro sexo; para apreciar más exactamente el rendimiento de que es capaz; para adaptar más ótilmente sus energías a las oportunidades del ambiente histórico.

Se debe rechazar, por de pronto, toda concepción que haga de la mujer un simple instrumento del hombre. El género humano es el hombre y la mujer conjuntamente, investidos de una dignidad igual, destinados a una perfección y a una gloria iguales, pero diferentes, completándose con sus diferencias y creados para unirse en el matrimonio, que tiene por objeto la felicidad del

* Citado por De Ibarrola, Antonio, Derecho de Familia, página 411.

uno y del otro y la continuación de la especie, sin que estos dos fines se puedan separar.

Razonable es que una mujer no pueda dedicarse a una actividad importante, extraña al orden normal de sus funciones - una profesión, por ejemplo-, sin estar de acuerdo con su marido. La autorización marital parece irritante a los feministas, pero no se ve en qué parará la unidad de un hogar en que la mujer ejerza la profesión de abogado o tenga un comercio contra el parecer de su marido. Desde el instante en que ejerce una profesión, es además razonable que tenga toda la capacidad requerida para ejercerla normalmente. Hay ocupaciones profesionales a las que una mujer puede entregarse útilmente sin dejar de velar por su hogar.

En especial, la mujer casada puede y debe ser la colaboradora de su marido. Cuando una mujer no se casa, debe encontrar fuera de la familia un objetivo para su vida, el que debe estar conforme con las aspiraciones de su naturaleza. La mujer soltera tiene el derecho a vivir independientemente, y la sociedad debe hacerle posible el acceso a las carreras, dándole ocupaciones lucrativas al mismo tiempo que consideración social.

Para algunos autores, la investigación de la filiación, consiste en indagar sobre la persona a quien puede atribuirse la maternidad o paternidad de hijos habidos fuera de matrimonio. Otros, no están de acuerdo en utilizar la expresión "investigación de la maternidad", o "investigación de la paternidad", pues dicen, que no es que se trate de investigar una maternidad o una paternidad; "no es buscar a ciegas un padre dice

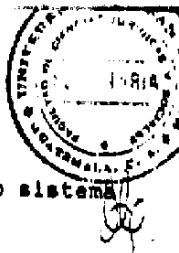




DE DIEGO, sino imponer el respeto a una relación que existe y sancionarla a fin de que produzca los efectos que le son propios";* de modo que la relación que origina la paternidad o maternidad ya existe con anterioridad, por lo que el Juez lo que hace es únicamente declarar esa relación, de ahí, que es mucho más apropiada la expresión que utiliza PUIG PERA Y ESPIN CANOVAS, al decir que es mucho mas exacta y expresiva la denominación de "Declaración judicial de la filiación extramatrimonial", como la denomina nuestro actual Código Civil. Diremos entonces que para nuestro estudio, las expresiones: investigación de la maternidad o paternidad, o bien declaración judicial de la maternidad o paternidad, explican una misma situación, pero por las razones antes expuestas, considero más apropiada la expresión Declaración judicial de la maternidad o paternidad.

En lo que a la maternidad respecta, diremos que desde la época del derecho romano, se ha permitido la investigación de la maternidad, pues fué aquí donde tuvo aplicación el principio "mater semper certa est" (la madre siempre es cierta). Debido a que la maternidad no presenta dificultades para probarla, desde el aparecimiento de las distintas legislaciones, no se ha establecido ningún obstaculo para que el hijo pudiera investigar quién es su madre, cuando ésta por cualquier causa no hiciere voluntariamente el reconocimiento, situación que cambia totalmente cuando la paternidad es lo que se investiga, ésta presenta mayores problemas para lograr su prueba y debido a esto

* Citado por Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, página 75.



es que las legislaciones extranjeras adoptan un distinto sistema para investigar la paternidad.

La libre investigación de la maternidad, siempre ha sido acogida por las legislaciones a través del tiempo, situación que aun se mantiene, pues los diversos países al emitir sus propias leyes han seguido la tendencia de mantener la libre investigación de la maternidad. Ha existido entonces, desde época antigua, libertad para que el hijo extramatrimonial aporte todos aquellos medios de prueba que le permitan obtener judicialmente una declaración de la maternidad, pues las legislaciones no han restringido en ninguna época la indagación de la maternidad del hijo nacido fuera de matrimonio.

"El Código francés admitió la investigación de la maternidad natural; pero sometiéndola a reglas de prueba sumamente estrictas, en tanto que la investigación de la paternidad permanecía prohibida, salvo caso de parto".¹⁰

"En Roma el vínculo del hijo con su padre sólo se establecía a través del matrimonio, de modo que el hijo habido fuera del matrimonio solo adquiría el vínculo de cognación con su madre. Como se ha recordado, los hijos nacidos del vulgo no tenían, pues, padre ni parientes por parte del padre. El vínculo de cognación solo se reputaba existente en relación a la madre, ya que la vinculación con el padre que origina la agnación, solo procedía de la unión legítima".¹¹

¹⁰ De Ibarrola, Antonio, Ob. Cit., página 336.

¹¹ Rufina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia, página 414.



II.2. TEORIA SUSTENTADA POR MANUEL F. SANCHEZ ASENCIO

En relación a la Maternidad el tratadista Argentino Manuel F. Sánchez Asencio nos dice que:

"De las instituciones que constituye el derecho de familia, la filiación tiene una relevante importancia.

La paternidad significa, en sentido estricto gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre.

Paternidad y Maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones.

Pero estos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una parificación absoluta en sus consecuencias jurídicas.

La diferencia en cuanto a la prueba entre maternidad y paternidad nos obliga a estudiarlos separadamente. Pero existe un principio en el sentido de que paternidad y maternidad en el matrimonio son indivisibles. Es decir, no es posible ser hijo de una mujer sin serlo también de su marido.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad. La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. En la filiación de los hijos de matrimonio se adiciona el acta de matrimonio.

Por lo tanto, en relación a la madre el parto es un hecho



que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dió a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo, o con el acta de nacimiento".¹²

Al igual que en el Derecho Civil argentino nuestro Código Civil en su artículo 210 nos dice, como la filiación que no resulta del matrimonio o de la unión de hecho registrada de los padres (la extramatrimonial), en relación a la madre resulta del simple hecho del parto, y con relación al padre por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad. En relación a los hijos de matrimonio se presume por el hecho mismo del matrimonio.

De lo anterior concluimos que podemos tomar como elemento para determinar la maternidad el simple hecho del nacimiento, regulado éste en el artículo 210 de nuestro Código Civil. Otro elemento sería la identidad del hijo, debiendo ser éste motivo de reforma a nuestro actual Código Civil, ya que con el mismo la presunción de maternidad podría existir y con ello la o las madres biológicas tener un medio legal por medio del cual podrían impugnar una maternidad. Como último elemento, que sería, el acta de nacimiento, la cual en el artículo 371 de nuestro Código Civil, señala que para hacer constar nuestro estado civil se requiere de dicho documento, el cual es verdadero hasta que no

¹² Chávez Asencio, Manuel.F., Ob. Cit., página 89.



sea redarguido de falso o nulo, según se haya o no llevado a cabo alguna alteración ya sea provocada o por error en el mismo acto del asiento de la partida de nacimiento.

II.3. TEORIA SUSTENTADA POR EDGAR BAQUEIRO ROJAS y ROSALIA BUENROSTRO BAEZ

Por su parte los tratadistas mexicanos Edgar Baqueiro Rojas y Rosalia Buenrostro Baez, en cuanto a la maternidad nos dicen:

"Que la segunda fuente del derecho de familia es la procreación; es decir, que una pareja, por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres -la maternidad queda involucrada en este concepto-, y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes.

La paternidad y la filiación jurídica se basan en la filiación biológica, ya que de ella toman las presunciones e indicios para establecer tal vínculo. Ahora bien, no siempre ambas filiaciones coinciden, pues biológicamente no puede haber hijos sin padre y madre; en cambio, jurídicamente sí, ya sea porque los padres se desconozcan, o bien porque no se cubrieron las formalidades y los requisitos legales para que se estableciera la relación de derecho.



El código civil mexicano dispone que la madre no puede de-
de reconocer a su hijo; tiene obligación de que su nombre figure
en el acta de nacimiento. Si al presentar al niño al Registro
Civil no se proporciona el nombre de la madre -y nadie puede
darlo sin su autorización, ni siquiera el padre que reconozca-,
el niño se asentará como hijo de madre desconocida.

Para probar la maternidad ya sabemos que deberán
determinarse dos hechos: el parto y la identidad del nacido con
la reclamante. La única limitación a este derecho, aparece
cuando se pretende atribuir la maternidad a una mujer casada,
aunque se alegue que el nacimiento ocurrió con anterioridad al
matrimonio.

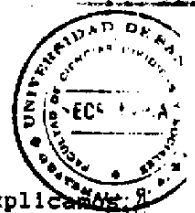
Aunque en el acta de nacimiento se señalara el nombre de la
madre, sin su comparecencia esta no probaría la maternidad; la
madre señalada en el acta podría impugnarla de falsa.

En cuanto a la investigación de la paternidad, solo puede
intentarse cuando ya ha quedado establecida la maternidad, y a
diferencia de esta, la investigación solo se autoriza en
determinados casos".¹²

En el Derecho Civil mexicano al igual que en el argentino
toman dos elementos importantes para determinar la filiación de
maternidad siendo ellos: 1o. el hecho del parto y 2o. identidad
del hijo.

Ahora bien, nuestro Código Civil (artículo 210) dice que la
filiación extramatrimonial respecto de la madre se establece por

¹² Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho
de Familia y Sucesiones, página 179.



el simple hecho del nacimiento, dejando como explicación anteriormente una laguna jurídica en lo referente a la presunción de maternidad, base para la identidad del hijo.

Por su parte el Código Civil mexicano nos dice que la madre tiene la obligación de comparecer a reconocer a su hijo, hecho éste que en nuestro derecho está regulado como un acto voluntario de reconocimiento materno, confirmándose así el nexo biológico determinado por el nacimiento, tocando dicha figura jurídica en el artículo 215 del Código Civil, decreto ley número 106, pero pensamos en una reforma en lo referente a que el reconocimiento debería de ser obligatorio.

II.4. TEORIA SUSTENTADA POR ANTONIO DE IBARROLA

La teoría sustentada por Antonio de Ibarrola nos dice en relación a la maternidad:

"Para dejar definida y establecida la filiación legítima materna, esto es para probar que determinado hijo nació de tal mujer casada, hay que establecer tres hechos distintos: a) el matrimonio de la susodicha mujer; b) El parto o alumbramiento en fecha determinada de quien pretende ser madre; c) La identidad del hijo cuya filiación es cuestionada con el hijo cuyo nacimiento ya quedó demostrado.

El acta de nacimiento es la prueba normal de la filiación legítima. Cuantas veces se nos pida en el curso de la vida la exhibición de una copia, digamos más bien, testimonio de nuestra acta de nacimiento, es porque a menudo tenemos que probar nuestra filiación y el acta de nacimiento tiene tal efecto.

Pero, puede decirse que el ACTA DE NACIMIENTO constituye una



prueba de la identidad? Ciertamente que no. Nada establece en efecto, que la persona que exhibe un acta de nacimiento sea aquella cuyo nacimiento quedo registrado en el acta: fácil es usurpar el acta de nacimiento de un extraño. Para impedirlo, el artículo 58 del Código Civil Mexicano, exige poner en el acta la HUELLA DIGITAL del niño presentado.

Oportunamente ya hicimos notar la forma en que deben ser redactadas las actas de nacimiento. En cuanto al fondo, la mención del nombre de la madre es indispensable para que el acta de nacimiento establezca la filiación. Por lo menos la mención es suficiente: poco importa que el nombre del marido no figure en el acta, o que la mujer sea designada con su nombre de doncella. Y ello, porque el acta de nacimiento del niño no establece la situación de los padres en relación con su matrimonio. Cuando se exhibe un acta de nacimiento en la que figura el nombre de la madre, y se justifica por otra parte normalmente por medio del acta de matrimonio que el mismo existió en el momento de iniciarse la preñez, basta con ello para establecer que el hijo nacido de esa mujer es hijo legítimo".¹⁴

Igualitariamente nuestra regulación civil en lo referente a la necesidad de poner en el acta de nacimiento la Huella Digital del niño presentado, lo regula en su artículo 398 inciso 5o.. Ahora bien, en el momento de ir a inscribir el nacimiento de nuestros hijos no necesitamos testigo alguno para dicha inscripción debiendo además comparecer la madre, siendo éstas últimas dos posiciones del derecho mexicano contrarias al Derecho

¹⁴ De Ibarrola, Antonio, Ob. Cit., página 405.



Civil guatemalteco las cuáles deberían ser objeto de una reforma al mismo, ya que con ello lograríamos una mayor seguridad y veracidad en el asiento de la partida de nacimiento de cualquier niño que se inscriba en cualquier Registro Civil de nuestro país.

En cuanto a lo expuesto en la teoría anteriormente señalada podemos concluir, que nuevamente se señalan los dos elementos primordiales para comenzar a determinar una maternidad, siendo ellos: 1) el hecho del parto o alumbramiento en fecha determinada de quién pretende ser madre, hecho regulado en nuestro Código Civil (artículo 210); y 2) la identidad del hijo cuya filiación es cuestionada con el hijo cuyo nacimiento quedó demostrado, reforma que debería de hacerse al Código Civil por las razones expuestas en el inciso anterior.

Es el acta de nacimiento una prueba para demostrar la identidad del hijo, ya que la misma es la prueba normal de la filiación legítima. Ahora bien, el acta de nacimiento es, sin oposición alguna, una prueba del parto. Ya que, si posteriormente alguien discute la exactitud del acta de nacimiento puede intentar un proceso sobre su falsedad o nulidad, según sea el caso, entonces la prueba del acta de nacimiento ya no será extrajudicial.

II.5. LA FILIACION PROVENIENTE DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

En cuanto a la doctrina guatemalteca referente a la maternidad no encontramos a estudioso alguno que hubiere realizado un análisis sobre la misma, por lo que nos referimos a un estudio referente a la inseminación artificial, en el cual se tocan aspectos que tienen alguna semejanza con el presente tema



investigativo, realizado por el Licenciado RICARDO ALFONSO ARAGON el cual nos dice que:

"La inseminación artificial en el género humano se da en nuestro medio, y como realidad que es, debe afrontarse y tratarse sin perjuicios de género alguno.

Dentro de la rama jurídica este trabajo gira en torno de la filiación y la paternidad y solo toca otros aspectos en forma tangencial.

No se hará ninguna referencia al aspecto técnico de la inseminación artificial ni a los motivos que puedan existir para la misma, por considerar que son conocidos por juristas, al menos en sus lineamientos generales.

En aras de la brevedad, este trabajo sólo se referirá a la "inseminación" o a la "inseminación artificial", bajo el entendido que se trata de aquella que se practica en el género humano. Para una mejor comprensión del tema, utilizaré la terminología más común o sea: la inseminación homóloga cuando dentro de un matrimonio se utiliza el semen del marido, haciendo extensiva esta situación a la unión de hecho que en nuestro medio produce los mismos efectos que el matrimonio, si se llenan los requisitos legales. La inseminación heteróloga cuando, con referencia a un matrimonio se utiliza semen de un hombre que no es el esposo, o aquella que se realiza totalmente fuera de un matrimonio. En ambas situaciones puede darse el caso de que se realice en forma voluntaria o sin voluntad (o incluso en contra de ella) de alguno de los sujetos integrantes del triángulo básico de la inseminación, o sea: esposo, esposa y tercero



donante.

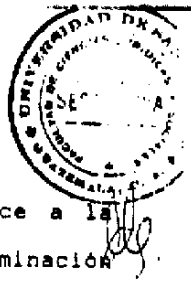
SEÑALAMIENTO DE PROBLEMAS JURIDICOS

La inseminación artificial incumbe no sólo al Derecho Civil, sino también al administrativo en cuanto a las normas de salubridad que regulan el aspecto técnico, y al penal en cuanto a la posibilidad de una violación si se realiza contra el consentimiento de la mujer, o el incesto, si se realiza con semen de un pariente.

En el Derecho Civil encontramos un sinnúmero de problemas dentro de los cuales pueden citarse:

- a) En el área del derecho de filiación los problemas se agudizan ya que: en la inseminación heteróloga se discute si el donante debe considerarse como padre, cuando se puede establecer su identidad. Por supuesto, también es objeto de discusión, si el esposo en tal clase de inseminación debe considerarse como padre, en aplicación del artículo 199 del Código Civil, que establece la presunción de que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio.
- b) En el área del derecho hereditario surge el mismo tipo de discusión, aunque por lógica primero se discute el parentesco, para después establecer si dentro de un matrimonio el hijo habido con inseminación heteróloga hereda al donante o al esposo respectivo, y por supuesto, también la situación inversa, o sea si el donante pueda hacerlo del esposo. Algo similar puede decirse en cuanto al derecho de alimentos respecto al ascendiente o al descendiente.

SOLUCIONES PARA EL PRESENTE TEMA



En la inseminación homóloga el problema se reduce a la voluntariedad o involuntariedad del procedimiento de inseminación y las consecuencias en el segundo caso, ya que en el primero estamos en una situación idéntica a la del matrimonio. En el segundo supuesto, o sea aquél en que la inseminación homóloga se realiza en forma INVOLUNTARIA, debe distinguirse principalmente los problemas de filiación, de normas de derecho matrimonial en sí, y las hereditarias.

a) En cuanto a la filiación (base para el derecho de alimentos y el hereditario) debe distinguirse si el acto de la inseminación fue realizado contra la voluntad de la esposa o en contra de la del marido. En el primer caso estaríamos en una situación similar a aquella que existe cuando se da una violación de mujer casada. En protección del niño -y no puede ser de otra forma- simplemente se acepta y reconoce a la madre progenitora como tal, con todos los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad. Es una solución idéntica, como ya se expresó, a la que se alcanza en los casos de violación.

Diferente puede ser el tratamiento que se da a la paternidad, ya que inmediatamente surgen las dos posiciones opuestas, la de asimilar el caso al anterior, confiriendo al padre todos los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad y filiación, o permitiendo que se asimile la situación a la prevista por el artículo 200 del Código Civil, en los que el marido puede impugnar si se prueba la imposibilidad de acceso físico a su cónyuge.

Me uno a la primer tendencia o sea la que considera para



todos los efectos legales, que el fruto de tal inseminación es hijo del marido. Asumir una actitud contraria equivaldría a dar la espalda a la obligación de no discriminar entre hermanos, por el sólo hecho de haber sido engendrados, uno por medios científicos y otro por medios naturales. Por otra parte, cabe considerar que el hijo nacido bajo las citadas condiciones no tiene por qué sufrir las consecuencias de un acto en que el padre tuvo cuando menos alguna ingerencia, ya que cuando menos él contrajo matrimonio, él sostuvo esa relación y posiblemente él permitió en una u otra forma la extracción del semen. Cabe concluir pues, que para los efectos legales de paternidad y filiación, si el semen utilizado en la inseminación es del marido, el niño que nazca será considerado como suyo independientemente de si se hizo con su consentimiento o no.

Este resultado o conclusión, de brindarle total protección al niño considerándolo hijo en exactamente igual forma que al nacido por medios naturales, es similar o incluso idéntica, a la que se daría a un supuesto de violación de la esposa por su propio marido. Por otra parte, esta solución no requiere modificaciones al Código Civil o emisión de ley alguna, ya que a nivel jurisprudencial se puede llegar a la citada conclusión, sin violentar precepto alguno.

En la inseminación heteróloga es imperioso distinguir las siguientes situaciones básicas: a) Si la inseminación se verifica con el consentimiento o sin el consentimiento de la madre; b) Si se verifica con el consentimiento o sin el consentimiento del marido en caso de que la inseminación se practique con mujer

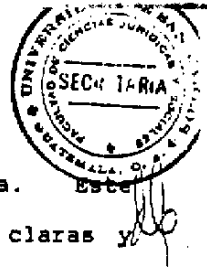


casada; y c) finalmente debe analizarse las consecuencias del conocimiento de la situación en general que puede tener el donante.

a) Cuando la inseminación heteróloga se verifica con el consentimiento de la madre, no existe ninguna dificultad en concluir que para ella y para el hijo nacen todos los derechos de maternidad y filiación sin limitaciones.

Tampoco es difícil concluir que si se practicara contra el consentimiento de la madre, y al igual que la inseminación homóloga, a ella, como madre natural, el derecho simplemente reconoce su calidad de tal. Y no entramos a analizar aquí, los derechos que ella podría tener contra quien haya intervenido en el aspecto técnico o realización física de la inseminación. Nuevamente sacamos a relucir aquí, que estamos ante una solución idéntica a la de la violación, con respecto a la madre que concibe un hijo como consecuencia de dicha acción ilícita.

b) Con relación al marido, que da su consentimiento para la inseminación heteróloga de la mujer, nos encontramos ante la realidad de que él no es el padre biológico del hijo que nace dentro del matrimonio. Ante tal situación, puede que los hechos queden totalmente comprendidos dentro de la presunción del artículo 199 del Código Civil, pero sin la posibilidad de argumentar la excepción del artículo 200 del mismo Código. La legislación actual resulta totalmente inadecuada para tratar este problema, ya que si se encuentra en el caso de imposibilidad física del último artículo citado, podría resultar sin ninguna obligación hacia el hijo de su esposa, que fue engendrado con su



autorización e incluso a veces hasta con su ayuda. Este resultado es por demás injusto y clama por normas claras y precisas que no dejen desamparado al fruto de la inseminación.

En qué forma puede la legislación presentar soluciones concretas.? En primer lugar, impidiendo que el marido que ha dado su consentimiento para la heteroinseminación puede hacer uso de la excepción establecida en el artículo 200 del Código Civil (imposibilidad física de acceso). En segundo lugar, impidiendo cualquier acción del donante como veremos más adelante.

c) La participación del donante en el derecho proveniente de la inseminación debe limitarse. En primer lugar, la técnica usual parte del principio de la secretividad del donante. Sin embargo, ello no siempre es posible, no solo por deficiencias en la técnica, sino incluso por deseo de quienes intervienen en su realización. En segundo lugar, por razón de ética, conveniencia, seguridad jurídica e incluso, tranquilidad y prosperidad de un hogar, no debe permitirse que en la inseminación homóloga y en la heteróloga de mujer casada se de intervención al donante, concediéndole derechos de paternidad. Lo contrario implicaría a la afectación de los derechos del esposo, que entraría así en una competencia con el donante para la determinación de la "paternidad" en detrimento obvio de la integridad del matrimonio.

Por el contrario, en la inseminación heteróloga de mujer soltera, no vemos ningún inconveniente en establecer derechos y obligaciones de paternidad y filiación para el donante que da su consentimiento específico (con relación a determinada mujer) para que se practique la inseminación en una mujer también ha



consentimiento para la extracción del óvulo y por ende para su fecundación e insertación en otra mujer, entonces no cabría duda alguna sobre la legalidad de la acción científica, y con ello dar una mayor seguridad legal a la futura madre que ella no será molestada judicialmente por medio de la Impugnación de la Maternidad por la verdadera dueña del óvulo y por ende su madre biológica.

LA ADOPCION Y LA MATERNIDAD EN GUATEMALA

III.1. CONCEPTO DE ADOPCION

Según CABANELLAS adopción: "Es pues, el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien es naturalmente de otro".¹⁶

OSSORIO dice que es la: "Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente".¹⁷

La mayoría de los tratadistas al definir la adopción coinciden en que a través de la misma se produce una relación similar o análoga, lo que caracteriza a la filiación legítima y como a continuación veremos, según algunos de ellos:

PUIG PEÑA, nos dice que adopción es: "Aquella institución por virtud de la cual se establece, entre dos personas extrañas, relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima".¹⁸

Nuestro Código Civil recoge esta institución en el artículo 228, que dice así: "(Concepto).- La adopción es el acto jurídico de asistencia social por el que el adoptante toma como hijo propio a un menor que es hijo de otra persona.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, puede legalizarse la adopción de un mayor de edad con su expreso

¹⁶ Cabanellas, Guillermo, Ob. Cit., página 17.

¹⁷ Ossorio, Manuel, Ob. Cit., página 37.

¹⁸ Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II, página 403.





consentimiento, cuando hubiere existido la adopción de hecho durante su minoridad".

En nuestra Constitución en su artículo 54 también está contemplada esta institución, el cual dice así: "Adopción. El Estado reconoce y protege la adopción. El adoptado adquiere la condición de hijo del adoptante.

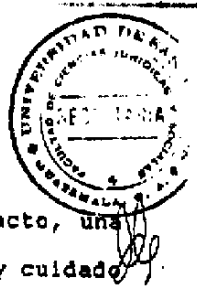
Se declara de interés nacional la protección de los niños huérfanos y de los niños abandonados".

En conclusión, es una institución de asistencia social que establece un vínculo paterno-filial entre adoptado y adoptante, sin extenderse a las familias de ambos. Formándose con ello el parentesco civil que nace de la adopción y que sólo existe entre adoptante y adoptado (artículo 190 del Código Civil). También queda inmiscuida aquí la institución de la patria potestad, la cual ejerce la persona que haya adoptado (artículo 258 del Código Civil), y con ello nacen también los deberes y derechos de alimentos, ya que un hijo menor o mayor en estado de interdicción, impedido o enfermo habitual, tiene el derecho de que se le alimente por aquella persona obligada para ello por la ley (artículo 278 del Código Civil).

III.2. CARACTERISTICAS

III.2.1. FORMAL

Cómo se establece la adopción? Nuestra legislación vigente estipula que, la adopción se establece por escritura pública, previa aprobación de las diligencias respectivas por el Juez de Primera Instancia de Familia. En dicha escritura pública deberán comparecer el adoptante y los padres del menor o la persona que



ejerza la tutela para dar su consentimiento en dicho acto, una vez firmada la escritura el menor queda bajo la guarda y cuidado del adoptante, lo mismo que los bienes si los hubiere y el testimonio será presentado al Registro Civil para su inscripción (artículos 239 a 244 del Código Civil).

Para la autorización de la adopción, tanto judicial como extrajudicial, se debe llenar REQUISITOS PREVIOS, o sea, la solicitud presentada ante Juez de Familia del adoptante, o ante Notario por medio del acta notarial de requerimiento. En ambos casos acompañando los documentos necesarios.

Los REQUISITOS CONCURRENTES, se dan cuando se realiza la escritura pública de adopción, donde comparecen los que ejercen la patria potestad o tutela del menor y el adoptante, firmado dicho instrumento, el menor pasa a poder del adoptante, así como sus bienes si los hubiere, en dicha escritura se transcribe la resolución que apruebe las diligencias y en los cuales se declare procedente la adopción.

Los REQUISITOS POSTERIORES, se dan cuando se compulsó el testimonio de la escritura pública de adopción, enviándolo al Registro Civil para la inscripción correspondiente, dentro de los quince días posteriores a su otorgamiento según artículos 244; 370 y 435 del Código Civil.

El expediente extrajudicial se envía al Archivo General de Protocolos para archivarlo, según el artículo 7o. de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77 del Congreso de la República.

III.2.2. CONSENSUAL



Como requisito indispensable para la formalización de la adopción, el consentimiento lo deben dar los padres naturales o la persona que ejerza la tutela.

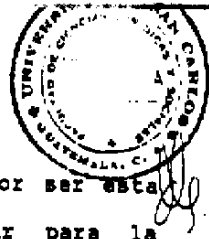
En la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, Decreto 54-77, encontramos regulado el Consentimiento en su artículo 10. el cual dice: "Consentimiento Unánime. Para que cualquier asunto de los contemplados en esta ley pueda ser tramitado ante notario, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados.

Si alguna de las partes, en cualquier momento de la tramitación, manifestare oposición, el notario se abstendrá de seguir conociendo y remitirá lo actuado al tribunal correspondiente.

En estos casos el notario tendrá derecho a percibir los honorarios que se hayan pactado o los que disponga el respectivo arancel".

Aquí vemos, que para la tramitación extrajudicial de la adopción se hace necesario como requisito esencial que todas las partes a participar estén de acuerdo, de lo contrario se tendría que pasar el expediente de adopción al tribunal de familia correspondiente.

Es de suma importancia que el consentimiento no adolezca de vicio para que la adopción no sea impugnada de nulidad, ello implica que no debe existir error, dolo, violencia, intimidación ni simulación en ninguna de las partes que lo van a prestar; y, ampliando más el campo del consentimiento sin vicio podríamos decir, que no existiera ninguna de esas causas en todas las



partes que participan en el acto de la adopción, por ser esta institución de interés nacional y no particular para la protección de niños huérfanos y abandonados de nuestro país.

III.2.3. FISCALIZADA POR EL ESTADO

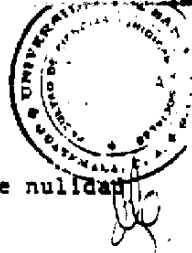
La mayor parte de los países civilizados han incorporado la adopción a sus leyes, valorando con ello la importancia de la misma, en el doble aspecto de su utilidad social y de interés del Estado.

Su utilidad social es indiscutible. Cumple una misión imponderable de protección a la infancia desvalida, que principalmente se beneficia con su institución, favorecida por el hecho de existir numerosos hogares sin descendencia propia.

Por otra parte, al estado moderno, cuya actitud no es ya pasivo como durante el auge de liberalismo, sino que interviene cada vez orientado y dirigiendo las relaciones particulares, a la vez que velando por el bienestar del pueblo, le interesa la institución porque contribuye a salvar una necesidad.

La Procuraduría General de la Nación es la institución que por mandato legal vela porque se cumpla fielmente con lo dispuesto por la ley, es el órgano fiscalizador de todo el trámite de la adopción en pro del menor.

Siendo el fundamento legal de lo dicho en el párrafo anterior, el artículo 40. de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, el que copiado literalmente dice: " Audiencia al Ministerio Público. En los casos que esta ley disponga, será obligatoria la audiencia al Ministerio Público, el que deberá evacuarla en el término de tres



días, antes de dictar cualquier resolución, bajo pena de nulidad de lo actuado.

El notario podrá recabar la opinión del Ministerio Público en los casos de duda o cuando lo estime necesario.

Cuando la opinión del Ministerio Público fuere adversa, el notario, previa notificación a los interesados, deberá enviar el expediente al tribunal correspondiente para su resolución."

Tal y como quedó expuesto en párrafos anteriores del presente tema, no es el Ministerio Público quien evacuará la audiencia a que se refiere el artículo en mención sino la Procuraduría General de la Nación, según el Decreto número 25-97 artículo 10. del Congreso de la República.

III.2.4. APROBADA JUDICIAL O NOTARIALMENTE

Nuestro ordenamiento jurídico permite que la institución de la adopción se tramite opcionalmente en dos formas:

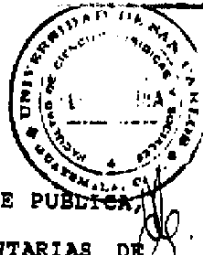
a) JUDICIALMENTE

La adopción es judicial cuando el trámite se hace ante Juez de Familia, al respecto es importante señalar que este trámite no se encuentra debidamente ubicado en el Código Civil, su desarrollo debería de estar dentro del Código Procesal Civil y Mercantil.

Además cabe mencionar que la responsabilidad del Juez de Familia es muy grande porque debe velar para que los menores queden debidamente protegidos.

b) EXTRAJUDICIAL O NOTARIALMENTE

En cuanto a ésta, es importante hacer ver la innovación del Derecho Notarial Guatemalteco, ya que los Notarios como valiosos



auxiliares de los tribunales, y haciendo uso de su FE PUBLICA pueden tramitar ante sus oficios DILIGENCIAS VOLUNTARIAS DE ADOPCION, esta facultad se las ha conferido el Decreto 54-77 del Congreso de la República, Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, emitida con ocasión del Congreso Mundial del Notariado, celebrado en Guatemala, en el mes de noviembre de 1977. El delegar en el Notario una de las actividades de los tribunales, les ha presentado un descargo de trabajo, pero es imperativo hacer conciencia en algunos Notarios para que su función sea cristalina, sana y que cumpla a cabalidad con su función, que la misma sea en pro de esa niñez desposeída de una familia que les de protección.

III.3.PERSONAS FACULTADAS PARA CONSENTIR LA ADOPCION

III.3.1. LA MADRE Y EL PADRE BIOLOGICO

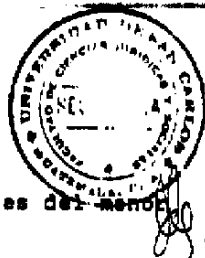
MADRE: "Hembra que ha parido".¹⁹ En relación con el hijo, constituye el primer grado de parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendente. Se califica de adoptiva a la que adopta como hijo a quien no ha dado a luz para satisfacer un anhelo maternal o superar la situación aflictiva del adoptado.

PADRE: "Varon o macho que ha engendrado".²⁰ Y que se encuentra en el primer grado civil de parentesco de la línea recta masculina ascendente.

Nuestro ordenamiento civil regula en sus artículos 243 y 244

¹⁹ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, página 611.

²⁰ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, página 710.



lo referente al consentimiento brindado por los padres del menor o el que ejerza la tutela.

En conclusión puedo decir que deben consentir la adopción: El o los que ejerzan la patria potestad. Sobre esto se debe tomar en cuenta que la institución de la patria potestad perdura mientras viva quien pueda ejercerla, que son los padres. En estos casos el Juez no tiene facultades decisorias, pues si los que ejercen la patria potestad se oponen o no otorgan su consentimiento, la adopción no se podrá realizar.

III.3.2. EL TUTOR

OSSORIO nos dice que la TUTELA: "Es una institución para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de aquellas personas incapacitadas para gobernarse por si mismas".²¹

PUIG PENA nos dice que TUTELA: "Es la institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal estan imposibilitados de gobernarse asi mismos".²²

El Diccionario de la Lengua Española nos dice que TUTELA es la: "Autoridad que en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquella que por minoria de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil".²³

²¹ Ossorio, Manuel, Ob. Cit., página 766.

²² Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, página 604.

²³ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, página 972.



Y que TUTOR es: "Quien ejerce la tutela; el encargado de administrar los bienes de los incapaces y, además, velar por las personas de los menores no emancipados ni sujetos a la patria potestad, y de ciertos incapacitados".²⁴

El tutor del que se va a adoptar, se requiere su consentimiento cuando no hay quien ejerza la patria potestad, o también en el caso de mayores de edad incapaces.

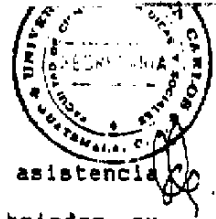
III.3.3. TUTORES LEGALES (DIRECTORES DE ESTABLECIMIENTOS DE ASISTENCIA SOCIAL)

De conformidad con el artículo 308 del Código Civil, los directores o superiores de los establecimientos de asistencia social, que acojan menores o incapaces, son tutores y representantes legales de los mismos, desde el momento de su ingreso y su cargo no necesita discernimiento. Este precepto legal es claro y por ende la responsabilidad moral y legal de dichas personas es muy importante, ya que para dar el consentimiento en el caso de la adopción deben ser cuidadosos en pro del menor que pasará a otro lugar (hogar), además estas personas deben ser especializadas en derecho de menores, derecho de familia, y tener la cabalidad moral y humana del caso.

También para el caso de abandonados o expositos y para el caso de hijos de padres desconocidos, se requerirá el consentimiento de la persona que hubiere acogido al que pretende ser adoptado.

Así pues, son estas personas: el padre o la madre biológica,

²⁴ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, página 318.



el tutor o el director de un establecimiento de asistencia social, las que nuestra ley faculta para poder brindar su consentimiento en la adopción, ya que ellos son los responsables de la persona y del patrimonio, en su caso, del menor que está en su poder, y por lo tanto se les considera capacitados para determinar cuál puede ser el beneficio para el menor que va o es objeto de adopción. No debemos olvidar el papel importante que juega la Procuraduría General de la Nación, como representante de la Nación y protectora del menor de edad, ya que ella debe prestar un dictamen favorable para que la adopción sea llevada a cabo, dictamen que es vinculante tanto para el Juez como para el Notario según sea tramitado judicial o extrajudicialmente.

III.4. EL CASO DEL CONSENTIMIENTO BRINDADO ILEGALMENTE POR UNA PERSONA QUE NO REUNE LAS CUALIDADES DE LA LEY.

Deben considerarse que la adopción nunca ha existido cuando los padres, abuelos o tutores del menor no otorgan su consentimiento; con la idea de que la adopción practicada sin dicho consentimiento cae bajo la nulidad absoluta.

Como todo acto jurídico, también pueden presentarse la nulidad, bien sea absoluta o relativa, y la inexistencia por falta de solemnidades.

La inexistencia se origina por la ausencia de las solemnidades requeridas necesariamente para que el acto jurídico pueda existir. Ya exprese que este acto jurídico requiere de ciertas solemnidades, además de los elementos formales que por ley se requiere para su creación. En los términos de la doctrina, al faltar uno de esos elementos se produce la inexistencia del



acto jurídico de la adopción.

Se trata de una institución de orden público, sujeta a solemnidades para asegurar su importancia porque todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquella la base de la integración de la sociedad. Dentro de la nulidades encontramos algunas que son absolutas, como podemos calificar las siguientes: la adopción por alguien que estuviere impedido por la ley, es decir, que no estuviere el pleno ejercicio de sus derechos; el no tener la edad requerida (dieciocho años), por no ser menor de edad el adoptado o en su caso no haber existido la adopción de hecho durante la minoría de edad del mayor de edad que va a ser adoptado con su expreso consentimiento, previsto esto por el artículo 228 del Código Civil guatemalteco, a fin de que se considere perdida la patria potestad de los padres consanguíneos; la actuación ante el Juez incompetente; algún vicio en el procedimiento.

Habrà nulidad relativa cuando haya incapacidad relativa del o los padres o cuando exista vicios del consentimiento, como puede ser el error, el dolo, la simulación o la violencia. El vicio del consentimiento se le puede presentar al adoptante, y también a quienes deben otorgar el consentimiento. Hay que tomar en cuenta que si el menor es mayor de doce años debe ser oído para obtener su opinión y darle la información y orientación necesarias, ello según el artículo 26 de la ley de adopción.

Hay que impedir, por una parte, que cónyuges sin descendencia, que no quieren o no pueden adoptar, logren atribuirse falsamente un hijo que no es el suyo; las reglas que



rigen el establecimiento de la filiación son de orden público. Por otra parte, no se quiere que un hijo pueda demostrar falsamente, con ayuda de procedimientos de prueba demasiado fáciles, que pertenece a una familia a la que es ajeno.

Así mismo es necesario hacer mención a que las personas que presten u obtengan el consentimiento para la adopción mediante vicios en la declaración de voluntad, o que hayan inducido a error a las personas que por la ley intervengan en cualquier fase de la adopción, deberán ser sancionadas de conformidad con la ley, es decir conforme normas del Código Penal, por los hechos de falsedad en que pudieron incurrir.

CAPITULO IV

REGULACION DE LA MATERNIDAD EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA

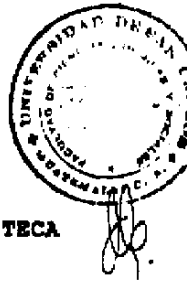
IV.1. ANALISIS CRITICO EN NUESTRA SOCIEDAD

La historia nos demuestra que durante cientos de años la mujer ha estado relegada a un segundo plano y sin que tenga derecho a la cultura, y en el caso de Guatemala, el 60% de la población es de sexo femenino, y son quienes generalmente se dedican a trabajar para su sostenimiento propio, como de sus hijos y del núcleo familiar al cual pertenecen.

La cultura es clasista en Guatemala, puesto que la mayor parte de nuestra población es analfabeta y consecuentemente la mujer no tiene acceso a la educación muchas veces primaria y a la vez ni secundaria, mucho menos a la universitaria. En los cargos de dirección administrativa, históricamente solo hemos visto personas de sexo masculino, hasta en los últimos veinte años en Guatemala, que hemos visto que la mujer llega a ser respetada en sus principios de igualdad y ha llegado a ocupar cargos importantes tanto en el Congreso de la República de Guatemala, como en el Organismo Ejecutivo y en el Organismo Judicial.

La mujer guatemalteca en el aspecto cultural, constantemente se vé frenada y la cultura del momento integrada por el conjunto de principios, valores y conocimientos con que cuenta Guatemala, es lo que la motiva a sentirse rechazada en la sociedad.

En Guatemala, existe desempleo, grandes masas de la población no tienen acceso al trabajo, lo que repercute negativamente en los hogares de las familias guatemaltecas, porque es materialmente imposible el alimentar a un futuro ser,





ya que es insuficiente la infima economía familiar.

En estas líneas queremos dejar clara constancia de que la mujer guatemalteca lucha constantemente contra la naturaleza misma, contra la sociedad de la cual es parte, sociedad que la rechaza en grandes porcentajes al negarle desde su niñez el acceso a la educación y a la cultura, y posteriormente el acceso al trabajo, como de tener una familia integrada, esto debido a las mismas estadísticas que nos indican que nuestra población en un sesenta por ciento de los casos esta compuesta por mujeres.

No se ha tomado en cuenta la voluntad de la mujer para legislar en relación a la Impugnación de la Maternidad, pues si analizamos la mayoría de diputados que integran el Congreso y que son los encargados de emitir normas jurídicas al respecto son hombres.

La Impugnación de la Maternidad consecuentemente debería aparecer regulada en nuestra legislación, con derechos subjetivos que valen por el desarrollo integral de la mujer y de su familia.

Asimismo debe considerarse a la mujer, un ser humano que puede hacer ejercer por si misma sus derechos y cumplir sus obligaciones, entre sus derechos ante un Organó Jurisdiccional y que no está regulado encontramos la Impugnación de Maternidad, y con ella sus presunciones y signos contrarios, siendo en la actualidad un tema que poco a poco ha ido tomando importancia por casos de anomalías en adopciones, se ha convertido de esa manera en una gran laguna que los legisladores deberían ir subsanando para ir así de la mano con las necesidades de la sociedad guatemalteca.



IV.2. INEXISTENCIA DE REGULACION LEGAL SOBRE LA MATERNIDAD EN GUATEMALA

Sobre este aspecto considero de carácter urgente que se regule dentro de las normas civiles la Impugnación de Maternidad ya que en las normas vigentes del código civil, se regula únicamente la Impugnación de Paternidad, y siendo que en la vida real suelen suceder muchos casos en que no existe la voluntad de la madre biológica para que se de el reconocimiento de su hijo por otra mujer o en su caso la aprobación para que el infante sea adoptado por terceras personas, ya sea porque se ha sustraído el infante de su poder antes de dicho reconocimiento o bien porque se ha sustraído después del reconocimiento realizado por su progenitora en el respectivo Registro Civil, o por forzar a la madre biológica en dar su consentimiento para la adopción.

Por razones de vital importancia, es necesario regular la Impugnación de Maternidad para evitar la suplantación de la maternidad en el hijo, permitiéndome por lo anteriormente expuesto señalar la forma en que se puede presumir una maternidad, su prueba en contrario, la que se desprende de las mismas presunciones y su impugnación.

Logrando con ello cimentar bases para que en determinado momento puedan ser incorporados o reformados los artículos que sean necesarios para contemplar ésta institución en nuestra legislación Civil vigente.

IV.2.1. SOBRE SUS PRESUNCIONES

Como concluimos, en el Capítulo I página seis (6) del presente trabajo investigativo, la presunción es aquel medio por



el cual el Juez llega a un convencimiento sobre ciertos hechos, en base a un razonamiento realizado sobre hechos conocidos. Se

Entonces podemos decir, que para presumir la maternidad se nos hace necesario partir de un hecho conocido como lo es el parto (nacimiento), tal y como lo establece el artículo 210 del Código Civil, para llegar a un razonamiento conclutivo como lo sería la identidad entre el ser que se dió a luz y el que se pretende que sea, precepto que debería ser motivo de reforma a nuestro Código Civil, para dar una solución legal a la madre biológica de poder impugnar la presunta maternidad de alguna mujer que se señale como madre de un infante que está en su poder por cualquier motivo.

Otro hecho conocido es el acta de nacimiento, de la cual se presume la maternidad de la mujer que ha reconocido al infante o bien en cuyo poder se encuentra el mismo sin asiento alguno, del cual se desprende un razonamiento conclutivo como lo sería al identificar al hijo reclamado con el nacido en el parto, hecho éste que en igual forma a la señalada en el párrafo anterior debería ser motivo de reforma a nuestro Código Civil, dejando la posibilidad legal que existe de poder impugnar de falsedad o nulidad el acta de nacimiento.

Enfocamos estas presunciones de la maternidad basándonos en la realidad social guatemalteca, y en la necesidad de que nuestras leyes vayan tomadas de la mano con la misma, para ir respondiendo a las necesidades de cada sociedad considerada en sí misma.

IV.2.2 SIGNOS CONTRARIOS



En cuanto a signo CABANELLAS, nos dice que es el: "Indicio o prueba natural de una cosa, como el embarazo lo es de la procreación, y el humo lo es del fuego".²³

Entonces los signos contrarios son las pruebas en contra de alguna suposición legal, cualquiera que ésta sea.

Por lo que, contra la presunción de maternidad mencionada en el inciso anterior, consideramos que debería existir también la reforma en el Código Civil en lo referente a poder probar en contra de la presunta maternidad, basada en el hecho de que el nacimiento es un hecho que establece la maternidad (artículo 210 del Código Civil), pero contra la identidad del producto de ese alumbramiento, hecho no regulado, debería poder probarse en contrario por los medios de prueba regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, y muy especialmente por el medio científico de prueba del ADN o DNA.

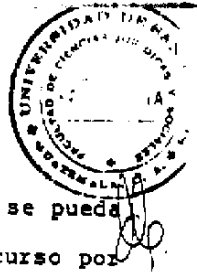
IV.2.3. SOBRE SU IMPUGNACION

Referente a la Impugnación, OSSORIO, y CABANELLAS nos dicen que es la: "Objeción, refutación, contradicción. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria; cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales, como a las resoluciones judiciales que sean firmes y contra las cuales cabe algún recurso".²⁴

Es en sí, un medio por el cual las partes pueden refutar algún acto o escrito así como la o las resoluciones judiciales

²³ Cabanellas, Guillermo, Ob. Cit., página 552.

²⁴ Ossorio, Manuel y Cabanellas, Guillermo, Ob. Cit., páginas 366 y 349.



que sean contrarias a sus intereses y contra las cuales se pueda discutir o bien se pueda a su vez interponer algún recurso por cualquier motivo que fuere.

Por lo que decimos que para poder impugnar la maternidad debemos tomar en consideración la prueba de la maternidad, la cual se realiza: A) Por el hecho del nacimiento; B) Por el acta de nacimiento; y C) Por la posesión de estado, cuestión esta última que no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico civil la cual debería ser motivo de alguna reforma al mismo.

A.- El hecho del nacimiento constituye el medio por el cual la madre puede establecer su maternidad (artículo 210 del Código Civil), hecho que nos sirve como punto de partida en lo que al convencimiento del parto se refiere, pero para demostrar legalmente una maternidad no solamente éste hecho es importante y es por ello que trataremos los dos incisos siguientes.

B.- El acta de nacimiento constituye el medio normal de prueba de la maternidad legítima. Sin embargo, no es susceptible de probar más que el parto. Pero la prueba de la identidad resulta sumamente fácil, porque se hace por todos los medios de prueba, tomando una específica importancia la del ADN.

C.- La posesión de estado, es la situación de hecho de hijo legítimo. Para ser admitida como prueba, ha de constar; es decir, ha de ser cierta. Por otra parte, puesto que se trata de probar una filiación legítima y por ser indivisible tal filiación, debería existir tanto frente al padre como a la madre, debiendo realizarse la reforma pertinente sobre el Código Civil.

La posesión de estado no representa sino un papel



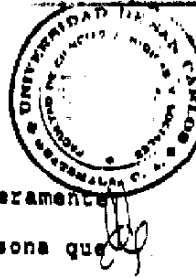
subsidiario como prueba extrajudicial de la filiación legítima; si existe un acta de nacimiento, no podría contradecirlo (quien quisiera contradecirlo debería intentar una acción judicial); por tanto, no prueba el parto sino a falta de acta de nacimiento.

Cabría suponer que la partida de nacimiento prueba la filiación por completo; o sea, a la vez el parto y la identidad. Pero basta con reflexionar unos instantes para advertir que no hay nada de eso.

La inscripción de nacimiento es, sin discusión, una prueba del parto. Pero, puede constituir una prueba de la identidad la inscripción de nacimiento? Claramente, no. En efecto, nada demuestra que la persona que presenta un acta de nacimiento es desde luego aquella cuyo nacimiento ha sido registrado por esa acta; resulta fácil procurarse la partida de nacimiento de otro.

En el caso de la ausencia, pérdida o destrucción de los registros del estado civil, el hijo, puede encontrarse en la imposibilidad de presentar su acta de nacimiento (artículos 371 y 389 del Código Civil). En ese caso, la prueba del parto podrá hacerse por todos los medios. Pero hay entonces una doble prueba a cargo del hijo; en primer término, la de la falta, pérdida o destrucción de los registros; a continuación, la del parto.

Debería contemplarse a la posesión de estado como una de las manifestaciones de la apariencia en la esfera jurídica, aunque no es así debido a la falta de regulación que existe en nuestro Código Civil. Si un hijo lleva el apellido del marido de su presunta madre, si es tratado por sus presuntos padres como su hijo común, si está considerado como tal por la familia, los



allegados, los vecinos, es muy verosímil que sea verdaderamente ese hijo. Se presume, porque suele ser así, que la persona que posea un estado civil es el titular verdadero del mismo.

La partida de nacimiento no es susceptible de probar más que el parto. La posesión de estado, por el contrario, pueda establecer el parto y la identidad.

La posesión de estado tomaría, de estar regulada, un papel subsidiario en relación con la partida de nacimiento; pues a falta de ese título basta con la posesión constante del estado de hijo legítimo.

Para comprender el sentido de esa subordinación hay que distinguir la prueba del parto y la prueba de la identidad.

Prueba del parto: La inscripción de nacimiento y la posesión de estado constituyen, una y otra. Si concuerdan -y es el caso normal-, todo es sencillo. Pero, qué resolver si se contradicen, por establecer el acta de nacimiento una filiación diferente de la que resulta de la posesión de estado? En este caso, es la partida de nacimiento la que prevalece -hasta no ser redarquida de nulidad o falsedad-; la posesión de estado no puede ser invocada más que a falta de ese título, subsidiariamente. La inscripción de nacimiento constituye, en efecto, la prueba normal del parto en la familia legítima.

Pero, cuando no haya partida de nacimiento, la posesión de estado hace prueba del parto y de la identidad; cuando haya partida de nacimiento, no puede probar, fuera de un juicio, sino la identidad.

CAPITULO V

NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA IMPUGNACION DE LA
MATERNIDAD EN LA SOCIEDAD GUATEMALTECA, DEBIDO A
ANOMALIAS DETECTADAS EN ALGUNOS CASOS DE ADOPCION.

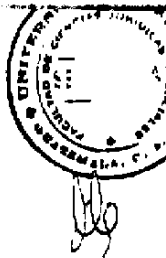
V.1. SIN HABER SIDO INSCRITO DE PARTE DE SU MADRE BIOLOGICA

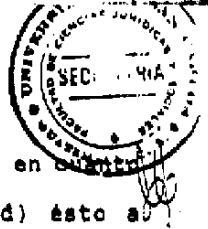
Por la poca cultura, educación e información que existe en nuestro país acerca de las leyes que nos rigen, la población guatemalteca y sobre todo la mujer (en su mayoría analfabeta), se ve relegada a realizar muchos actos de su vida -inscripción de un recién nacido, por ejemplo- en forma usual, sin tener la menor idea de cuáles son sus derechos y obligaciones en este acto tan importante para la vida familiar y social.

Debido a ello se han dado casos en que por ese desconocimiento en que la madre vive, no realiza en tiempo dicha inscripción, e imaginándose que nada malo podría suceder deja al infante en ese estado -llamémosle ilegal-, aconteciendo un acto de parte de otras personas que hoy en día muy a menudo ha sucedido, que el infante es sustraído del poder materno para ser reconocido por otra mujer que no es la verdadera madre biológica.

Se da así un fenómeno social que no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico civil, y que a la vez deja desprotegida a la madre biológica de un menor, recién nacido.

Dentro del poco campo legal que le quedaría a la madre biológica para demostrar su maternidad sobre un infante estando en poder de otra madre supuesta está: el demostrar el hecho del parto (regulado en el artículo 210 del Código Civil); la identidad del hijo reclamado con el nacido en el parto (no





regulado actualmente y dejándolo con ello una gran laguna en la ley (o la figura no regulada de impugnación de maternidad) esto a través de la prueba ADN o DNA ya que la prueba documental que es el acta de inscripción no entraría por no haberlo realizado la madre biológica por cualquier circunstancia.

Por supuesto que podrían señalarse un sin fin de artículos que tratarían de defender a la supuesta madre por la falta de regulación de la figura jurídica señalada. Afortunadamente nuestro ordenamiento Procesal Civil regula una serie de medios de prueba en su artículo 128 dentro de los cuáles cabría la expuesta (prueba ADN) ya que no hay otra forma de demostrar la maternidad.

V.2. CUANDO YA HA SIDO INSCRITO DE PARTE DE LA MADRE BIOLÓGICA

Este es el caso contrario al comentado en el inciso anterior, aquí la madre biológica consciente de su obligación materna para con su hijo acude al Registro Civil respectivo e inscribe a su menor hijo, para que ello sea legal, debe haber identidad entre el menor que se reconoce y el que nació del parto que tuvo la mujer (aspecto este que será tratado más adelante en este capítulo), lográndose ello con los documentos pertinentes para el caso, luego existe el consentimiento expreso y voluntario que debería estar regulado como un acto del mismo reconocimiento, aunque no lo esté, ello brindaría mayor seguridad jurídica a tal acto.

La comparecencia materna como paterna debería ser necesaria para el consentimiento de que hablamos, y con ello lograr la identificación de ambas parte por los medios legales, y si no fuere posible dicho comparecimiento, entonces hay medios legales



para que la progenitora pueda expresar su aprobación para el acto.

Ello en cuanto a reglamentación adecuada para que el asiento de un menor no vaya a ser alterado o no sea realizado por mujer que no sea la madre biológica.

No existe impedimento legal alguno para que la mujer pueda reconocer a su hijo. No requiere licencia del varón. La igual capacidad jurídica de los sexos está reconocida constitucionalmente y por el artículo 80. del Código Civil. Esto se confirma en el capítulo del reconocimiento, que permite el reconocimiento sucesivo o simultáneo. Es decir, la madre puede reconocer independientemente de que el varón se niegue.

Sin embargo, conviene tomar en consideración que el artículo 210 del Código Civil nos dice que: "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,.....". Inmediatamente surge la pregunta: Para qué el reconocimiento si la filiación resulta del solo hecho del nacimiento? Esta disposición no aparecía en los códigos anteriores.

En primer término, debemos aceptar que aun cuando tiene la obligación moral de que su nombre figure en el acta de nacimiento, puede omitirlo y no existe sanción alguna, por lo cual, presentándose ese supuesto, para establecer la filiación jurídica se requiere el acto jurídico familiar del reconocimiento.

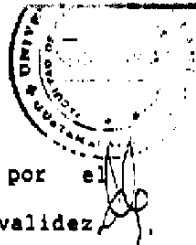
Por otro lado, el acto voluntario del reconocimiento

materno, confirma el nexo biológico determinado por el nacimiento, al cual la ley parece darle la suficiente validez pues permite, en los artículos siguientes, que la madre pueda reconocer al hijo habido fuera de matrimonio (214 y 215 del Código Civil). Es decir, no obstante la afirmación de que en relación a la madre la filiación resulta del solo hecho del nacimiento, existe la posibilidad jurídica del reconocimiento.

V.3. IDENTIDAD ENTRE MADRE BIOLÓGICA Y PRESUNTA MADRE EN RELACION AL INFANTE, OBJETO DE DISPUTA

Ahora bien hablando en cuanto a la identidad entre madre biológica y presunta madre de un infante, es claro que los pasos anteriormente mencionados deben ser fundamentales en la acción innominada por la ley -llamémosle impugnación de maternidad- la cual puede ser utilizada por la madre biológica en contra de la presunta madre que posee a un menor de edad. Siendo éstos pasos: el hecho del nacimiento (artículo 210 del Código Civil), la identidad del hijo (hecho que debería ser objeto de reforma al Código Civil), el acta de nacimiento y la posesión de estado de hijo (como algo subsidiario al acta de nacimiento, tal y como quedó explicado en el Capítulo IV inciso IV.2.3).

Más sin embargo es aquí donde entran en juego las pruebas de medios científicos, señaladas en el inciso 7o. del artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil, de entre ellas podemos señalar la más importante la que realmente sirve de base para lograr identificar a un menor con su madre biológica, siendo la plena prueba la del ADN, de la cual se dará una amplia explicación en el último inciso del presente capítulo.





Desde luego no podrá ser utilizado un medio de prueba: el acta de nacimiento.

Si esta acta prueba el parto, no tiene ninguna eficacia para probar la identidad; porque cualquiera puede procurarse un acta de nacimiento que no sea la suya.

V.4. COMO SE ESTABLECE LA MATERNIDAD

Hablemos ahora del reconocimiento de la maternidad. Notemos ante todo que ésta no ha dado lugar a la diversidad de criterios y discusiones que en derredor de la investigación de la paternidad surgieron, porque en ella no se trata ya de penetrar los misterios de la naturaleza, pues el PARTO y la IDENTIDAD DEL HIJO son dos hechos positivos, que pueden ser demostrados, y además encuentran su prueba evidente en las leyes naturales y en la sociales. Sin embargo, aún aceptado este principio en la investigación de la maternidad, deben admitirse restricciones. Ha de tomarse las precauciones contra la clase de pruebas que puedan ser admitidas, y así también debe protegerse al hijo que pretende gozar de los derechos que le concede la naturaleza, debe igualmente garantizar a la madre de las investigaciones que puedan herir su reputación.

V.4.1. POR EL HECHO DEL PARTO

Para establecer la filiación se debe permitir la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad.

Ahora bien, para llevarla a cabo en lo que concierne a la maternidad, es necesario probar los dos elementos ya mencionados: 1. el hecho del parto, y 2. la identidad entre el ser que dio a luz y el que pretende serlo (no regulado en nuestro Código

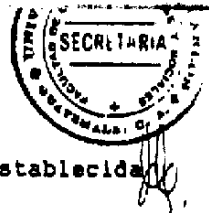
Civil). Para esta comprobación puede usarse cualquier medio probatorio, aunque lo normal es que en el acta de nacimiento se asiente el reconocimiento materno.

Por lo tanto, se es hijo de la madre si se prueba el parto, y si la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel alumbramiento.

Como un tercer elemento se puede incorporar la posesión de estado de hijo, regulada en el artículo 223 del Código Civil, pero únicamente referente al padre, en cuanto a la madre no menciona absolutamente nada, más sin embargo creemos que por las razones expuestas en el presente trabajo investigativo debería reformarse el Código Civil en lo referente a dicha figura.

Entonces podemos concluir que la filiación de una persona se compone de elementos múltiples. El primero por establecer es el parto de la pretendida madre: tal mujer ha tenido un hijo en tal época; por tanto, esto supone conocido a la vez el hecho del parto y su fecha. En segundo lugar, es preciso establecer la identidad del hijo. La persona que actualmente reclama la filiación es realmente el hijo que esa mujer dio a luz? Esta identidad supone necesariamente que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante y, además, que no hubo sustitución de un infante por otro, inmiscuido aquí el tercer elemento, la posesión de estado de hijo, ello para el caso de un infante que no ha sido reconocido en el Registro Civil respectivo.

Cuando se confiesen o pruben estos dos o dependiendo del móvil estos tres puntos, la maternidad, es decir, la filiación



con respecto a la madre, está establecida. Una vez establecida la filiación materna puede pasarse a la paterna.

V.4.2. POR SU INSCRIPCION RESPECTIVA

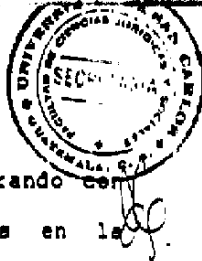
Toda acción de contradicción o de desconocimiento requiere la existencia de un titulo que pruebe la situación del hijo, es decir, que cuente con un acta de nacimiento que pruebe su filiación materna y paterna. En relación a la impugnación de la maternidad también se requiere el acta de nacimiento que acredita una situación contra la que se litiga.

Cuando el hijo no tenga acta de nacimiento y quiera probar su vinculación con un hombre o una mujer determinados, tendrá que actuar mediante la reclamación de estado de hijo de matrimonio, en cuyo caso el padre o la madre serán una parte en el juicio y podrán negar o contradecir.

A semejanza de lo dicho anteriormente si se contradice la identidad del hijo también es posible ejercer la acción contradictoria de maternidad. Puede ser que el parto hubiere sido cierto, pero hubiere sustitución del nacido en forma involuntaria o intencional buscando el engaño a uno o a los dos padres.

Al referirme a esta forma de establecer la maternidad lo hago basada en la urgente necesidad que se tiene de confiar en los asientos realizados en los Registros Civiles de la República, por lo que hago énfasis en las siguientes disposiciones.

- 1.) Que los registradores civiles o los encargados del registro civil en su caso no permitan en ningún momento efectuar el reconocimiento de hijos sin la comparecencia personal de la



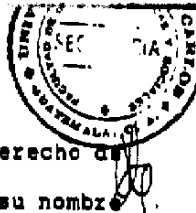
madre, acompañada de su identificación personal, logrando con ello coincidir así con los datos ya establecidos en la inscripción o boleta de nacimiento.

2.) Si en el acto de reconocimiento de un hijo fuera de matrimonio no puede comparecer personalmente la madre del reconocido como el caso muy a menudo de las madres recluidas en los centros de detención existentes en el país, exigir esa comparecencia a través de un documento privado debidamente legalizado como prueba escrita de la manifestación de voluntad y consentimiento.

3.) Requerir además del documento personal de identificación de los progenitores, y si se comprobare que estos fuesen extranjeros, exigirles la documentación legal y vigente para estar en nuestro país, y

4.) Dado el caso de los progenitores extranjeros y que estén ilegalmente en nuestro país, exigir un medio especial como el caso de una carta de nacionalidad con fotografía de ellos extendida por el consulado de su país de origen, logrando con ello la identificación personal de los mismos en el reconocimiento de un hijo que aseguran es suyo.

El señalamiento de las disposiciones anteriormente dadas son una reforma que debería existir en nuestro ordenamiento jurídico civil, ya que ello ayudaría a que el reconocimiento de hijos fuera más verídico y consecuentemente tratar de erradicar de alguna forma los reconocimientos de hijos de parte de mujer o varón que deseen hacerse pasar por los verdaderos padres biológicos.



Podemos concluir diciendo, que la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo, hablando por supuesto moralmente.

V.4.3. POR USO DE MEDIOS DE PRUEBA

Nuestra ley procesal civil guatemalteca no contiene ninguna restricción en cuanto a la utilización de los medios probatorios, y lo mismo sucedería al momento de querer establecer la maternidad, pues la mujer podría utilizar para establecer ésta ante los tribunales competentes todos los medios de prueba que no sean prohibidos por la ley o notoriamente dilatorios.

El Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto ley 107) en el artículo 128 señala en forma general todos aquellos medios de prueba a los que al litigante puede acudir, siendo ellos:

- 1o. Declaración de las partes;
- 2o. Declaración de testigos;
- 3o. Dictámen de expertos;
- 4o. Reconocimiento judicial;
- 5o. Documentos;
- 6o. Medios científicos de prueba; y
- 7o. Presunciones.

Debemos de hacer notar, que en vista de que la filiación materna es un hecho que presentaría distintos problemas para producir en el juzgador una convicción plena, no siempre debe acudirse a cualquier medio de prueba de los enumerados anteriormente, ya que en cada caso en particular necesita del medio más adecuado, de tal manera que va a ser el caso concreto siempre y cuando sea de los que proceda una declaración judicial de maternidad, el que va a determinar cuál es ó cuales son los medios pertinentes de prueba para establecer la filiación.



a) **DECLARACION DE LAS PARTES**

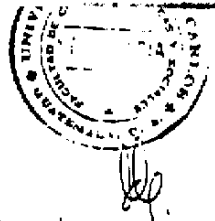
Esta constituye uno de los medios de prueba que por lo general siempre se ofrece, así sea cualquiera el caso en que se funde la demanda para lograr una declaración judicial, en éste caso de la maternidad. Es pues, uno de los medios probatorios de mayor uso en los juicios de cualquier clase de que se trate, y la razón de ásto considero que es debido a que su eficacia deriva de la propia ley, o sea que desde que una de las partes confiesa sobre los hechos, la ley obliga al juez a tenerlos por ciertos, de ahí que la parte interesada en ésta clase de juicios trata de lograr a su favor la confesión de su contraparte.

Es una prueba suficiente por sí sola para tener por acreditados los hechos, sin requerir otros elementos de juicio.

Este medio probatorio puede utilizarse para constatar cualquiera de los casos en que pueda ser declarada judicialmente una maternidad.

b) **DECLARACION DE TESTIGOS**

La prueba testimonial se utiliza también con mucha frecuencia, pues sabido es que constituye uno de los medios de prueba de mayor uso en cualquier tipo de procesos - a excepción del ejecutivo-; en la clase de juicio que nos ocupa, tanto ésta como otros medios probatorios no constituyen un medio de prueba que demuestre directamente el hecho de la relación materno-filial, aunque también es frecuente que éste medio probatorio se utilice para reforzar algún otro medio de prueba, cuando por sí mismo no produzca una convicción plena en el juzgador así por ejemplo, bien podría reforzar la prueba documental, la de



reconocimiento judicial y la de declaración de parte.

La prueba de testigos en materia de filiación materna, cobraría importancia sobre todo en aquellos juicios en los cuales se pretende obtener una declaración judicial de maternidad, fundada en la posesión notoria de estado de hijo con respecto de la presunta madre (al momento de estar regulada dicha figura).

También decimos que el alumbramiento es un hecho jurídico, y como tal debería ser probado por cualquier medio, aún por simples testimonios o por presunciones humanas.

c) DICTAMEN DE EXPERTOS

El peritaje se fundamenta en la necesidad que tiene el juez de conocer determinadas personas, hechos u objetos cuya apreciación se logra mediante conocimientos especializados de arte, ciencia u oficio que él no posee.

Un ejemplo de esta prueba, en ésta clase de juicios sería cuando las partes o bien el juez no puedan determinar la identidad del hijo, entonces tendrá que valerse necesariamente de peritos, para que sean éstos los que les atribuyan la misma, comprendiendo esta prueba mas que todo lo que se refiere al ADN o DNA. Otra prueba pericial lo constituye el análisis de la sangre entre el hijo y la presunta madre reclama una declaración judicial de maternidad.

Sobre la prueba hematológica diremos, que a pesar de los grandes progresos científicos, las conclusiones de la ciencia son todavía muy inciertas, ya que la confrontación de los grupos sanguíneos no pueden servir para demostrar la maternidad de un hijo y que se le ha negado a ésta a darle su nombre o bien a



tenerlo en su poder; pues si bien, con ésta clase de prueba se demuestra que el hijo pertenece al mismo grupo sanguíneo que su presunta madre, la misma ciencia ha establecido que muchas personas pertenecen a un mismo grupo sin que estén unidos por vínculos de sangre; de ésta constatación, de que madre e hijo pertenecen a un mismo grupo, sólo puede sacarse un indicio, porque dado lo reducido de los grupos (cuatro), pueden pertenecer la progenitora y el hijo supuesto al mismo grupo, sin ser tal hijo. Pero la prueba hematológica, cuando se trate de negar la maternidad tiene un indiscutible valor en el caso de que el hijo y la madre pertenezcan a grupos sanguíneos diferentes, pues se ha demostrado que una persona que pertenece a determinado grupo no puede haber engendrado un hijo que pertenece a otro grupo sanguíneo distinto al que pertenece su madre.

En nuestro país la madre podría hacer uso de todos los medios de prueba que señala el Código Procesal Civil y Mercantil para demostrar en juicio su maternidad cuando no ha sido reconocido; por lo tanto puede disponer de la obtención de análisis hematológicos cuando así conviniera a la demostración de la maternidad.

d) RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Este medio probatorio consiste en el conocimiento directo que el juez tiene de ciertos hechos o circunstancias relevantes para los fines del proceso, pudiendo hacerse tal reconocimiento sobre personas, lugares y cosas que interesen al proceso.

En los juicios sobre impugnación de maternidad puede practicarse esta prueba para constatar la posesión notoria de



estado de hijo, cuando ésta exista figura jurídica de lo contrario no tendría razón de ser dicho medio probatorio.

e) DOCUMENTOS

A éste medio de prueba también se le denomina prueba instrumental, prueba literal y prueba preconstituida.

La prueba documental, constituye la prueba por excelencia en cualquier clase de juicio, de donde los documentos han sido considerados como un medio seguro de convicción y en los de impugnación de maternidad no se le podría restar importancia, pues en nuestro medio es una de las pruebas más eficaces para obtener una declaración judicial, constituyendo a la vez el medio de prueba de mayor uso por las partes en el proceso; es por esto que encontramos que la mayor parte de pruebas aportadas está integrada por documentos, así vemos certificaciones expedidas en el Registro Civil, que prueban el hecho del nacimiento o defunción de una persona; constancias de bautismos; recibos; fotografías y otros escritos de los cuáles el juez puede deducir una filiación materna.

La prueba documental, se aportaría en los juicios de impugnación de maternidad, y ésta cabe en todos los casos para declarar judicialmente la filiación materna.

Debemos tomar en cuenta que éstos medios documentales de prueba, pueden ser redarguidos de falsedad o nulidad, y con ello dejar tal medio probatorio sin efecto jurídico alguno. Ahora bien, si ello no sucede o si lo hace, la impugnación al documento es deshechada por el tribunal, indicamos entonces, que la prueba escrita en nuestro medio constituye uno de los mejores elementos



de convicción, pero eso no impide que la prueba de la maternidad pueda al menos reforzarse con otros medios que no sean estrictamente los documentales, ya que bien pueden proporcionarse otros medios probatorios que ayudarían lógicamente a conseguir un fallo favorable.

f) MEDIOS CIENTIFICOS

Estos medios de convicción se producen mediante fuentes que proporcionan las ciencias y las artes.

En nuestro país, los medios científicos son una prueba de uso muy relativo, en atención a que no hemos logrado un avance tecnológico que permita aportar dichas pruebas al proceso.

En materia de impugnación de maternidad, diremos que pueden recibirse dentro de esta clase de juicios, certificaciones sobre espermogramas, determinaciones fisonómicas y el ADN. Vale decir entonces, que los medios científicos son una prueba en nuestro medio, muchos litigantes la ofrecen, pero durante la dilación del proceso, ésta prueba no se practica, debido a nuestro atraso tecnológico o bien puede ser por razones económicas para las partes.

Sería ésta prueba de mucha importancia para los juicios de Impugnación de Maternidad, ya que ella lleva un porcentaje del 99.99% de seguridad en cuanto a qué mujer es la madre de un determinado infante.

g) PRESUNCIONES

"La presunción, es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos".²⁷

²⁷ Aguirre Godoy, Mario, Derecho Procesal Civil, página 66.

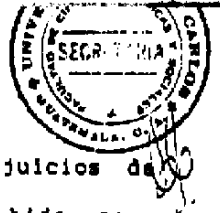
PRIETO CASTRO, indica "que la presunción en sentido técnico es el fruto del razonamiento lógico de una deducción; si tal razonamiento es realizado previamente por el legislador, se trata de una presunción legal; si es materia de trabajo del juez, de una presunción simple o judicial".²²

Las presunciones, son medios de prueba por las cuales el Juez llega al conocimiento de hechos desconocidos partiendo de hechos que están debidamente comprobados. El actual Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco no define esta clase de pruebas; la señala en el inciso 7o. de su artículo 128 y la regula en sus artículos 194 y 195 con las denominaciones "Presunciones Legales" y "Presunciones Humanas".

Las presunciones serían un medio de prueba de gran importancia en los juicios de impugnación de maternidad, pues como dejamos indicado anteriormente, la filiación difícilmente puede constatarse a través de medios directos, puesto que proviene de actos íntimos, debiéndose probar en esta clase de juicios otros hechos que constituyan presunciones para declarar judicialmente la filiación materna.

En cuanto a las presunciones legales no se da ningún problema en su aplicación, ya que la ley indica al Juez cuando deben tenerse por ciertos tales hechos. Un ejemplo de esta presunción está contenida en el artículo 199 del Código Civil. Las que ofrecen dificultades en su aplicación son las presunciones humanas, pues se necesita tener un criterio muy especializado para apreciarlas con acierto. Pueden tomarse en

²² Aguirre Godoy, Mario, Ob. Cit., página 747.



cuenta como presunciones de esta clase en los juicios de filiación, la familiaridad de trato con el presunto hijo, cosa que se daría si existiese el estado de posesión de hijo, circunstancia ésta que no está regulada en el Código Civil.

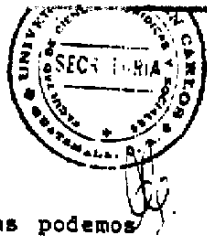
V.5. INEXISTENCIA DE PROCEDIMIENTO ADECUADO PARA LA IMPUGNACION DE MATERNIDAD

V.5.1. EL CASO DE NUESTRA LEGISLACION

Aun cuando en nuestra legislación no está contemplada esta figura jurídica es parte del trabajo investigativo hacer referencia al aspecto procesal que actualmente posee, el cual es el de ser una laguna jurídica, por lo que es conveniente hacer una breve referencia a las acciones del estado civil.

En nuestra legislación encontramos una triple clasificación, unas acciones tienden a la impugnación, otras a la reclamación del estado civil, y dentro de un tercer grupo están las que tienen por objeto la rectificación de las actas del estado civil.

El estado familiar (parte del estado civil de una persona) es la situación que guarda cada individuo dentro de la familia, que genera uno de los vínculos jurídicos que se encuentra en las relaciones familiares, que califica a la persona y le otorga una categoría dentro de la familia, de donde se derivan deberes, derechos y obligaciones. Puede reclamarse precisamente esa posición en la familia a que se tiene derecho o, por lo contrario, ejercitar la acción de privar de ella a quien la usurpa. En el primer caso la sentencia del Juez tendrá por objeto dar a una persona el lugar que ocupaba y en el segundo, desplazar al demandado del lugar que ocupaba. La acción,



entonces, va a crear o a negar un estado.

Las acciones que estudiaremos en este inciso las podemos clasificar según el sujeto activo que puede ser el hombre o la mujer. En relación al hombre, al que se le imputa la paternidad, éste tiene dos acciones que cuestionan a los hijos que se supone nacieron del matrimonio. En relación a la mujer, la que ostenta una supuesta maternidad, la madre biológica tiene la acción (no descrita) para impugnar la misma, y como consecuencia, desvincular a la supuesta madre del infante.

El estado familiar de hijo de matrimonio puede quedar destruido por el marido mediante, la acción de contradicción de paternidad o el ejercicio de la acción de desconocimiento de la misma, y por la mujer por medio de la impugnación de la maternidad legítima (figura no regulada en el Código Civil). Estas acciones están encaminadas a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley para que pueda considerarse como hijo de matrimonio.

Aquí nos encontramos con la vía de Impugnación de Maternidad que es la que lleva acabo la madre biológica contra una supuesta madre.

En una explicación más amplia sobre éste inciso, analizamos un Juicio Ordinario de Impugnación de Paternidad, para luego llevar acabo una aplicación analógica de éste procedimiento en el caso de la Impugnación de Maternidad (por no estar regulado el mismo).

Lo importante aquí es lo relativo al fundamento de derecho en cuál encontramos en primer término mención a la ley sustantiva



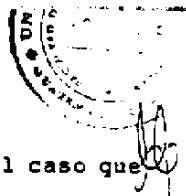
civil, con sus artículos 199, 201, 203, 214, 215 del Código Civil, artículos estos que han sido ampliamente tratados con anterioridad en el presente trabajo investigativo.

Luego los artículos 2o. y 9o. de la Ley de Tribunales de Familia, en los que se menciona que asuntos se ventilan en éstos tribunales y el procedimiento que debe aplicarse a los mismos.

A continuación menciona el artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil, el que se refiere a la tramitación en juicio ordinario de las contiendas que no tengan señalada la vía en la que se ventilará.

Se hace una amplia exposición sobre los medios de prueba dentro de la impugnación, en la cual se proponen todos los medios de prueba que señala el artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Para tratar de comprender como se llevaría a cabo una interpretación analógica de tal procedimiento a la impugnación de maternidad, me aboque a la Procuraduría General de la Nación en su Sección de Menores, en donde entrevisté a la Licenciada Carmela Curup Chajón, Jefe de la misma, en ese entonces, ella me explicó que aquí en Guatemala no se han dado casos de Impugnación de Maternidad, ello debido a la falta de reglamentación específica sobre la misma, se ven obligados a comenzar una acción judicial ya sea por: Vicios del Consentimiento en la Adopción, o por cualquier otra anomalía que se detecte en la misma. Con ello se logra que el Juez de Familia dicte una medida de protección X para que el menor, motivo de la controversia pase a una casa-hogar X y quede bajo el amparo de la misma mientras se dilucida



su situación jurídica, pero mientras tanto se ha dado el caso que la madre biológica ha huído, ya que ella ha prestado su consentimiento a sabiendas de que la adopción por X motivo es ilegal, por lo que el menor queda en situación jurídica de Abandono, y como tal en depósito del Hogar X con programa de adopción, se procede a darlo en adopción a personas que realmente llenan los requisitos legales para poder llevarla acabo.

Es esta la solución jurídica que le encuentran en la Sección de Menores de la Procuraduría General de la Nación, ya que por la inexistencia de regulación legal no se puede llevar acabo alguna otra acción judicial.

En conclusión podemos decir, que el procedimiento y el sistema de la prueba judicial de la maternidad parece complejo. Y es que la finalidad perseguida por el legislador debe ser doble. En primer término, el legislador debe permitir la revalidación de la verdad; es decir, permitir a los tribunales, cuando existe discusión sobre la filiación de su hijo, que descubran y afirmen la filiación real. Hace falta, por ejemplo, que en caso de sustitución de parto, que pueda restablecer su filiación la afectada madre biológica por esa sustitución; o también que una mujer, a la cual se ha atribuido falsamente un hijo, pueda arrebatarse a ese hijo su filiación fraudulenta.

Por ello, el legislador está tentado a autorizar todos los medios de prueba, y dejar al tribunal el cuidado de desenredar lo verdadero de lo falso. Pero, autorizar todos los medios de prueba es correr el riesgo de que los Jueces sean engañados, sobre todo por medio de testimonios falsos. Entonces, un hijo va



a poder introducirse en una familia que no es la suya; o a la inversa, un hijo va a perder un estado civil que era realmente suyo, ello por medio de la impugnación de maternidad. Así aparece la segunda finalidad del legislador: no autorizar sino con grandes precauciones las acciones judiciales en esta esfera.

V.5.2. EL CASO DE NUESTRO ATRAZO CIENTIFICO EN PRUEBAS DE ADN

A los redactores de nuestro Código Civil se les olvidó por completo que hoy en día es a veces posible científicamente, por medio del análisis de las sangres, saber que mujer es la madre de un infante, pero en el fondo, nada cambia al problema. Seria inconcebible que una persona distinta de la madre pudiera erigirse en juez de la ilegitimidad de la prole; compete únicamente a la mujer decidir si conviene o no, en interés mismo de la familia, no revelar que el hijo es o no nacido de ella. Cualquiera que pueda ser el interés que lleve consigo la manifestación de la verdad y de la exactitud del estado, el mismo debe ceder ante el de la familia del niño, interés que la mujer debe determinar en forma absoluta y soberana.

En una investigación más profunda acerca de la prueba científica del ADN o DNA se hace mención a explicaciones generalizadas sobre el tema en mención para una mayor comprensión tanto científica como legal.

En el laboratorio moderno, el CENTRO ADN está equipado con tecnología reciente para ejecutar la prueba ADN, y su facultad profesional y sus directores de laboratorio tienen una experiencia combinada de más de 63 años con la tecnología ADN, la prueba y el análisis de cromosomas. Los directores del

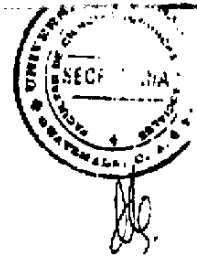


laboratorio en mención poseen títulos de doctorados en la tecnología ADN. El laboratorio el Centro ha ejecutado la prueba ADN para clientes en México, América Central, América del Sur, en todos los 50 estados de los Estados Unidos, y en más de 35 países del mundo. Sus especialistas proveen declaraciones juradas y escritas, y testimonios judiciales de expertos a favor de sus clientes.

CENTRO ADN rutinariamente provee resultados con una probabilidad de paternidad o maternidad de 99.9% o más alta por inclusión, y 100% por exclusión. Sus resultados son normalmente de 10 a 100 veces más precisos que aquellos requisitos por el sistema judicial. La prueba ADN es reconocida y aceptada por el sistema judicial de los Estados Unidos y la Asociación Americana de los Bancos de Sangre.

Se mantiene una cadena de custodia estricta para asegurar la admisibilidad de los resultados de prueba en un tribunal de justicia. Todos los partidos son positivamente identificados con fotografía y con impresión dactilar a la facilidad de tiro. Se cierran los especímenes con cinta de evidencia y se los ponen en un avios que es especialmente designado para el embarque nocturno al laboratorio. Se ejecuta toda la prueba en una facilidad segura y vigilada debajo de las normas de control de calidad, las más altas. Cada reportaje es recomprobado y verificado antes de que se manden los resultados.

Al completar la prueba, se mandan los reportajes notorizados de los resultados solamente a las direcciones autorizadas por los clientes. Para asegurar la confidencia, no se proveen nunca los

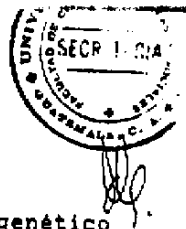


resultados por teléfono.

A quién puede beneficiar la prueba del ADN?

- * Una mujer que busca apoyo para su hijo de un hombre que niegue ser el padre del niño.
- * Un hombre que intenta ganar la custodia o derechos de visita.
- * Un hombre que quiere confirmar la paternidad de su(s) hijo(s) por la tranquilidad de la mente.
- * Un padre o una madre que quiere determinar la paternidad del niño antes del nacimiento.
- * Hijos adoptivos que buscan sus familias biológicas.
- * Personas que buscan identificar a uno de sus padres cuando el otro está ausente o difunto.
- * Alguien que quiere determinar la abuelidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros, o beneficios de la seguridad social.
- * Una persona que busca entrada en los Estados Unidos por ser pariente consanguíneo de un ciudadano.
- * Individuos que buscan determinar la probabilidad de un parentesco biológico de una hermana perdida o un hermano perdido.
- * Un par de gemelos que buscan determinar si son idénticos o fraternales.
- * Quienes han recibido resultados inconclusos por otros métodos o que quieren "otra opinión".
- * Y en el caso de nuestra investigación: Para determinar la maternidad biológica de una mujer con su hijo.

PREGUNTAS FRECUENTES EN RELACION AL TEMA DEL ADN



1. Qué es la prueba del ADN?

El ADN (ácido desoxirribonucleico) es el material genético en las células de su cuerpo. Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de esperma del hombre y el huevo de la mujer, que contiene solamente 23 cromosomas. En el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por eso, una persona recibe una mitad de su material ADN genético de su madre biológica, y la otra mitad del padre biológico.

La prueba ADN es mucho más que un análisis de sangre. Se puede ejecutar con una variedad extensa de muestras, incluyendo células de sangre, muestras de tisú y semen. Desde que los tipos de sangre (A, B, AB u O) son más comunes en la población, es más difícil de distinguir entre individuos sin prueba ADN. La prueba ADN es el método más preciso, porque el ADN de cada persona es único, con excepción de gemelos idénticos, como una impresión dactilar. Sus resultados son frecuentemente de 10 a 100 veces más precisos que los que los cortes requieren.

2. Qué tan precisa es la prueba ADN?

La prueba ADN es la forma más precisa de la prueba de paternidad y maternidad que es posible. Si los modelos ADN entre el niño y su padre o madre presunta no parecen en dos o más sondas, entonces ese padre o madre presunta es excluido 100%, que significa que él o ella tiene una probabilidad de 0% de paternidad o maternidad --no puede ser el padre o la madre biológica del niño.

Si los modelos ADN parecen entre el padre, el niño y la



madre presunta con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de maternidad o paternidad de 99.9% o más alta. El mayor parte de los cortes de los Estados Unidos aceptan 99.0% como evidencia de paternidad o maternidad.

3. Hay una edad mínima para hacer la prueba?

No hay ninguna restricción de edad con la prueba ADN. Con el análisis de sangre tradicional debiera ser por lo menos seis meses de edad. Además, se requiere una muestra bastante grande, generalmente dos tubos grandes de sangre. La extracción de esta cantidad de sangre puede ser un problema cuando se trata de niños pequeños. Sin embargo, la prueba ADN de paternidad o maternidad solamente requiere unas gotas de sangre o pasar un estropajo bucal por la boca. Esta suma pequeña, o estropajo bucal, permite la prueba de recién nacidos y niños. Desde que el ADN se fija a concepción, se puede ejecutar la prueba antes de que el niño sea nacido, por el procedimiento de CVS o por el Amniocentesis.

Se puede también ejecutar la prueba usando especímenes de autopsia coleccionadas por la oficina de la corona. Se puede ejecutar la prueba cuando esa persona está difunta o perdida reconstruyendo sus modelos ADN con muestras de los parientes biológicos del difunto.

4. Se puede hacer la prueba ADN sin padre o sin madre?

Si. La prueba ADN es tan poderosa que se puede ejecutar la prueba cuando el padre o la madre no están disponibles. Los honorarios para la prueba son los mismos con o sin padre o madre. Si ella no está probado, y los modelos entre el niño y el padre o la madre presunta no parecen, entonces él es todavía excluido



100% como el padre o la madre biológica. Si los modelos parecen, se puede calcular una probabilidad de maternidad o paternidad de 99% o más alta. La persona que trae al menor por la prueba debe proveer identificación para el niño y firmar una forma que indica que él/ella posee la autoridad legal de tener probado el niño.

5. Es precisa el estropajo bucal?

Una alternativa al análisis con sangre es un método de la colección de muestra que se llama el estropajo bucal. Desde que el ADN es el mismo en cada célula del cuerpo, la exactitud de prueba ejecutada con células de mejilla coleccionadas con estropajo es la misma que la sangre. El flebótomo colecciona la muestra usando un estropajo bucal y dando masaje suavemente al centro de la boca del niño. Se puede extraer el ADN de esta muestra. Este procedimiento es no-invasor e indoloro para el niño. Es posible tirar la sangre de los adultos y usar estropajos para el niño. El estropajo bucal está también disponible por adultos como una opción a la colección de sangre.

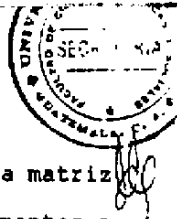
6. Hay problema si los partidos probados están en ciudades diferentes?

No, eso no es problema. Tienen una red extensiva de facilidades de la colección de especímenes por el mundo. Su departamento de los honorarios coordina citas para los clientes a hospitales o laboratorios locales. Se coordinan las muestras como un caso único cuando llegan a su laboratorio.

7. Cómo es el proceso de la prueba?

Se extrae el ADN de unas gotas de sangre, células de mejilla, o células cultas. Se utilizan enzimas para cortar la

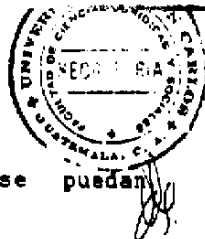
GUATEMALA



muestra de ADN en fragmentos, que se ponen entonces en una matriz de gelatina. Una corriente eléctrica llevará a los fragmentos a moverse por la gelatina, los fragmentos más pequeños se mueven a una distancia más corta. El ADN separado en fragmentos se transfiere a una membrana del nailon, que se expone a una sonda de ADN marcado, que es un pedazo corto de ADN hecho a medida que reconoce y se une a un segmento exclusivo de ADN de la persona a que se le está haciendo la prueba. Esta membrana de nailon se coloca contra la película, que revelará bandas negras donde las sondas se unieron al ADN. El modelo de bandas visibles del hijo es único, la mitad de las bandas es igual a las de la madre y la otra mitad a las del padre. Se repite varias veces este proceso, con cada sonda identificándose una zona diferente del ADN y produce un modelo distinto. Al utilizar varias sondas, se puede alcanzar una certeza de más del 99.9% sobre la consanguinidad.

DETERMINACION DE FILIACION MEDIANTE ANALISIS DEL ADN

El material genético está compuesto de moléculas de ADN (ácido desoxirribonucleico) y está presente en todas las células del ser humano. La secuencia del ADN difiere de un individuo a otro (con excepción de los gemelos univitelinos). Estas diferencias en las moléculas de ADN son llamadas polimorfismos, y pueden servir como marcadores genéticos. Existen diversos tipos de polimorfismos. Los polimorfismos de ADN se transmiten de padres a hijos, siguiendo las leyes de la herencia. De esta manera, el patrón de polimorfismos de un individuo está formado por una mitad proveniente de su madre y la otra proveniente de su padre. Este hecho hace posible que, al identificar iguales



polimorfismos compartidos por dos individuos, se puedan establecer relaciones de parentesco o filiación.

En las pruebas de paternidad o maternidad que usan ADN, algunos de estos polimorfismos son examinados y comparados entre el padre, el hijo y la madre supuesta, teniendo en cuenta que el hijo debe obligatoriamente heredar los marcadores polimórficos de la madre y el padre.

La ventaja más importante de la utilización de el análisis del ADN para la determinación de paternidad o maternidad, respecto de los métodos clásicos, como la tipificación de grupos sanguíneos o los marcadores de histocompatibilidad (HLA), reside en el alto grado de certidumbre con que se puede estimar la inclusión de un padre o una madre. Si en los métodos tradicionales puede llegarse a estimar inclusión con una certidumbre que oscila entre el 90 y 98%, en el análisis del ADN usualmente se manejan estimaciones que tienen un grado de confiabilidad mayor del 99.99%.

Definimos como índice de paternidad o maternidad (P.I.) al cociente entre la probabilidad de que el padre o la madre alegada sea el padre o la madre biológica del niño, sobre la probabilidad de que cualquier hombre o mujer, escogido al azar de la misma población del padre o la madre alegada, lo sea. Esto es, el P.I. indica cuántas veces más probable es que el padre o la madre biológica que cualquier otro hombre o mujer. En tanto la determinación del P.I. para un individuo, mediante métodos tradicionales arroja a veces cifras poco convincentes (P.I.=4, por ejemplo), el análisis del ADN para el mismo individuo de



índices de paternidad o maternidad del orden de 107 a 109 padre o la madre delegada debe ser, con escasísimo margen de duda, el padre o la madre biológica ya que el análisis de ADN indica que es entre 10 y 1000 millones de veces más probable que lo sea que cualquier otro hombre o mujer tomado al azar.

En algunos casos la certidumbre de la inclusión es numéricamente tan grande que no cabría la probabilidad de que otro individuo del planeta tuviera los mismos marcadores genéticos que el padre o la madre alegada, a menos que se tratara de su gemelo univitelino.

Su laboratorio ha reunido profesionales con extensa experiencia en biología molecular y ha puesto a punto y validado, por primera vez en el país, un nuevo test para la detección directa, mediante amplificación del ADN por PCR (reacción en cadena de la polimerasa), de un sistema de marcadores polimórficos llamados microsátélites. Mediante este sistema es posible en muy pocos días obtener resultados certeros respecto del vínculo biológico a estudiar.

PREGUNTAS FRECUENTES

Qué responsabilidad legal tiene el laboratorio cuando recibe una paternidad o una maternidad?

Las consultas sobre paternidades o maternidades pueden ser de dos tipos diferentes:

1. Con intervención judicial: en estos casos deben seguirse las instrucciones del Juez (fechas, número de informes, etc.)
2. Sin intervención judicial: Las partes se ponen de acuerdo para realizar un estudio de filiación reservada.



El laboratorio que toma las muestras debe:

- * Identificar correctamente a las personas involucradas.
- * Garantizar que las sangres no se confundan desde su toma hasta la llegada al laboratorio de procesamiento.

Tanto el laboratorio que recibe una paternidad o maternidad como aquel que la informa, tienen la misma responsabilidad que por cualquier otro resultado de un análisis de rutina.

Entre qué personas puede investigarse el vínculo biológico?

- * Un hijo, su madre verdadera y un posible padre.
- * Un hijo y el supuesto padre (este caso es más dificultoso por lo que siempre tratamos de que se presente la madre si está viva).
- * Un hijo, su verdadero padre y una posible madre.
- * Varios hijos, padre y madre.
- * Un hijo, su madre y dos padres posibles.
- * La madre, un hijo y hermanos paternos del hijo en ausencia del padre cuestionado.
- * La madre, un hijo y los abuelos paternos en ausencia del padre cuestionado.
- * Mujeres embarazadas (sangre de la madre, del posible padre y una muestra de vellosidades coriónicas tomada entre la semana 12 y 14 o líquido amniótico en embarazos más avanzados).

Qué datos personales deben tomarse de las personas que van a realizarse un estudio de paternidad o maternidad?

- * nombre y apellido * fecha de nacimiento
- * nacionalidad * documento



- * huella digital (tomada con una almohadilla de sello)
- * firma

En los casos de menores debe firmar la madre, el padre o el tutor. Si el menor lleva el apellido materno debe firmar su madre, si el apellido es paterno es indistinto. No deben tomarse muestras a menores que no sean autorizadas por las personas responsables de él.

Si las partes concurren por separado, hay que asegurarse que las personas que se presenten sean las indicadas. Para ello se aconseja:

- * presentarse acompañados de un intermediario que reconozca a las tres personas y acompañe a todos en el momento de la toma de la muestra.
- * solicitar que cada una de las personas se presente con una foto 4X4.

Cómo deben tomarse y enviarse las muestras?

* Deben tomarse entre 5 a 10 ml de sangre en tubos de plástico nuevos a enviar la jeringa. La sangre debe estar anticoagulada con EDTA (4 gotas de EDTA de concentración 7,5 g/100 ml para 5 ml de sangre). Homogeneizar muy bien la muestra inmediatamente.

* Para bebés es suficiente 1 ml de sangre homogeneizada.

* La muestra puede estar hasta 48 horas a temperatura ambiente luego de extraída, aconsejamos que en el transcurso de ese periodo llegue a nuestro laboratorio.

NO CAMBIAR EL EDTA POR HEPARINA.

* En el caso de vellosidades enviar la muestra en el mismo



medio de extracción.

Cuánto tiempo demora el estudio?

Los resultados estarán disponibles a los 10 días de recibida la muestra y pueden enviarse por FAX o correo.

Existen casos en que una de las partes solicita no entregarle el resultado a la otra. Esto ocurre frecuentemente cuando sólo una de las personas abona el estudio. Sin embargo no pueden negar una copia del informe a alguien que se haya realizado una extracción.

Cómo se interpretan los resultados?

1-Qué es una inclusión?

Cuando el supuesto padre o madre comparte todos los marcadores analizados con el hijo, estadísticamente tiene una probabilidad mayor del 99.99% de ser el padre o la madre biológica del hijo en cuestión y se dice que hay una inclusión paterna o materna.

2-Qué es una exclusión?

Cuando el supuesto padre o madre no comparte todos los marcadores analizados con el hijo, esta persona es excluida como padre o madre biológica del mismo. En estos casos el cálculo estadístico da una certeza absoluta de los resultados (100%).

En este mismo lenguaje se utiliza para otras relaciones biológicas, hermanos, abuelos, etc..

"Los genes se encuentran en una larga molécula llamada ADN, es decir que los genes están hechos de ADN.

El mapeo del genoma humano se puede hacer por diversas técnicas entre ellas, transparencia de genes medida por ADN,



algunas características, de la progenie no son expresiones de sus propios genes, sino más bien de su precursor materno, estos efectos pueden ser transitorios o persistir durante toda la vida del individuo".²⁰

En una entrevista realizada al Licenciado en Farmacia Enrique Arbizú propietario del Laboratorio Maquilab de esta ciudad se pudo constatar que en el mencionado laboratorio trabajan la prueba del ADN únicamente con el estropajo bucal (saliva), que dicha prueba tiene un costo de \$875.00 dólares y que en lapso de seis meses que tiene trabajando acerca de esta prueba únicamente han realizado siete pruebas de las cuales una de ellas ha sido para accionar judicialmente.

Al hablar de la apreciación de los medios científicos de prueba nos estamos refiriendo a la estimación que el Juez da a los mismos, para lo cual puede requerir el dictámen de expertos.

La razón de ser de la participación de los expertos, dentro de la prueba de los medios científicos, radica en la imposibilidad de que el Juez por muy hábil y competente que sea, no posee un completo conocimiento de las ciencias; así como de la técnica y mecánica a emplear, esto hace imperativa la necesidad de que personas expertas en la materia puedan ilustrarle, a fin de que el Juez en su pronunciamiento se ajuste a la realidad de los hechos, enlazándolos con el aspecto jurídico que los mismos presentan. Su fundamento por lo tanto se basa en la fe y credibilidad humana, ya que ante la ignorancia en ciertos

²⁰ Stansfield, William, Teoría y Problema de Genética, página 119.



aspectos por parte del juzgador, debe imperar un principio de confianza en la palabra del experto que permita asegurar al tribunal que su fallo se pronunciará con justicia.

Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil en su artículo 193 establece que: "El juez, si lo considerare necesario para la apreciación de esta prueba, podrá requerir el dictamen de expertos.....".

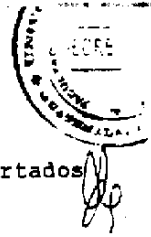
En base a lo preceptuado con anterioridad, se intuye que la ley contempla el auxilio de que se podrá asistir el juzgador en la apreciación de los medios científicos de prueba, ya que es lógico el que dicha persona carezca de un conocimiento ilimitado de las ciencias y técnicas existentes y por existir.

Por lo tanto se deduce que para que el Juez requiera el dictamen de expertos, dentro de los medios científicos de prueba es necesario:

- 1- Que aún el Juez, siendo perito en derecho, carezca de conocimientos científicos, técnicos, artísticos y mecánicos al respecto;
- 2- Que las personas que se propongan como expertos aún siendo legos en derecho, tengan ciencia y conciencia sobre los aspectos técnicos y científicos relacionados con la prueba a tratar; y
- 3- Que la función del perito o experto venga al proceso como auxiliadora de la misión del Juez.

El expertaje consta de tres partes: hechos, consideraciones y conclusiones.

a) Hechos: Son las enunciaciones de las circunstancias que se encuentran obscuras y sobre las cuales versa el dictamen. Para



el caso lo constituyen los medios científicos de prueba aportados al proceso.

b) Consideraciones: Consisten en el estudio en sí, llevado con la sabiduría del caso, entendiéndose como un conjunto de procedimientos llevados a cabo con arte o ciencia.

c) Conclusiones: Es la información con carácter científico que se ha obtenido mediante los estudios realizados, conducentes al caso.

Uno de los requisitos esenciales que deben concurrir en la persona del experto o perito para que su dictamen sea objetivo, es su imparcialidad, lo cual le permitirá un enfoque y examen adecuado de la cuestión; es decir, que no actúe mediatizado por interés o relación con alguna de las partes.

Sabido es que el Juez, en su soberana función, es libre de apreciar la prueba conforme su lógica y experiencia. Pero pueden intervenir los expertos o peritos, y el motivo de su actuación se debe a la falta de conocimiento científicos o técnicos en el juzgador, en relación con el medio científico producido. De ahí, que si el que actúa como experto lo hace de una manera parcial inclinándose por alguna de las partes contendientes cualquiera que sea el motivo que le induzca a ello, podría originar un mal entendido en el pronunciamiento del Juez, lo cual induciría a un fallo no ajustado a la realidad de los hechos, producto de que el experto por su parcialidad o incompetencia, induce a error o equivocación en el fallo. Siendo por lo tanto el elemento de la objetividad o imparcialidad del experto, de una trascendencia y relevancia suma.

El valor probatorio de la pericia en la prueba de los medios científicos va íntimamente enlazado con la prueba de "dictamen de expertos" dentro del Proceso Civil, ya que el experto es llamado en razón a una insuficiencia de conocimiento técnico-científico extrajurídico por parte del Juez; por lo que el perito termina por efectuar un enjuiciamiento de hechos; y en su caso el dictamen debería tener valor absoluto para el juzgador, desconocedor del aspecto intrínseco de lo que fue sometido a pericia. Este criterio parece aceptable. Sin embargo analizándolo debe ser rechazado; ya que de ser admitido sería tanto como trasplantar la función de juzgar del Juez al experto, y esto nos conduciría al absurdo.

Este criterio sigue nuestra legislación; y así dispone que se valoren los dictámenes de expertos de acuerdo al sistema de la Libre Convicción, según lo dispone el artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley número 107.

Como se puede intuir del artículo anteriormente citado el o los dictámenes que den los expertos en la ciencia o arte de que se trate no son vinculantes, es decir, que no obligan al Juez a resolver de acuerdo al o los mismos, debiendo hacerlo según su libre convicción, es decir, según su leal saber y entender, o en otras palabras, según su albedrío teniendo presentes todos los hechos cuya certeza se haya logrado establecer en el proceso respectivo.

En el artículo 50. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cuál se refiere al Derecho a la Integridad Personal, nos señala en su inciso (1.)

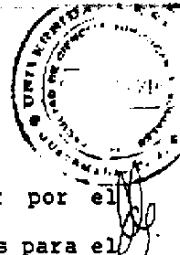


que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, de aquí partimos de que una persona sin su consentimiento, el cuál debe ser expreso, no se le puede realizar ninguna clase de prueba física, psíquica o moral que afecte su integridad personal, por lo que la prueba del ADN o DNA debe ser realizada con su consentimiento, sino de lo contrario se estaría violando un Derecho Humano al cuál tiene derecho y con ello caer en una violación a la Constitución Política de la República la que en su artículo 46 señala: "Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derecho humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".

De lo anterior se desprendería que la prueba ADN no sería legalmente obtenida por lo que no podría ser tomada en consideración por el Juez al momento de resolver.

**CONCLUSIONES**

- 1.- El estudio, interpretación y uso legal de la terminología tanto jurídica como doctrinal, para enfocar y comprender figuras jurídicas, constituye introducir en nuestra legislación Civil la Impugnación de Maternidad que permite aportar un alto grado de seguridad jurídica a las madres biológicas de infantes.
- 2.- Actualmente en la legislación civil no se le da la importancia necesaria a la Impugnación de la Maternidad, a pesar de que surte efectos y consecuencias jurídicas.
- 3.- La Impugnación de Maternidad carece de regulación legal en la legislación civil.
- 4.- De acuerdo con nuestro Código Civil, no existe la imposibilidad jurídica de poder legalizar la Impugnación de Maternidad.
- 5.- Es necesario legalizar la Impugnación de Maternidad, revistiéndola de formalidad jurídica, en virtud del índice de impugnaciones que existen en nuestro país.
- 6.- El reconocimiento de los hijos en las relaciones tanto matrimoniales como extramatrimoniales, es un deber moral del padre y de la madre que demanda la estabilidad de la familia y la integridad de la misma como núcleo de la sociedad y por ende el desarrollo de un país.
- 7.- El procedimiento que podría utilizarse para la Impugnación de Maternidad, es antitécnico, pues se establece un alto grado de inseguridad jurídica, por la poca o mejor dicho ninguna regulación jurídica que sobre este tema existe en nuestro Código Civil.



8.- El Estado a través de sus organismos debe velar por el bienestar de toda la sociedad, creando condiciones aptas para el adecuado desarrollo de niños y adolescentes, que serán la población que en un futuro dirija los destinos de la nación. Se deben crear leyes adecuadas a la situación que se vive, para resolver eficazmente los problemas socio-jurídicos, entre ellos la Impugnación de Maternidad.

9.-La impugnación de maternidad no está regulada en nuestro Código Civil, pero es deseable -por los altos fines de este instituto- buscar su incorporación a la legislación guatemalteca.

10.-La impugnación de maternidad debe adoptarse en nuestro medio por los especialísimos fines que cumple, dentro de ellos la seguridad jurídica de la madre biológica que da solidez y una verdadera proyección social a esta noble figura.

11.-La impugnación de maternidad es una figura que poco a poco se está difundiendo en el medio nacional.

12.-El trámite de la impugnación de maternidad generaría problemas de muy diversa índole, los cuales descansan su existencia en la falta de regulación legal que rigen éste instituto y en su naturaleza.

13.-Los efectos positivos de la impugnación de maternidad son indiscutibles y muy evidentes, tales como, proveer al menor de un hogar, de una familia, darle seguridad y solidez a su existencia mediante la obtención de medios materiales y morales para sobrevivir.

14.-Los efectos negativos no pueden determinarse con certeza, por varias razones:



- a) Lo inaccesible de la información.
- b) La inexistencia de un ente que dé seguimiento a ésta figura jurídica.

15.-La familia actual está compuesta por los padres y los hijos, entre quienes es característico, la existencia de derechos y obligaciones, de los que la mayoría son recíprocos.

16.-La relación paterno-filial implica el derecho a la relación y comunicación física entre padres e hijos, como el medio necesario para la realización de los demás derechos y obligaciones inherentes a la paternidad y filiación, como vínculo de parentesco, dejando inmiscuido dentro del término paternidad a la maternidad.

17.-La impugnación de maternidad es una institución jurídico-social de elevados fines, orientada esencialmente a proteger a la niñez y a la madre biológica, que muchas veces se encuentran desvalidos y abandonados.

18.-La inexistencia en la ley en materia de impugnación de maternidad en los aspectos de forma y de fondo da lugar a que se cometan irregularidades para lograr su constitución.

RECOMENDACIONES

- 1.- En el reconocimiento de los hijos debe de contarse con el consentimiento expreso y voluntario de la progenitora y además exigir la comparecencia personal de la misma ante el Registrador Civil, del lugar donde se efectúa tal acto, en el momento preciso de realizarlo, obteniendo con ello la voluntad de ambas partes que se obligan y dar así una mayor seguridad a la madre biológica para que no sea suplantada en tal acto.
- 2.- Cuando se efectúe un reconocimiento por las formas establecidas en el Código Civil, además de la comparecencia personal de la madre, expresando su consentimiento exigirle su identificación por los medios legales, logrando así coincidir con los datos personales de la misma, con la inscripción o boleta de nacimiento, evitando con ello suplantar la maternidad en el reconocimiento.
- 3.- En el momento de efectuar un reconocimiento de los hijos, si se diera el caso que la progenitora no pueda comparecer personalmente al acto, exigir esa comparecencia por los medios legales, como el caso de un Mandato Especial debidamente registrado o en su caso a través de un documento privado legalizado, objetivizando con ello la comparecencia de la misma y la manifestación expresa, dando con ello su consentimiento para tal caso.
- 4.- Que se analice la necesidad de crear las normas jurídicas que regulen lo relativo a la impugnación de maternidad y se legisle de inmediato el consentimiento expreso de la madre en el acto del reconocimiento de hijos.





5.- Se hace necesario e indispensable la elaboración de una reglamentación interna y adecuada en el registro civil con el propósito que a través de este se cumplan en forma general y con la eficacia las recomendaciones citadas.

6.- Se hace necesaria la inversión de fondos, para la creación de un laboratorio en el cual se pueda llevar acabo la prueba ADN en nuestro país, ya que ello ayudaría a resolver mayor cantidad de casos no solo de Impugnación de Maternidad sino cualquiera otros que sea necesario llevar dicha prueba, pues los escasos recursos económicos de la población guatemalteca lo hace imposible.

7.- En virtud de la Comprobación de las Hipótesis planteadas en la presente investigación, de las conclusiones arribadas, es preciso que se promueva a través de los canales adecuados, la reforma del Código Civil, decreto número 106, en lo referente a la Impugnación de Maternidad.

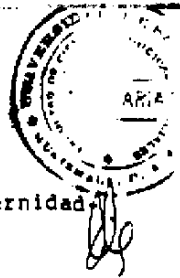
8.-Es imperativo regular la impugnación de maternidad para que contemple los aspectos de forma y de fondo en forma segura, viable y eficaz en garantía de los intereses de la madre biológica y por ende del menor.

9.-A mi juicio la legislación civil sustantiva guatemalteca, tiene que incorporar una importante modificación: Constituir la impugnación de maternidad.



BIBLIOGRAFIA

- 1) BAQUEIRO ROJAS, EDGAR Y BUENROSTRO BAEZ, ROSALIA. "Derecho de Familia y Sucesiones", 1er edición, 1990, México, 493 páginas.
- 2) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales", 2da edición, 1992, México, 430 páginas.
- 3) DE IBARROLA, ANTONIO. "Derecho de Familia", 4ta edición, 1993, México, 608 páginas.
- 4) ESPIN CANOVAS, DIEGO. "Derecho Civil Español" Volumen IV. 1957, Madrid, 445 páginas.
- 5) PUIG PENA, FEDERICO. "Compendio de Derecho Civil Español", Tomo IV, V, 3era. edición, Madrid, 696 páginas.
- 6) PUIG PENA, FEDERICO. "Tratado de Derecho Civil Español", Tomo II, 1971, Madrid, 604 páginas.
- 7) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia", Volumen II, 4ta. edición, 1975, México, 803 páginas.
- 8) AGUIRRE GODOY, MARIO. "Derecho Procesal Civil" Tomo I, 1973, Guatemala, 902 páginas.
- 9) UMAÑA ARAGON, RICARDO ALFONSO. Mamografías, Derecho. Universidad Rafael Landívar, 1986, Guatemala, 389 páginas.
- 10) STANSFIELD, WILLIAM. "Teoría y Problemas de Genética", 2da. edición, 1998, México, 1,689 páginas.
- 11) MACLYN, MC. CARTY. "El Principio Transformador", 1ra. edición en español, 1998; España, 997 páginas.



- 12) EL CENTRO ADN -Prueba Paternidad e Informe Sobre Paternidad, Explorador de Internet de Microsoft- 11 páginas.

DICCIONARIOS

- 1) CABANELLAS, GUILLERMO. "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1988, 1era. edición, 649 páginas.
- 2) OSSORIO, MANUEL. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Edigraf. S.A. Buenos Aires, Argentina, 1987.
- 3) Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, Impreso por ediciones Océano en Barcelona, España, 19 edición, 1424 páginas.

TESIS

- 1) SALAZAR MAZARIEGOS, ROSA MARIA. "Breve análisis de la institución de la Adopción". Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1992.
- 2) TORRES CARAVANATES, MILTON DANILO. "El Derecho de relacionarse entre padres e hijos en la legislación guatemalteca". Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1982.
- 3) GARCIA LEMUS, MARIO RENE. "Estudio jurídico-doctrinario sobre la prueba de la filiación extramatrimonial". Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1980.
- 4) POLANCO PINTO DE DE LEON, OLIMPIA FLORICELDA. "El Feticidio. SU Legitimación en la Sociedad Guatemalteca". Facultad de

Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1995.



ENTREVISTAS

- 1) DE GARCIA MATTA, VIVIAN. Licenciada en Farmacia, Laboratorio de Citohistología de la Facultad de Farmacia de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- 2) ARBIZU, ENRIQUE. Licenciado en Farmacia, Laboratorio Maquilab, vía B 4-56 zona 4, Guatemala.
- 3) CURUP CHAJON, CARMELA. Abogada y Notaria, Ex-jefe de la Procuraduría De Menores de la Procuraduría General de la Nación, Guatemala.

LEYES

- 1o.- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA.
- 2o.- CODIGO CIVIL DE GUATEMALA, Decreto Ley 106.
- 3o.- CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, Decreto Ley 107.
- 4o.- LEY REGULADORA DE LA TRAMITACION NOTARIAL DE LOS ASUNTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.
- 5o.- CODIGO DE MENORES.
- 6o.- CONVENCION AMERICANA DE DERECHO HUMANOS, PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA.
- 7o.- DECRETO LEY 25-97 DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA.