

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y de Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Estudio de la filiación derivada de las técnicas de
reproducción asistida**

-Tesis de Licenciatura-

Cindy Janhara Berganza Roque

Guatemala, abril 2014

**Estudio de la filiación derivada de las técnicas de
reproducción asistida**

-Tesis de Licenciatura-

Cindy Janhara Berganza Roque

Guatemala, abril 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cóbar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Director del Programa de Tesis Dr. Carlos Interiano

Coordinador de Cátedra M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Licda. Karin Virginia Romero Figueroa

Revisor de Tesis M. Sc. Ruth Elisabeth Ávalos castañeda

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Mario Jo Chang

Lic. Rolando Augusto Morataya Flores

Lic. Edgar Aroldo Hichos Flores

Lic. Víctor Manuel Morán Ramírez

Segunda Fase

Dr. Jorge Edeberto Canel García

Lic. Arturo Recinos Sosa

Lic. Herbert Estuardo Valverth Morales

Lic. Mario Jo Chang

Tercera Fase

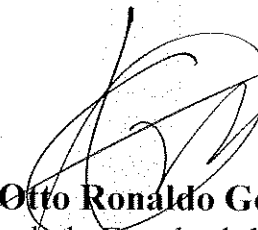
Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro

Lic. Mario Jo Chang

Lic. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Lic. Adolfo Quiñones Furlan

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintitrés de septiembre de dos mil trece.-----
En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ESTUDIO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**, presentado por **CINDHY JANHARA BERGANZA ROQUE**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la Licenciada **KARIN VIRGINIA ROMERO FIGUEROA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **CINDHY JANHARA BERGANZA ROQUE**

Título de la tesis: **ESTUDIO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

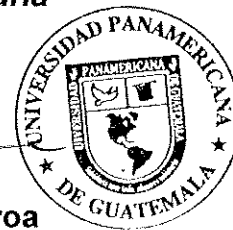
Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 20 de noviembre de 2013



"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Licda. Karin Virginia Romero Figueroa
Tutor de Tesis



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintiuno de noviembre de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **ESTUDIO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**, presentado por **CINDHY JANHARA BERGANZA ROQUE**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la Licenciada **RUTH ELISABETH ÁVALOS CASTAÑEDA**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto-Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **CINDHY JANHARA BERGANZA ROQUE**

Título de la tesis: **ESTUDIO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

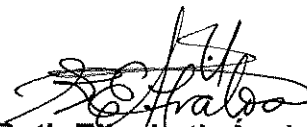
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de enero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



M. Sc. Ruth Elisabeth Avalos Castañeda
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **CINDHY JANHARA BERGANZA ROQUE**

Título de la tesis: **ESTUDIO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 25 de febrero de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **CINDHY JANHARA BERGANZA ROQUE**

Título de la tesis: **ESTUDIO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

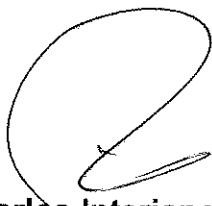
Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,


Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 24 de marzo de 2014



Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Nota: Para los efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
La filiación	1
Técnicas de reproducción asistida	14
Daños y perjuicios	27
Conclusiones	41
Referencias	42

Resumen

La investigación de mérito se centralizó en la filiación, derivada de las técnicas de reproducción asistida; este estudio se desarrolló tomando como base la filiación, considerándola como el lazo de descendencia entre unas personas y otras, su clasificación doctrinaria y legal conforme lo establece el Código Civil, es decir, matrimonial, extramatrimonial, cuasimatrimonial y adoptiva, incluyendo el articulado que es el basamento legal que la sustenta. Posteriormente, se desarrolló el tema de los efectos jurídicos de la filiación matrimonial, determinando que en la legislación civil guatemalteca se confieren determinados derechos a favor del hijo, que constituyen a la vez deberes jurídicos a cargo del padre, como el derecho a llevar apellidos de padre y madre y el derecho de alimentos.

También se estudiaron las técnicas de reproducción asistida, como una institución que coadyuva a la fecundación no natural por infertilidad del padre o de la madre; sus antecedentes, indicando que estas técnicas de reproducción se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80 y 90, y su clasificación incluye la inseminación artificial, fecundación invitro, inyección intracitoplasmática del espermatozoide, maternidad sustituta, madre subrogada, como fundamento de las formas de lograr la fecundación artificial.

En cuanto a los daños y perjuicios producto de este hecho, se comprobó que la legislación y la doctrina concluyen que es el daño causado por la comisión de un ilícito penal que requiere el pago indemnizatorio; en cuanto a su regulación legal, el artículo 119 del Código Penal establece que la extensión de la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación de los daños materiales y morales, la indemnización de perjuicios. Por otra parte, el Código Civil en el artículo 1106 regula que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

Palabras Clave

Filiación. Técnicas de reproducción asistida. Inseminación artificial. Fecundación invitro. Maternidad sustituta.

Introducción

Al referirse a la reproducción asistida, es indispensable aunar el concepto de la infertilidad que generalmente es la causante de la misma, mas no es la única causa, debido a que estas técnicas también pueden ser implantadas en mujeres que no tienen una pareja masculina.

El recurso a la procreación artificial tiene la función de otorgar una de las materias primas más importantes para la ingeniería genética, es decir, los gametos, y especialmente, cuando se realiza la técnica de fecundación in vitro, los embriones sobrantes.

La importancia del presente estudio se circunscribió a que pueda servir como fuente de consulta para estudiantes y profesionales del derecho, porque se trata de una investigación doctrinaria y jurídica de la legislación civil guatemalteca y que en algún momento puede servir de soporte para cualquier punto de vista del tema objeto de estudio.

Con la investigación de mérito se pretendió regular este tipo de filiación en el Código Civil guatemalteco, pues su origen se deriva de cualquier técnica de reproducción asistida.

Se cumplió con el objetivo general propuesto referente al estudio de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, se cumplió con los referentes objetivos a estudiar las diferentes formas de filiación que regula el Código Civil, así como a estudiar las técnicas de reproducción asistida.

La filiación

En el Código Civil de Guatemala de 1933 se suprimió la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos, y se sustituyó por la de hijos de matrimonio y fuera de matrimonio.

En la Constitución de la República de 1945, en el artículo 76, se consignó que no se reconocían desigualdades legales entre los hijos.

En la Constitución de 1956 no se reconocían desigualdades entre los hijos, todos tenían idénticos derechos.

El artículo 209 del Código Civil estipula que todos los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio.

Deberes u derechos derivados de la filiación

Derechos respecto a los hijos, sucesión intestada y a los alimentos si fueren menores de edad.

1. Igualdad de los derechos de los hijos fuera y dentro del matrimonio.
2. Derechos y deberes derivados de la patria potestad.

Presunción e impugnación de la paternidad

Es evidente que como la presunción de paternidad (artículo 199 del Código Civil) admite prueba en contrario, el marido de la madre tiene perfecto derecho de impugnar la paternidad que se le atribuye.

Sobre esto el artículo 201 inciso 1) del Código Civil establece que, el nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, se presume hijo del marido si éste no impugna su paternidad.

Reconocimiento, formas y efectos

Cuando se habla de reconocimiento de un hijo, se entiende que se trata por parte del padre (artículo 214 del Código Civil), el reconocimiento es un acto espontáneo y voluntario de ambos progenitores conjuntamente, o de uno de ellos separadamente, en que se manifiesta o declara reconocer como suyo al hijo.

Otra novedad y avance que en esta materia ofrece nuestro Código Civil es la validez jurídica del reconocimiento otorgado por los abuelos en determinadas circunstancias (artículo 216 del Código Civil).

El varón menor de edad puede perfectamente otorgar el reconocimiento de un hijo suyo, siempre que medie el consentimiento o autorización, según el caso: a) de los que ejerzan sobre l la patria potestad, b) de la persona bajo cuya tutela se encuentre, c) con autorización del juez competente (artículo 217 del Código Civil). A una mujer menor de edad, pero mayor de catorce años, la ley le reconoce capacidad civil para reconocer a sus hijos (artículo 218 del Código Civil).

Formas de reconocimiento

Conforme lo estipula el Código Civil, en el artículo 211, en la partida de nacimiento por comparecencia ante el registrador civil; por acta especial ante el registrador civil; por escritura pública, por testamento, confesión judicial.

Efectos del reconocimiento

El primordial es la equiparación de derechos del hijo extramatrimonial con los hijos procreados en el matrimonio, según lo regula el artículo 209 del Código Civil. Los derechos del hijo reconocido se pueden reducir a tres: a) derecho a la sucesión intestada; b) derecho a alimentos; c) derecho a usar el apellido del padre que los haya reconocido.

Eventualmente podría llegar a tener derecho de vivir en el hogar conyugal, con el expreso consentimiento del otro cónyuge (artículo 209 del Código Civil).

Concepto

Se precisan dos conceptos de filiación, uno genérico, sin mayores derivaciones para el derecho, según el cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas y un progenitor determinado; el otro, jurídico, según el cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.

Se define la filiación como el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad según que se considera en relación con el padre o con la madre. (Brañas, 1998:194).

Es decir, que la filiación es el vínculo existente entre parientes consanguíneos unidos por el parentesco de un apellido en común.

Para Rojina, citado por Brañas,

La filiación constituye un estado jurídico a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que son hechos jurídicos. Afirma que se refiere a la filiación, se encuentra una situación permanente que regula el derecho y que se origina no

solo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre en el estado de minoría o mayoría de edad o incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón. (1998:195).

Vínculo existente entre padres e hijos. La filiación puede ser legítima (derivada de matrimonio), ilegítima (derivada de unión no matrimonial) o por adopción. La filiación ilegítima se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, caso en el cual se refiere a la filiación natural, como cuando media algún impedimento, sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos (filiación adulterina), relación de parentesco (filiación incestuosa) o profesión religiosa (filiación sacrílega) sin que jurídicamente tengan importancia estas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales. (Ossorio, 1998:417).

Se considera que ambos conceptos son valederos, pero más adecuado el de Brañas, por ser un autor guatemalteco, que tiene relación directa con la legislación nacional y conocimiento acerca del tema objeto de estudio.

Clasificación de la filiación

El Código Civil, Decreto Ley 106, clasifica la filiación, de la forma siguiente: matrimonial, cuasimatrimonial, extramatrimonial y adoptiva, tomando en cuenta que cada una de ellas se deriva de cada situación particular de la familia, como a continuación se detalla:

Filiación matrimonial

Respecto a las expresiones filiación y paternidad, que el Código Civil emplean conjuntamente, opina Puig Peña, que existe el problema de determinar si estos dos términos son correlativos o tiene cada uno substantividad de concepto y contenido, opinando que algunos autores, como Cicu y Planiol, se fijan sólo en el término filiación, como si alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado civil, y que otros, por el contrario, se fijan sólo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de la paternidad, prueba de la paternidad, y por último, la tendencia a ver los dos términos en una relación sumada, como la del código español que tiene el epígrafe de la paternidad y filiación, al igual que el de Guatemala; considera dicho autor que todo no es más que cuestión de palabras, pues se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, ya que una supone y lleva consigo la otra, el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre; en una punta de la relación paterno filial están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación; ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas. (Brañas, 1998:196).

Por lo tanto, la filiación matrimonial se desprende de la relación matrimonial, la concepción y el nacimiento de un hijo que lleva los apellidos tanto del padre como de la madre.

Filiación extramatrimonial

Rojina, citado por Brañas refiere que:

La filiación extramatrimonial se genera por el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Necesariamente, no basta la existencia del vínculo sanguíneo o familiar; ese vínculo debe constar fehacientemente, es decir, en el registro civil, ya por voluntad de los interesados (reconocimiento voluntario), ya mediante resolución judicial. (Brañas, 1998:196).

Se opina que esta filiación al contrario de la matrimonial, se refiere a la filiación producto de la relación fuera del matrimonio, que contempla a un hijo, que debe ser inscrito en el Registro Civil con el nombre de los padres no casados en matrimonio civil.

Clasificación de filiación que regula el Código Civil

Conforme a las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse 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 del Código Civil).
2. “Filiación cuasimatrimonial, la del hijo nacido dentro de unión de hecho debidamente declarada y registrada”. (Artículo 182 del Código Civil).
3. “Filiación extramatrimonial, la del hijo procreado fuera de matrimonio o de unión de hecho no declarada y registrada”. (Artículo 209 y 182 del Código Civil).
4. “Filiación adoptiva, la del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta”. (Artículo 228 del Código Civil).

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

El Código Civil, después de admitir las dos clases de reconocimiento (voluntario y forzoso), dispone que el reconocimiento voluntario se realice de la forma siguiente.

1. En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil, conforme el artículo 211, inciso 1) o por acta especial ante el mismo registrador. La redacción de la ley es impropia, pudo haber especificado con más claridad que el reconocimiento puede efectuarse cuando el mismo padre comparece a inscribir el nacimiento reconociendo la paternidad del hijo; y por acta especial

ante el registrador civil cuando el reconocimiento se haga con posterioridad al asentamiento de la partida.

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

El Código Civil de 1877 también exigió que el reconocimiento se hiciera en escritura pública, cuyo testimonio debería presentarse al registro civil dentro de los ocho días siguientes (artículos 229 y 464). Asimismo, el Código Civil de 1933, en su artículo 171, el requisito de reconocimiento en escritura pública tenía carácter obligatorio, sin el plazo de presentación del testimonio.

Por testamento (artículo 211, inciso 4). Los comentarios anteriores son aplicables a ese medio de reconocimiento, esencialmente solemne por el propio ceremonial del acto testamentario. Ahora bien, debe tenerse presente que si bien lo normal es que el testamento se otorgue en escritura pública (testamento común abierto), puede otorgarse con

intervención constataoria del notario, pero no en escritura pública (testamento cerrado), o ante un oficial, bajo cuyo mando se encuentran, los militares en campaña (testamento especial militar), o ante el jefe de la prisión, en caso de necesidad, por el preso (testamento especial del preso), o ante las autoridades marítimas, que según indica la ley, es cuando se testa a bordo durante un viaje marítimo, testamentos en los cuales también puede hacerse constar el reconocimiento del hijo, toda vez que la ley, si bien exige que se haga por testamento, no se refiere a ninguna forma específica de éste.

Por confesión judicial (artículo 211, inciso 5). Esta modalidad de reconocimiento no aparece en el Código de 1877 ni en el de 1933; esa clase de confesión no encierra, en realidad y si bien se ve, un reconocimiento voluntario propiamente dicho, puesto que se hace ante un juez, a requerimiento de la parte interesada. La confesión judicial puede obtenerse, bien como prueba anticipada para preparar el juicio de filiación, bien como un medio de prueba en el curso del juicio (artículos 98 y 130 del Código Procesal Civil y Mercantil. Se trata de lo que podría denominarse un reconocimiento cuasivoluntario, porque indudablemente la voluntad del reconociente es decisiva para la configuración de esta forma de reconocimiento.

Regulación legal de la filiación derivada del matrimonio

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

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

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

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

El artículo 207 del Código Civil establece:

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

Esta regulación soluciona el problema que se puede presentar por un conflicto de paternidades con apoyo a lo establecido por el párrafo segundo del artículo 199, ya que en ciertos casos de no existir esta norma se podría imputar la paternidad del hijo tanto al marido del primer matrimonio como al del segundo matrimonio.

El artículo 201 del Código Civil establece otra presunción relativa a la filiación matrimonial, estableciendo que: “El nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio se presume hijo del marido, si éste no impugna la paternidad”.

Esta regulación legal establece que no obstante que el nacimiento de un hijo no se haya verificado dentro del término legal en el cual la ley presume que es hijo del marido (180 días después de celebrado el

matrimonio), el mismo debe considerarse hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.

Efectos jurídicos de la filiación matrimonial

La legislación civil guatemalteca confiere determinados derechos a favor del hijo, derivados de la filiación legítima. Estos derechos constituyen a la vez deberes jurídicos a cargo del padre, señalando los siguientes:

1. Derecho a llevar los apellidos del padre y la madre. El artículo 4 del Código Civil establece que: “la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados”.
2. A recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos.

El Código Civil establece en el artículo 278 que “los padres del menor están obligados a proporcionarle todo lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción”.

El segundo párrafo del artículo 283 del Código Civil, regula que:

Cuando el padre, por sus circunstancias personales y pecuniarias, no estuviere en posibilidad de proporcionar alimentos a sus hijos, y la madre tampoco pudiese hacerlo, tal obligación corresponde a los abuelos paternos de los alimentistas, por todo el tiempo que dure la Imposibilidad del padre de éstos.

La obligación de prestar alimentos en favor de los hijos se sustenta en el artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estableciendo que “la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe es punible, delito que está tipificado en el Código Penal en el artículo 242, bajo la figura ilícita de negación de asistencia económica”.

Técnicas de reproducción asistida

En el Libro No. 4 emitido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, respecto a la reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina, se determina que en la argumentación a favor de las técnicas de reproducción asistida, pueden señalarse los siguientes presupuestos:

- 1) *Ayuda a la paternidad o a la maternidad.* Su peso radica en la necesidad y el derecho de los seres humanos a tener hijos biológicos. Considera la infertilidad como un problema que puede ser superado y a estas técnicas como un medio posible de lograrlo. Como se verá luego, este argumento se puede respaldar desde la defensa de los derechos humanos, al considerar a estas prácticas como incluidas en la salud sexual y reproductiva y a la intimidad y privacidad familiar, entre otros.

- 2) **Argumento del pluralismo.** Este argumento complementa el anterior, agrega que aceptar y legislar sobre este tipo de técnicas implica comprometerse a que la gente las pueda elegir, pero no a que todas las personas deban someterse a ellas, no obliga a nadie a realizar una práctica con la que desacuerda, señala la posibilidad de compatibilizar la posición de quienes que quieren superar su problema de infertilidad y quienes, por creencias religiosas, por ejemplo, no quieren someterse a ellas, esto es, reconoce que pueden haber diferentes concepciones respecto, por ejemplo, de los embriones en relación a la criopreservación o al descarte de los mismos y es, justamente por eso, por la divergencia que puede implicar en convicciones religiosas, que algunas personas prefieren no someterse a estas técnicas así como otras no encontrarán mayores problemas.

- 3) **Adquisición beneficiosa de conocimiento.** Se sostiene que, dado que el desarrollo de estas técnicas reproductivas requiere la investigación de estadios tempranos del embrión y del medio en donde éste se desarrolla, se obtiene por medio de ellas conocimiento acerca de la reproducción y los primeros estadios del embrión que puede ser usado para beneficia a las parejas. Por ejemplo, este conocimiento permite determinar de qué manera el feto es afectado por toxinas en el medio ambiente y por drogas que usa la madre. En segundo lugar, el conocimiento adquirido sobre estadios tempranos del embrión y su evolución genética permite que se localicen defectos genéticos y así, en un futuro, evitar ciertas enfermedades. Además, el conocimiento sobre la situación ideal para que se realice la fecundación ayuda, paradójicamente, a mejorar las técnicas de contracepción. Si bien este argumento respalda estas técnicas, lo hace considerándolas como un medio para otro objetivo. Señala los beneficios secundarios que estas técnicas brindarían. (2008:20-21).

En los anteriores presupuestos, el presupuesto de mayor relevancia se sustenta en la ayuda a la maternidad o paternidad, puesto que uno de los fines del matrimonio, es la procreación y al no poder hacerlo en forma natural, los cónyuges buscan una solución a través de técnicas de reproducción asistida, que no son naturales, pero sí eficaces para lograr la concepción.

Antecedentes

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

El origen histórico de estas técnicas es algo más remoto. Como explican Martínez y Massigoge

Parece ser que Thoure fue el primero en lograr la inseminación artificial corpórea conyugal sobre 1785, y catorce años más tarde el inglés Hunter practicaría las técnicas de la inseminación artificial corpórea conyugal pero hasta 1834 no nacería el primer niño por ese método. Es en 1866 cuando Pancoat utilizó la inseminación artificial corpórea con donante de seres humanos. (1994:16).

Se considera que las técnicas de reproducción asistida son un aporte de la ciencia, para que las parejas que por cualquier motivo, no pueda aportar lo que le corresponde para la fecundación de un nuevo hijo, tenga la posibilidad de procrear a través de cualquiera de los medios que facilitan las técnicas ya relacionadas.

En los últimos años de la década de los 90 del siglo CC se puede apreciar, una cierta evolución de la mentalidad que anima la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. No hay duda de que la esterilidad humana seguirá estando en la base de las técnicas de reproducción asistida, pero lo más probable es que éstas amplíen su horizonte y aborden situaciones médicas, biológicas y sociales diferentes a las que impulsaron su aparición y desarrollo. (Carcaba, 1955:26).

Las técnicas de reproducción asistida son importantes debido a la necesidad de identificación de nuevos bienes jurídicos necesitados de protección legal y la consecuente positivización de otros derechos en las normas constitucionales, derechos a los que la doctrina denomina derechos humanos de cuarta generación, entre los cuales se encuentran el derecho a un medio ambiente sano, los derechos que compondrían un nuevo estatuto jurídico de la vida, de su fin y del patrimonio genético de cada individuo. Estos derechos se refieren en definitiva a los problemas planteados por las técnicas de reproducción asistida (fecundación artificial, crioconservación de embriones y preembriones humanos, clonación, etc.), al trasplante de órganos, a la eutanasia en sus diversas modalidades; a la aplicación de las terapias génicas, al patentamiento de genes, entre otros. (Gómez, 1994:15).

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

Concepto de técnicas de reproducción asistida

Los avances de las investigaciones genéticas obligan a replantearse varios conceptos tradicionales existentes en el Derecho. En efecto, nuestra normativa jurídica nos trae conceptos que en los actuales momentos merecen una revisión más acorde a la realidad científica sobre todo cuando sabemos que la ciencia es la vinculación del hombre con la realidad y comunicación interhumana. (González, 1999:14).

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

genético para la formación de esa nueva criatura de la raza humana. Pero esto no ocurre con quien donó su célula germinal para que sea utilizada en una técnica de reproducción asistida, en donde por ejemplo se donó el óvulo y el espermatozoide que posteriormente se fusionaron con la ayuda de una FIVET dando origen a un nuevo ser humano contenido en el cigoto y este fue anidado en una matriz distinta a la de los donadores y también distinta de la pareja que desea tener un hijo; en este caso, a los que se denomina como de alta complejidad. (Loyarte, 1995:45).

Si bien es cierto que el código genético del ser humano en formación, es totalmente distinto al de los cónyuges que decidieron concebir de esa forma, bajo nuestra legislación actual el hecho de la maternidad quedaría probado por el parto y el de la paternidad por la presunción legal *pater is est*. Continuando con el ejemplo, si la criatura culminare con éxito su proceso de gestación será considerado como hijo y por ende la filiación ocurriría aún respecto de dichos cónyuges con quienes no posee ningún vínculo genético, sin embargo, recíprocamente están obligados al cúmulo de derechos y obligaciones establecidas en la ley.

Existe diversidad de concepciones acerca de las técnicas de reproducción asistida, pero se incluyen las que se consideraron más importantes, siendo las siguientes:

Según Varsi,

Las técnicas de reproducción asistida, tal y como se les ha reconocido en la Declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado. (2001:167).

Serrano las define como:

Las técnicas de reproducción asistida como la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer. Como señala este autor, la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas es, posiblemente, la cuestión más importante que plantea su utilización y en la que las normas hasta ahora vigentes se muestran más insuficientes. (1999:367).

Calvo considera que,

la fecundación artificial no parece dar lugar, en su sentido pleno, a la filiación por naturaleza, especialmente en la fecundación in vitro, pues no es natural la manipulación hormonal de una mujer para la producción de ovocitos, la extracción de los ovocitos así obtenidos, la obtención del semen del marido (fecundación homóloga) o de un tercero (fecundación heteróloga), la fecundación al margen del lugar de la misma, que es el útero de la mujer, la implantación del embrión en momento posterior a la fecundación. Entiende además, que, en el caso de la fecundación heteróloga la calificación de la filiación se hace aún más compleja, dado que el hijo que nacerá no será hijo del marido de la mujer que lo engendró, sino de un tercero desconocido (el donante de semen). La filiación surgida de la fecundación heteróloga no es matrimonial strictu sensu, pues el padre biológico no es el marido, tampoco se la puede considerar adoptiva, pues el marido ha aceptado de forma estricta y formal la manipulación y fecundación de su mujer con semen de un desconocido para tener un hijo nacido de ella, pero no de él. (2002:84).

Se considera que las técnicas de reproducción asistida se conceptualizan como el conjunto de actividades médicas que tienen como finalidad lograr la fecundación de un hijo, por medios no naturales, es decir, a través de técnicas médicas que implican la manipulación de los aparatos reproductores y la unión de células reproductoras para lograr tener un nuevo hijo.

Clasificación de las técnicas de reproducción asistida

A continuación se hace mención de las diferentes formas de inseminación artificial, para tener un conocimiento básico de esta clasificación.

Inseminación artificial

“Consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer por cauces distintos de la relación sexual, introduciendo el semen, previamente obtenido mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer”. (Gafo, 2003:170).

Es oportuno indicar que en Guatemala no existe legislación referente a la inseminación artificial. El Código Civil, por ejemplo, no establece articulado alguno relacionado con los supuestos relativos a esta técnica de reproducción asistida vinculados con el establecimiento de la filiación, y tampoco existe una ley administrativa específica al respecto, por lo que existe en el país una situación de anomia.

Por lo tanto, se concibe a la inseminación artificial como un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles para lograr un

embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Fecundación invitro

La fecundación invitro, es una de las formas de inseminación artificial, que por su importancia es necesario hacer referencia a ella, como una técnica más utilizada en los países que tienen una legislación que las regula.

En la reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina, se establece lo siguiente.

Otro tipo de técnica más sofisticada es la fecundación *in vitro* (FIV). El primer bebé que nació con esta técnica fue Louise Brown en 1978 (Inglaterra). Existen diferentes variaciones de la misma. Una primera opción es la *transferencia de óvulos frescos fecundados*. La técnica consiste en la extracción de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos) requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia), hoy en día frecuentemente reemplazada por una aspiración trasvaginal bajo control ecográfico y una técnica de laboratorio especial para este tratamiento. Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio. A esta solución se le agrega el esperma. El óvulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina hay embarazo. De esta manera, la tecnología logra superar, por ejemplo, el bloqueo de las trompas de Falopio, que impedía que el esperma llegara al óvulo. (2008:41-42).

Se considera que esta técnica es utilizada para provocar una fecundación no natural, que ha sido aplicada con anterioridad a varias mujeres para lograr trasladar óvulos y ser fecundados.

Una de las primeras críticas que se dirigieron contra esta técnica apuntaba a sus efectos, se cuestionaba si el uso de este método podía traer malformaciones en el niño o problemas de salud en la mujer. Con respecto a los efectos en el niño, este tipo de objeciones ha sido rebatida por la experiencia, dado que el porcentaje de bebés que nace con anomalías es de un 3% (el mismo porcentaje de anomalías en bebés concebidos naturalmente). En lo que concierne a los efectos en la salud de la mujer, todavía no se han obtenido resultados concluyentes con respecto a los efectos a largo plazo que puede traer el uso de drogas y hormonas para inducir la ovulación, por ello es importante que las pacientes sean adecuadamente informadas. Pero como se ha visto, lo mismo se aplica a técnicas menos sofisticadas como la IA. (2008:41-43).

Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, refiere que: Una segunda opción es la *transferencia de óvulos fecundados congelados*. En este caso la técnica anterior se complementa con otro procedimiento: el congelamiento (criopreservación) de embriones no transferidos. Como ya se ha visto esta posibilidad plantea problemas morales si se acepta que el embrión es una persona. Si se considera su estatus moral células, éstos merecerán respeto pero no se les puede atribuir derechos. La criopreservación como tal no presenta mayores inconvenientes. Es más, con esta técnica se preservan los embriones, los mismos son fácilmente recuperables para volver a intentar otro embarazo y se protege la salud de la mujer al no someterla a hormonas y procedimientos invasivos evitables. (2008:42).

Para evitar críticas y respetar algunas convicciones religiosas o personales, existe la posibilidad de no congelar ni producir más embriones que los que se pueden implantar. La criopreservación de embriones es un procedimiento que puede no utilizarse. Esta precaución soluciona los problemas de las personas religiosas; aunque cabe señalar el costo físico, psíquico y económico que supone para la mujer tener que someterse a esta intervención –hormonas y drogas para sobreovular, cirugía o laparoscopia para la extracción de los óvulos– cada vez que intenta realizar una FIV. (2008:41-43).

Es importante tener en cuenta que, generalmente, se considera necesario someterse, por lo menos, a tres FIV para poder lograr un embarazo. Así, desde el punto de vista de la mujer y los riesgos que el procedimiento implica, la criopreservación resulta altamente beneficiosa. La solución

que se prevé, en un futuro no muy lejano, es la posibilidad de criopreservar las gametas en forma separada –óvulos y esperma–. De hecho ya existe cierta experiencia en el congelamiento de óvulos, pero se trata de una técnica todavía en experimentación. Y, aún si esta técnica se refinara, uno de los problemas a tener en cuenta es que presenta un porcentaje de éxito bastante más bajo que la transferencia de óvulos fecundados criopreservados.

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

Inyección intracitoplasmática del espermatozoide

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, referente a la reproducción asistida, géneros y derechos humanos en América Latina, indica que:

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

especial y se lo inyecta dentro del óvulo mediante micromanipuladores. Una vez fertilizado el óvulo se procede de manera similar a la fertilización in vitro. (2008:46).

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

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

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

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

Maternidad sustituta

La filiación constituye una de las instituciones pilares del derecho de familia, es por ello que ha sido desarrollada por numerosos y prestigiosos juristas. Sin embargo, por lo general se ha dedicado una atención especial a los múltiples problemas relacionados a la paternidad, tanto así que sorprende cuan descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante presentar ésta más problemas de lo que prima facie pudiera parecer, tanto de tipo conceptual como funcional dentro de nuestro ordenamiento, amén de ser presupuesto y tener relación estrecha con la paternidad y su determinación. En cuanto a la maternidad, su clásica y repetida certeza resulta en algunos casos, menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele. (Rivero, 1997:27).

Bossert establece que:

La maternidad subrogada a título gratuito sería lícito y que si se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir

todas las exigencias del gusto de los potenciales padres. O la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una fábrica de hacer niños. (1995:109).

Por lo tanto, la maternidad sustituta es sinónimo de maternidad subrogada o conocidos como vientres en alquiler. Esta forma de maternidad se refiere a la implantación de un óvulo o un espermatozoide en el vientre de otra mujer para que se desarrolle el producto de éstos, o sea una nueva vida. En cuanto a las condiciones en que se va a realizar este convenio, es otro tema que no tiene relación con la presente investigación.

Concepto de madre subrogada

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

La ciencia médica define a la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre. A su vez, distingue como maternidad gestacional a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación. (Chávez, 2009:175).

Se puede decir entonces, que la maternidad subrogada es la forma biológica por la que una mujer se obliga a llevar el embarazo hasta su finalización, por convenio efectuado con una pareja estéril a la que se compromete a entregar el hijo concebido después de nacido. La mujer

que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión concebido in vitro.

Daños y perjuicios

Según la Academia española, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. Maltrato de una cosa. Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. El causante del daño incurre en responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo, o penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del agente producirlo. La responsabilidad civil por los daños puede surgir aun cuando el responsable no haya tenido ninguna intervención directa ni indirecta, como sucede en los casos de responsabilidad objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de terceras personas o de animales. (Ossorio, 1989:253).

De lo anterior se infiere que del daño se deriva la obligación de subsanar el hecho antijurídico, mediante el pago de una cantidad dineraria a la víctima.

Concepto de daños y perjuicios

Se consideró importante hace referencia al concepto de daños y perjuicios, tomando en cuenta que se relaciona con el tema principal objeto de estudio, denominado estudio de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, pues al darse un incumplimiento por parte de las personas relacionadas en el negocio jurídico, surge la figura de daños y perjuicios y su consiguiente indemnización.

Cabanellas, respecto al concepto de daños y perjuicios indica que.

Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo. (2003:117).

Según la Academia, que remite la definición del sustantivo al verbo respectivo, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. Maltrato de una cosa. Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. El causante del daño incurre en responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo, o penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del agente producirlo. La responsabilidad civil por los daños puede surgir aun cuando el responsable no haya tenido ninguna intervención directa ni indirecta, como sucede en los casos de responsabilidad objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de terceras personas o de animales. (Ossorio, 1981:253).

El artículo 119 del Código Penal establece: “Extensión de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil comprende: La restitución, la reparación de los daños materiales y morales, la indemnización de perjuicios”.

Se considera que los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Daños y perjuicios es una expresión con la que se designan jurídicamente los perjuicios causados por una persona a otra o a un bien, voluntaria o involuntariamente, por los que tiene que indemnizarla, tiene obligación de repararlos.

El artículo 1106 del Código Civil, establece que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante).

El daño emergente es un tipo de perjuicio material que consiste en la pérdida efectiva pasada, presente o futura, de un bien económico que se encontraba en el patrimonio de la víctima. En consecuencia, comprende una amplia cantidad de rubros, desde la destrucción total de un objeto, hasta las erogaciones o desembolsos patrimoniales que la víctima realiza o tendrá que realizar producto del hecho dañoso. El daño emergente se encuentra regulado en el artículo 1614 del Código Civil.

En sentencia del 23 de abril de 1940, la Corte Suprema de Justicia, indica que la definición de daño emergente contenida en el artículo 1614 del Código Civil hace alusión a los daños surgidos en ocasión de un evento constitutivo de responsabilidad contractual, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que dicho

concepto también resulta aplicable para la responsabilidad extracontractual.

El daño emergente puede concretarse en la persona o en sus bienes. En el primer caso, la lesión ocurre en la persona humana, en su integridad física. Serán comprensivas de daño emergente todas aquellas erogaciones patrimoniales necesarias para poner a la víctima en las mismas condiciones en que se encontraba antes del hecho lesivo.

En el segundo caso, la lesión afecta a una cosa, ya sea de naturaleza mueble o inmueble, tangible o intangible. El daño emergente se concretará en los no emolumentos necesarios para reparar la cosa. En caso de destrucción del bien, el daño emergente lo constituye el valor de reemplazo.

Los reembolsos patrimoniales, producto de la vulneración de cualquier interés tutelado por el derecho no susceptible de evaluación económica, también quedan cubiertos dentro de la definición de daño emergente.

La promoción de la acción procesal civil en el proceso penal, busca introducir dentro de éste proceso una cuestión de naturaleza privada, con el objeto de obtener un pronunciamiento sobre la pretensión resarcitoria o reparadora. (Chacón, 1995:2).

La comisión de un hecho delictivo puede producir también daño privado, por lo que adquiere relevancia jurídica el fundamento de la pretensión civil conjuntamente con la penal, razón por la cual pueden promoverse ante el mismo órgano jurisdiccional las dos pretensiones, una de derecho penal y otra de derecho civil. Si ello ocurre en el proceso penal, necesariamente habrán de introducirse en él otros sujetos si bien vinculados con la cuestión civil, pero con calidad accesoria. Para estos supuestos se necesita la instancia del particular interesado que ejercite la pretensión civil, por tratarse de un poder jurídico que únicamente a él le compete su ejercicio. (Chacón, 1995:2).

La responsabilidad civil, según el artículo 119 del Código Penal, comprende:

- 1) La restitución;
- 2) La reparación de los daños materiales y morales; y
- 3) La indemnización de perjuicios.

El artículo 120 del Código Penal, establece que la restitución deberá hacerse de la misma cosa siempre que fuere posible, con abono de deterioros o menoscabos a juicio del tribunal y aunque la cosa se hallare en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente, salvo su derecho a repetir contra quien corresponda. Esta última disposición no es aplicable cuando la cosa se irreivindicable de poder del tercero, por haberse adquirido en la forma y con las condiciones que establecen las leyes civiles.

La restitución consiste en la devolución al perjudicado, por parte del imputado o el civilmente responsable, de la misma cosa de la que fue privado por el hecho delictivo, ya que la entrega de otra equivalente o de

su valor, no es restitución sino indemnización del daño causado, salvo que se trate de cosas fungibles que fueren de la misma calidad. Esto sólo será posible en delitos contra la propiedad, robo, hurto, estafa, apropiación y retención indebida, etc.

En cuanto a la reparación del daño material, se hará valorándolo, en atención al precio de la cosa y de la afectación del agraviado, si esto constare o pudiere apreciarse. (Artículo 121 del Código Penal). En relación con los otros rubros que se enumeran deberán aplicarse las disposiciones que sobre la materia contengan los Códigos Civil y Procesal Civil y Mercantil.

La acción (mejor pretensión) civil promovida en el proceso penal tiene carácter accesorio, porque se encuentra en correlación o dependencia de la acción penal, pues sin la existencia de ésta, no nace la civil, ya que se origina de la comisión de un hecho delictivo o falta atribuible a una determinada persona. El fundamento de la inserción del actor civil en sede penal, no es otra cosa que la pluralidad de factores que evidencian su conveniencia, que radica en la prevención de sentencias contradictorias y la mayor economía y rapidez procesal que deriva de la comunidad de la prueba en razón de ser idéntico el hecho a juzgar. Cuando esta identidad se pierde, desaparece el fundamento del instituto. (Chacón, 1995:2).

Es importante destacar que el artículo 124 del Código Penal, dispone que en el procedimiento penal, la acción reparadora sólo pueda ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Si ésta se suspende, también se suspenderá su ejercicio hasta que dicha persecución se continúe, salvo el derecho del interesado de promover la demanda civil ante los tribunales de ése orden.

Se hace el énfasis en la expresión sólo puede, para señalar que en realidad se trata del derecho que le asiste a la víctima o sus herederos con relación al ejercicio de ésta pretensión, puesto que al tratar de satisfacer los intereses de las víctimas del hecho delictivo, el Código prevé que esa posibilidad o potestad facultativa, la pueda ejercitar dentro del procedimiento penal, o bien en sede civil. Sin embargo, en determinados delitos además puede promover su pretensión resarcitoria contra el Estado o sus instituciones cuando éstas deban responder de manera solidaria con el imputado. (Chacón, 1995:3).

Así lo establece el artículo 155 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al prever que "cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término será de veinte años. La responsabilidad criminal se extingue, en este caso, por el transcurso del doble del tiempo señalado por la ley para la prescripción de la pena..."

En el mismo sentido, el artículo 1665 del Código Civil, indica que el Estado y las municipalidades son responsables de los daños o perjuicios causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de sus cargos. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño o perjuicio causado.

En cuanto al acreditamiento de la reparación civil (daños y perjuicios) y que en realidad es una pretensión de derecho privado, corresponde al actor civil probar tales extremos, pues está en relación al propio interés jurídico que tenga, por tratarse de una verdadera carga procesal.

Importa tener en cuenta que en el Código Procesal, la acción indemnizatoria no aparece supeditada directamente a que el fallo penal sea condenatorio, ya que en caso de sentencia absolutoria o en caso el tribunal acoja una causa extintiva de la persecución penal, está facultado para resolver expresamente sobre la pretensión civil, válidamente planteada, fijando la forma de reponer las cosas al estado anterior o, si fuera el caso, la indemnización correspondiente, así lo regulan los arts. 124 segundo párrafo y 393.

La pretensión a que da lugar el daño originado por el delito reúne todos los caracteres de las llamadas acciones civiles de condena al cumplimiento de una prestación que se plantean ante los tribunales civiles. Por ello señala la doctrina y regula la ley sustantiva penal que existen delitos cuya sanción penal no tiene relación con la reclamación de la pretensión resarcitoria. (Chacón, 1995:3).

En el procedimiento penal, la acción reparadora sólo puede ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Si ésta se suspende, también se suspenderá el ejercicio de la civil hasta que la persecución penal continúe, salvo el derecho del interesado de promover la demanda civil ante los tribunales de ese fuero. (Artículo 124).

La acción civil, regula el Código Penal, se limita a la reparación del daño causado por el delito, conforme a la regulación legal respectiva (artículo 125), que la remite al Código Penal.

Con relación a su ejercicio alternativo, debe destacarse que, según el Código Procesal Penal, las reglas que posibilitan plantear la acción reparadora en el proceso penal no impiden su ejercicio ante los tribunales competentes en materia civil, pero con la limitación referida a que una vez admitida en este proceso, no es posible deducirla en un tribunal del ramo civil en forma independiente, sin que medie desistimiento expreso o declaración de abandono de la instancia penal anterior al comienzo del debate. Si el interesado opta por plantearla en sede civil, no podrá ejercitarla en el proceso penal. (Artículo 126).

Sin embargo, el Código Penal introduce una cuestión novedosa en el párrafo segundo del artículo 124, al establecer que después del debate, la sentencia que absuelva al acusado o acoja una causa extintiva de la persecución penal, deberá resolver también la cuestión civil válidamente introducida, la cual complementa el artículo 393, que establece: Cuando se haya ejercido la acción civil y la pretensión se haya mantenido hasta la sentencia, sea condenatoria o absolutoria, resolverá expresamente sobre la cuestión, fijando la forma de reponer las cosas al estado anterior o, si fuera el caso, la indemnización correspondiente. Ello le permite al perjudicado y actor civil válidamente constituido poder obtener una

condena en cuanto a los daños y perjuicios que le produjo el hecho, que en observancia al principio de economía procesal, permite que la impartición de justicia sea más expedita, pues ya no tendrá necesidad de formular posteriormente su reclamación ante los tribunales del orden civil.

En ese sentido, hay que destacar también que el legislador de alguna manera se preocupó de la intervención de la víctima dentro del proceso penal, tomando en cuenta la nueva tendencia victimológica, al permitir el ejercicio de la pretensión reparatoria, tomando en cuenta que también se produjo una expropiación del conflicto puramente penal, para evitar la represalia o venganza de la víctima.

En el plano de la realidad social se presentan hechos que pueden llegar a constituir fenómenos complejos por la concurrencia de diversos factores que intervienen como condición de un resultado, es decir, del daño cuya reparación se pretende. Cuando se habla de hecho, se está aludiendo a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes. Sin embargo, cada hecho constituye un eslabón en una cadena causal en la que se suceden invariablemente, unos que constituyen antecedentes y otros que son su consecuencia.

Para Bustamante,

El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción. Es necesaria entonces, la existencia de ese nexo de causalidad pues de otra forma se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro. Por lo cual la relación causal es un elemento de acto ilícito que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. (1989:221).

Le corresponde a los jueces apreciar de acuerdo con las circunstancias y con un criterio objetivo, conforme a la naturaleza del hecho y la forma en que se produjo para producir el resultado, adecuando en la relación causal el efecto de a su verdadera causa.

Sin embargo, si bien lo anterior corresponde al oficio judicial, también la parte interesada y legitimada tiene la carga procesal, como ya señalamos, de acreditar la relación de causalidad entre el daño cuyo resarcimiento se pretende y el hecho de la persona a la que se atribuye su autoría.

Por actor civil debe entenderse, aquella parte acusadora contingente que ejercita en el proceso penal la pretensión de resarcimiento en reclamación de la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio producido por el acto punible. Su papel procesal se reduce a mantener la acusación a los solos efectos de pedir la actuación de la pretensión de resarcimiento pero sin que su actuación afecta a las vicisitudes de la pretensión punitiva, que permanece extraña al mismo.

La calidad de actor civil se adquiere en el proceso mediante una declaración de voluntad realizada por la persona que, según la ley esté legitimada para reclamar por los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible, o bien por sus herederos. El actor civil es el sujeto secundario del proceso penal que, por sí o por representante, hace valer una pretensión reintegradora patrimonial con fundamento en la afirmación del daño causado por

el hecho que es objeto del proceso. Se ubica en posición activa frente a la cuestión civil que él mismo introduce como objeto secundario del proceso; y su intervención es accesorio, por cuanto el proceso penal no se afecta con su ausencia. Se diferencia del querellante porque no tiene injerencia en la cuestión penal sino en la medida en que interesa para fundamentar la pretensión privada. (Chacón, 2005:5).

El artículo 129 del Código Procesal Penal, establece: La acción reparatoria sólo puede ser ejercida: 1) por quien según la ley respectiva, esté legitimado para reclamar por el daño directo emergente del hecho punible; 2) por sus herederos. En caso que el titular sea incapaz y carezca de representación o cuando siendo capaz delegue su ejercicio, la acción civil será promovida y proseguida por el Ministerio Público. Esta delegación puede hacerse por escrito o verbalmente. Quien la reciba levantará acta y la comunicará inmediatamente al juez que corresponda.

La oportunidad para la constitución del actor civil tiene que hacerse antes que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o el sobreseimiento, pues vencida esta oportunidad, el juez la rechazará sin más trámite (artículo 131 del Código Procesal Penal).

En el procedimiento intermedio la o las partes civiles ya constituidas deberán concretar detalladamente los daños emergentes del delito cuya reparación pretende, indicando, cuando fuere posible, el importe aproximado de la indemnización o la forma de establecerla, pues en caso

de no cumplirse se considera como desistimiento de la acción civil, según los términos del artículo 338 del Código Procesal Penal.

Las expresiones de daños emergentes del hecho delictivo, está en relación directa entre el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima o víctimas del hecho o hechos delictuosos, por lo que la ley procesal únicamente legitima a los directamente afectados. De tal manera que otros sujetos a quienes no alcance el delito, no podrán comparecer a reclamar la reparación civil, sino que lo tendrán que realizar en sede civil.

El Código Civil, en el artículo 1434, establece que los daños consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Pueden existir damnificados que no reúnen la calidad de sujetos pasivos típicos, ni la de ofendidos en el sentido expresado por la Ley procesal penal. De esta cuenta se distinguen los damnificados directos y los indirectos, según hayan soportado las consecuencias dañosas o gravosas en relación causal con el hecho imputado, o bien los hayan afectado por la situación jurídica en que la ley los ha colocado. Por ello se dice que los damnificados indirectos son considerados como garantes de la reparación, es decir, quienes por disposición de la ley o por disposiciones contractuales quedan obligados a responder a un damnificado directo por los daños, producidos por el delito, subrogándose en muchos de los casos posibles en los derechos reparatorios de dicho damnificado con relación al autor del delito, como ocurre, por ejemplo, con el propietario de un vehículo automotor que se ha comprometido en el delito culposo de un tercero o bien con el asegurador. Sin embargo, el Código solamente admite la intervención activa en el proceso penal de los que considera como damnificados directos, pues es a quienes concede legitimación para promover la

pretensión de resarcimiento. Aunque en la práctica se presenta casos en que acuden al proceso penal, personas que no tienen que ver con la comisión del hecho delictivo imputado a otra u otras personas, pero que por circunstancias especiales han sido afectadas por el ilícito penal, porque sus bienes u objetos han sido utilizados como medios o instrumentos para la comisión del hecho; y, su único objetivo es recuperarlos. (Chacón, 2005:6).

Conclusiones

La filiación es una figura jurídico familiar indispensable para toda persona, como sujeto de derecho y de obligaciones, que se relaciona directamente de los hijos con los padres y tiene incidencia en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida coadyuvan a la procreación de mujeres u hombres que padecen de infertilidad, a través de procedimientos no naturales pero efectivos para la fecundación humana.

Las técnicas de reproducción asistida tienen su basamento doctrinario y legal a través de las instituciones de derechos humanos que la protegen.

El Código Civil, Decreto Ley 106, no cuenta con ninguna regulación que establezca el procedimiento de aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Referencias

- Bossert, G. (1995). *Fecundación humana asistida en el derecho civil de nuestro tiempo*, Lima. Gaceta Jurídica.
- Brañas, A. (1998). *Manual de derecho civil*. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix.
- Bustamante, J. (1989). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Argentina, 6ª. Edición, Editorial Abeledo Perrot.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario jurídico elemental*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta.
- Calvo, A. (2002). *El permisivismo en la FIV. El informe Palacios, fundamento de la legislación española en la humanidad in vitro*. Granada, Editorial Comares.
- Chacón, M. (1995). *La acción civil en el proceso penal*. Bogotá, Colombia, Editorial ABC.
- Chacón, M. (2005). *La acción civil en el proceso penal*. Bogotá, Colombia, Editorial ABC.
- Chávez, G. (2009). *Derecho genético*, Perú, Universidad Católica los Ángeles de Chimbote.
- Gafo, F. (2003). *Diez palabras claves en bioética*, Madrid, España, Universidad Pontificia de Comillas y Desclée De Brouwer.

Gómez, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, Ediciones jurídicas.

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

Rivero, F. (1997). *Problemas en la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de derecho civil, Madrid, España.

Serrano, A. (1999). *Aspectos de la fecundación artificial*. España, Actualidad Civil.

Varsi, E. (2001). *Derecho genético*, Lima, Cuarta Edición, Editorial Grijley.