



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

**APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL  
MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA  
CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL  
ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106**

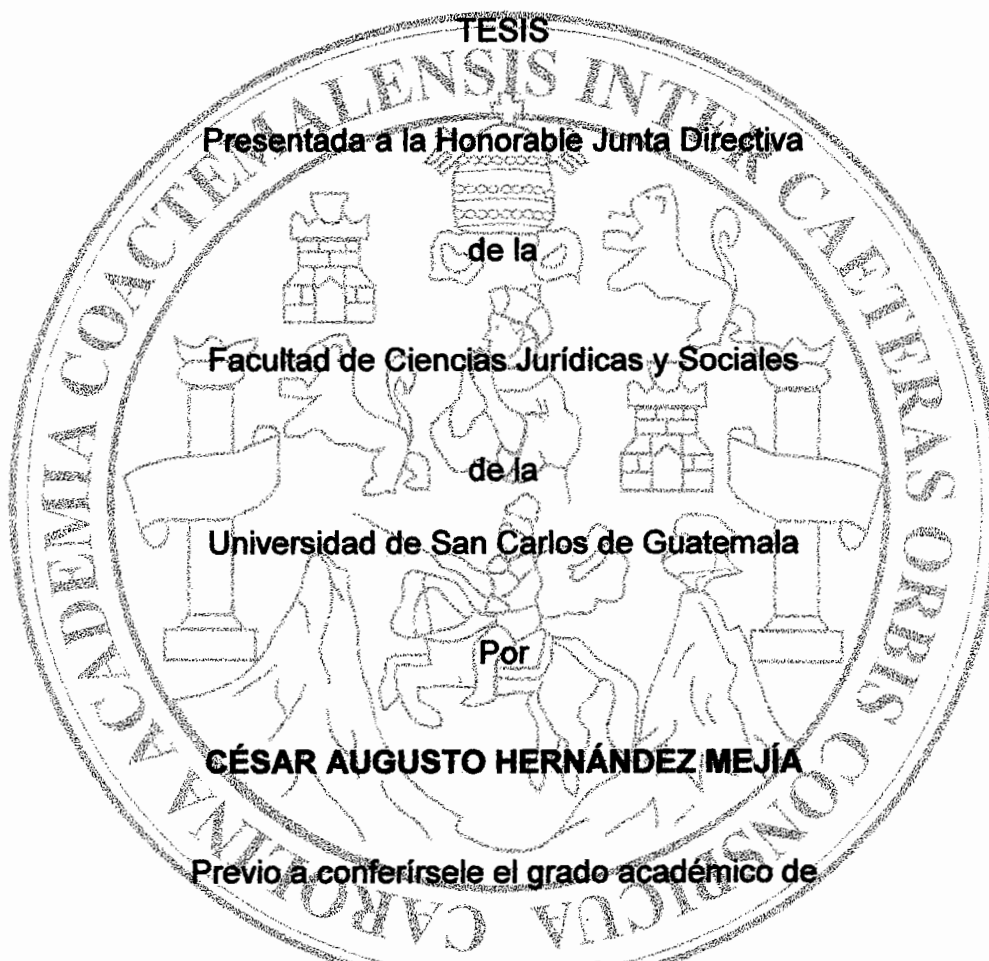
**CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ MEJÍA**

**GUATEMALA, AGOSTO DE 2010**



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

**APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL  
MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA  
CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL  
ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106**



**TESIS**  
**Presentada a la Honorable Junta Directiva**

**de la**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**de la**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Por**  
**CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ MEJÍA**

**Previo a conferírsele el grado académico de**

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**y los títulos profesionales de**

**ABOGADO Y NOTARIO**

**Guatemala, agosto de 2010.**



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

**DECANO:** Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
**VOCAL I:** Lic. César Landelino Franco López  
**VOCAL II:** Lic. Gustavo Bonilla  
**VOCAL III:** Lic. Luis Fernando López Díaz  
**VOCAL IV:** Br. Mario Estuardo León Alegría  
**VOCAL V:** Br. Luis Gustavo Chiriz Estrada  
**SECRETARIO:** Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

**Presidente:** Lic. Carlos Urbina Mejía  
**Vocal:** Licda. Marisol Morales Chew  
**Secretario:** Licda. Magda Montenegro Hernández

**Segunda Fase:**

**Presidente:** Licda. Eloisa Mazariegos Herrera  
**Vocal:** Licda. Benicia Contreras Calderón  
**Secretaria:** Licda. Aura Marina Chang Contreras

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



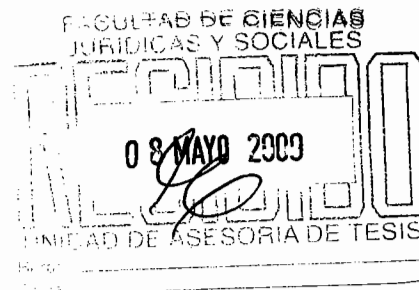
**OTTO AROLDO RAMIREZ VASQUEZ**

**ABOGADO Y NOTARIO COLEGIADO 6225**

**7 Av.20-12 zona 1 Of. 3 2° nivel Edificio Ortiz Teléfono 57436924**

Guatemala, 23 de abril de 2009.

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Como asesor de tesis del bachiller César Augusto Hernández Mejía, en la elaboración del trabajo titulado **"APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106"**, me complace manifestarle que:

I. El trabajo del bachiller Hernández Mejía es un adecuado aporte técnico y científico, a partir de que aplica un amplio contenido jurídico y doctrinario en relación al derecho de familia, abarcando sus principales fundamentos y elementos que le dan un perfil jurídico propio, siendo su contenido de actualidad al referirse a la aplicación de las técnicas médico científicas que sirven para constituir prueba en contra de las presunciones del Artículo 207 del cuerpo normativo antes mencionado.

II. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis, fueron acordes para el desarrollo de cada uno de los capítulos, introducción, conclusiones y recomendaciones, para lo cual el sustentante utilizó, el método deductivo, para establecer los principios doctrinarios que fundamentaron el trabajo de análisis y síntesis necesario; el sintético, se empleó en la exposición de la paternidad y filiación con relación a las técnicas médico científicas de la concepción y el inductivo en el estudio de las técnicas médico científicas que determinan la concepción y tiempo de embarazo. Durante el desarrollo de la investigación se usó la técnica de ficha bibliográfica, ya que mediante las mismas se recopiló la información sobre el derecho de familia y las técnicas médico científicas relacionadas con el tema.

III. De acuerdo a lo expuesto en el cuerpo capitular, el trabajo evidencia una adecuada redacción, lo que permite entender los elementos que analiza el sustentante, los criterios técnico-jurídico que le dan fundamento a cada argumento, así como el uso adecuado de las reglas gramaticales de acuerdo a lo estipulado por la Real Academia de la Lengua Española.

IV. La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de actualidad, la problemática estriba en la aplicación de las técnicas médico científicas para determinar el momento de la concepción y tiempo de embarazo que sirven para constituir prueba en contra de las presunciones legales del Artículo 207 del Código Civil Decreto Ley 106, institución que es de valor debido a que existen pruebas biotecnológicas que permiten establecer el momento de la concepción y tiempo de embarazo, e



OTTO AROLDO RAMIREZ VAZQUEZ

ABOGADO Y NOTARIOCOLEGIADO 6225

7Av. 20-12 zona 1 Of. 3 2° nivel Edificio Ortiz Teléfono 57436924

inclusive determinar quién es el padre del menor en caso de una controversia; siendo el trabajo un aporte significativo y realizado con esmero por parte del bachiller Hernández Mejía.

V. En torno a las conclusiones, el trabajo de tesis del bachiller Hernández Mejía refleja un adecuado nivel de síntesis, puesto que se establecieron los elementos centrales que configuran los supuestos teóricos y la reflexión doctrinaria, para fundar y definir los principales hallazgos en torno a cada capítulo realizado. Asimismo, evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica, la cual resulta actualizada, tomando en cuenta los principales doctrinarios del derecho de familia y de los estudiosos de las técnicas modernas de reproducción humana asistida, con lo cual hizo acopio de adecuada información, con lo que logra sintetizar un estudio a partir de los elementos jurídicos predominantes en el medio académico actual.

Hago constar que el trabajo de investigación es coherente ya que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía se relacionan con el contenido de la tesis. De manera personal me encargué de guiar al postulante César Augusto Hernández Mejía bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científica, aplicando para el efecto los métodos y técnicas apropiadas para la resolución de la problemática esbozada, por lo que me permito dictaminar que con base a lo establecido con antelación, el trabajo de tesis titulado: "**APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106**", del bachiller César Augusto Hernández Mejía, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Con muestras de mi respeto. Atentamente,



OTTO AROLDO RAMIREZ VAZQUEZ  
ABOGADO Y NOTARIO

Col. 6225

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de mayo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARIO RENÉ CANO RECINOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ MEJÍA, Intitulado: "APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106".

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

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
CMCM/sllh

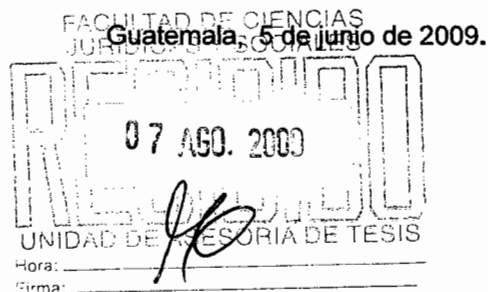


**MARIO RENE CANO RECINOS**

**ABOGADO Y NOTARIO COLEGIADO 3733**

**15 Calle 9-72 zona 1 3° nivel Teléfono 22300151-57075595**

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



De conformidad con el nombramiento emitido por esa Jefatura con fecha doce de mayo de dos mil nueve, en el que se dispone nombrar al suscrito como revisor del trabajo de tesis del bachiller César Augusto Hernández Mejía. Habiendo cumplido con revisar el trabajo confiado me permito emitir el siguiente:

#### **DICTAMÉN**

El postulante presentó el tema de investigación **“APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106”**.

La investigación efectuada por el bachiller Hernández Mejía, es un tema de suma importancia, siendo su contenido de actualidad al referirse a la aplicación de las técnicas médico científicas que sirven para constituir prueba en contra de las presunciones legales del Artículo 207 del cuerpo normativo antes mencionado. La redacción ha sido clara y concisa, de acuerdo a lo estipulado por la Real Academia de la Lengua Española, los métodos y las técnicas de investigación fueron los adecuados para el desarrollo de cada uno de los capítulos, introducción, conclusiones y recomendaciones empleando para la investigación los métodos históricos, deductivos e inductivos, analítico y sintético, utilizando la técnica de fichas bibliográficas, ya que mediante las mismas se recopiló la información relacionada con el tema siendo una investigación de carácter documental-bibliográfico consultando autores nacionales como extranjeros de derecho comparado.

La contribución científica del trabajo es de importancia, pues el contenido es de actualidad, la problemática estriba en la aplicación de las técnicas médico científicas que sirven para constituir prueba en contra de las presunciones legales de Artículo 207 del Código Civil Decreto Ley 106, institución que es de valor debido a que existen pruebas biotecnológicas que permiten establecer el momento de la concepción y tiempo de embarazo, e inclusive, determinar quién es el padre del menor en caso de una



**MARIO RENE CANO RECINOS**  
**ABOGADO Y NOTARIO 3733**

**15 Calle 9-72 zona 1 3° nivel Teléfono 22300151-5707-5595**

controversia, siendo el trabajo un aporte significativo realizado con esmero por parte del bachiller Hernández Mejía.

En torno a las conclusiones, el trabajo de tesis del postulante refleja un adecuado nivel de síntesis, puesto que estableció los elementos centrales para fundar y definir los principales hallazgos y por consiguiente las recomendaciones son congruentes con las primeras, pues son consecuencias de la investigación realizada. Asimismo, se evidencia un adecuado uso de la información bibliográfica, la cual resulta actualizada, tomando en cuenta los principales doctrinarios del derecho de familia y de los estudiosos de las técnicas modernas de reproducción humana asistida, con lo cual hizo acopio de adecuada información, con lo que logra sintetizar un estudio a partir de los elementos jurídicos predominantes en el medio académico actual. En virtud de lo antes indicado, el trabajo de investigación es coherente ya que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía se relacionan con el contenido de la tesis, por lo anteriormente relacionado informo a usted que procedí a REVISAR el trabajo de tesis encomendado, por lo que me permito opinar:

En definitiva, hago constar que el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir con la normativa respectiva, la metodología y las técnicas de investigación, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados en la investigación y constituyen una contribución científica para nuestra facultad, es por ello, que al haberse cumplido con los requisitos de forma y fondo establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado titulado: **"APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106"**, del bachiller César Augusto Hernández Mejía, para que continúe con su trámite.

Con muestras de mi más alta estima, de usted atentamente.



Lic. Mario René Cano Recinos  
ABOGADO Y NOTARIO  
Cot. 3733



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de mayo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CÉSAR AUGUSTO HERNÁNDEZ MEJÍA, Titulado APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS MÉDICO CIENTÍFICAS PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN Y TIEMPO DE EMBARAZO QUE SIRVEN PARA CONSTITUIR PRUEBA EN CONTRA DE LAS PRESUNCIONES LEGALES DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO CIVIL DECRETO LEY 106 Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



## DEDICATORIA

**A DIOS:**

Creador del universo y todo lo que existe  
infinita fuente de sabiduría.

**AGRADECIMIENTO ESPECIAL A:**

Nuestra señora de las rosas María  
Auxilio de Madres y mi Santa Virgen de  
Guadalupe. Gracias por todas las  
bendiciones que recibo cada día.

**A MI PADRE:**

Justo Hernández Díaz (Q.E.P.D.),  
gracias por sus consejos.

**A MI MADRE:**

Zoila Esperanza Mejía, por ser mi madre  
muchas gracias.

**A MI PRINCESA ISABEL:**

Por ser una gran compañera en mi vida y  
parte fundamental de este logro.

**A MIS HERMANOS:**

Mario, Hugo (Q.E.P.D.), Sandra y José  
especialmente a Lorena y Delia por  
ofrecerme su ayuda en momentos  
difíciles.

**A MIS SOBRINOS:**

Aurora, William, Cindy, Alexis, Xavi  
especialmente a Jorge Mario y César  
Amilcar, por impulsarme a seguir  
adelante con su energía y amor.

**A:**

Silvia, Fernanda, José Haroldo y Milly, con  
cariño.

**A:**

Mi centro de enseñanza: Facultad de Ciencias  
Jurídicas y Sociales, Universidad de San  
Carlos de Guatemala, por brindarme los  
conocimientos para ser un profesional del  
derecho.



## ÍNDICE

**Pág.**

<b>Introducción.....</b>	<b>i</b>
--------------------------	----------

### Capítulo I

<b>1. La familia.....</b>	<b>1</b>
1.2. Origen y definición de Familia.....	1
1.3. Regulación Jurídica de Familia.....	6
1.4. Naturaleza de disposiciones relativas a la familia.....	7
1.5. División del derecho de Familia.....	10
1.6. Regulación Legal del derecho de familia.....	13

### Capítulo II

<b>2. La patria Potestad.....</b>	<b>25</b>
2.1. Definición y Características de la Patria Potestad.....	29
2.2. Derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad.....	35
2.3. Clases de filiación.....	41

### Capítulo III

<b>3. Técnicas que determinan la concepción y tiempo de embarazo.....</b>	<b>51</b>
3.1. Aspectos generales de las técnicas determinantes.....	51
3.2. Principios generales de la inseminación artificial.....	59
3.3. Aspectos jurídicos importantes de la inseminación artificial.....	60



**Pág.**

3.4. Determinación y presunción de la maternidad y de la paternidad.....	62
3.5. Prueba de la filiación matrimonial.....	67
3.6. Acciones y legitimación de la filiación.....	68

## **Capítulo IV**

<b>4. Determinación de la prueba contra las presunciones legales.....</b>	<b>77</b>
4.1. Examen simple de sangre.....	78
4.2. Análisis bioquímico.....	79
4.3. Análisis y empleo del ultrasonido en obstetricia.....	81
4.4. Técnicas comunes del Acido desoxirribonucleico.....	81
4.5. Prueba de ADN.....	87
4.6. Importancia del ADN, como medio de prueba científica.....	89
4.7. Análisis de casos reales con y sin prueba de ADN, llevados en Tribunales.....	93
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>101</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>103</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>105</b>



## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación, es de singular importancia debido a que la sociedad actual, confronta muchos problemas y quizás la causa más frecuente sea la poca formación que se le da a los hijos; pues es común que ante el fracaso de un matrimonio, los cónyuges inician una nueva relación con otra persona, sin importarles las consecuencias jurídicas que ésta conlleva al no estar disuelto legalmente el vínculo matrimonial, pues el padre biológico de un menor concebido en esta relación no puede atribuirse la paternidad por la existencia de las presunciones legales dentro de la legislación civil.

Con esta investigación se pretende alcanzar los siguientes objetivos: Establecer que la aplicación de las técnicas médico científicas para determinar el momento de la concepción y tiempo de embarazo sirven para constituir prueba en contra de las presunciones legales, instituir la existencia de las técnicas médico científicas para determinar el momento de la concepción, establecer que mediante las técnicas médico científicas se puede señalar la fecha de la concepción, demostrar que existen lagunas jurídicas en la aplicación de las técnicas médico científicas que sirven como medio de prueba en contra de las presunciones legales. En virtud de lo antes expuesto, se planteó la hipótesis del presente trabajo de la forma siguiente: Es necesaria la aplicación de las técnicas médico científicas para determinar el momento de la concepción y tiempo de embarazo para contradecir las presunciones legales del Artículo 207 del Código Civil, para que el juez pueda determinar la situación jurídica no sólo del padre con relación al hijo, sino también en caso de que se dude de la paternidad.

En la actualidad en Guatemala, debido a la falta de modernización de la legislación, en el Código Civil, existen disposiciones jurídicas que se contraponen a la realidad debido a esto es necesario ajustar y precisar conceptos con el objeto de resolver controversias de una manera justa, una de esas disposiciones que crea dificultad al momento de hacerlas valer son los supuestos contenidos en las presunciones legales, que



establecen la filiación en el caso de que una mujer se case nuevamente y de a luz dentro o fuera de los términos que la ley civil preceptúa. Con la presente investigación se pretende demostrar que es necesario, adecuar la legislación civil a los avances de la ciencia para resolver controversias familiares de una manera objetiva.

El desarrollo del presente trabajo de investigación lo he dividido en cuatro capítulos, de los cuales; el capítulo primero, aborda la familia; el segundo, muestra la patria potestad; el tercero, señala las técnicas que determinan la concepción y tiempo de embarazo; en el cuarto capítulo se expone la determinación de la prueba en contra de las presunciones legales.

Como parte de la metodología, se ha empleado, el método analítico, se utilizó al analizar la familia su origen y evolución, para comprender los elementos componentes característicos de la misma. El método sintético, lo apliqué al estudiar la patria potestad para descubrir la esencia del tema. El método inductivo; que es un método de conocimiento que parte de datos o casos particulares hasta llegar a formular principios o reglas de validez general, se aplicó a toda la tesis, haciendo, una reseña histórica, significados de vocablos y comparación; Método deductivo se utilizó para conocer las distintas doctrinas que sobre este fenómeno existen en el ámbito jurídico social. Siendo enfocado el contenido del trabajo de tesis desde el punto de vista jurídico. Además fue utilizada la técnica bibliográfica y documental consultando autores nacionales y extranjeros adecuados al tema, el procedimiento utilizado ha sido la recopilación de información necesaria, el análisis y síntesis de la misma para finalmente redactar un informe final.

La presente investigación es un aporte pequeño a la sociedad, esperando sea un medio de consulta para los estudiantes de derecho, profesionales e instituciones que brindan asesoría y asistencia legal, a organizaciones de la sociedad civil, así como instituciones académicas. Porque el fin del derecho y la ciencia es la búsqueda de la verdad y el fortalecimiento del sistema de justicia.



## **CAPÍTULO I**

### **1. La familia**

Es la forma de organización más antigua de la raza humana, los hombres por diversas razones tienden a relacionarse entre sí, lo que ha supuesto para los estudiosos de las ciencias sociales un tema de difícil tratamiento. Conocer, aún someramente, la transformación que a través de la historia sufrió la familia, permite no sólo comprender el papel que el individuo desempeñó en las distintas etapas históricas, en el ámbito de las relaciones más íntimas, sino también revisar concepciones impregnadas más que de fundamentos científicos, de preceptos y motivaciones ideológicas tales como por ejemplo, afirmar que al orden natural pertenece la estructura paternalista de la descendencia; también, dicho conocimiento permite evaluar críticamente la estructura y desenvolvimiento que hoy presenta la prole.

#### **1.2 Origen y definición de la familia**

Este es un tema que pertenece fundamentalmente al campo de la sociología y en ésta es objeto de opiniones diversas por razón de la complejidad que encierra la materia. Según la tradición católica, el origen indiscutible de la familia es biológico, pero es un factor cultural de trascendencia importante en la vida humana, tanto desde el punto de vista de su ser social como con su personalidad en el matrimonio monogámico y en la preeminencia marital.



Sin embargo, no es una institución natural sino es un producto evidentemente cultural, que ha existido desde el comienzo de la humanidad. Es la más antigua y ha evolucionado según épocas, lugares y condiciones de territorio obedeciendo a hábitos y costumbres de cada pueblo.

Dicha evolución, puede concretarse, en general, a tres etapas: La primera caracterizada por un grupo de familias bajo la autoridad de un jefe en común, llamada clan; luego junto con el Estado, nace la gran familia cuyo tipo clásico es la familia romana primitiva sometida a la autoridad del pater familias, único dueño de los bienes y con poderes muy amplios, posteriormente llega la pequeña familia constituida por el núcleo paterno filial, la cual perdura hasta la actualidad.

En cada una de las etapas se presentan cambios en la familia desde tres puntos de vista: Político, económico y social.

Para la mayoría de historiadores, parece ser que en el derecho germano se sigue un sistema parecido. Las demás notas que caracterizan la organización patriarcal primitiva se van atenuando, debido a la enorme trascendencia e influencia del cristianismo.

La antigua incomprensible rudeza de la palabra potestad de ella se atenúa cesiblemente; la autoridad absorbente del marido sobre la mujer tiende a desaparecer, en virtud del principio de igualdad de sexos, dejándole reducido a sus verdaderas





proporciones, se eleva el matrimonio a condición de sacramento y se proclama el principio fundamentalmente de la indisolubilidad del vínculo.

Federico Püig Peña, tratadista, haciendo un análisis de la familia sostiene que: "La promiscuidad o libertad sexual predominó en un principio, haciendo imposible concebir un tipo de familia propiamente, así como determinar alguna filiación pasando por el matriarcado, con distintas formas de matrimonios, generalmente por grupos, en que tampoco la filiación podía determinarse, hasta que se significó la importancia de una sola mujer, de lo cual derivó inicialmente la filiación materna como la única valedera, habiéndose más tarde llegado a la forma que se conoce como matriarcado, que por muchos autores se considera, con la monogamia, base de la familia como ahora es concebida."<sup>1</sup>

Federico Engels, uno de los grandes fundadores del marxismo y escritor de muchas obras fundamentales del socialismo moderno respecto al tema se refiere de la siguiente forma: "Antes de 1870 no existió una historia de la familia, predominando el influjo de los cinco libros de Moisés, con la forma patriarcal de la familia como la más antigua; siendo hasta en 1861, con la publicación de la obra derecho moderno, de Bachofen, que se marca el inicio sistemático de esa historia, dando un avance formidable en el año 1871 con los estudios del norteamericano Lewis H. Morgan."<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Püig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil mexicano.** Pág. 6.

<sup>2</sup> Engels, Federico. **El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado.** Pág. 197.

Los posteriores y los nuevos estudios han hecho mayormente aunar criterios al propósito del inicio y desarrollo de la familia, debido a la falta de una secuencia lógica e históricamente uniforme de dicho desarrollo en las regiones y pueblos.

### **Definición de familia**

Para el tratadista Federico Püig Peña, si se piensa en un concepto de familia: "Como en un conjunto de personas que conviven bajo un mismo techo, en un mismo domicilio, sirviendo la casa como un punto localizado de sus actividades y su vida se le relaciona con los bienes y no con los vínculos de la sangre, de donde se deriva propiamente el concepto: La familia es una rúbrica que une a los individuos que llevan la misma sangre, se está en el primero, ante un concepto popular y en el segundo ante el concepto propio de familia."<sup>3</sup>

Francisco Messineo jurista italiano, en sentido estricto sobre el tema opina: "Es el conjunto de dos o más individuos que viven ligados entre sí, por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible, de matrimonio, de parentesco o de afinidad (familia en sentido naturalístico), y que constituye un todo unitario; y agrega que, en sentido amplio, pueden incluirse, en el término familia, personas difuntas (antepasados, aun remotos), o por nacer; familia como estirpe, descendencia, continuidad de sangre o bien, todavía en otro sentido, las personas que contraen entre sí un vínculo legal que imita el vínculo del

---

<sup>3</sup> Püig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 3.



parentesco de sangre (adición) familia civil.”<sup>4</sup>

Püig Peña, nuevamente se refiere a que ésta es: “Aquella institución que asentada sobre el matrimonio, enlaza, en una unidad total a los cónyuges y sus descendientes para que, prescindida por los lazos de la autoridad y sublimada por el amor y respeto, se de satisfacción a la conservación, propagación y desarrollo de la especie humana en todas las esferas de la vida.”<sup>5</sup>

Rafael Rojina Villegas, citado por Püig Peña expone, por su parte, en sentido estricto lo siguiente: “Comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entre tanto estos no se casen y constituyan una nueva familia, que el parentesco de adopción, como el adoptado adquiere la situación jurídica de un hijo, con todos los derechos y obligaciones de tal queda incorporado a la familia del adoptante.”<sup>6</sup>

Finalmente, de acuerdo con las consideraciones que anteceden, considero que ésta institución protegida por el Estado cuyo fin principal es procrear y educar a los hijos si los tuvieron, en un ambiente de amor y respeto en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además de manera excepcional, el parentesco por adopción.

---

<sup>4</sup> Messineo, Francisco. **Manual de derecho civil**. Pág. 33.

<sup>5</sup> Püig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 4.

<sup>6</sup> Rojina Villegas, Rafael. **Ibíd.**



### **1.3 Regulación jurídica de la familia**

Cualquiera sea el concepto que se considere mas aceptable de la familia es innegable que está a través del tiempo ha sido considerada como la génesis de toda sociedad jurídica y políticamente organizada. No cabe duda que el tema juega un papel muy importante, no sólo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su relación familiar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de diciembre de 1948, establece, en el Artículo 25, que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar..." así como otras condiciones fundamentales para la existencia que enumera dicho precepto. Si bien esa referencia a la familia no puede interpretarse como una consagración internacional de la misma, si se pone de manifiesto el interés del conglomerado de naciones en esa importante forma de la organización social, que da como existente.

La significación que en Guatemala, se ha dado a la regulación jurídica de la familia, es evidente. Las constituciones promulgadas en 1945 y 1956, así como la de 1965 y 1985, incluyen entre sus disposiciones un capítulo relativo a la familia, considerándola como elemento fundamental de la sociedad e imponiendo al Estado la obligación de emitir leyes y disposiciones que le protejan. En la legislación penal se ha promovido el



delito de negación de asistencia económica y el delito incumplimiento de asistencia, en el orden familiar, Artículos 242 al 245 Código Penal.

La familia es considerada como una parte, quizás la más importante del derecho civil, consecuentemente es materia del derecho privado. La familia es la segunda institución del derecho civil en virtud de que el hombre no es considerado por el derecho en forma aislada, sino como integrante de una comunidad primaria impuesta por la diferenciación de sexos y edades. Derivado de ese presupuesto, la naturaleza jurídica de la familia es eminentemente privada porque depende directamente del derecho civil.

#### **1.4 Naturaleza de las disposiciones legales relativas a la familia**

En principio las normas del derecho de familia tienden a proteger ésta institución por lo que éste derecho está constituido por un conjunto de normas reguladoras del matrimonio y sus implicaciones, paternidad y filiación, patria potestad y tutela, alimentos adopción y todo lo referente al estado civil de las personas.

Al respecto de lo anterior, el tratadista Federico Püig Peña, señala con relación al tema lo siguiente: "Tradicionalmente ha sido considerada la familia como una parte, quizás la más importante, del derecho civil; o sea como una parte del derecho privado. En todo el decurso de la evolución histórica de la familia, siempre se ha venido situando fundamentalmente en el Derecho Civil, formando, con los derechos reales, de crédito y de sucesiones, la cuatripartición clásica de aquella rama fundamental de las relaciones jurídicas. Pero en los últimos tiempos, gran número de tratadistas estimaron la

naturaleza privada de este derecho como poco correcta y fuera por así decirlo, de los principios fundamentales de la técnica del Derecho.”<sup>7</sup>

Para el civilista italiano, Antonio Cicu, citado por Rafael Rojina Villegas, sostiene: “Que el derecho de familia que generalmente se le trata como una parte del derecho privado, disiente de esa concepción tradicional y afirma que el derecho de familia debe ser estudiado y expuesto sistemáticamente fuera de ese campo del derecho.”<sup>8</sup>

Si la distinción entre el derecho público y el derecho privado argumenta el autor citado, inicia: “De la diversa posición que al individuo reconoce el Estado (posición de dependencia con respecto al fin en el derecho público y de libertad en el derecho privado), en el derecho de familia la relación jurídica tiene los caracteres de la relación de derecho público: interés superior y voluntades convergentes de organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella sino esporádica y embrionariamente una organización de sus miembros, se le confían funciones, temporales y a veces accidentales, siendo designadas a priori las personas a las cuales se les encomienda.”<sup>9</sup>

No obstante, el mismo autor, es reacio en admitir que el derecho de familia deba incluirse en el derecho público al afirmar que: “Si el derecho público es del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavía a la familia frente al Estado, una libertad

<sup>7</sup> Püig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 14.

<sup>8</sup> Citado por Rojina Villegas, Rafael. **Ob.Cit.** Pág. 19.

<sup>9</sup> Citado por Rojina Villegas, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 120.



y autonomía de la misma naturaleza que la privada), si no porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos intereses de la generalidad, por lo cual, no ésta organizada como éstos. Por tanto, al derecho de familia se le podría asignar un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado; es decir, que la bipartición podría ser sustituida por una tripartición que respondería a las características particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado público.”<sup>10</sup>

Las ideas del civilista italiano, Antonio Cicu, que fueron citadas en la obra de Rafael Rojina Villegas,<sup>11</sup> fueron recibidas con particular interés. Han dado origen a criterios en pro y en contra de las mismas. Ahora se ha tratado de ponerlas en su justo lugar, reconociendo su importancia, pero estimándose que en las normas relativas al derecho privado, porque si bien es cierto que la ingerencia estatal en asuntos concernientes al ámbito de la familia se presenta ahora con mayor intensidad, esto no implica necesariamente que las normas fundamentales relativas a dicha institución social tengan carácter público, así como tampoco que haya necesidad de ampliar a tres las dos tradicionales ramas del derecho, si debe reconocerse que las disposiciones legales sobre la familia tienen un cariz especial sobre todo en lo que a la obligatoriedad y al formalismo se refiere, más no debe perderse de vista que la familia en sí y las relaciones que de ellas se derivan, pertenecen a la esfera propia e íntima de la persona, imposible de adecuarse con certeza en el radio de acción del derecho público y no ameritan crear otra rama del derecho.

---

<sup>10</sup> Rojina Villegas, Rafael. *Ob. Cít.* Pág. 16 y 19.

<sup>11</sup> *Ibid.*

## 1.5 División del derecho de familia

Gautama Fonseca, jurista hondureño, se refiere a la división afirmando que: “El derecho de familia, lo mismo que la mayoría de las disciplinas jurídicas, pueden dividirse en derecho de familia objetivo y derecho de familia subjetivo. En sentido objetivo se entiende por derecho de familia al conjunto de normas que regulan el nacimiento, modificación y extinción de las relaciones familiares. En sentido subjetivo, derecho de familia es el conjunto de facultades o poderes que pertenecen al organismo familiar como tal o a cada uno de sus miembros. El derecho de familia objetivo a su vez, en derecho de familia personal y derecho de familia patrimonial. El primero tiene como función regir las relaciones personales de los sujetos que integran la institución familiar; el segundo ordenar todo lo concerniente al régimen económico de la familia. Se divide también el derecho de familia en derecho matrimonial, que tiene a su cargo todo lo relativo a este acto y al estado de cónyuges, y en derecho de parentesco, que se ocupa de la reglamentación de los vínculos que se derivan de la sangre (consanguinidad); del matrimonio o del concubinato (afinidad); o de actos voluntarios regulados por la ley (adopción). Las tutelas y curatelas, aunque no constituyen una relación familiar propiamente dicha, por razones históricas y de utilidad sistemática se estudian dentro del derecho de familia.”<sup>12</sup>

El tratadista, Federico Püig Peña, al referirse a la ubicación que deben tener las normas relativas al derecho de familia, expone: “En el derecho de Familia, igual que en cualquier rama jurídica, es factible establecer la primordial distinción entre derecho

---

<sup>12</sup> Fonseca, Gautama. **Curso de derecho de familia**. Pág. 14.





subjetivo y objetivo.”<sup>13</sup>

También el tratadista da una definición en lo que al respecto señala como derecho Subjetivo y derecho objetivo; de la forma siguiente:

“Será derecho de familia subjetivo aquel conjunto de facultades que pertenecen a la entidad familiar como tal o a sus diversos miembros como emanados de la especial configuración que la familia tiene en el derecho. Derecho de la familia objetivo será el conjunto de normas que disciplinan las situaciones emergentes de las relaciones familiares. En el sentido objetivo es frecuente, entre los autores, dividirlo en derecho de familia puro o personal y derecho patrimonial o aplicado a los bienes familiares. El primero regula los vínculos personales de la organización y se puede decir que es el propio derecho de familia, y en el que se dan además, como se nota de relieve, los caracteres fundamentales que antes se pusieron de manifiesto. El segundo regula los vínculos patrimoniales que se derivan de la relación familiar y aunque reciben también la sustancia propia del grupo, parece se acerca más a las otras ramas del derecho civil. Por eso, tanto la antigua doctrina como algunos Códigos (entre ellos el español), desglosan todo lo referente al derecho patrimonial para incluirlo dentro del régimen general de los contratos y obligaciones, dejando sólo en el lugar propio del derecho de familia el puro o personal. En los modernos tiempos, sin embargo, este sistema se ha censurado con justicia por los tratadistas, pues se dice, con razón, que rompe la unidad de la doctrina disgregando las instituciones que deben estar unidas.”<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Püig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 25.

<sup>14</sup> Püig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 25.



El Código Civil vigente regula unitariamente la familia, dedicando el título II libro I que en los respectivos capítulos trata del matrimonio, la unión de hecho, el parentesco, la paternidad, filiación matrimonial, extramatrimonial, la adopción, patria potestad, alimentos, tutela, patrimonio familiar y el registro.

El Código Procesal Civil y Mercantil regula aspectos ligados al proceso, es decir, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el Código Civil y al respecto conoce del juicio ordinario, juicio sumario, juicio oral, juicio ejecutivo.

La ley de Tribunales de Familia es la ley específica que regula todo lo relativo al derecho de familia, y surge con el propósito de tratar de manera especial y privativa las controversias que se suscitan derivadas de las relaciones familiares, dentro de dicha ley, se encuentran constituidos los juzgados de familia, las salas de apelaciones y como un tercer órgano jurisdiccional que conoce de asuntos de familia los juzgados de paz en todos aquellos municipios donde no haya tribunal de familia ni juez de primera instancia del ramo civil.

### **Regulación legal del derecho de familia**

Cualquiera que sea el concepto más aceptable de la familia, a través de los siglos y en las actuales estructuras sociales, ha tenido singular importancia como origen de la sociedad, por esta razón las legislaciones de los distintos países promueven la organización familiar tomando como base jurídica el matrimonio por considerarlo una institución social.



La base jurídica de la familia, como ya quedó establecida, es el matrimonio, pues es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del Derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad. Es decir que la institución social, sancionada públicamente, que une a un hombre y a una mujer bajo diversas formas de mutua dependencia y, por lo general, con el fin de crear y mantener una **familia**. Dada la necesidad que tienen los niños de pasar por un largo periodo de desarrollo antes de alcanzar la madurez, su cuidado durante los años de relativa indefensión parece haber sido la razón principal para la evolución de la estructura de la familia. El matrimonio como contrato entre un hombre y una mujer existe desde la antigüedad. Su práctica social mediante acto público refleja el carácter, el propósito y las **costumbres** de la sociedad en la cual se realiza.

Luego de celebrado el primer Congreso Jurídico Guatemalteco, Tomó impulso la importancia de poder separar a los órganos jurisdiccionales tanto en materia civil como en materia familia, el problema existente consistía en que eran los mismos jueces que conocían los procesos privativos de ambas materias, de esta cuenta al analizar la problemática existente, toma forma legal, a partir de 1960; el prototipo del órgano jurisdiccional cambia, creándose así los tribunales de la institución conocida como familia.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social: "Reconoce a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y,



el Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz...”

El Artículo uno de la Constitución indica: Protección a la persona. “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

Dentro de los derechos humanos que incluyen los derechos individuales establecidos en la Carta Magna que tienen relación con el Derecho de Familia, se encuentran:

1. Derecho a la vida, según el Artículo tres “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.
2. Derecho de petición: Artículo 28 “Los habitantes de la República de Guatemala, tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley...”
3. Libertad de religión: Artículo 36, el cual se resume en indicar que establece el ejercicio de todas las religiones de manera libre por parte de los ciudadanos sin ninguna prohibición.
4. Derechos inherentes a la persona humana: Artículo 44, preceptúa que: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social



prevalece sobre el particular”.

5. **Preeminencia del Derecho Internacional:** Se establece el principio general de que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno tal como lo estipula el Artículo 46.

6. Entre los derechos sociales, se encuentra la protección a la familia, el Artículo 47 estatuye: “El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”.

7. Dentro de los derechos sociales, se regulan:

- a. Lo relativo a la unión de hecho.
- b. Matrimonio.
- c. Igualdad de los hijos.
- d. Protección de menores y ancianos.
- e. Maternidad.
- f. Minusválidos.
- g. La adopción.
- h. La obligación de prestar alimentos.
- i. Acciones contra causas de desintegración familiar.

Todo lo anterior, se encuentra regulado en los Artículos 48 al 56 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

8. Establece el derecho a la cultura, a la educación, al deporte, a la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, como parte fundamental de la familia, eje de toda sociedad.

En el Libro I Título II del Código Civil, se indica lo relacionado con la familia y de ello se desprende la normativa que regula las relaciones que se dan en los siguientes asuntos:

**Matrimonio**, etimológicamente significa: “carga, gravamen, o cuidado de la madre, viene de la palabra *matris* y *minium*, carga o cuidado de la madre más que el padre, porque si así no fuere, se hubiere llamado patrimonio”.<sup>15</sup> El Código Civil, regula lo relativo a la institución, tal es el caso de los impedimentos para contraer matrimonio, celebración del matrimonio, deberes y derechos que nacen del matrimonio, régimen económico del matrimonio, insubsistencia y nulidad del matrimonio, del divorcio y la separación, sus efectos del Artículo 78 al 172 del Código Civil.

**Unión de hecho**: se entiende como la legalización de la unión entre dos personas hombre y mujer que hayan convivido por más de tres años y que tiene los mismos efectos jurídico-sociales que el matrimonio, cuando procede declarar, el cese de la misma. Se regula de los Artículos 173 al 189 del Código Civil.

**Parentesco**: se concibe como el vínculo que liga a una persona con otra como

---

<sup>15</sup> Valverde, Calixto D. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 16.

consecuencia de la descendencia de un mismo tronco consanguíneo por alianza afinidad o voluntad adopción. Se regula en el Artículo 190 al 198 del Código Civil.

**Paternidad y Filiación Matrimonial y Extramatrimonial:** se encuentra regulado del Artículo 199 al 227 del Código Civil.

**Adopción:** Tal como lo indica el Artículo 228 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...”. Se encuentra establecida en el Código Civil del Artículo 228 al 251.

**Patria potestad:** Se entiende como el conjunto de facultades y derechos de quienes la ejercen con el objeto de salvaguardar a la persona y bienes de los menores hijos, se regula en los Artículos 252 al 277 del Código Civil.

**Los alimentos:** Tal como lo establece el artículo 278 “la denominación de alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y también educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”. Se regula del Artículo 278 al 292 del Código Civil.

**Tutela:** Es una institución que forma parte del derecho de familia creada para la protección de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad y de las personas incapacitadas para gobernarse así mismos, se regula del Artículo 293 al 351 del Código Civil.



**Patrimonio familiar:** Como lo establece el Artículo 352 del Código Civil: “Es la institución jurídico-social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia”. Se regula del Artículo 352 al 368 del Código Civil.

El Código Procesal Civil y Mercantil regula aspectos ligados al proceso; es decir, hace posible la instrumentalización de la ley sustantiva contenida en el Código Civil y al respecto conoce: Juicio ordinario, juicio oral, juicio ejecutivo en la vía de apremio.

A) **Del Juicio Ordinario:** La jurisdicción ordinaria es la que regula los casos en general que no tengan señalado un procedimiento especial, como ejemplo: el divorcio o la separación, la nulidad del matrimonio.

B) **Juicio Oral:** Dentro de las características fundamentales del proceso oral, se encuentra que el mismo se sustancia por medio de la palabra y tiene la finalidad de obtener la declaración de voluntad a través del cumplimiento de los principios de celeridad, economía, publicidad, oralidad, concentración e inmediación procesal y otros. Entre los asuntos que se tramitan se encuentran: los de menor cuantía, relativos a la obligación de prestar alimentos, la rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta obligación la ley o contrato. La división de la cosa común y las diferencias que surgieren entre los copropietarios en relación a la misma, la declaratoria de jactancia, los asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía.

C) **Juicio Ejecutivo en la vía de apremio:** Este litigio, como los demás procesos de





ejecución, van dirigidos a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena y entre sus principales características se encuentran: Que es coercitivo, su trámite es abreviado y debe de existir un título ejecutivo. El título ejecutivo debe entenderse como el documento que apareja ejecución, porque prueba por sí mismo la certeza del derecho u obligación cuya observancia se reclama. Para el caso del derecho de familia, se puede citar por ejemplo lo relativo a la ejecución de las sentencias en las que se fija una pensión alimenticia, la cual no ha sido ejecutada por el incumplimiento de la parte demandada.

La Ley de Tribunales de Familia, es la ley específica que regula todo lo relativo al derecho de familia, y como ya ha quedado indicado con anterioridad, surge con el propósito de tratar de manera especial y privativa las controversias que se suscitan derivadas de las relaciones familiares. Tal como lo indica el Artículo tres de la ley, se encuentran constituidos los tribunales de familia por:

1. Juzgados de familia que conocen de los asuntos de Primera Instancia, y
2. Por las Salas de Apelaciones de Familia, que conocen en segunda Instancia de las resoluciones de los Juzgados de Familia.
3. Como un tercer órgano jurisdiccional que conoce los asuntos de familia, lo representan los Juzgados de Paz, pues tal como lo dispone el Artículo tres del Decreto ley 239, el que indica: "En los municipios donde no haya tribunales de familia ni juez de Primera Instancia Civil, los jueces de Paz conocerán en Primera Instancia de los asuntos de familia de menor cuantía, salvo que los interesados acudan directamente a aquellos".

Dentro de las características que contempla la Ley de Tribunales de Familia y que fue la

base para la organización de los mismos, se encuentra:

- a. Impulsado de oficio.
- b. Tiene carácter realista, objetivo y protector de los débiles.
- c. Es oral, pues se realiza regularmente por medio de audiencias, con constancia escrita de lo más indispensable.
- d. Es esencialmente antiformalista.
- e. Con amplia facultad pesquisidora del juez, suficiente flexibilidad y poder discrecional en su actuación para requerir la verdad y recabar la prueba que estime necesaria.
- f. Sistema probatorio regido por la sana crítica y aceptación de la prueba en conciencia para determinados casos .
- g. Rapidez, economía fundamentalmente en problemas de alimentos.
- h. Con un sistema de medidas coactivas de protección, de aplicación rápida y eficaz.
- i. Regido por el principio de concentración procesal.
- j. Regido a sí mismo por el principio de Inmediación, que establezca el necesario contacto entre el juez y las partes.

Los procesos que se tramitan en los juzgados de familia:

- Vía ordinaria.
- Oral.
- Ejecutiva.
- Ejecutiva de Apremio.
- Providencias Cautelares.
- Diligencias Voluntarias.
- Asuntos de Violencia Intrafamiliar.



La determinación de la competencia de los Tribunales de familia ésta regulada específicamente en el Decreto Ley 206, emitido con base en las facultades que el entonces Jefe de Gobierno Coronel Enrique Peralta Azurdia y cuyo decreto fue el resultado de la importancia que en ese entonces, cobró el Primer Congreso Jurídico Guatemalteco, le compete a los Tribunales de Familia conocer de los siguientes asuntos: El conocimiento de jurisdicción de los tribunales de familia, de los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.

Además de los que se ampliaron con la Circular de la Corte Suprema de Justicia No. 42/AH que se encuentra también dentro de la Ley referida, se encuentran:

- a. Modo de suplir el consentimiento para contraer matrimonio o autorización judicial para contraer matrimonio.
- b. Controversias relativas al régimen económico del matrimonio.
- c. Insubsistencia del matrimonio.
- d. Diligencias de asistencia judicial gratuita para litigar en asuntos de familia.
- e. Declaratoria de jactancia cuando tenga relación con asuntos de familia.
- f. Recepción de pruebas anticipadas, tendientes a preparar un juicio de índole familiar.
- g. Ejecuciones en vía de apremio o en juicio ejecutivo, según el título, cuando sean de un asunto familiar.
- h. Voluntarios de asuntos que tengan relación con la familia.
- i. Disposiciones relativas a la administración de bienes de menores, incapaces y



ausentes.

- j. Medidas de garantía en asuntos de familia.
- k. Tercerías cuando sean interpuestas en un caso de familia.
- l. Consignaciones de pensiones alimenticias.

Lo anterior, se resume indicando que los jueces de paz, únicamente se encuentran facultados para conocer de los juicios de alimentos y ejecuciones en esa materia, pues en cuanto a esto último, se constituye la posibilidad de atender asuntos de mayor o ínfima cuantía, que ayudan a descongestionar y acelerar el conocimiento de estos procesos.

En cuanto al capítulo uno, puedo decir que servirá de base para el desarrollo del trabajo de tesis pues comprendió lo relacionado a la familia como génesis de nuestra sociedad, distintos puntos de vista de estudiosos de las ciencias sociales, el desarrollo de esta institución como producto de los cambios, sociales, económicos y políticos que ha sufrido nuestra sociedad y que repercute en ella. Así como también, la forma como la legislación se ha modificado en algunos casos, para hacerla más acorde a nuestra realidad. Por tanto, considero que las leyes relacionadas al regular asuntos familiares tienen que ser dinámicas y acordes a la actualidad.

Con base a lo anterior, se puede establecer que la institución de **La familia** como casi todas las instituciones jurídicas presenta dos aspectos: un aspecto individual y un aspecto social, porque la familia puede ser considerada en su conjunto de relaciones, que se traducen en derechos y obligaciones recíprocos establecidos entre los individuos



que la forman para crear relaciones personales entre ellos y realizar fines individuales, o puede también ser considerada desde el punto de vista social, como una entidad sociológica formada por un conjunto de personas que tienen fines sociales que realizar y que deben mantener relaciones entre ese grupo llamado familia y el Estado.

La familia de padres casados en segundas nupcias es la que se crea a raíz de un nuevo matrimonio de uno de los padres. Este tipo de familia puede estar formada por un padre con hijos y una madre sin hijos, un padre con hijos y una madre con hijos pero que viven en otro lugar o dos familias monoparentales que se unen. En estos tipos de familia los problemas de relación entre padres no biológicos e hijos suelen ser un foco de tensiones, especialmente en el tercer caso.

Todos los países industrializados están experimentando tendencias familiares similares a las de Occidente. La mejora de los métodos de control de natalidad y la legalización del aborto han reducido de forma considerable el número de familias monoparentales no autosuficientes. El número de divorcios está aumentando incluso en aquellos países donde las trabas religiosas y legales son muy fuertes. Además, en todas las sociedades industriales están apareciendo unidades familiares más pequeñas con una fase pospaternal más larga.



## CAPÍTULO II

### 2 La patria potestad

El origen de este término deviene de los vocablos latinos *pater* y *potestad*, que significan padre y poder o lo que sería igual al traducirlo como el poder del padre, absoluto e indefinido sobre los hijos.

Guillermo Cabanellas, jurista e historiador refiriéndose a la patria potestad afirma que: “es el conjunto de derechos y deberes que al padre y, en su caso, a la madre corresponden en cuanto a sus hijos no emancipados”.<sup>16</sup>

La relación paterna filial, caracterizada por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad para los progenitores, el que legalmente es denominado patria potestad. Esta no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

Toda vez que la unión y la procreación constituyen los hechos biológicos básicos que presuponen las relaciones jurídicas familiares. Ya que, ésta determina la filiación, a su

---

<sup>16</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 297.



vez con ella se importa el establecimiento de un complejo de relaciones entre progenitores e hijos, que en ámbito de derecho de familia, satisfacen requerimientos de asistencia, protección y representación de éstos.

De modo entonces, que a través de la familia se consolidan imperativos fundamentales y cumple una función como centro de perpetuación de la especie, de naturaleza ética, que la ley no podría desconocer.

La historia de este término nos demuestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad como poder; es decir, refiriéndose a un derecho, y el de un deber, o sea el poder exclusivo del padre o como autoridad conjunta del padre y de la madre.

Una clara síntesis de la evolución de la patria potestad, consiste en el conjunto de derechos y deberes que obligan a los progenitores en cuanto a las personas y bienes de los hijos menores de edad, cuya correcta, sana, justa y eficaz aplicación es, garantizada por el Estado de Guatemala a través de los tribunales de familia, los que por medio de sus sentencias están en la obligación de hacer que se cumpla con el objetivo.

Esta noción preliminar, refleja la situación actual de la institución, que dista del derecho romano, originalmente con el nombre de manus, de donde procede en espíritu y casi





totalmente en la letra; al término referido.

En este ordenamiento, la condición de padre de familia implicaba una auténtica facultad o autoridad; es decir, un compendio de derechos sin deberes, por estimarse los hijos la propiedad absoluta del hombre.

El pater familia de Roma ejercía su poder doméstico no sólo sobre la mujer propia y los hijos, sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos, es oportuno resaltar que durante aquella época, si bien sus facultades se concretaban más especialmente en la prole.

Esta soberanía doméstica fue reconocida expresamente en las XII tablas con carácter absoluto sobre vida y muerte de los hijos y sujetos al pater familia, aunque para privarles de la vida o de la libertad se estima que el jefe de familia debía convocar al consejo de la misma, integrado por los miembros de la gen, especialmente los hermanos que a su vez fueran también padres de familia. Absoluta en su contenido, también lo era en el tiempo, ya que duraba mientras el padre viviera, aunque podía salirse de su dominio para entrar en la de otro ciudadano, bien por matrimonio, adopción o arrogación.

Los hijos, aun ganándolos por sí mismo, no eran dueños de bienes algunos, ni podían otorgar, testamento mientras estuvieran vivos sus progenitores, tampoco realizar



negocios de enajenación o gravamen, pero sí tenían capacidad para realizar transacciones que sirvieran como un instrumento de adquisición para el pater y para obligarse como deudor.

Toda esa severidad primitiva, fue atenuándose en la evolución del derecho romano con la desaparición del *jus viateet necis*, con la creación de los peculios, con la emancipación, la manumisión y con otras instituciones liberadoras en mayor o menor grado de los sujetos a la patria potestad. Invirtiendo violentamente las ideas, algunos autores modernos llegan a la conclusión, sin duda, de que al referirnos a este tema no integra sino una serie de deberes para los padres.

Diego Espin Canovas, civilista destacado y doctor en jurisprudencia, abordando el tema establece que: "La única patria potestad que ha existido ha sido la romana, agrega; aunque hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas. En sustancia, esto que llamamos hoy patria potestad es una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad."<sup>17</sup>

Con criterio más certero, la iglesia caracteriza ha esta institución jurídica como autoridad y protección confiada a la ley, del padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda la familia. Fundada en la naturaleza que ha establecido el

---

<sup>17</sup> Espin Canovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág. 120.



amor de los progenitores y el reconocimiento de los hijos que en su base, recibe su forma del derecho civil. Éste ha fijado los límites del poder paterno, le ha señalado los derechos y le ha prescrito obligaciones.

El poder anteriormente citado, es emanado de la naturaleza y confirmado por la ley, que otorga al padre y a la madre, por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas, y la administración y goce de los bienes de sus hijos. En familia, el padre, como legislador, dicta reglas de conducta, como juez corrige y castiga con moderación a sus hijos, como tutor vela por el trabajo y conservación de sus bienes.

La patria potestad, entonces, ya no es el supremo poder paterno sobre los hijos y sus bienes. Es más que todo, una función eminentemente tuitiva o tutelar, concedida por la ley al padre y a la madre para el debido cuidado y orientación de los hijos y para la correcta administración de los bienes de éstos. Esta facultad ha quedado enmarcada en un conjunto de preceptos normativos, que tienen una señalada y acusada naturaleza de orden público en razón de la debida protección que necesitan y merecen las personas que no pueden valerse por sí mismas, específicamente los hijos menores en estado de interdicción.

## **2.1. Definición y características de patria potestad**

La patria potestad se puede definir como: Una institución jurídica por virtud de la cual

los padres ejercen el deber de alimentar y representar legalmente a sus hijos menores e incapacitados, así como administrar sus bienes en la medida que sea necesario. Ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

Julio López del Carril, jurista aporta la siguiente definición: "La patria potestad, data del derecho romano. Es tan antigua como aquel derecho. Es en este derecho en el que alcanza su mayor desarrollo. Sin embargo, se imponían en ésta época las relaciones de propiedad de los padres sobre los hijos. Y la historia nos enseña como se ejercitaba esta calidad, con facultades que otorgaban derecho sobre la misma vida del hijo o de la hija (*jus viate et necis*: el derecho sobre la vida o la muerte)."<sup>18</sup>

Al respecto Alfonso Brañas, jurista guatemalteco expresa que: "Sin embargo, es necesario definir las relaciones entre padre e hijos, si bien los teóricos no han sabido darles la naturaleza real, tal es el caso que se considera que la única patria potestad que existe es la del derecho romano, y que hoy tan sólo conserva su nombre, mientras

---

<sup>18</sup> López Del Carril, Julio. **Patria potestad, tutela y curatela**. Pág. 1.



que el contenido no es más una sumisión del padre como servidor de los hijos.”<sup>19</sup>

Espín Canovas, jurista español argumenta lo siguiente: “La patria potestad es una autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda su familia.”<sup>20</sup>

Castán Tobeñas, jurista civilista español indica: “La historia de esa institución (la patria potestad) nos muestra, en efecto, un doble proceso muy interesante: de la patria potestad poder (derecho), a la patria potestad función (deber), y de la patria potestad como poder exclusiva del padre.”<sup>21</sup>

Eduardo Georges Ripert y Marcel Planiol tratadistas exponen: “La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones.”<sup>22</sup>

Federico Püig Peña tratadista expresa que: “Los hijos mayores de edad permanecerán bajo la patria potestad solamente que hayan sido declarados en estado de interdicción. Interdicción jurídica por medio de la cual los padres asumen la dirección y asistencia de

---

<sup>19</sup> Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Pág. 287.  
<sup>20</sup> Espín Canovas, Diego. **Diccionario de derecho privado.** Pág. 354.  
<sup>21</sup> Castán Tobeñas, José. **Derecho civil.** Pág. 198.  
<sup>22</sup> Marcel, Planiol y Georges Ripert, Eduardo. **Derecho civil.** Pág. 255.

sus hijos menores en la medida que reclamen las necesidades de éstos.<sup>23</sup>

Por su parte, la normativa en el país indica en el Artículo 252 del Código Civil: En el matrimonio y fuera él, al estar preceptuado: “La patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho, y por el padre o la madre, en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso”.

José Castán Vázquez, doctor en derecho la define como: “Conjunto de Derechos y Deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de los hijos no emancipados como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.”<sup>24</sup>

El Artículo 253 del Código Civil establece las obligaciones de ambos padres: “El padre y la madre están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad”.

Para Rafael De Pina jurista, indica que esta institución jurídica es: “El conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a los bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida

---

<sup>23</sup> Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**. Pág. 235.

<sup>24</sup> Castán Vázquez, José María. **La patria potestad**. Pág. 9.

necesaria.<sup>25</sup>

El Artículo 254 del Código Civil establece sobre la representación del menor o incapacitado: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condición”.

### **Características de la patria potestad**

Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, regulada en el Código Civil, no es más que el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los padres respecto de sus hijos.

En la actualidad como está estipulada en el ámbito legal la patria potestad, le son aplicables las siguientes características:

- a. La patria potestad se aplica exclusivamente como un régimen de protección a menores no emancipados.
- b. Es obligatoria, pues los padres tienen la patria potestad a no ser que la misma ley los prive de la patria potestad o los quite de su ejercicio.
- c. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no

---

<sup>25</sup> De Pina, Rafael. **Elementos de derecho civil mexicano**. Pág. 375.



ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

d. La patria potestad es un régimen de protección que ofrece las mayores garantías de protección de los menores no emancipados porque cuenta con el concurso de los protectores naturales de éstos.

e. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Es importante señalar que los cónyuges pueden disponer sobre la guarda del hijo en el escrito de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, pero éste es un caso en que la ley lo permite.

f. La patria potestad es irrenunciable y en todas las cuestiones relacionadas con el estado civil y el derecho de familia, sólo son válidas las convenciones expresamente autorizadas por la ley, de manera que las que no se amparan en las normas jurídicas conducentes, adolecen de nulidad. Esto significa que en tales casos, no existe ni funciona el principio de la autonomía de la voluntad, que opera en el derecho patrimonial.

g. Constituye una labor gratuita, porque es un deber natural de los padres.

h. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.

**Asistencia protectora:** Se podría decir que los derechos que esta figura jurídica, les otorga a los padres no se constituyen propiamente en poderes sobre los hijos, porque las facultades que la ley les confiere a los progenitores no son en beneficio de éstos





sino de los menores.

**Asistencia formativa:** Es aquella que comprende el cúmulo de actividades que realizan los padres con el propósito de brindarles educación profesional, moral y religiosa a sus hijos.

## **2.2 Derechos y obligaciones que surgen de la patria potestad**

En relación ha esta institución, los tratadistas emplean la palabra derechos e indistintamente, en otro ángulo, las palabras deberes y obligaciones en lo que a las relaciones entre padres e hijos concierne. El Código Civil utiliza dichas expresiones. En vista de la peculiar naturaleza de la institución, resulta difícil deslindar claramente, en ese ámbito de la conducta humana, íntimo de por sí; lo que es simple deber de lo que es obligación propiamente dicha y lo que es un derecho en el estricto sentido de la palabra.

El Código Civil guatemalteco no es sistemático al tratar y desarrollar esta materia, no precisa con exactitud, ni expone con orden, los derechos y las obligaciones resultantes de esta parte del derecho.

Así, en el caso de los padres, el Código Civil en el Artículo 253 establece: "Que están obligados a cuidar y sustentar a sus hijos, sean o no de matrimonio, educarlos y



corregirlos, empleando medios prudentes de disciplina, y serán responsables conforme a las leyes penales si los abandonan moral o materialmente y dejan de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad”. Esto quiere decir, que corresponden a ambos progenitores, las obligaciones, responsabilidades y deberes en cuanto a los hijos.

El Artículo 254 del Código Civil preceptúa que: “La patria potestad comprende el derecho de representar legalmente al menor o incapacitado en todos los actos de la vida civil; administrar sus bienes y aprovechar sus servicios atendiendo a su edad y condiciones”. Con lo enunciado anteriormente, se considera que el menor de edad no tiene la capacidad de ejercicio y es a través de esta figura jurídica que no queda desprotegido.

Artículo 255 Código Civil preceptúa que: “Cuando la patria potestad la ejercen conjuntamente el padre y la madre durante el matrimonio o la unión de hecho, la representación del menor o la del incapacitado y la administración de los bienes la tendrán ambos padres o separadamente, salvo los casos regulados en el Artículo 115, o en la separación o de divorcio, en los que la representación y la administración la ejercerá quien tenga la tutela del menor o del incapacitado”. Independientemente la ley enuncia en este artículo que ya sea que los padres estén juntos o separados, siempre tienen la facultad de actuar en beneficio del hijo, y no en su propio beneficio.

Por su parte, el Código Civil en el Artículo 257 establece que: “Si los padres fueren menores de edad, la administración de los bienes de los hijos será ejercitada por la



persona que tuviere la patria potestad o la tutela sobre el padre”.

También, en cuanto a los descendientes que no tienen capacidad de ejercicio, velarán por sus intereses las personas que ejerzan sobre ellos esta figura jurídica, para poder realizar actos en donde ellos no puedan intervenir.

El Código Civil en su Artículo 258 estatuye: “La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona que lo haya adoptado”. Según lo referido por este Artículo, en cuanto al parentesco civil, siempre existe una persona encargada de velar por el bienestar del prohijado.

El Artículo 264 del Código Civil indica: “Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos, obligaciones que exceden los límites de su ordinaria administración, sino por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad y previa autorización del juez competente e intervención de la Procuraduría General de la Nación”. De manera tal que, aunque los titulares que ejercen este derecho tienen amplias facultades, pero sin embargo no tienen que extralimitarse en perjuicio de los bienes del menor de edad.

Artículo 265 Código Civil establece que: “Los padres no pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de tres años, ni recibir la renta anticipada por más de un año, sin autorización judicial; ni vender valores comerciales, industriales, títulos de renta,

acciones, bonos, frutos y ganados, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; ni prestar garantía en representación de los hijos, a favor de tercera persona". Toda actividad que realicen los ascendientes, la cual produzca un beneficio económico, deben de tener aprobación de autoridad competente, para no dañar el patrimonio del mismo.

El Código Civil Artículo 267 regula: "Salvo el caso de sucesión intestada, el que ejerza la patria potestad no puede adquirir, ni directa ni indirectamente, bienes o derechos del menor. Los actos realizados contra esta prohibición pueden ser anulados a solicitud del hijo o de sus herederos". Ésta es una prohibición taxativa, específica para los que administran bienes de menores, incapaces y ausentes y de hacerlo, no surte efectos, toda vez que los interesados pueden pedir el vicio del acto realizado.

Con respecto al tema el cuerpo normativo mencionado con anterioridad establece en el Artículo 272:" Los padres deben de entregar a los hijos, luego que éstos lleguen a la mayoría de edad, los bienes que les pertenezcan y rendir cuentas de su administración".

Se entiende que para un adecuado crecimiento del menor o la menor, los padres deben cumplir con ciertas conductas que les deben a sus hijos. Por lo que la ley civil de manera no ordenada, ni organizada, establece una serie de obligaciones de los padres para con éstos en el ejercicio de la patria potestad.



También existen una serie de conductas que los menores de edad deben de tener con respecto a sus padres. El Código Civil, indica en sus Artículos 259, 260, y 263, las obligaciones y derechos.

Así, en el caso de los hijos, la norma civil dispone en el Artículo 260: “Los hijos menores de edad deben vivir con sus padres o con el padre o la madre que los tenga a su cargo; no pueden sin permiso de ellos dejar la casa paterna o materna o aquella en que sus padres los han puesto; debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, para hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus progenitores”.

Sin embargo, en una sociedad como es la guatemalteca, o incluso la latinoamericana, es muy común que los hijos o hijas, crezcan o vivan al amparo de la abuela o de otro familiar. Esta situación se da como consecuencia manifiesta y común de la irresponsabilidad de ambos padres.

Existiendo, la facultad que los padres tienen de hacer volver bajo su poder a éstos, que sin su permiso, dejen la casa de sus progenitores o aquella en donde éstos los han dejado.

Es de suma importancia mencionar que el Código Civil, no admite ninguna causa por la que un menor pudiese abandonar el hogar, y por el contrario, obliga al menor a regresar



a la misma, sin que exista un informe social que demuestre lo infundado del abandono del hogar por parte del menor, o que no existe ninguna razón por la que no deba volver al hogar de sus ascendientes.

Artículo 259 Código Civil preceptúa que: "Los hijos mayores de catorce años tienen capacidad para contratar su trabajo y percibir la retribución convenida, con la que ayudará a sus padres para su propio sostenimiento".

Esta es una norma legal obsoleta, o en otras palabras considero que es un precepto legal vigente, pero no positivo de la ley civil sustantiva y es verdaderamente un problema muy arraigado en la sociedad guatemalteca, ya que la situación socio-económica de la población en la actualidad es tan precaria que a duras penas les alcanza para sufragar lo necesario en un hogar y sobre todo para los niños. De lo establecido, se puede observar que menores de edad, se emplean fuera de su hogar, y no precisamente a partir de los catorce años. Es muy común observar a pequeños de corta edad vendiendo dulces, limpiando vidrios, en los semáforos o cruces de calles de la ciudad, lustrando zapatos o empleados inclusive en talleres realizando diferentes oficios, que no van de acuerdo con su edad.

Esto es una mera facultad, porque en la realidad, si trabaja, en cualquiera de los años de su minoridad, es por la necesidad económica que existe en el hogar, toda vez que los padres al verse incapacitados de sostener completamente los gastos, obligan a sus menores hijos a vender su fuerza de trabajo.



En el Artículo 263 Código Civil regula: “Los hijos aun cuando sean mayores de edad y cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y están obligados a prestarles asistencia en todas las circunstancias de la vida”.

Más que una norma jurídica, lo que establece el Código Civil, es una norma moralista, ya que aquí podemos encasillarlo en lo que establece el Derecho Natural o Divino, en cuanto al mandamiento de: honrarás a tu padre y a tu madre.

Sin embargo, todo lo anteriormente comentado en contra de algunos de los preceptos legales establecidos en el Código Civil; es necesario agregar que el legislador tenía clara la idea de que se trataba de una institución de tipo proteccionista y no autoritaria y de propiedad. Dándole así toda una visión de cuidado y guarda a la misma, y no como otrora se le consideraba.

### **2.3. Clases de filiación**

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

Estas razones que se enmarcan en las antiguas organizaciones sociales y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindara distantes clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país.



Conforme a las disposiciones del Código Civil, puedo afirmar que dicha ley reconoce las siguientes clases de filiación:

**1) Filiación matrimonial:** La del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. Artículo 199 Código Civil. Este tipo de filiación genera dos clases de acciones: unas que impugnan la filiación: Se da cuando el padre niega que sea su hijo a quien impugna y tiene varias limitaciones reguladas en los Artículos 200 al 203 del Código Civil. Para impugnar la filiación el padre cuenta con el plazo de sesenta días y esto es así para evitar la incertidumbre. Artículo 204 Código Civil.

**2) Filiación extramatrimonial:** Con los hijos nacidos dentro del matrimonio, casi no hay problema en cuanto al reconocimiento de ellos, pues la presunción legal siempre tiende a asegurar sus derechos.

Pero no resulta lo mismo con los nacidos fuera del matrimonio, y todavía es más problema para aquellos hijos que nacen de padres que nunca han hecho vida en común o han vivido maridablemente, y de estos casos hay mucho en nuestro ambiente social, donde hay gran cantidad de personas de quienes se ignora casi totalmente quienes sean los padres. Pero la ley tratando de dar alguna protección a los hijos nacidos de estas circunstancias, ha establecido normas tendientes a lograr el reconocimiento de estos hijos.

En estos casos el reconocimiento tiene suma importancia en beneficio del hijo, en el





sentido de que el padre que reconoce a un hijo, asume por ello, la obligación de alimentarlo, y lo hace dueño de todos sus derechos inherentes a hijo, cualquiera que sea el caso, ya sea dentro de matrimonio o fuera de él, pues la ley no hace distinción en la calidad de hijo. Artículo 50 Constitución Política de la República de Guatemala y 208 Código Civil. La que tiene lugar cuando los padres no son casados, y los hijos son procreados fuera del matrimonio o de la unión de hecho no declarada, Artículo 209 último cuerpo normativo citado.

El tratadista, Rafael Rojina Villegas, afirma que la filiación extramatrimonial es: "El vínculo que une al hijo con sus padres que no se han unido en matrimonio."<sup>26</sup>

En éste tipo de filiación no hay plazos, el reconocimiento es la única prueba y éste puede ser voluntario, Artículo 211 Código Civil, y forzoso Artículo, 221 Código Civil. Referente a la paternidad y filiación extra matrimonial, hay dos formas de reconocimiento: voluntaria y forzosa. **Es voluntaria** cuando el padre expresa por su voluntad, su relación de padre con el nacido o por nacer. Artículo 211 del cuerpo normativo antes mencionado. **Es forzosa** Esta figura tiene lugar, cuando a petición del hijo y en los casos determinados por la ley, la paternidad se declara por los tribunales, es decir, cuando el hijo no fuere reconocido en forma voluntaria.

**3) Filiación legítima:** Se entiende por filiación legítima, la que se crea entre el hijo concebido dentro del matrimonio y sus padres.

---

<sup>26</sup> Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 250



El tratadista Püig Peña, con relación a la filiación, doctrinariamente hace una clasificación entendida así: "Filiación legítima propia; Legitimidad impropia."<sup>27</sup>

De lo anterior se desprende que: Los hijos con legitimidad propia son los concebidos y nacidos dentro del matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos y máximos del embarazo. Este tipo de legitimidad es la que produce todas las consecuencias exactas de la filiación. Para ella no hay vacilación ni duda de ninguna especie en orden a los efectos y, sobre todo, el cumplimiento de los deberes que la paternidad supone, toda vez que en ella se parte de la existencia del matrimonio jurídicamente celebrado.

Legitimidad impropia: habiendo caracterizado la legitimidad propia en el hecho de la concepción y nacimiento de los hijos dentro del matrimonio, los concebidos y nacidos fuera de él, no pueden merecer tal consideración. En este tipo de legitimidad, existen dos presupuestos: a) la legitimidad impropia referida a la fase inicial del matrimonio: el supuesto se refiere al caso de un hijo concebido antes del matrimonio, pero nacido dentro del mismo. En un principio este hijo tendrá la calidad de natural si los padres podían casarse al tiempo de la concepción, pero algunas legislaciones consideran la condición de hijo legítimo si concurren ciertas circunstancias que cada ley determina. b) legitimidad impropia: se refiere a la base final del matrimonio: este segundo supuesto, se refiere al caso de un hijo concebido dentro del matrimonio, pero nacido al disolverse el mismo.

---

<sup>27</sup> Püig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 150.

Señala el tratadista Püig Peña, que en este supuesto: “hay que distinguir según que el nacimiento hubiere tenido lugar dentro o fuera del término de los trescientos días fijados como límite máximo del embarazo.”<sup>28</sup> En el primer caso el hijo está en la misma situación que el procreado y nacido dentro del matrimonio, pues lo normal es que los hijos nacidos de mujer casada tengan por progenitor a su marido. El problema se refiere más al segundo supuesto, en el que los niños deben declararse ilegítimos de pleno derecho.

Legitimidad imprecisa: En ella se da el conflicto de paternidades. Se presenta cuando una mujer, a pesar del plazo prohibitivo, vuelve a casarse inmediatamente después de quedar disuelto el matrimonio, y da a luz un hijo antes de los trescientos días siguientes a la extinción del primer vínculo, aunque posterior a los ciento ochenta días de celebrado el segundo, se plantea el problema de determinar que condición tendrá ese hijo. Por un lado es hijo legítimo del primer matrimonio, pero por otro también puede ostentar la calidad de legítimo respecto al segundo.

#### **4) Filiación ilegítima**

Es el vínculo de relación no existente, derivada solamente de una relación no matrimonial y se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, es decir, cuando únicamente tienen una relación casual, en cuyo caso se habla de filiación natural; Como cuando media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de alguno de los padres (llamada filiación adulterina), relación

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pág. 151.

de parentesco (filiación incestuosa), o profesión religiosa (filiación sacrílega), sin que jurídicamente tengan importancia éstas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, no siendo éste el caso de nuestro ordenamiento jurídico.

Siguiendo por la línea de lo que el tratadista Püig Peña señala al respecto indica: "Que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las justas nupcias."<sup>29</sup>

Diego Espín Canovas, Jurista español, indica que la filiación ilegítima hay que diferenciarla según se proceda de uniones entre personas no unidas en matrimonio pero que podían haber estado casados; por el contrario, proceda de personas que ni estaban casadas, ni podían haberlo estado por la existencia de algún impedimento matrimonial. Surge así la diferencia entre la filiación ilegítima natural y la filiación ilegítima no natural, distinción que para el autor citado, es de gran importancia, ya que al decir, la regulación de los derechos de los hijos naturales y de no naturales son completamente distintos, indicando además que sólo la filiación natural puede ser objeto de legitimación y al respecto se clasifica así: a) Filiación ilegítima natural; b) Filiación ilegítima no natural; c) Filiación matrimonial;

a) Filiación ilegítima natural: Implica en primer término que ha sido procreada fuera del matrimonio, ya que la procreada dentro del matrimonio tiene las características de ser legítima. Por otra parte, como dentro de la filiación ilegítima o extramatrimonial, tan

---

<sup>29</sup> *Ibíd.* Pág. 151.



solo es natural la habida por padres que podían haber estado casados al tiempo de la concepción. Se comprende que el concepto de filiación natural resulta de un doble requisito, uno de carácter negativo concepción fuera del matrimonio y otro positivo posibilidad de estar casados los padres al tiempo de la concepción, por lo tanto, se puede definir la filiación natural como la habida de padres que, no estando casados podían, sin embargo, haber contraído matrimonio al tiempo de la concepción de su hijo.

b) Filiación ilegítima no natural: A diferencia de la filiación natural, que tiene una nota negativa procreación fuera del matrimonio y una positiva posibilidad que los padres se hubiesen casado al tiempo de la concepción, la filiación no natural se define sólo de un modo negativo. En efecto, la filiación ilegítima no natural, es aquella engendrada por quienes ni estaban casados, ni podían estarlo al tiempo de la concepción por oponerse a ello un impedimento no indispensable.

c) Filiación matrimonial: Como lo define la legislación civil guatemalteca, se puede equiparar a lo que doctrinariamente se ha manifestado en cuanto a la filiación maternal, no existe mayor discusión, en el sentido de que no se hace indispensable precisar el nexo que crea la maternidad, pues es suficientemente notorio el proceso de gestación.

En cuanto a la filiación paternal, el Artículo 199 del Código Civil dispone que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable, considerando como hijo de matrimonio tanto al concebido antes de la celebración del mismo pero nacido después de esta celebración, como concebido en el matrimonio y nacido después de su disolución, lo que se



desprende de dos supuestos que contempla el Artículo 199 del Código Civil que establece: “1º ) el hijo nacido después de los 180 días de la celebración del matrimonio, o de la unión de los cónyuges legalmente separados; 2º) el hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio”. Contra ambas presunciones se admite como única prueba en contrario, el haber sido imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, o sea por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia, tal como regula el Artículo 200 del Código Civil.

El marido también tiene la oportunidad de impugnar la paternidad del hijo que nazca dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, siempre que no ocurran las siguientes circunstancias: “1º si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez; 2º si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, lo firmó o consintió que se firmara, a su nombre, la partida de nacimiento; y 3º si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido” tal como lo establece el Artículo 201 del Código Civil circunstancias que basada la ley en presunciones legales de la época en que se elaboró el Código Civil, en la actualidad carecen de significación, ya que existen técnicas médicas y científicas para poder determinar por medio de exámenes de sangre y de ADN la procedencia filial del menor, y la fecha en que concibió la madre.

Aplicando estas técnicas, se puede establecer con mayor facilidad que el juez pueda hacer un dictamen sobre una controversia que surja de las relaciones familiares, es decir, el marido puede impugnar la paternidad del hijo suyo por cuestiones naturales, y



conviene en este sentido, establecer lo que dice la ley, pues indica que el marido puede impugnar la paternidad del hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio o la unión de hecho, pero en este caso el hijo y la madre tienen derecho para justificar la paternidad de aquel.

La ley procura regular la forma de establecer la filiación matrimonial, persista o no, ese vínculo en el momento de que se solicite su reconocimiento. El Artículo 206 del Código Civil contempla el derecho de la mujer encinta al momento de la separación o disolución del matrimonio, señalando su deber de denunciarlo al juez o al marido, en el término de noventa días contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer queda encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente, dentro del mismo término, a fin de que en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

Con la relación paterno-filial, puede determinarse que cuando se acude a la vía judicial, se pretende, conforme a la legislación analizada, que a cualquier persona le asiste el derecho que tiene como hijo no reconocido que se busque una declaración judicial para que un tribunal competente le haga un reconocimiento de una situación natural. Su acción no pretende crear algo, sino que el órgano judicial se pronuncie sobre un hecho ya realizado en la vida real.

La importancia de haber abordado en este capítulo los temas de la *patria potestad*, filiación, clases de filiación permiten comprender estas instituciones, y poder continuar con el trabajo de tesis en los capítulos siguientes.





## CAPÍTULO III

### **3. Técnicas que determinan la concepción y tiempo de embarazo**

En el Artículo 207 del Código Civil Decreto Ley 106, debido a la época en que se elaboró y entró en vigencia no se encuentran reguladas las técnicas médico científicas para determinar el momento de la concepción y tiempo de embarazo, por esta razón en el presente trabajo se abordan temas que pueden presentarse en el ejercicio de la profesión, se exponen teorías respecto a la fecundación de la mujer a través de técnicas de reproducción humana que determinan la concepción y tiempo de embarazo a partir de su utilización.

#### **3.1. Aspectos generales**

El avance de la ciencia médica y científica, definitivamente tiene que contribuir también con la evolución de la disciplina del derecho, especialmente debe ayudar o colaborar con la ciencia jurídica para determinar situaciones que pueden contravenir normas fundamentales en una convivencia armónica y pacífica, siendo éste uno de los objetivos principales de la regulación que debe de existir en una sociedad organizada.

El Estado tiene singular importancia dentro de esta actividad, pues es el único facultado para crear leyes, a través del Organismo Legislativo. Esta entidad, que regula las actividades humanas, debe tener como base las normas constitucionales que rigen al país; es decir, que toda regulación no debe contravenir lo que al respecto establece la



## Constitución Política de la República de Guatemala.

La misma Carta Magna acepta el derecho interno, de normas y leyes que se encuentran contenidas en tratados y Convenios Internacionales en materia de derechos humanos, y ello, hace posible tomar en cuenta también, que hay derechos, aunque no escritos o desarrollados en la ley de un Estado, que son inherentes a la persona humana por esa misma condición como tal.

Claro está que al referirse a este tema, la corriente ius naturalista o del derecho natural, que es la que sigue la Constitución Política de la República de Guatemala vigente, regula que un Estado no está en posición de reconocer o no un derecho, sino que es obligación de respetarlo y garantizarlo, porque los derechos naturalistas no son consecuencia de la voluntad de los Estados sino que son consecuencia de la propia naturaleza del hombre, entre los que se pueden mencionar: el derecho a la vida, el cual trae como consecuencia otros derechos como: el derecho a la igualdad, a la identidad, a la dignidad y otros.

En esta consecuencia, se tratará de desarrollar un tema, que en la actualidad ha sido estudiado en la ciencia del derecho por pocos autores nacionales, como lo es las técnicas asistidas de reproducción humana, las técnicas científicas y modernas para establecer el momento de la concepción y el tiempo de embarazo, entre otros estudios relacionados que en determinado momento pueden contribuir con la ciencia del derecho, especialmente con el juez para poder resolver sobre un caso concreto en que se ha presentado divergencias y controversias.



Los temas anteriores, son sumamente complejos y que ameritan por ello un estudio más profundo, por lo extenso de los temas y subtemas que pudieren abarcarse, sin embargo, se pretende analizar, únicamente los aspectos que tienen relación científica con el tema que se deriva del análisis del contenido del Artículo 207 de Código Civil, en cuanto a que presenta facilidad para el juez en un proceso determinado, poder resolver la controversia, en el caso de que la mujer encinta, se encuentre en la situación de contraer nuevas nupcias dentro de los 300 días de la disolución del primer matrimonio y de a luz después o antes de los 180 días que la misma norma indica, principalmente para poder determinar la paternidad y la identidad del menor en relación a la filiación y las repercusiones que ésta genera en cuanto a derecho y obligaciones.

Brevemente, se hará un comentario de las técnicas de reproducción humana asistida, así como los efectos en la filiación, parentesco y sus consecuencias posteriores en los derechos y obligaciones de carácter civil y de familia que de estas se generan, en la actualidad se practican técnicas de reproducción humana tal el caso de inseminación artificial humana, que consiste en un procedimiento utilizado en programas de reproducción asistida, como alternativa en el manejo de problemas de fertilidad y/o esterilidad en parejas que no han podido procrear hijos por métodos naturales. La inseminación artificial, es una técnica que permite la reproducción del óvulo sin que exista una relación sexual.

La imposibilidad de conseguir una gestación en una pareja en edad fértil y con relaciones sexuales normales, es un problema que cada vez está más extendido entre la población. La falta de descendencia no sólo genera ansiedad, sino que afecta a las



relaciones entre los cónyuges. En muchas ocasiones, se plantean una serie de preguntas para las cuales se necesita la ayuda de personas especializadas. El tema de la Reproducción, aún a pesar de la divulgación que ha tenido en los últimos tiempos por los medios de comunicación, genera muchos interrogantes, sobre todo entre las parejas que no logran el embarazo.

Por la constante modificación y avances de la biotecnología, pueden citarse una diversidad de métodos de reproducción, pero es importante sintetizar los que en la actualidad son los más conocidos.

Según la tesis sustentada por el profesional Jorge Eduardo, Aragón Orellana, existen varias clases de inseminación artificial humana, entre las cuales se pueden mencionar:

“a) Inseminación artificial, por el lugar de la fecundación, que a su vez se subdivide en:  
a.1) Inseminación artificial directa o concepción artificial dentro del claustro materno; y  
a.2) Inseminación artificial extrauterina o concepción artificial fuera del claustro materno;  
y b) Inseminación artificial, por los participantes, que se subdivide en: b.1) Inseminación artificial homóloga; b.2) Inseminación artificial Heteróloga; y c) Inseminación artificial por su finalidad”<sup>30</sup>

**a) Por el lugar de la fecundación:** Es la técnica por medio de la cual se introduce espermatozoides en el cuello del útero y existe así la posibilidad de fecundar algún óvulo.

---

<sup>30</sup> Aragón Orellana, Jorge Eduardo. **Análisis de las posibilidades de riesgos social en los procesos de inseminación artificial y manipulación genética en seres humanos.** Pág. 13

Se lleva a cabo cuando la consecución del embarazo no puede conseguirse por medios naturales, es decir, a través de la relación sexual, pues alguno de los miembros de la pareja presenta dificultades que lo impidan o sea estéril. Ésta técnica Se realiza en tres pasos:

- 1) Se estimula el ovario para que produzca varios óvulos. Con esto aumentan también las posibilidades de tener embarazos múltiples, así que es una cuestión a tener en cuenta.
- 2) Se prepara la célula sexual seleccionando los espermatozoides más activos. La baja movilidad de sus espermatozoides es una de las causas de los problemas de los hombres para fecundar a su pareja.
- 3) Se lleva a cabo la inseminación. No necesita anestesia y se realiza en la misma consulta. Generalmente se produce a los dos días tras haberse estimulado el proceso de ovulación.

Luego de éstos 3 pasos, se produce la inseminación artificial en el momento en el que el espermatozoides es introducido en el cuerpo de la mujer. Esto se realiza introduciendo una cánula plástica muy fina a través del cérvix o cuello uterino y depositando el producto en la parte superior del útero. Esta operación no dura más de 20 minutos y no resulta molesta para la paciente. Tras haber sido inseminada, la mujer debe reposar durante un momento, para así favorecer la circulación de los espermatozoides y la fecundación del óvulo.

Según la tesis, presentada por el profesional, Aragón Orellana, señala que la

clasificación de la Inseminación Artificial, por el lugar de la fecundación, se subdivide en: a.1) Inseminación artificial directa o concepción artificial dentro del claustro materno; y a.2) Inseminación artificial extrauterina o concepción artificial fuera del claustro materno.

**a.1) Inseminación artificial directa o concepción artificial dentro del claustro materno.** Este tipo de inseminación, "Consiste en el acto por medio del cual se introduce los espermias en los órganos genitales femeninos, obviamente, sin que exista una relación sexual, sino que, por medio de jeringas".<sup>31</sup>

**a.2) Inseminación artificial extrauterina o concepción artificial fuera del claustro materno.** Al respecto el profesional Aragón Orellana, expresa que la inseminación artificial extrauterina también llamada exocervical o In Vitro: "Es aquella inseminación en la que el espermatozoide y el óvulo se une fuera del cuerpo humano (tubos de ensayo), y una vez que el óvulo está fecundado se implanta en el útero, generalmente al séptimo día de fecundado."<sup>32</sup>

Aragón Orellana nuevamente sostiene que: "Es importante indicar que usualmente para llevar a feliz término este procedimiento, éste está precedido de varios ensayos de fecundación y por obtención de varios productos o preembriones. Al momento de la implantación, el profesional encargado de ella, elige entre los preembriones formados, el mejor desarrollado, o que tenga mejores perspectivas de vida; los restantes se

---

<sup>31</sup> *Ibíd.* Pág. 13.

<sup>32</sup> *Ibíd.* Pág. 14.

destruyen.<sup>33</sup>

**b) Inseminación artificial, por los participantes:** Consiste en el método de reproducción, artificial al que acuden aquellas personas que tienen problemas de fertilidad y que en algunos países se autoriza la existencia de bancos de óvulos y de esperma, para ser utilizados en caso de ser necesario.

El profesional en la tesis mencionada, señala: “Que la clasificación de la Inseminación Artificial, por los participantes, se subdivide en: b.1) Inseminación artificial Homóloga; y b.2) Inseminación artificial Heteróloga.”<sup>34</sup>

**b.1) Inseminación artificial homóloga:** Consiste en la utilización de espermatozoides de la pareja de la mujer, independientemente que sea la pareja dentro o fuera del matrimonio, El problema dentro de éste tipo de inseminación se da cuando se trata de una pareja no casada. Pues en este caso existirá una filiación extramatrimonial materna determinada por el parto y en cuanto a la paterna no hay norma que la resuelva, y tiene que mediar el consentimiento expreso, prestado por el padre para la utilización de ésta técnica.

Al mediar la autorización expresa por parte del padre, para éste tipo de inseminación, se deduce que se realizará con semen del esposo; es decir, que será la utilización de un óvulo de una mujer casada con el esperma del esposo, lo cual no representa en

---

<sup>33</sup> **Ibíd.** Pág. 15.

<sup>34</sup> **Ibíd.** Pág. 16.

realidad un conflicto de orden jurídico, ya que el nacido de su aplicación, es hijo del matrimonio su filiación y consecuentemente su situación jurídica y consanguínea y legal, será la de hijo siendo reconocido por el padre, la madre y el resto del grupo familiar.

A este tipo también se refiere la tesis del profesional Aragón Orellana, a lo que también se le conoce como auto inseminación, y consiste en: "La fecundación de la mujer con el esperma de su esposo."<sup>35</sup>

**b.2) Inseminación artificial heteróloga.** Consiste en aquél tipo de inseminación que se realiza o efectúa con la donación de espermatozoide de un tercero. Estas son circunstancias extraordinarias que pueden llevar algún tipo de peligro para la vida del hijo, ya que puede revelarse la identidad del donante, si bien no implica determinación legal de la filiación. La ley no dice que el donante sea inmune a las acciones de reclamación de la filiación. Algún sector de la doctrina sostiene, con algún fundamento, la posibilidad de que esta acción continúe existiendo en nuestro ordenamiento jurídico.

Al respecto la tesis en mención, manifiesta que este tipo de inseminación artificial consiste: "En la inseminación de la mujer con el esperma de un tercero llamado donante. El tercero anónimo, es decir desconocido por los esposos. En este sistema se usa la técnica de reproducción extrauterina".<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibíd.* Pág.17.

<sup>36</sup> *Ibíd.* Pág.18.



**c) Inseminación artificial, por su finalidad:** Con el propósito de procreación, los objetivos actuales de los procesos de inseminación artificial van dirigidos concretamente al propósito de la procreación, en parejas que desean tener hijos.

### **3.2. Principios generales de la inseminación artificial**

No existen jurídicamente los principios que sirvan de base para los profesionales y las parejas que desean someterse a la aplicación de un método de reproducción humana asistida, lo cual representa un vacío legal que permite su utilización sin control de las circunstancias de riesgo que devienen de su aplicación, así como las consecuencias jurídicas que suceden de las relaciones familiares, por lo que, es necesario establecer una serie de principios no todos de carácter legal pero que deben tomarse en cuenta al momento de la aplicación de estas técnicas de reproducción siendo los siguientes:

- Los profesionales de la medicina en el campo de la reproducción deben actuar con ética y no solamente utilizar estos métodos como medio de lucro.
- Los centros médicos, hospitales y clínicas especializadas, deben ofrecer con carácter previo, asesoramiento a las parejas con problemas de infertilidad.
- Se permitirá y someterá a una mujer a la aplicación de una técnica de concepción asistida, únicamente cuando haya posibilidades razonables de éxito y no suponga riesgo grave para la madre ó la posible descendencia.
- No se practicará ningún método de reproducción en personas menores de dieciocho años, aun cuando la pareja este casada, sino únicamente a mujeres mayores de edad y que gocen de buena salud psico-física. Esto es con el ánimo de proteger a la



mujer, quien aún no ha cumplido la mayoría de edad y necesite ser orientada y representada por sus padres.

- La aplicación de métodos de reproducción humana en forma heteróloga, los donantes de semen, deben ser evaluados médicamente, evitando con ello no sólo riesgos para la pareja, sino para el ser que se desea tenga vida y cuantas consideraciones de carácter biológico se relacionen con las mismas.
- Debe crearse un banco de datos de donantes cuando se desea realizar métodos de reproducción humana heterólogos.

### **3.3. Aspectos jurídicos importantes de la Inseminación Artificial**

Se debe tener un consentimiento por escrito de la pareja, especialmente de la mujer, ambos deben estar advertidos de las técnicas de reproducción humana asistida y las diferentes formas de cómo se realizan la aprobación es fundamental en el caso de la inseminación heteróloga así como las implicaciones y consecuencias jurídicas que representa su utilización.

La responsabilidad médica, de utilizar el semen de un donante y que el mismo no represente ningún riesgo de enfermedad congénita y que no existirá relación alguna entre el donante del semen y el producto de la fertilización.

En apariencia, las definiciones anteriores, no representan ningún problema para el derecho, más parece que los problemas que podrían presentarse serían de índole moral o ético; sin embargo, con relación a que la mujer haya utilizado algunas de estas



técnicas, obedecerá analizar desde otro aspecto, la posible determinación de la filiación y paternidad del menor, y las presunciones legales que establece el Código Civil ya señaladas en el Artículo 207, podrían resultar hasta cierto punto inoperantes e incongruentes con la realidad, toda vez, que la mujer haya hecho uso de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida.

Dentro de los efectos que podrían producirse, no sólo para el verdadero padre en relación a la filiación y paternidad, sino principalmente las implicaciones que tiene para el hijo en relación al primero, la Convención Sobre los Derechos del Niño, es una ley en el país, en el Artículo seis indica: "Los Estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida..."

El Artículo siete, regula: ... "el niño tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."

El Artículo ocho: "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares..."

**La Convención Americana Sobre Derechos Humanos indica en relación al tema.**

En su Artículo cuatro, derecho a la vida. "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este Derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la



concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

**La Constitución Política de la República de Guatemala.** En su Artículo uno, protección a la persona. “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia su fin supremo es la realización del bien común”.

Artículo dos, deberes del Estado. “Es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, y el desarrollo integral de la persona”.

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

Artículo 44, derechos inherentes a la persona humana. “Los derechos y garantías que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala, no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

### **3.4. Determinación y presunción de la maternidad y de la paternidad**

La ley no se preocupa en normar los principios necesarios para precisar el nexo que crea la maternidad. Como se trata de un hecho que llega a ser notorio en la mujer durante el proceso de la gestación, guarda silencio en cuanto a los efectos de la misma y si alguna vez se refiere ella los hace relacionándola con la presunción de paternidad.



No obstante, puede excepcionalmente ocurrir que la madre oculte el embarazo y el nacimiento de un hijo concebido dentro del matrimonio. De ahí, que sea deseable que la ley fije determinados principios concernientes a la maternidad; ya que el hijo puede en un momento dado requerir la prueba de la misma, así como la mujer, en otro supuesto, impugnar la maternidad que se le atribuye.

Respecto a la paternidad, el Código Civil establece, que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable, esta última disposición tiene por objeto no privar al hijo de un derecho que la ley reconoce por la existencia o no del vínculo matrimonial.

En razón del tiempo de la gestación y ante la imposibilidad de poder fijarse con certeza el día en que un ser humano es concebido y toda vez que el matrimonio puede celebrarse después de ocurrido el hecho de la concepción, el legislador, para favorecer y resolver sin lugar a dudas la situación del hijo que nazca después del matrimonio o de la disolución de éste, establece el plazo máximo y el plazo mínimo de duración del embarazo.

Así, establece que se presume concebido durante el matrimonio: "1º. El hijo nacido después de 180 días de la celebración del mismo o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y 2º. El hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio." Artículo 199 del Código Civil.

Contra la presunción contenida en dicho precepto legal se admite la denominada impugnación de paternidad, que sólo puede basarse en la prueba de haber sido

físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron el nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia. Artículo 200 del Código Civil.

También, supeditado a la impugnación de paternidad, se presume hijo del marido, el nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Artículo 201 del Código Civil. Como la anterior esta disposición es protectora de la situación del hijo nacido después de la celebración de las nupcias.

En la protección del hijo, la ley va más lejos. El mismo Artículo 201 del Código Civil establece: que la impugnación de paternidad no puede tener lugar:

- 1º. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez;
- 2º. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; y
- 3º. Si por documento público o privado el hijo hubiere sido reconocido.

Es un principio legal que la filiación del hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio, podrá impugnarse por el marido, pero el hijo y la madre también tendrán derecho para justificar la paternidad de aquel. Artículo 202 del Código Civil. En este caso el nacimiento ha ocurrido después de vencerse el plazo legal en que se presume la paternidad, en cuya virtud el presunto padre tiene limitado el derecho para impugnarla, así como el hijo y la madre para justificarla.

Dicho precepto, a diferencia del contenido en el Artículo 201 del mismo cuerpo legal

citado, resulta en verdad innecesario, puesto que el matrimonio ya se disolvió y el plazo de presunción de paternidad ha vencido. Ya no se trata de que el marido impugne la paternidad que se le atribuya, sino, en buena lógica, que el hijo o la madre prueben la paternidad. Pudo redactarse en el Artículo invirtiendo los extremos personales del mismo, o bien, puede suprimirse.

El ejemplo de máxima protección al hijo encuéntrese en la siguiente disposición, el marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando el adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se le hubiese ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso si podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación. Artículo 203 del Código Civil.

El doctor en leyes, Fernando Cruz, expresa: "En consecuencia con las doctrinas expuestas, el marido, por regla general, no puede desconocer al hijo concebido y nacido en el matrimonio, alegando adulterio de la madre, aun ella declare contra la legitimidad. El adulterio de la mujer, aun cuando perfectamente probado, no es un hecho que por sí sólo, establezca que la paternidad puede atribuirse al adulterio y no al marido y no pudiéndose asegurarse con evidencia, que el hijo pertenezca a un extraño, debe sostenerse el principio de que el padre es aquel que debe serlo por el matrimonio. No es atendible la declaración de la madre, porque esta misma puede ser apasionada y maliciosa de parte de la mujer que no tenga certeza más que su falta y porque además está de por medio el derecho del hijo inocente cuyo estado civil no debe quedar a merced de declaraciones en que hay peligro de que sean sugeridas por las pasiones de sus

padres. Pero si no se trata de la simple afirmación de la madre, sino de circunstancias que naturalmente no puedan explicarse sino por la ilegitimidad del hijo, como si la simple afirmación de la madre ha ocultado el nacimiento al marido, o ha acaecido cuando hace más de diez meses que él está ausente, entonces si cabe el desconocimiento. La ocultación del parto es indicio vehemente, si no prueba palpable de la ilegitimidad, pues no hay razón ni interés para ocultar al marido el nacimiento de su hijo.<sup>37</sup>

El mismo actor citado expresa: "El desconocimiento del hijo puede suponerse en tres casos diferentes: 1º. Si ha sido concebido antes; y nacido después de contraerse el matrimonio; 2º. Si es concebido y nacido en el matrimonio; y 3º. Si nace después de la disolución o separación de matrimonio."<sup>38</sup> El primer caso tiene lugar siempre que el hijo nace antes de que pasen 180 días contados desde que se celebró el matrimonio, porque entonces la concepción se refiere a una época anterior a éste.

El padre puede desconocerlo, porque ni la ley presume entonces la legitimidad, para la presunción, requiere que pasen más de 180 días desde que el matrimonio se contrae (salvo los casos en que el Código Civil no acepta que el padre niegue la legitimidad del hijo; si tuvo previo conocimiento de la preñez y si firmó o hizo firmar a su nombre la partida de nacimiento). La segunda hipótesis en que puede suponerse el desconocimiento, es respecto de los hijos nacidos en el matrimonio y que se presume concebidos en él siempre que nazca después de 180 días de su celebración; la ley presume entonces la paternidad del marido, pero como esa paternidad atribuida no pasa

---

<sup>37</sup> Cruz, Fernando. **Instituciones de derecho civil**. Pág. 265.

<sup>38</sup> Cruz, Fernando. *Ibid.* Pág. 266.





de ser una presunción, debe ceder ante la evidencia de un hecho contrario la de no haber tenido acceso carnal con la mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido el nacimiento. Artículo 200 del Código Civil. La tercera hipótesis se verifica cuando el hijo ha sido concebido en el matrimonio, pero nace después de su disolución por nulidad o por muerte del marido o después del divorcio o separación de los cónyuges. Siendo el periodo máximo de la gestación el de 300 días, cabe por regla general, el desconocimiento de los hijos nacidos después de 300 días de disuelto o de separados los cónyuges, porque entonces la concepción debe referirse a una fecha en que no existía el matrimonio o por lo menos la unión de los Esposos. Salvo, dice el autor citado, la excepción prevista en el Artículo 201 de dicho Código Civil.<sup>39</sup>

### **3.5. Prueba de la filiación matrimonial**

De las disposiciones del Código Civil afines a la paternidad y filiación matrimoniales, infiérase que la ley establece presunciones de la una y de la otra, especialmente para determinar a la filiación y que, salvo lo dispuesto en el Artículo 202 del Código Civil, es al presunto padre a quien corresponde impugnar la calidad del tal que la ley le atribuye en los casos previstos por la misma.

Ahora bien y en cuanto a la prueba de la filiación, ha de entenderse que el medio probatorio está constituido esencialmente por la partida de nacimiento respectiva y en su caso por la partida de matrimonio. Si se demandara la filiación o se impugnara la

---

<sup>39</sup> *Ibíd.* Pág. 266.



paternidad, todos los medios de prueba son aceptables con cierta preeminencia de la prueba documental, según las circunstancias de cada caso y salvo la confesión de la madre en el caso establecido por el Artículo 203 del Código Civil.

La ley ha establecido que en caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté encinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de 90 días contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer quedara en cinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente, dentro del mismo plazo, a fin de que, en uno u otro caso, se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación Artículo 206 del Código Civil.

En el caso a que se refiere el Artículo anteriormente indicado, queda supeditado a competencia la efectividad del parto, a efecto de mantener latente la presunción de paternidad establecida por la ley. Aunque este Artículo no lo dispone expresamente, es lógico suponer que el presunto padre, tal como lo establece la legislación, puede solicitar las medidas tendientes a verificar la efectividad del parto con el objeto también de hacer constar sobre si el hijo que se presenta es o no el que dio a luz la mujer. Esta última circunstancia, por supuesto, da otro cariz al problema. Puede entonces y en primer término, comprobar la efectividad del parto, a fin de evitar la suposición del mismo y a su vez puede impugnarse la paternidad y puede impugnarse la identidad del hijo.

### **3.6. Acciones y legitimación de la filiación**

José Castán Tobeñas, expresa al respecto de las acciones concernientes a la filiación



matrimonial: "Dos clases de acciones pueden derivarse de la filiación legítima: unas las que van dirigidas a impugnar el estado de filiación que alguno tiene o cree tener (acciones de desconocimiento o impugnación de filiación legítima), y otras, las que tienen por finalidad reivindicar ese estado por quien, de hecho, no lo ostenta acciones de reclamación de filiación legítima, acción que también es denominada acción de reclamación de estado."<sup>40</sup>

En cuanto a la acción de desconocimiento o impugnación de filiación matrimonial, es lógico que la ley, al consagrar determinadas presunciones de la paternidad. Artículos 199 y 203 del Código Civil da a la vez al marido la facultad de impugnar la paternidad que se le atribuye, que puede ejercitar pero dentro de ciertas limitaciones. Artículos 200, 201 y 202 del Código Civil.

Dado cualesquiera de los casos en que, conforme a los Artículos 199 y 201 del Código Civil, una persona tiene a su favor la presunción legal de la paternidad que le corresponde por razón de matrimonio, queda al marido aceptar expresa o tácitamente la calidad de padre que la ley le atribuye o bien, ejercitando dicha acción de desconocimiento o impugnación de filiación matrimonial, impugnar judicialmente la paternidad que le es legalmente imputada y cuyo efecto deberá probar, exclusivamente, que le fue físicamente imposible tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron, al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia. Artículo 200 del Código Civil.

<sup>40</sup> Castán Tobefías. Ob. Cit. Pág. 196.

Nótese que el propósito del Código Civil en el sentido de restringir los hechos sujetos a prueba en aras de la mayor solida de la presunción de paternidad, queda desbordado en la parte final del artículo citado al admitir que puede probarse cualquiera otra circunstancia.

El doctor en leyes, Fernando Cruz, nuevamente expresa: "Que la acción de desconocimiento comentada corresponde desde luego al marido que es el principal interesado y mientras él viva, nadie más puede gestionar contra la legitimidad del hijo concebido y nacido durante el matrimonio. Artículo 204 del Código Civil. Esta disposición tiene por objeto evitar disturbios en las familias e impedir que personas extrañas destruyan la paz del hogar, o lastimar el honor del marido, lo que sucedería si pudiera introducirse en la casa ajena, a hacer investigaciones sobre la calidad de los hijos. La cuestión de legitimidad lo mismo que la acusación de adulterio son asuntos de honra y sólo el marido y ninguno más mientras él viva, puede ser juez para decidir si se ha de promover o no: si el calla dejando pasar al hijo como suyo, como tal debe pasar a los ojos de la sociedad y de la ley, sin que pueda ser molestado por otros."<sup>41</sup>

La acción del marido negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge, deberá intentarse judicialmente, dentro de 60 días, contados desde la fecha del nacimiento, si está presente, desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento. Artículo 204 del Código Civil.

---

<sup>41</sup> Cruz, Fernando. **Ob. Cit.** Pág. 274.

En efecto el Código Civil vigente nada establece respecto al caso del padre menor de edad o declarado en interdicción, en cuanto a si sus representantes legales pueden ejercitar la acción o si en su caso, no habiéndola ejercitado y habiendo cesado la minoría de edad o el estado de interdicción, puede el padre ejercitar la acción de desconocimiento.

Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero este derecho podrán ejercitarlo únicamente dentro de 60 días contados desde la muerte del marido. Artículo 204 segundo párrafo del Código Civil.

Este Artículo no contempla el caso de que la declaratoria de herederos fuese posterior al vencimiento de dicho plazo, ni el caso de que los herederos ignorasen la existencia de la impugnación de paternidad. Esa tajante disposición parece obedecer al sostenido criterio legal proteccionista de la paternidad atribuida conforme a las presunciones establecidas por el Código Civil.

Los herederos del marido podrán asimismo impugnar la filiación, si el hijo fuera póstumo o si el presunto padre hubiese fallecido antes de que transcurriera el plazo señalado en el Artículo 204 del Código Civil vigente, y deberá iniciar la acción dentro de 60 días contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia. Artículo 205 del Código Civil.

La intervención de los herederos, conforme al Código Civil y a propósito de la acción de desconocimiento o impugnación de filiación matrimonial, puede concretarse de la siguiente



manera:

1. En vida del marido, está vedado a cualquier otra persona iniciar esa acción, dados los términos del Artículo 204 del Código Civil; o sea los presuntos herederos quedan al margen de cualquier posibilidad de accionar eficazmente en ese sentido.
2. Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él pero este derecho podrán ejercitarlo dentro de los 60 días contados desde la muerte del marido y los herederos podrán impugnar la filiación, si el hijo fuere póstumo, ó bien el presunto padre hubiere fallecido antes de que transcurra el plazo señalado de 60 días.

En todo caso, debe tenerse presente que en el juicio de filiación manteniéndose el criterio del Código Civil, será parte la madre, si viviera Artículo 208 del cuerpo normativo antes citado, disposición que tiene por objeto evitar que un litigio de tanta importancia para la madre, pueda ser tramitado sin su consentimiento.

Nótese que al referirse a los herederos del marido, el Código Civil, no hace distinción entre herederos legales y testamentarios que no lo sean, por lo cual ha de entenderse que cualquier clase de herederos, a condición de que preceda declaración judicial en cuanto a esa calidad, pueden ejercitar la acción de impugnación de paternidad prevista en el Artículo 204 del Código Civil.

En cuanto a la acción de reclamación de filiación legítima o de reclamación de estado que tiene por objeto reivindicar el estado de filiación por quien, de hecho, no lo ostenta, según



quedó expuesto, encuentra base en la presunción que a favor del hijo establece el Artículo 199 del Código Civil.

### **Legitimación de la filiación**

La legitimación es aquella figura jurídica por cuyo medio un hijo no matrimonial adquiere la calidad de hijo de matrimonio, en virtud de posterior unión conyugal de los padres, tipificándose, entonces, la denominada legitimación por subsiguiente matrimonio.

El objeto de la legitimación consiste en que el hijo adquiera todos los derechos de los hijos nacidos, o en su caso concebidos, dentro del matrimonio. No obstante que la legitimación por subsiguiente matrimonio viene a constituir la figura principal sobre la base de que el reconocimiento del hijo conste fehacientemente con anterioridad a las nupcias de los padres, las legislaciones que se ocupan de la materia incluyen generalmente algunas modalidades respecto a los efectos de un reconocimiento posterior legitimación postnupcias.

En el país, la Constitución Política de la República de Guatemala vigente estatuye que no se reconocen desigualdades legales entre los hijos, y que todos, incluyendo los adoptivos, tenían los mismos derechos Artículo 50. Consecuentemente, el Código Civil preceptúa, en el Artículo 209, que los hijos procreados fuera de matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio, en cuanto a uno de sus principales efectos.

Cuando alguien es hijo de padres casados, desde el punto de vista legal y moral, los hijos cuentan con el respaldo de los padres. También se conoce como filiación matrimonial Artículos 199 al 208 Código Civil. Las leyes nacionales toman como base el matrimonio para la creación y desarrollo de la familia, por esto se fija en primer término la paternidad y filiación matrimonial. En relación a este asunto, deben observarse los siguientes aspectos:

a) Formas de determinar la paternidad: siempre se presumirá que el marido es el padre del hijo nacido dentro del matrimonio, aún cuando el matrimonio sea declarado nulo o insubsistente, si el hijo nace dentro de los términos mínimos y máximos determinados por la ley 180 días desde el día de la celebración del matrimonio y 300 días desde la disolución del matrimonio. Este precepto tiene por objeto proteger en sus derechos al nacido del matrimonio, aun cuando existe el derecho de impugnación de parte del padre: Artículo 201 Código Civil, el padre puede impugnar, pero sólo lograr una declaración favorable cuando prueba el hecho de que le fue imposible físicamente haber tenido acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento, esa imposibilidad pudo haber sido por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier circunstancia, sucesos que deben ser demostradas fehacientemente. Artículo 200 del Código Civil, la impugnación se declara sin lugar en los casos que instituye el Artículo 201 del cuerpo legal antes mencionado.

El Artículo 202 del Código Civil, establece otro caso de impugnación, pero aquí el hijo o la madre son quienes pueden probar la paternidad que se pretende.

El Artículo 203 del Código Civil regula quizá, el caso de mayor protección al hijo nacido dentro del matrimonio, pues esta ley determina que el marido no puede impugnar la





paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando el adulterio de la madre, aun cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se le hubiere ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso si podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación. Si el marido se le hubiere declarado en estado de interdicción podrá ejercitar ese derecho su representante legal.

El Artículo 207 del Código Civil Decreto ley 106 estatuye: Nuevas nupcias de la madre. "Si disuelto un matrimonio, la madre contrajera nuevas nupcias dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciera dentro de los 180 días de celebrado el segundo matrimonio se presume concebido en el primero.

Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los 180 días de su celebración aunque se esté dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

Contra estas presunciones se admite la prueba a que se refiere el Artículo 200".

Las consecuencias del contenido del Artículo 207 del Código Civil en cuanto al momento en que se pueda determinar la paternidad del hijo concebido por la mujer dentro de las presunciones legales que la norma establece y que son fundamentales para la filiación del menor, son muy importantes por los efectos que esta institución conlleva.

Al respecto es importante, analizar el hecho de las normas jurídicas, no sólo contenidas en la Carta Magna, sino también en los instrumentos jurídicos internacionales en



materia de Derechos Humanos citados con anterioridad, se refieren a la protección no sólo moral sino jurídica que debe dársele al ser humano, debe partir del momento de su concepción y para ello, es necesario analizar las distintas formas para determinar el momento de la concepción y para efectos de la filiación, las pruebas de ADN que se analizarán más adelante, así como el tiempo de embarazo a través de un examen técnico-científico de sangre, que el juez, pueda resolver la controversia que se le plantea en relación a la legalidad de la celebración de un nuevo matrimonio, tomando en consideración las prohibiciones legales establecidas, así como el derecho o no de un padre u otro: es decir, resolver la veracidad de la filiación paternal en relación al hijo, y el vínculo que lo une con el primero o segundo esposo de la mujer.

Para finalizar el presente capítulo, es importante mencionar que se hizo un análisis de las distintas técnicas de procreación asistida y que determinan la concepción y tiempo de embarazo, en virtud de que a partir de su utilización surgen una serie de derechos y obligaciones de carácter jurídico con los menores que fueron concebidos bajo estas circunstancias, pues al no estar reguladas las técnicas de reproducción humana asistidas los profesionales que las practican únicamente se rigen por normas éticas y morales.



## **CAPÍTULO IV**

### **4. Aplicación de la prueba científica contra presunciones legales.**

Históricamente la determinación de la paternidad, ha sido una preocupación cuyo origen se remonta a los tiempos precristianos. Desde entonces, hasta la actualidad la ciencia médica ha atravesado innumerables escollos en sus complejos cambios para lograr respuesta a una pregunta tan antigua como trascendente ¿es todo padre presunto un verdadero padre biológico?, y es que partiendo desde el más simple parecido físico hasta la demostración de la paternidad por medio de pruebas biológicas, la sociedad y el derecho han intentado interpretar con un máximo de credibilidad los diversos descubrimientos en este ámbito.

La legislación civil se debe adecuar a los avances de la ciencia médica y regular la aplicación de pruebas biotecnológicas en contra de las presunciones legales del Artículo 207 del Código Civil Decreto Ley 106.

Existe una gran variedad de medios de convicción biológicos, que a través del tiempo los científicos han desarrollado sin embargo, para efectos del punto que se trabaja en la presente tesis, se considera que se realicen análisis en las que son razonablemente más importantes para tratar de establecer o negar la filiación; pruebas que el legislador debe tomar en cuenta específicamente, para que el juzgador pueda tener una amplia gama de elementos para declarar o negar la paternidad y cuya realización es posible en el medio, del campo que nos ocupa, por lo que a continuación mencionamos las

siguientes:

#### **4.1. Examen simple de sangre**

Un examen de sangre es un análisis de laboratorio realizado en una muestra de sangre que usualmente es extraída de una vena del brazo usando una jeringa, o vía pinchazo en un dedo de la mano.

Las evaluaciones de sangre son utilizadas para determinar estados fisiológicos y bioquímicos tales como una enfermedad, contenido mineral, eficacia de drogas, y función de los órganos.

La venopunción, es útil porque es una manera relativamente no invasiva para obtener células, y fluido extracelular plasma del cuerpo para el análisis. Puesto que la sangre fluye a través del cuerpo actuando como un medio para proporcionar oxígeno y nutrientes, y retirando residuos y llevándolos a los sistemas excretorios para su eliminación, el estado de la circulación sanguínea afecta, o es afectado, por muchas condiciones médicas. Por estas razones, los exámenes de sangre son los más comunes exámenes médicos realizados. Aunque es usado el término examen de sangre, la mayoría de las pruebas rutinarias son hechas en plasma o el suero a excepción de la mayoría de hematologías.

Los flebotomistas, los químicos fármaco biólogos, y las enfermeras, están a cargo de la extracción de la sangre del paciente. Sin embargo, en circunstancias especiales y situaciones de emergencia, los paramédicos y los médicos a veces extraen la sangre.



También, los terapistas respiratorios son entrenados para extraer la sangre arterial para la gasometría arterial, aunque esto es un caso raro.

#### **4.2. Análisis bioquímico**

Las pruebas analíticas metabólicas básicas miden el sodio, el potasio, el cloro, el bicarbonato, el nitrógeno ureico en sangre BUN, el magnesio, la creatinina, y la glucosa. A veces también incluyen el calcio.

Algunas valoraciones de la sangre, tales como la medición de la glucosa, colesterol, o para la detección de enfermedades de transmisión sexual requieren ayuno o no consumición de alimentos de ocho a doce horas antes del examen de sangre.

Para la mayoría de los exámenes de sangre, ésta es usualmente obtenida de la vena del paciente. Sin embargo, otras evaluaciones de la sangre especializadas, tales como la gasometría arterial, requieren que la sangre sea extraída de una arteria. La gasometría arterial de la sangre es primariamente usada para monitorear los niveles del dióxido de carbono relacionados con la función pulmonar. Sin embargo, también es requerido al medir los niveles de PH y de bicarbonato de la sangre para ciertas condiciones metabólicas.

Mientras que, la prueba regular del examen de glucosa es tomada en cierto punto en el tiempo, la prueba de tolerancia a la glucosa implica la prueba repetida para determinar la tasa en la cual la glucosa es procesada.



El Diccionario Pequeño Larousse español, nos da la siguiente definición: “La sangre es una suspensión de células o glóbulos en el plasma. El plasma está formado por agua, sales, minerales, moléculas orgánicas, (glúcidos lípidos, prótidos) y gas disuelto. La parte globular de la sangre está constituida por glóbulos rojos, hematíes, glóbulos blancos o leucocitos y plaquetas sanguíneas o trombocitos. Por término medio, el número de glóbulos rojos está comprendido entre 4.5 y 5.5 millones por mm<sup>3</sup>, el de glóbulos blancos, entre 5,000 y 8,000 por mm<sup>3</sup>, y el de plaquetas, entre 200,000 y 400,000 mm<sup>3</sup>. La centrifugación de la sangre separa la parte globular (sólida) de la parte plasmática (líquida).”<sup>42</sup>

En la actualidad existen, muchos laboratorios que realizan exámenes de sangre relacionados con el embarazo, que es el punto principal en el análisis del Artículo 207 del Código Civil, pues se pretende establecer la filiación del hijo-padre en relación al primero o segundo matrimonio de la mujer que se encuentra encinta, y para ello, la ley civil establece las presunciones legales que hacen posible que el juez, incluyendo sus presunciones humanas, pueda resolver alguna controversia que se le presente.

A través de una simple prueba de sangre, el químico biólogo, puede establecer el momento de la concepción, inclusive, la prueba de sangre, puede efectuarla la mujer de manera personal e independiente, después de dos o más días de haber mantenido relaciones sexuales con el varón, y ello contribuye con el juez, en asunto determinado, y con la voluntad de la madre y posible padre, ordenar para que a través de esta técnica médico-científica, se determine el momento de la concepción y el tiempo de embarazo.

---

<sup>42</sup> Diccionario pequeño larousse español. Pág. 145.

#### **4.3. Análisis y empleo del ultrasonido en obstetricia.**

Ésta constituye otra técnica médico-científica más avanzada, que permite a obstetras y radiólogos ver imágenes del embrión humano a través de aparatos sofisticados y de un video. Las imágenes dinámicas dirigidas permiten que el ultrasonografista aprecie rápidamente los detalles y las relaciones anatómicas y pueda establecer diagnósticos específicos; y con el auxilio de un biólogo y demás instrumentos científicos, poder determinar, el tiempo de concepción y período de embarazo, pues con una evaluación precisa de la edad gestacional se puede constituir medio de prueba para cualquiera de las partes de una controversia.

El ultrasonido, tal como lo indica el Diccionario Pequeño Larousse español, constituye vibración de la misma naturaleza que el sonido, pero frecuencia muy elevada desde 20Hz. A varios centenares de megahercios no audible al oído humano.

La ultrasonografía diagnóstica se ha constituido en un componente integral en la atención obstétrica prenatal, el ultrasonógrafo de tiempo real, a cobrado importancia en la actualidad pues permite de manera certera determinar la edad gestacional, estimación de pesos fetales, sexo del feto y a través de técnicas médicas biotecnológicas poder estimar el tiempo de embarazo de una mujer.

#### **4.4. Técnicas comunes del Acido Desoxirribonucleico**

El conocimiento de la estructura del ADN ha permitido el desarrollo de multitud de

instrumentos tecnológicas que explotan sus propiedades fisicoquímicas para analizar su implicación en problemas concretos: por ejemplo, desde análisis filogenéticos para detectar similitudes entre diferentes taxones, a la caracterización de la variabilidad individual de un paciente en su respuesta a un determinado fármaco, pasando por un enfoque global, a nivel genómico, de cualquier característica específica en un grupo de individuos de interés.

Se puede clasificar las metodologías de análisis del ADN en aquellas que buscan su multiplicación, ya in vivo, como la reacción en cadena de la polimerización PCR, ya in vitro, como la clonación, y aquellas que explotan las propiedades específicas de elementos concretos, o de genomas adecuadamente clonados. Es el caso de la secuenciación de ADN y de la hibridación con sondas específicas.

La tecnología del ADN recombinante, piedra angular de la ingeniería genética, permite propagar grandes cantidades de un fragmento de ADN de interés, el cual se dice que ha sido clonado. Para ello, debe introducirse dicho fragmento en otro elemento de ADN, generalmente un plásmido, que posee en su secuencia los elementos necesarios para que la maquinaria celular de un hospedador, normalmente lo replique. De este modo, una vez transformada la cepa bacteriana, el fragmento de ADN clonado se reproduce cada vez que aquella se divide.

Para clonar la secuencia de ADN de interés, se emplean enzimas como herramientas de corte y empalme del fragmento y del vector el plásmido. Dichas enzimas corresponden a dos grupos: en primer lugar, las enzimas de restricción, que poseen la



capacidad de reconocer y cortar secuencias específicas; en segundo lugar, el ADN ligaza, que establece un enlace covalente entre extremos de ADN compatible.

La secuenciación del ADN consiste en dilucidar el orden de los nucleótidos de un polímero de ADN de cualquier longitud, si bien suele dirigirse hacia la determinación de genomas completos, debido a que las técnicas actuales permiten realizar esta secuenciación a gran velocidad, lo cual ha sido de gran importancia para proyectos de secuenciación a gran escala como el Proyecto Genoma Humano. Otros proyectos relacionados, en ocasiones fruto de la colaboración de científicos a escala mundial, han establecido la secuencia completa del ADN de muchos genomas de animales, plantas y microorganismos.

La PCR puede efectuarse como una técnica de punto final, esto es, como una herramienta de generación del ADN deseado, o como un método continuo, en el que se evalúe dicha polimerización a tiempo real. Esta última variante es común en la PCR cuantitativa.

La investigación sobre el ADN tiene un impacto significativo, especialmente en el campo de la medicina, pero también en agricultura y ganadería donde los objetivos son los mismos que con las técnicas tradicionales que el hombre lleva utilizando desde hace milenios, la domesticación, la selección y los cruces dirigidos para obtener variedades de animales y plantas más productivos. La moderna biología y bioquímica hacen uso intensivo de la tecnología del ADN recombinante, introduciendo genes de interés en organismos, con el objetivo de expresar una proteína concreta, que puede ser:

- **Aislada para su uso posterior. Por ejemplo: Se pueden transformar microorganismos para convertirlos en auténticas fábricas que producen grandes cantidades de sustancias útiles, como insulina o vacunas, que posteriormente se aíslan y se utilizan terapéuticamente.**
- **Necesariamente para reemplazar la expresión de un gen endógeno dañado que ha dado lugar a una patología, lo que permitiría el restablecimiento de la actividad de la proteína perdida y eventualmente la recuperación del estado fisiológico normal, no patológico. Este es el objetivo de la terapia genética. Uno de los campos en los que se está trabajando activamente en medicina, analizando ventajas e inconvenientes de diferentes sistemas de administrar el gen viral y no viral y los mecanismos de selección del punto de integración de los elementos genéticos distintos para los virus. En este caso antes de plantearse la posibilidad de realizar una terapia genética en una determinada patología, es fundamental comprender el impacto del gen de interés en el desarrollo de dicha patología, para lo cual es necesario el desarrollo de un modelo animal, eliminando o modificando dicho gen en un animal de laboratorio, mediante esta técnica. Sólo en el caso de que los resultados en el modelo animal sean satisfactorios se procedería a analizar la posibilidad de restablecer el gen dañado mediante una terapia genética.**
- **Utilizada para enriquecer un alimento; por ejemplo: La composición de la leche una importante fuente de proteínas para el consumo humano y animal puede modificarse mediante transgénesis, añadiendo genes exógenos y desactivando genes**



endógenos para mejorar su valor nutricional, reducir infecciones en las glándulas mamarias, proporcionar a los consumidores proteínas antipatógenas y preparar proteínas recombinantes para su uso farmacéutico.

- Útil para transformar la resistencia del organismo transformado; por ejemplo: En plantas se pueden introducir genes que contienen resistencia a patógenos virus, insectos hongos, así como agentes estresantes abióticos salinidad, sequedad, metales pesados.

Los médicos forenses pueden utilizar el ADN presente en la sangre, el semen, la piel la saliva o el pelo en la escena del crimen para identificar al responsable. Esta técnica se llama huella genética, o también perfil de ADN. Al realizar la huella genética, se compara la longitud de secciones altamente variables en el ADN repetitivo, como los microsatélites, entre personas diferentes. Este método es frecuentemente muy fiable para identificar a un criminal. Sin embargo, la identificación puede complicarse si la escena está contaminada con ADN de personas diferentes.

La técnica de la huella genética fue desarrollada en 1984 por el genetista británico sir Alec Jeffreys, y fue utilizada por primera vez en medicina forense para condenar a Colin Pitchfork en los asesinatos de Narborough UK en 1983 y 1986. Se puede requerir a las personas acusadas de ciertos tipos de crímenes que proporcionen una muestra de ADN para introducirlos en una base de datos. Esto ha facilitado la labor de los investigadores en la resolución de casos antiguos, donde sólo se obtuvo una muestra de ADN en la escena del crimen, en algunos casos exonerar a un convicto. La huella genética

también puede utilizarse para identificar víctimas de accidentes en masa, o para realizar pruebas de consanguinidad.

La bioinformática implica la manipulación, búsqueda y extracción de los datos de secuencia de ADN. El desarrollo de técnicas para almacenar y buscar secuencias de ADN ha generado avances en el desarrollo de software de los ordenadores, para muchas aplicaciones, especialmente algoritmos de búsqueda de frases, aprendizaje automático y teorías de bases de datos. La búsqueda de frases o algoritmos de coincidencias, que buscan la ocurrencia de una secuencia de letras dentro de una secuencia de letra mayor, se desarrolló para buscar secuencias específicas de nucleótidos. A lo largo del tiempo, el ADN almacena mutaciones que se heredan y por tanto, contiene información histórica, de manera que comparando secuencias de ADN, los genetistas pueden inferir la historia evolutiva de los organismos, su filogenia. La investigación filogenética es una herramienta fundamental en biología evolutiva. Si se comparan las secuencias de ADN dentro de una especie, los genetistas de poblaciones pueden conocer la historia de poblaciones particulares. Esto se puede utilizar en una amplia variedad de estudios, desde ecología hasta antropología, como ilustra el análisis de ADN llevado a cabo para identificar a las Diez Tribus Perdidas de Israel. Por otro lado, el ADN también se utiliza para estudiar relaciones familiares.

La prueba referida, es el medio más preciso que existe para determinar o negar consanguinidad, debido a que el ADN de cada persona es único, con excepción de gemelos idénticos.



#### **4.5. La prueba del ácido desoxirribonucleico**

El ácido desoxirribonucleico ADN, tal como se concibe en la actualidad, tiene muy reciente difusión, aunque en laboratorios científicos especialmente en países desarrollados, se han estado gestando desde hace mucho tiempo, pruebas que conllevan a establecerlo tal como en la actualidad se concibe y que ha sido de mucha utilidad tanto para la medicina científica, como para otras ramas del derecho, como en el caso de la administración de justicia, y la investigación criminal.

El ácido desoxirribonucleico, significa material genético de todos los organismos celulares y casi todos los virus. Además, lleva la información necesaria para dirigir a la síntesis de proteínas y la replicación. Se llama síntesis de proteínas a la producción de las proteínas que necesita la célula o el virus para realizar sus actividades y desarrollarse.

La replicación es el conjunto de reacciones por medio de las cuales el ácido desoxirribonucleico, se copia a sí mismo, cada vez que una célula o un virus se reproduce y transmite a la descendencia la información que contiene. En todos los organismos celulares está organizado en forma de cromosomas, situados en el núcleo de la célula.

En cuanto a su estructura, cada molécula está constituida por dos cadenas o bandas formadas por un elevado número de compuestos lumínicos llamados nucleótidos. Estas cadenas forman una especie de escalera retorcida que se llama doble hélice. Cada



nucleótido está formado por tres unidades una molécula de azúcar desoxirribosa, un grupo fosfato y uno de cuatro posibles compuestos nitrogenados llamados bases adenina, guanina, timina y citosina. La molécula de desoxirribosa ocupa el centro del nucleótido y esta flanqueada por un grupo fosfato a un lado y una base al otro. El grupo fosfato está a su vez unido a la desoxirribosa del nucleótido adyacente de la cadena. Estas subunidades enlazadas desoxirribosa fosfato, forman los lados de la escalera, las bases están enfrentadas por parejas, mirando hacia el interior y forman los travesaños. Los ácidos nucleicos son complejas moléculas producidas por células vivas y son imprescindibles en todos los órganos vivos.

La secuenciación de nucleótidos de un fragmento de ADN que constituye un gen, está presente en forma de un código genético. Este código queda determinado por el orden de estas bases y cada gen tiene una secuencia única de pares de bases de adenina, citosina, guanina y timina. Los científicos utilizan estas secuencias para localizar la posesión de los genes en los cromosomas.

Los nucleótidos de cada una de las dos cadenas que forman el ácido desoxirribonucleico establecen una asociación específica con los correspondientes de la otra cadena. Debido a la afinidad química entre las bases, los nucleótidos que contienen adenina se acoplan siempre con los que contienen timina, y los que contienen citosina se enlazan únicamente con los que contienen guanina. Las bases complementarias se unen entre sí por enlaces químicos débiles llamados hidrógenos.

La organización de dos nucleótidos apareados a lo largo de la doble hélice se denomina

apareamiento de bases. Este emparejamiento corresponde a la observación realizada por Erwin Chargaff que mostró que la cantidad de adenina era muy equivalente a la de timina y que la de citosina era similar a la de guanina en el ADN. Como resultado de esta complementariedad, toda la información contenida en la secuencia de doble hebra de la hélice de ADN está duplicada en cada hebra, lo cual es fundamental durante el proceso de la replicación del ADN y que es crítica en los organismos vivos.

En síntesis proteica se puede afirmar que el ácido desoxirribonucleico incorpora las instrucciones de producción de proteína. Es un compuesto formado por moléculas pequeñas llamadas aminoácidos, que determinan su estructura y función. La secuencia de aminoácidos está a su vez determinada por la secuencia de bases de los nucleótidos del ácido desoxirribonucleico. El ADN tiene la capacidad de auto duplicarse para que los seres vivos se reproduzcan y perpetúen, conservando de esa manera sus características. Este ácido dirige todos los procesos celulares como la formación de las proteínas, que son sustancias sumamente importantes para el buen funcionamiento celular.

### **Importancia de la prueba de ácido desoxirribonucleico, como medio de prueba científica**

Dentro de las ventajas y beneficios que representa esta técnica, la misma puede ser de utilidad para:

- Una mujer que busca apoyo para su hijo de hombre que niega ser el padre del niño o la niña.



- Un hombre que intenta ganar la custodia y derechos sobre el niño o la niña.
- Un hombre que quiere confirmar la paternidad de su hijo o sus hijos.
- Un padre o una madre que quiere determinar la paternidad del niño antes del nacimiento.
- Hijos adoptivos que buscan a sus familias biológicas.
- Personas que buscan identificar a uno de sus padres cuando el otro está ausente.
- Alguien que quiera determinar la abuelidad, o derechos de herencia, reclamaciones de seguros.
- Individuos que quieran un perfil ADN en su testamento para determinar herederos legítimos.
- Individuos que buscan determinar la probabilidad de un parentesco biológico de un o una hermana perdida.
- Personas que han recibido resultados inconclusos por otros métodos, o que deseen otra opinión.
- La prueba de ADN la puede hacer cualquier persona a cualquier edad, llegando a la actualidad que la misma puede efectuarse por algún laboratorio sin necesidad de receta médica, siendo los resultados aproximadamente de 99.99 por ciento de certeros y efectivos.
- En la actualidad se ha evidenciado no sólo el avance de la ciencia médica sino el desarrollo de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia de Derechos Humanos de los Niños y de la Mujer, que indiscutiblemente tratan de fortalecer la unidad familiar como eje fundamental de la sociedad.
- Considero que el contenido del Artículo 207 del Código Civil en el tiempo en que el





mismo fue elaborado, no existían las técnicas médico científicas modernas para determinar la filiación padre- hijo en caso de que la mujer haya contraído nuevas nupcias.

- Las presunciones legales contenidas en el Artículo 207 del Código Civil, se refieren a establecer quien es el verdadero padre en el caso de que la mujer se encuentre encinta y contrajere nuevas nupcias violando las prohibiciones legales que para el efecto tiene en la actualidad.
- La aplicación de Técnicas Médico Científicas para determinar el momento de la concepción y tiempo de embarazo, sirven para constituir prueba en contra de las presunciones legales del Artículo 207 del Código Civil Decreto Ley 106 pueden ser utilizadas por el juez para determinar la relación jurídica no sólo del padre en relación al hijo y viceversa, sino también en el caso de que se dude la paternidad.
- Históricamente la determinación de paternidad ha sido una preocupación, desde entonces y hasta la actualidad la ciencia ha atravesado innumerables escollos en sus complejos cambios para lograr respuestas a una pregunta tan antigua como trascendente ¿es todo padre presunto un verdadero padre biológico?, y es que partiendo del más simple parecido físico hasta el implemento de la tecnología del ADN la sociedad y el derecho han intentado interpretar con un máximo de credibilidad de los distintos descubrimientos en este ámbito.
- La prueba científica de ADN es la vía para la acreditación de la paternidad ya que dicha prueba es esencial en el derecho de familia por el grado de confiabilidad de sus resultados y es de gran importancia en la toma de decisiones judiciales que resuelven complejos procesos de filiación sometidos a su conocimiento.

- Este medio de convicción científico, considerado como prueba pericial biológica para determinar la paternidad, es el argumento científico que permite desvirtuar las presunciones legales del Artículo 207 del Código Civil al constituirse en medio de prueba en contra de lo estipulado en dicho cuerpo normativo.

En conclusión se afirma que es viable destacar la relevancia que tiene en la actualidad la prueba biológica de ADN, en los juicios de filiación, pues a partir de aquí, se considera que en esta materia predomina el principio de la verdad biológica. Este criterio no ha sido recogido en los artículos 7, 178, 179, 199, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 220, 224, 227, del Código Civil, decreto Ley 106, por la antigüedad de la ley. Sin embargo la filiación ya no se asienta en la voluntad de las partes, sino en la realidad de la naturaleza, esto ha sido posible con la aparición de procedimientos científicos que permiten establecer con certeza la realidad del vínculo biológico.

Uno de los procedimientos técnicos de mayor relevancia en nuestros días, por su rigor científico es la prueba de ADN. Es tal la importancia de esta prueba en los casos de paternidad discutida o ignorada que la propia ley establece como sanción dentro de nuestro ordenamiento jurídico que en caso de negativa a someterse a los exámenes y análisis, consistente en el indicio contrario a la posición sustentada por el renuente que en definitiva lo constituye CONFESO, y a la parte actora le otorga la veracidad de todo lo aseverado por ella.

Ello ha sido interpretado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de manera pacífica. En relación con el grado de certeza de esta prueba, en casos de inclusión,

que sea el verdadero padre o hijo, la exactitud de esta técnica permite alcanzar un porcentaje del 99.99%, es decir, que el resultado es concluyente y de esta manera es aceptado y aplicado por los jueces en sus resoluciones. Las aplicaciones del análisis de ADN para la determinación de Paternidad o Maternidad son variadas, pero en general y en la práctica se reducen a los casos de paternidad discutida o ignorada y aquellos en que, como el abandono de niños, niños robados y/o sustituciones de bebé o se desconoce la maternidad.

Para determinar si en los casos en que se ofrece una prueba pericial en materia de genética (ADN) y el demandado se niega o se opone a realizarla, lo cual no debería de ser una opción para éste, pero de ser así, debe apercibirse con la imposición de las medidas de apremio, mismas que no están establecidas dentro de nuestra legislación, en lo que se refiere a la legislación procesal civil se presume que su apercibimiento es de multa o arresto, y en lo referente al ramo familia el apercibimiento debe ser en el sentido de presumir como ciertos los hechos que se pretenden probar con ese medio de convicción si el demandado se negare a realizarse dicha prueba.

#### **4.7. Análisis de casos reales con y sin prueba de ADN, llevados en tribunales**

##### **Antes del Decreto 39-2008**

**\*CASO No. 162-2005** Juicio Ordinario de Paternidad y Filiación Extramatrimonial.

Claudia Carola Pérez Pérez, inició Juicio Ordinario de Paternidad y Filiación Extramatrimonial, Dentro del Juzgado Primero de Primera Instancia de Trabajo y



Previsión Social y de Familia del departamento de Retalhuleu, contra Rodolfo Rodolfo López López, con fecha 18 de marzo de 2005 se dictó auto declarando la admisión la demanda; b) con fecha 07 de abril de 2005 el demandado, presentó excepciones previas de demanda defectuosa y falta de personería, resueltas el 05 de mayo de 2005, declarando sin lugar las mismas; c) El demandado, presentó recursos de apelación y de nulidad, el juez de primera instancia no otorgó el recurso de apelación por improcedente y le dio trámite al recurso de nulidad, procedió a interponer ocurso de hecho ya que a criterio de él se le debió dar trámite al mismo; d) del ocurso de hecho interpuesto en contra el Juez de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia de Retalhuleu conoció la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Retalhuleu, quien con fecha 03 de junio de 2005 dictó auto declarando sin lugar el ocurso de hecho interpuesto; e) Manifiesta el amparista que la Sala al declarar sin lugar el Ocurso de Hecho le violó sus derechos de defensa y debido proceso, ya que no se tomó en cuenta lo establecido en la Ley del Organismo Judicial y no en el Código Procesal Civil y Mercantil, en virtud de que la Ley del Organismo Judicial es posterior a la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil por lo que solicitó que se dicte sentencia, que declare CON LUGAR y SE OTORGUE AMPARO AL demandado y se deje en suspenso EN DEFINITIVA, los actos reclamados consistentes en resoluciones de autoridad, de fechas 16 de mayo de 2005, proferida por el juez de primera instancia de trabajo y previsión social y de familia, Retalhuleu, en el juicio ordinario número 162/2005, oficial 3º. de dicho tribunal, y resolución de fecha 03 de junio del 2005, proferida por la autoridad impugnada, en el ocurso de hecho número 121/2005, oficial 2º. de la sala regional mixta de la corte de apelaciones de Retalhuleu, por haber sido proferidas en contra de normas IMPERATIVAS EXPRESAS, y en consecuencia, se



dicte resolución sustituta de la de fecha 03 DE JUNIO DE 2005, B) Casos de procedencia: Citó el artículo 10 incisos a) y h) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

C) Leyes violadas: Invocó los artículos 326 del Código de Trabajo y 603 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La parte actora evacuó la audiencia conferida.

En conclusión. Éste AMPARO fue RESUELTO CON FECHA 20 DE FEBRERO DE 2008, transcurriendo desde que la demandada inició su Juicio Ordinario de Filiación y Paternidad, 08 de marzo de 2005, 2 años 11 meses 16 días contando el tiempo del AMPARO, sin embargo de aquí tenía que ser devuelto el expediente al juzgado respectivo, ya que dicho AMPARO fue declarado SIN LUGAR.

**\*CASO No. 118-2004** Juicio Ordinario de Paternidad y Filiación Extramatrimonial.

A) Fecha de interposición: 20 de abril de 2006.

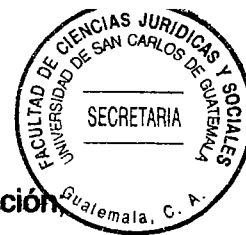
B) Acto reclamado: sentencia de fecha 14 de marzo de 2006, dictado por la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de La Antigua Guatemala, que confirmó la sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo, Previsión Social y de Familia del departamento de Sololá, que declaró con lugar la demanda ordinaria de paternidad y filiación extramatrimonial promovida por María Soto Soto contra el postulante.

C) Fecha de notificación al postulante: 23 de marzo de 2006.

D) Uso de recursos contra el acto impugnado: ninguno.

E) Violaciones que denuncia: derecho de defensa, el debido proceso, de petición y libre acceso a los tribunales.

La actora, promovió juicio ordinario de paternidad y filiación extramatrimonial ante el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del departamento de Sololá; b) el demandado no contestó la demanda y se dictó la sentencia respectiva en la que se declaró: "... I) Con lugar la demanda ORDINARIA DE PATERNIDAD Y FILIACION EXTRAMATRIMONIAL planteada por la actora, en contra del demandado; c) el demandado inconforme con el fallo interpuso recurso de apelación, y la Sala impugnada en resolución de fecha 14 de marzo de 2006, declaró: "...I) Se abstiene de conocer sobre la apelación interpuesta por el demandado, en contra de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social y de Familia del departamento de Sololá, de fecha 29 de noviembre de 2005; II) CONFIRMA la resolución venida en grado..." d) la Sala, en el fallo impugnado consideró que: "le confirió audiencia al apelante por el plazo de seis días para expresar los agravios que tuviese contra la sentencia venida en grado, quien no obstante y debidamente notificado, no concretó los motivos de su inconformidad, lo cual imposibilita a entrar a conocer de la apelación", y si bien es cierto que presentó alegato para el día de la vista, éste no puede suplir aquella exigencia legal porque este acto procesal, -la vista-, sólo tiene por objeto argumentar sobre los motivos de la apelación que deben concretarse al evacuar la audiencia conferida para hacer uso del recurso, oportunidad estatuida precisamente para cumplir esta formalidad. En esa virtud, quienes, juzgan en esta instancia al tenor del artículo 603 del Decreto Ley 107 que prescribe: "La apelación sólo se considerará solamente en lo desfavorable al recurrente



y en lo que haya sido expresamente impugnado”, se abstiene de conocer la apelación,

e) al interponer el recurso conforme a derecho y al evacuar la audiencia el día de la vista, cumplió con la ley, mientras que la autoridad impugnada al rechazar el mismo con la argumentación vertida, violó su derecho de defensa. La Corte de Constitucionalidad, en un caso similar y en contra de dicha Sala impugnada indicó: “(...) Al analizar el asunto se establece que ninguna de las normas que regulan el recurso de apelación impone al litigante la obligación de “expresar agravios” dentro del término de la audiencia a que se refiere la Sala y por ende, tampoco existe disposición legal que otorgue facultades al tribunal para que por tal omisión se abstenga de estudiar y resolver sobre el fondo de la controversia sometida a su conocimiento(...); f) solicitó que se le otorgue el amparo, se restablezcan sus derechos y garantías, se deje sin efecto el acto reclamado, y se declare que la sentencia dictada por la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de La Antigua Guatemala, no lo obliga ni le es aplicable por contravenir y restringir sus derechos.

B) Casos de procedencia: citó el artículo 10 incisos a), b), d) y h) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

C) Leyes violadas: invocó los artículos 12 y 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 198 y 200 de la Ley del Organismo Judicial; 606 y 610 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Ambos amparos fueron DENEGADOS, y para llegar a ellos en el primero se llevó en tiempo 2 años 11 meses 16 días, sin contar el tiempo en que llevará devolver el expediente a los juzgados respectivos, en el otro que fue iniciada la demanda en el mes de noviembre del 2005, casi el mismo tiempo, para hacer efectivo el derecho de un



menor que hasta en ese entonces no goza del derecho elemental de que es revestida la persona desde el momento de su nacimiento.

### **Posterior del Decreto 39-2008 ADN para la filiación**

**\*CASO No. 01-055-2008-01623, Of. y Not. 2º.** Juicio Ordinario de Paternidad y Filiación Extramatrimonial.

La actora, promovió juicio ordinario de paternidad y filiación extramatrimonial ante la Fiscalía del Ministerio Público y fue remitido a la Fiscalía de la Mujer para posteriormente llegar al Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Familia de Guatemala;

a) El Juicio de Filiación fue presentado el 21 de agosto del 2008; Fue resuelto el 27 de agosto de 2008 y el demandado fue notificado el 01 de Septiembre de 2008; b) El demandado se opuso a las pretensiones de la actora, dentro del juicio ordinario se ofrecieron dentro de las pruebas el examen de ADN, mismo que fuera señalado en su momento procesal para mayo de 2009, sin embargo llegado el momento el demandado y la menor no se presentaron a realizarse las pruebas de ADN; c) Para el 14 de agosto del año 2009, la actora solicitó se diera por agotado el procedimiento probatorio, mismo que se dio por agotado; se señaló la fecha para la vista para el 17 de febrero del año 2010, d) A la presente fecha el proceso se encuentra pendiente de dictarse la sentencia respectiva ser notificada la sentencia respectiva, misma que será dictada tomando como punto principal la negativa de la prueba de ADN.

**\*CASO No. 01-045-2008-2436, Of. y Not. 3º.** Juicio Ordinario de Paternidad y Filiación





**Extramatrimonial.**

La actora, promovió juicio ordinario de paternidad y filiación extramatrimonial ante la Fiscalía de la Mujer, y fue remitido al Juzgado Primero de Primera Instancia de Familia de Guatemala;

a) El Juicio de Filiación fue presentado el 18 de abril del 2008; Fue resuelto el 21 de abril de 2008 y el demandado fue notificado el 28 de abril de 2008; b) El demandado contestó en sentido negativo la demanda aponiéndose a las pretensiones de la actora, dentro del juicio ordinario se ofrecieron dentro de las pruebas el examen de ADN, mismo que fuera señalado en su momento procesal para marzo de 2009, el demandado no se presento a realizarse las pruebas de ADN únicamente el menor; c) Para el 14 de mayo del año 2009, la parte actora solicitó se diera por agotado el procedimiento probatorio; se señaló fecha para la vista para el 18 de enero del año 2010, a la fecha el proceso se encuentra pendiente de dictarse la respectiva sentencia.

**\*Razón.** Para fines de la presente tesis, los nombres de los actores han sido omitidos identificándolos únicamente como la actora y el demandado, los números que los identifican son literales.

**En conclusión.** Dentro de los hallazgos se puede establecer que la prueba de ADN como elemento técnico probatorio descarta cualquier DUDA RAZONABLE por parte de la persona que tenga la incertidumbre de si un hijo es de él, de ella o de ambos, en los casos presentados, se puede observar que los que han llegado al Amparo son casos en los que los padres han negado la paternidad de un hijo, el tiempo para resolverlos en



los juzgados del interior de la república es mucho menor que los llevados en los tribunales de la ciudad de Guatemala. Lo anterior obedece a la sobre carga de casos que existen en los órganos jurisdiccionales de la ciudad capital, pues en el interior no existen juzgados que sean de la rama de Familia, ya que son los Juzgados de Trabajo y Previsión Social y de Familia en donde se concentran tanto los casos laborales como los de familia, aún así es menos el tiempo en que un caso llega a un amparo.

Dentro de la investigación presentada se puede observar que la prueba de ADN es un elemento primordial dentro del proceso de filiación, pero aún con todo y lo efectivo por lo certero que es la prueba aún es débil al compararla con el tiempo perdido que tiene como desventaja un menor alimentista; Por una parte si bien es cierto no deja lugar a dudas de quien sea el padre o padres responsables del menor, no quiere decir que al efectuarse la prueba pertinente de ADN, se reduzca de alguna manera todo el tiempo y se le corten procesos a todo el andamiaje jurídico que el mismo conlleva, pues aún con todo y la prueba el demandado tiene el derecho de llegar a agotar todas las vías de defensa, como el hecho de llegar al amparo, y mientras esto ocurre el menor queda desprotegido al no otorgársele la pensión alimenticia pertinente.

La prueba de ADN nos proporciona una ventaja la veracidad y certeza de quienes son los padres de un menor y como desventaja QUE NO REDUCE EL PROCESO ORDINARIO, y en el caso de negarse la parte demandada se tiene como prueba en contrario.



## CONCLUSIONES

1. El avance de la ciencia médica y el desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales, demuestran que en la ley civil guatemalteca, existen disposiciones legales que se contraponen a la actualidad jurídica, y por ende evidencia que ante los cambios y la evolución que la ciencia obtiene, existen lagunas legales, pues las leyes civiles no se han renovado conforme la sociedad y la ciencia avanza.
2. La prueba de ADN es una de las pruebas biológicas más certeras que existen en la actualidad. Su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir de una muestra de sangre, semen, cabello u otro fluido o tejido cualquiera. Analizando las secuencias del ADN puede establecerse con exactitud absoluta la herencia biológica, superando con ello, los márgenes de duda que puedan existir.
3. La entrada en vigencia del Decreto 39-2008, ayuda en el proceso probatorio de la filiación, sin embargo, no se reduce el tiempo en el proceso del Juicio Ordinario, ya que dentro de su procedimiento el mismo Juicio establece que pueden agotarse todas las vías de defensa para la parte demandada, dentro de las que se encuentran todas las impugnaciones y/o apelaciones pertinentes, lo que conlleva tiempo perdido para un menor alimentista.
4. Que los medios de convicción regulados para establecer la filiación, en el Artículo 207 del Código Civil, son insuficientes, determinados y limitativos pues pareciera que sólo si se dan estas condiciones se puede, probar y declarar la paternidad sin estimar los avances científicos en esa materia, el Decreto 39-2008 que regula el examen de ADN para la filiación tampoco es suficiente ya que el mismo no logra cubrir las necesidades de la situación actual.





## **RECOMENDACIONES**

- 1. El estado a través del Organismo Legislativo tiene la obligación constitucional de ofrecer soluciones a los problemas sociales mediante la creación de una legislación familiar adecuada, para ello es necesario la utilización de la figura legal del Arbitraje en los procesos de filiación y paternidad y/o la modernización de leyes existentes, para que el avance de la ciencia médica no se obstaculice con la legislación actual.**
- 2. El Estado a través del Ministerio de Salud debe colocar de modo visible en las instituciones públicas, específicamente en las maternidades, copia del decreto 39-2008, para que las personas con dudas en relación a la paternidad, se informen que tienen la alternativa de utilizar la técnica precisa de la prueba de ADN. Y así resolver las mismas y con ello la situación jurídica del padre con relación al hijo y a la madre.**
- 3. El Congreso de la República debe contemplar dentro del Decreto 39-2008 que en el Juicio Ordinario de paternidad o Filiación, una vez aceptada la demanda se ordenará realizar la prueba de ADN, y se advertirá a las partes que con el resultado de la prueba se dictará sentencia DECLARANDO con o sin lugar la demanda planteada, agotando con ello todo el procedimiento ordinario posterior. En donde no quepa recurso alguno.**
- 4. El Organismo Legislativo debe regular dentro del decreto 39-2008, que se refiere a la prueba de ADN para establecer la filiación, que el padre biológico de un menor, tiene derecho a reconocer a un hijo concebido con una mujer casada con otra persona, porque al no estar reglamentado el niño queda desamparado y muchas veces no es registrado su nacimiento; lo que puede traer como consecuencia que el menor no pueda gozar con lo indispensable para su subsistencia y educación.**





## BIBLIOGRAFÍA

**ARAGÓN ORELLANA, Jorge Eduardo. Análisis de la posibilidad de riesgo social en los procesos de inseminación artificial y manipulación genética en seres Humanos.** Guatemala: Tesis de Graduación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Centro de impresiones Grafos, 1998.

**BRAÑAS, Alfonso. Manual de derecho civil.** 2da.ed. Guatemala: (s.e.) 1985.

**CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 2t. 10a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.

**CASTÁN VAZQUEZ, José María. La patria potestad.** 1ª ed. Madrid, España: Ed. Uteha, 1944.

**CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho civil.** 13ª. ed. Madrid, España: Ed. Reus, 1941.

**CRUZ, Fernando. Instituciones de derecho civil patrio.** 1ª ed. Guatemala: Ed. tipografía el Progreso, 1980.

**DE PINA, Rafael. Elementos del derecho civil mexicano. Volumen I,** 1ª ed. México: Ed. Porrúa S.A. 1956.

**ENGELS, Federico. El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado.** 2da ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Claridad, 1957.

**ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de derecho civil español.** 1ª ed. Madrid, España Ed. Revista de derecho privado. 1959.



**ESTRADA OSORIO, Eduardo. Consecuencias jurídicas originadas al prohibirse al padre hacer el reconocimiento de hijos nacidos de una mujer casada con otra persona.** Guatemala: Tesis de Graduación Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Mayte 2008.

**FLORES ALVARADO, Elba Lorena. Necesidad de ampliar el Código Civil incluyendo la prueba científica para declarar judicialmente o negar la filiación.** Guatemala: Tesis de Graduación Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales. Ed. Mayte.1995

**FONSECA, Gautama. Curso de derecho de familia.** 1ª ed. Tegucigalpa, Honduras: Ed. Imprenta López y Cias. , (s.f).

**LÓPEZ CORDOVA, Ernesto Ramiro. Consideraciones legales relativas a la inseminación artificial en seres humanos.** Guatemala: Tesis de Graduación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ed. Universitaria 1985.

**LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. Tutela y Curatela.** 2da ed. Buenos Aires República de Argentina: Ed. De Palma. 1993.

**LÓPEZ GODÍNES, Mauricio de Jesús. Importancia de admitir prueba en contra de la presunción de paternidad respecto del hijo concebido durante el matrimonio.** Guatemala: Tesis de Graduación, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.2008.

**MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial.** 1ª ed. Buenos Aires, República de Argentina: Ed. Jurídicas, Europa, 1954.

**PLANIOL, Mercel y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de derecho civil francés.** 1ª ed. La Habana, República de Cuba: Ed. Cultural S.A., 1946.





**PÚIG PEÑA, Federico. Tratado de derecho civil. 2da ed. Madrid, España: Ed. revista de derecho privado., 1957.**

**ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. 1ª ed. México, D. F. Ed. antigua librería robredo, 1959.**

**MORGAN SANABRIA, Rolando. Material de apoyo para el curso planificación de la investigación científica. 2da ed. Guatemala, Ed. Universitaria, 2005.**

**VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Tratado de derecho civil español. 1ª ed. Valladolid, España: Ed. talleres tipográficos cuesta, 1932.**

#### **Legislación:**

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

**Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, año 2007 y sus reformas.**

**Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107 año 2007 y sus reformas.**

**Ley del Organismo judicial Congreso de la República de Guatemala, Decreto Ley 2-89 año 2006 y sus reformas.**

**Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 206 año 2007 y sus reformas.**

**Ley de Paternidad. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 39-2008 ADN para la Filiación. Reformas al Código**