

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

**IMPORTANCIA DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ÀCIDO
DESOXIRRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS
INCIDENTES**

GLADYS ILIANA KELLY ARENAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2012

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

**IMPORTANCIA DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ÁCIDO
DESOXIRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS
INCIDENTES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GLADYS ILIANA KELLY ARENAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2012

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II : Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III : Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Vocal: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Secretario: Licda. Rosa Orellana Arévalo de Ramírez

Segunda fase:

Presidente: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Vocal: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus
Secretario: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez

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

Lic. Raul Antonio Castillo Hernandez
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 6448



Guatemala, 10 de mayo de 2011

Lic. **Carlos Manuel Castro Monroy**
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

Licenciado Castro:

Tengo el agrado de informar que en cumplimiento del nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Asesor del trabajo de tesis intitulado **“NECESIDAD DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS INCIDENTES”**, que para el efecto de examen público presentará la estudiante **GLADYS ILIANA KELLY ARENAS**, en cumplimiento del artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a rendir el dictamen correspondiente.

Considero que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante **Kelly Arenas**, en principio cumple con todos los requisitos y exigencias contenidas en la legislación universitaria, ello como parte formal del trabajo y en relación al fondo del mismo, el tema tratado me parece de suma importancia dada la irresponsabilidad de reconocer a los hijos procreados fuera del matrimonio, y la consecuente protección del Estado a la familia. Cabe también destacar que en cada uno de los capítulos del trabajo de investigación se desarrollan elementos que le permiten arribar a las conclusiones y recomendaciones plasmadas en el mismo, siendo la parte medular el capítulo cuarto en el que desarrolla los motivos de la importancia de regular la prueba de ácido desoxirribonucléico como prueba anticipada.

La estudiante **GLADYS ILIANA KELLY ARENAS**, en su trabajo de tesis aporta conocimientos científicos y técnicos en la materia, ya que el mismo está revestido tanto del contenido doctrinario como del práctico, la metodología y técnicas de investigación utilizadas se ajustan a la realización del trabajo, dándole una redacción aceptable que *permite comprender el mismo, la estudiante concluye y recomienda en forma correcta y atinada sobre la importancia de reformar el Código Civil, y con ello solucionar en parte la problemática que enmarca la investigación.*

Lic. Raul Antonio Castillo Hernandez
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 6448



Hice recomendaciones y sugerencias respecto a la bibliografía, la autora siguió las recomendaciones hechas en cuanto al contenido, presentación y desarrollo del trabajo de tesis, inclusive se adecuó el título del trabajo atendiendo al tema central por lo que se cambió denominándose **"IMPORTANCIA DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS INCIDENTES"**.

Por las razones antes expuestas considero que el referido trabajo está dotado del contenido científico y técnico, así también del aporte personal de la estudiante, quien utilizó la metodología y técnicas de investigación adecuadas, su redacción es congruente y encuentro aceptables las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, es por el ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedente es emitir **DICTAMEN FAVORABLE**.

Atentamente,

Lic. Raul Antonio Castillo Hernandez
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 6448

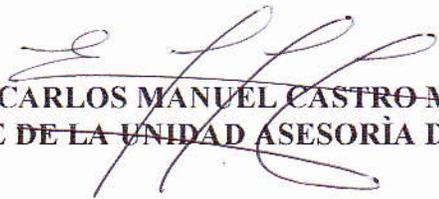
Raúl Antonio Castillo Hernández
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, trece de junio de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **ASTRID XIOMARA CASTAÑAZA CÁRCAMO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **GLADYS ILIANA KELLY ARENAS**, Intitulado: **"IMPORTANCIA DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ACIDO DESOXIRRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS INCIDENTES"**.

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 las 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 estime pertinentes".


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



Guatemala, 31 de octubre de 2011.

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

Licenciado Castro Monroy:

En atención a resolución dictada por la Unidad a su cargo, de fecha trece de junio de dos mil once, en la cual se me da nombramiento de Revisora de Tesis, y en atención a la misma, procedí a revisar minuciosamente el trabajo de tesis de la bachiller **GLADYS ILIANA KELLY ARENAS**, intitulado **"IMPORTANCIA DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS INCIDENTES"**; sugiriendo los cambios necesarios. Derivado de lo cual emito el dictamen siguiente:

1. Que de acuerdo a la facultad investida en mi persona mediante la resolución citada, luego de estudio conciso del trabajo de tesis según criterio basado en elementos de fondo, se concluyó que el trabajo de tesis elaborado por la bachiller **GLADYS ILIANA KELLY ARENAS**, contempla los todos los elementos científicos para esta clase de investigación; es decir, originalidad, creatividad y lógica desarrolladas en el enfoque dado al contenido; y técnicos que se demuestran en los temas y subtemas en el que se dividió el mismo.
2. La metodología y técnicas de investigación empleadas en toda la investigación fueron las adecuadas utilizando en la misma los siguientes métodos y técnicas: el método deductivo al tener contacto con el problema planteado, y consecuentemente especificando el tema del presente trabajo de tesis; el método inductivo que se aplico durante el desarrollo de la tesis; método analítico al tener contacto con la información bibliográfica de diferentes autores; el método sintético al resumir la información que se consideró importante.
3. El trabajo de tesis elaborado por la bachiller **GLADYS ILIANA KELLY ARENAS**, en cuanto a su redacción, es claro, ordenado y preciso; además la contribución científica del trabajo de tesis lo constituye la propuesta adecuada que presenta la bachiller, en relación a la prueba y su objeto, partiendo del concepto de la misma, su objeto, quien tiene la carga de la prueba, clases de medios de prueba y los sistemas de valoración de la prueba, realizando un estudio sobre el Ácido Desoxirribonucléico (ADN), su función y diligenciamiento como prueba en un juicio de filiación; desarrolla así también, lo concerniente a la prueba anticipada.





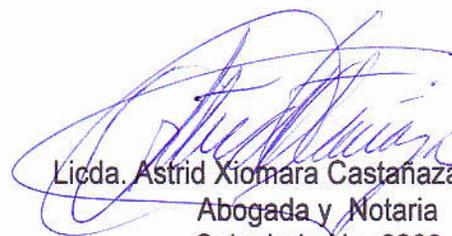
4. Respecto a las conclusiones y recomendaciones propuestas en la presente investigación, constituyeron verdaderos hallazgos inferidos del análisis de la problemática presentada y resultaron congruentes con el tema abordado y son por lo tanto consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada.

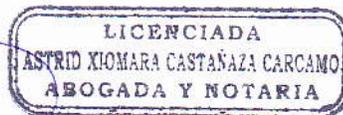
5. La bibliografía empleada por la bachiller fue la adecuada conforme lo abordado en cada capítulo recabando la información necesaria, siendo actualizada y haberse consultado tanto autores nacionales así como de extranjeros.

De tal cuenta, por lo anteriormente expuesto considero que el trabajo de investigación desarrollado llena 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, por lo que resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE, APROBANDO** el trabajo de tesis revisado, estimando que el mismo puede ser materia de discusión en el examen público correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,


Licda. Astrid Xiomara Castañaza Cárcamo
Abogada y Notaria
Colegiado No. 6289
Revisora de Tesis





FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12 GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 03 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante GLADYS ILIANA KELLY ARENAS, titulado IMPORTANCIA DE REGULAR EL DILIGENCIAMIENTO DE LA PRUEBA DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLÉICO COMO PRUEBA ANTICIPADA EN LA VÍA DE LOS INCIDENTES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.

[Handwritten signature]

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

[Handwritten signature]



Rosario [Handwritten signature]





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme permitido alcanzar otras de las metas que me propuse
- A MIS PADRES:** Enrique Kelly Barrera y Margarita Arenas Ortiz (QEPD), flores sobre sus tumbas
- A MI ESPOSO:** Lic. Oscar Conde por su sacrificio, esfuerzo, dedicación y sobre todo, el apoyo en todo momento para lograr este objetivo, con mucho amor este título es para tí
- A MI HIJO:** Hugo Manuel, como ejemplo de perseverancia y amor perdurable
- A MIS NIETOS:** Gladys Emily, Angeline Gabriela y Hugo Oscar, con mucho cariño
- A MIS HERMANOS:** Manuel Esteban, Carlos Enrique y Boris Federico
- A MIS AMIGOS:** Lic. Raúl Antonio Castillo por su apoyo constante y a doña Carmencita de Terrón por sus buenos deseos
- A:** La Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por la oportunidad que me brindó para formarme como una profesional más y dejar en alto siempre su nombre
- A:** Usted con especial cariño



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La prueba y su objeto.....	1
1.1. Concepto de prueba.....	5
1.2. Objeto de la prueba.....	6
1.3. Carga de la prueba.....	9
1.4. Principios aplicables a la prueba.....	10
1.5. Procedimiento probatorio.....	14
1.6. Clasificación de los medios de prueba.....	15
1.7. Sistemas de valoración de la prueba.....	17
1.8. Los medios de prueba	19
CAPÍTULO II	
2. El Ácido Desoxirribonucleico (ADN), su función y diligenciamiento como prueba en un juicio de filiación.....	37
2.1 Evolución del Ácido Desoxirribonucleico.....	39
2.2. Forma de transmisión del Ácido Desoxirribonucleico.....	42
2.3. Estructura del Ácido Desoxirribonucleico.....	43
2.4. Prueba de filiación mediante el Ácido Desoxirribonucleico.....	44
2.5. Regulación del Ácido Desoxirribonucleico como prueba de filiación en Guatemala.....	46
2.6. El diligenciamiento de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico en los tribunales de familia.....	52
2.7. La reclamación de la filiación extramatrimonial en el derecho argentino....	55
CAPÍTULO III	
3. La prueba anticipada.....	59
3.1. Concepto de prueba anticipada.....	60
3.2. Objeto de la prueba anticipada.....	61



Pág.

3.3. Procedencia de la prueba anticipada.....	62
3.4. Clasificación de la prueba anticipada.....	64
3.5. Tramitación de la prueba anticipada.....	70

CAPÍTULO IV

4. El diligenciamiento de la prueba del ADN en un proceso de prueba anticipada.	75
4.1. Motivos para considerar que la prueba del Ácido Desoxirribonucléico puede tramitarse en un proceso como prueba anticipada.....	77
4.2. De la protección a los niños y menores de edad.....	79
4.3. De la protección al individuo.....	80
4.4. La prueba de ADN como prueba anticipada.....	82
4.5. Opinión de los juzgados de familia	86
4.6. Análisis final y propuesta de reforma al Código Procesal Civil y Mercantil.	86
4.7. Proyecto de reforma al Código Civil.....	90
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

Se decidió analizar el tema de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN- puesto que la misma de manera científica comprueba verazmente la similitud de características genéticas y la procedencia de la descendencia biológica del hijo para los efectos legales del reconocimiento ya sea voluntario o judicial; máxime si se toma en cuenta que éste es un derecho que tiene todo niño o niña.

Sin embargo, cuando se reformó el Código Civil, mediante el Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, únicamente se reguló que la prueba de ADN sirve para determinar la paternidad, maternidad o filiación; pero no se reguló un procedimiento específico para el diligenciamiento de dicha prueba; siendo ésta la hipótesis que se comprobó a través de la investigación.

Por otro lado, los objetivos propuestos al inicio del informe se alcanzaron totalmente, puesto que se comprobó que actualmente el procedimiento para comprobar la filiación se tramita en un juicio ordinario, el cual es un proceso que actualmente dura años en dilucidarse y a un costo altísimo para la parte más débil; además, se determinó que el referido Decreto no contiene un procedimiento para la prueba de ADN; por lo que se propone la implementación de la prueba anticipada en la vía de los incidentes que garantice las resultas de un juicio posterior.

En la investigación se utilizó la metodología recomendada por el asesor, que incluye los métodos analítico, deductivo, inductivo y sintético, que permitieron el análisis del problema, la conformación del marco teórico, la selección de los temas más importantes y la redacción del informe final. La técnica utilizada fue la bibliográfica documental, mediante la cual se recolectó y seleccionó el material de estudio tanto de autores nacionales como de internacionales.

La tesis quedó contenida en cuatro capítulos, de los cuales en el primero se analiza el tema de la prueba y su objeto, el concepto y los principios aplicables a la misma, así



como los sistemas de valoración y los medios de prueba regulados en la legislación; en el capítulo segundo se trata todo el tema relacionado a la prueba de Ácido Desoxirribonucleico, su función y diligenciamiento, evolución histórica, su estructura y su regulación como prueba de filiación en la legislación guatemalteca y un breve análisis de la filiación en el derecho argentino; el capítulo tres se refiere a la prueba anticipada, su concepto, objeto, procedencia, clasificación, trámite y regulación de la misma; por último, el capítulo cuatro incluye el diligenciamiento de la prueba de ADN y los motivos para considerarla como prueba anticipada, la protección a los menores de edad y los niños y se propone la reforma al Código Procesal Civil y Mercantil, así como se presenta un proyecto de reforma al Código Civil.

Finalmente, cabe indicar que al tramitarse la prueba de ADN en la vía incidental como prueba anticipada; evitará el proceso ordinario de por sí largo y complicado, que causa daños económicos y psicológicos tanto a la madre como a los menores, que en última instancia son los más perjudicados y a quienes más se debe proteger.



CAPÍTULO I

1. La prueba y su objeto

Los problemas más comunes en los procesos es saber qué es la prueba; qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba y qué valor tiene la prueba producida; en otras palabras, el primero plantea el problema del concepto de la prueba; el segundo, el objeto de la prueba; el tercero, la carga de la prueba; el cuarto, el procedimiento probatorio; y por último, la valoración de la prueba. Hernando Devis Echandía, procesalista colombiano, dice: “Suele indicarse con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho.”¹

“En sentido amplio, cabe decir que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente.”²

Asimismo el diccionario de la Real Academia Española, concibe por prueba la: “Acción y efecto de probar. Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Indicio, señal o muestra que se da de algo. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley. Indicios, o indiciaria. La que se obtiene de los indicios más o menos vehementes relacionados con un hecho, generalmente criminal, que se pretende esclarecer. Semiplena. f. Der. Prueba imperfecta o media prueba, como la que resulta de la declaración de un solo testigo, siendo éste de

¹ Devis Echandía, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil**. Pág. 86

² Devis Echandía, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. Pág. 9



toda excepción. Tasada. f. Der. La que, por diferencia de la regla de su libre estimación por el juez, la ley exige específicamente para poder acreditar un hecho determinado.”³

Ahora bien, la prueba se diligencia dentro de un proceso, sea éste de naturaleza civil, penal, laboral o de cualquier otra índole; por tal razón, es importante recordar que el proceso en el plano jurídico, es la serie de actos encaminados a obtener un fin jurídico y en el plano procesal, es el ordenamiento progresivo de actos relacionados entre sí y regulados por la jurisdicción, para obtener una sentencia; es decir, resuelve las pretensiones que las partes someten a consideración del Estado por medio del derecho de acción.

“Tomada desde su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Mirada desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado.”⁴

Dentro de todo proceso, se encuentra el procedimiento, que es la forma como se desarrollan las etapas de un proceso; en otras palabras, es la serie de pasos de los que se surte el proceso y el expediente es la historia del proceso, el diario material del mismo, en éste se consignan en orden riguroso las actuaciones de las partes y del funcionario y está formado por la demanda, notificaciones, conciliación, peritazgos, etc., en orden cronológico, numérico y sucesivo, debidamente foliados.

³ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 1011

⁴ Guzmán Córdova, César Roberto. **La prueba penal**. Pág. 7

La prueba, en su sentido procesal más amplio es: “El conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio sobre el cual ha de decidir.”⁵

Generalmente el proceso se inicia debido a un litigio, mismo que es el conflicto de intereses jurídicos entre sujetos. Puede haber litigio sin proceso y el litigio no siempre llega a proceso por varias razones; tales como: a) El afectado renuncia a su derecho; b) No acude a la jurisdicción para su protección; y c) Concilia con la contraparte.

Pero también puede haber proceso sin litigio, porque se soluciona la diferencia de común acuerdo. Ejemplo: divorcio voluntario y procesos de jurisdicción voluntaria, en donde no hay litigio.

Los fines del proceso son varios: defienden un interés común que afecta a toda la comunidad y su fin es la actuación de la ley. Es aplicar la norma sustancial al caso concreto, es importante señalar que el objeto del proceso es la relación jurídica o los hechos a los cuales debe aplicarse una norma para decidir sus efectos en derecho. En el plano penal, consiste en la investigación de conductas punibles y la responsabilidad de las personas sindicadas.

Dentro de los procesos de conocimiento en materia civil, se encuentran tres, los cuales son: “El juicio ordinario, el juicio sumario y el juicio oral. En el juicio ordinario, que es el

⁵ **Ibid.**

más conocido, su tramitación se da de la siguiente manera: El procedimiento se inicia mediante demanda en la que deben indicarse claramente las partes que intervienen, los hechos y los fundamentos legales en los que la parte actora basa su pretensión; el juzgado dicta una resolución, decreto, por el que se declara la admisión de la demanda y se procede a notificar a la otra parte para que ésta adopte la actitud procesal que considere. Si es contestada, el juez cita a las partes a una comparecencia a la que deben acudir acompañadas de sus abogados y se puede llegar a un acuerdo o conciliación. En el caso de existir este acuerdo se levanta acta firmada por el juez y las partes, dictándose resolución, auto, que declare terminado el juicio.”⁶

En el caso de que este acuerdo no se alcance, y si hubieren hechos controvertidos, las partes realizarán la proposición de sus medios de prueba solicitando que se practiquen aquéllas que consideren necesarias; en este acto se practicarán las pruebas propuestas y se formularán las conclusiones, que consisten en una valoración de los resultados de las pruebas en relación con los hechos que se alegan en los respectivos escritos de demanda y contestación en su caso. El juicio quedará entonces para la vista, y la sentencia, deberá pronunciarse sobre las pretensiones que han sido ejercitadas por cada una de las partes y será apelable

Lo anterior es una síntesis de las etapas de un proceso, es decir, los procedimientos dentro de aquél, en las que se encuentra el procedimiento probatorio; el cual es de suma importancia, porque de las pruebas aportadas depende el convencimiento del juez para condenar o absolver al demandado.

⁶ Couture, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Pág. 217



1.1. Concepto de prueba

Dentro del ámbito del derecho común, se entiende por prueba aquel medio con que se pretende probar algo: “Probar es producir un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho, o de la verdad o falsedad de una proposición. También puede decirse que probar es evidenciar algo, esto es, lograr que la mente lo perciba con la misma claridad con que los ojos ven las cosas materiales. Aunque los términos probar y demostrar son sinónimos, con más frecuencia se usa la palabra demostrar para referirse a la actividad que tiene como término la falsedad o verdad de una proposición.”⁷

“El término prueba, se refiere al medio o instrumento de que se sirven las partes, dentro de un proceso, para evidenciar la verdad o falsedad de una proposición, la existencia o inexistencia de algo. Esta noción lata, llevada al proceso penal, permitiría conceptuar la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquél son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva.”⁸

Según Hugo Alsina la prueba es: “La comprobación judicial, por los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende.”⁹

⁷ Pallares, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Pág. 662

⁸ Castro, Máximo. **Procedimientos penales**. Pág. 283

⁹ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**. Pág. 154



Eduardo Couture la define en un sentido procesal como: “Un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio.”¹⁰

Para Jaime Guasp, probar: “Es tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento de su decisión.”¹¹

Esta situación se pone particularmente de relieve al abordar el tema probatorio, el principio de libertad de prueba, sus limitaciones legales y constitucionales, así como los sistemas para apreciar y valorar esa prueba, con todas sus implicaciones. Ya en materia procesal penal, Alberto Binder señala: “La segunda actividad de preparación de gran importancia es el ofrecimiento de prueba. Éste consiste en el señalamiento concreto de los medios de prueba que utilizarán las partes para corroborar sus distintas hipótesis. Ofrecer prueba significa señalar los elementos o medios de prueba que se utilizarán en el debate. La tercera parte principal del juicio penal es la producción de la sentencia. El período de producción de la sentencia comienza con la deliberación, que es el proceso de discusión y análisis de todos los elementos que permitirán construir la solución del caso. El primer nivel es el del análisis jurídico; el segundo, el de la valoración de la prueba.”¹²

1.2. Objeto de la prueba

Son las afirmaciones o realidades que deben ser probadas en el proceso, el objeto de la prueba en los juicios civiles, son los hechos controvertidos y solamente los hechos; ya

¹⁰ Couture, Eduardo J. **Ob. Cit.** Pág. 147

¹¹ Guasp, Jaime. **Concepto y método de derecho procesal.** Pág.8

¹² Binder, Alberto, **Introducción al derecho procesal penal.** Pág. 243



que el derecho no es objeto de prueba, esto significa que el objeto es establecer la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos.

Cada una de las partes debe sostener una hipótesis contrapuesta, la cual debe ser escuchada por el tribunal. Asimismo, tienen el derecho de aportar las pruebas que consideren pertinentes y útiles para sustentar sus respectivas argumentaciones en defensa de sus intereses y por supuesto con el objeto de establecer la verdad real en el juicio. Durante la fase del juicio es en donde tanto el contradictorio como la publicidad adquieren su vigencia total; así como se cuida con celo el principio de inviolabilidad de la defensa.”¹³

- a) **Prueba de los hechos negativos:** El hecho negativo sí necesita prueba. Esto ocurre por ejemplo cuando se alega la omisión o la inexistencia de un hecho como fundamento de una acción o de una excepción; porque en la omisión, en realidad, se afirma la inejecución de una presentación debida y en la inexistencia se afirma la ausencia de un hecho constitutivo o la falta de un requisito esencial en el mismo. En la simple negativa de un hecho, el que niega sí está relevado de prueba, aunque la prudencia le aconseje producirla, para desvirtuar la rendida por el actor.

- b) **Pruebas inadmisibles:** El principio sobre que la prueba no debe admitirse cuando *sea contra derecho, no despierta mayores dudas. Con respecto a la prueba extemporánea* debe hacerse una diferenciación. En primer lugar, con respecto a aquellos casos en que se pretende aportar prueba cuando ya ha transcurrido el

¹³ Guzmán Córdova. **Ob. Cit.** Pág. 57

término probatorio. En segundo lugar, y ésta es la más importante situación, cuando se pretende aportar prueba, especialmente documental que no se ha ofrecido en la demanda o contestación; o bien, que no se acompañó en su oportunidad (documentos en que el actor funde su derecho o el demandado su excepción).

En ambos casos la prueba debe rechazarse por haber pasado la oportunidad procesal de proponerla y acompañarla.

El Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: “Los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso.” Para Couture el problema radica en diferenciar la admisibilidad de la pertinencia de la prueba: “Sostiene que la prueba pertinente es aquélla que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de la prueba; y la prueba impertinente es, por el contrario, aquélla que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. En cambio cuando se alude a prueba admisible o inadmisibile se vincula este concepto a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado *para acreditar un hecho; no se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para producirla*, así puede sostenerse que es prueba inadmisibile por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado, etc.”¹⁴

¹⁴ Couture, Eduardo J. **Ob. Cit.** Pág. 217



1.3. Carga de la prueba

De conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, Artículo 126; corresponde a las partes la prueba de sus afirmaciones. Cuando las partes han aportado todo el elemento probatorio, no se presenta ningún problema, por cuanto que el juez fallará de conformidad con lo probado. El problema en cambio surge, cuando las partes han omitido aportar prueba, porque entonces el juez, con base en ciertos criterios, debe apreciar a quién correspondía probar. Este es el problema que se conoce con el nombre de distribución de la carga de la prueba.

“Al actor incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende. Con respecto al actor, el demandado puede adoptar una mera actitud negativa, desconociendo la pretensión de aquél. En este caso toda la prueba corre a cargo del demandante. En otros casos, el actor además de probar el hecho constitutivo del derecho, debe probar la violación del derecho.”¹⁵

“Un hecho impeditivo, modificativo o extintivo, puede ser el fundamento de la pretensión del actor, caso frecuente en las acciones declarativas. El actor deberá probar en ese caso el hecho que impidió la constitución de una relación jurídica o la modificó o la extinguió. Al que pide la nulidad de un acto jurídico corresponde la prueba del error, dolo, violencia o simulación en que funda su demanda.

¹⁵ Alsina. **Ob. Cit.** Pág. 226

Al demandado le toca probar en el caso de allanamiento, el actor no deberá probar absolutamente nada y por eso la ley, impone que previa ratificación se dicte el fallo sin más trámite, o lo que es lo mismo, que no es necesaria la apertura a prueba del juicio.

Cuando el demandado, sin desconocer la relación jurídica que invoca el actor, opone a la pretensión del demandante, excepciones substanciales, entonces le corresponde probar el hecho impeditivo, modificativo o extintivo en que funda su excepción.”¹⁶

c) Principio de inversión de la carga: En ciertos casos la ley regula la carga de la prueba, atribuyéndola, no a quien afirma el hecho, constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo, sino a quien niega su existencia. Ello ocurre siempre que en la ley se establece una presunción “iuris tantum”; que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente. El efecto de la presunción es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente el hecho presumido, pero siempre que se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente.

1.4. Principios aplicables a la prueba

Aquella serie de postulados con base en los cuales se integra a cabalidad la institución que se conoce como procedimiento probatorio.

a) Necesidad de la prueba y prohibición de aplicar conocimiento del juez sobre los hechos: Los hechos sobre los cuales deba fundarse la decisión judicial necesitan ser

¹⁶ *Ibid.*



demostrados por las pruebas aportadas por las partes; existe prohibición de aplicar conocimiento del juez sobre los hechos; es decir, el juez no puede aportar medios de prueba aunque tuviere conocimiento de los hechos.

- b) **Unidad de la prueba:** En un proceso no sólo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de estudiar la prueba como un todo, salta a la vista; estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado.

La doctrina señala que la apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el juzgador de instancia; analizando y conjugando los diversos elementos probatorios y a través de la cual llega a un convencimiento homogéneo sobre el cual habrá de edificar su fallo estimativo o desestimativo; que son ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones o el demandado su defensa o no son ciertas las alegaciones.

- c) **Adquisición de la prueba:** De conformidad con este principio la prueba, una vez rendida, pertenece al proceso y no a la parte que la propuso, a la cual puede indistintamente perjudicar o favorecer. Este principio se encuentra específicamente desarrollado en lo que se refiere a la prueba de documentos; en el Código Procesal Civil y Mercantil, al preceptuar en el Artículo 177 último párrafo: “El documento que una parte presente como prueba, siempre probará en su contra.”



d) **Contradicción de la prueba:** La parte en contra de la cual se postula, opone o aporta una prueba, debe conocerla y la prueba, no se puede apreciar si no se ha celebrado con audiencia, con conocimiento, de esa parte. Al proceso no pueden ingresar pruebas en forma subrepticia, escondida, o a espaldas de la contraparte.

El citado cuerpo legal en el Artículo 129 regula que: “Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria y sin este requisito no se tomarán en consideración. Para la diligencia de prueba se señalará día y hora en que deba practicarse y se citará a la parte contraria, por lo menos con dos días de anticipación. La prueba se practicará de manera reservada cuando, por su naturaleza, el tribunal lo juzgare conveniente. El juez presidirá todas las diligencias de prueba.”

e) **Publicidad de la prueba:** La prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter social: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma en que se puedan reconstruir los hechos. Tiene mucho que ver, además con el prestigio de los tribunales.

Todas las diligencias probatorias y el procedimiento probatorio en general es, al igual que todo el proceso civil, público y cualquier persona tiene acceso al conocimiento de las actuaciones del mismo. En relación a lo apuntado, Efraín Nájera Farfán expresa: “Con respecto a la publicidad, debemos recordar que toda diligencia es pública entre las partes y sus abogados.”¹⁷

¹⁷ Nájera Farfán, Mario Efraín. **Derecho civil guatemalteco**. Pág. 234

En el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, no existe ningún precepto general que prohíba la presencia de terceras personas; antes bien, se supone que no la prohíbe porque de otra manera, no se explica el porqué, el párrafo tercero del Artículo 129 preceptúa que: “La prueba se practicará de manera reservada cuando por su naturaleza, el tribunal lo juzgue conveniente...”

f) **Preclusión de la prueba:** Cada una de las etapas de la prueba deber ser realizada en el momento procesal oportuno; fuera del cual no puede realizarse. En cuanto a este principio Efraín Nájera Farfán dice: “Las partes deben hacer uso de sus poderes, facultades o derechos procesales, dentro de los términos o plazos que las leyes señalan para la realización de los actos procesales y en armonía obligada con cada una de las fases a través de las cuales se desarrolla el proceso. De lo contrario pierden el derecho y la oportunidad de hacerlo.”¹⁸

Prueba impertinente, es por el contrario, aquélla que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Por ejemplo: una prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor o en la contestación y en la reconvencción por el demandado, es prueba impertinente.

En cambio, cuando se alude a la prueba admisible o inadmisible se vincula este concepto a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios aptos para

¹⁸ **Ibid.**



producirla. Por ejemplo: puede decirse que es prueba inadmisibles, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado.

Lo que debe reservarse para el momento de dictar sentencia es la apreciación sobre la pertinencia o impertinencia de la prueba, no su admisibilidad; a ese respecto el Artículo 127 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: “Los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso. Las resoluciones que se dicten en este sentido son inapelables pero la no admisión de un medio de prueba en oportunidad de su proposición, no obsta a que, si fuere protestada por el interesado, sea recibida por el Tribunal que conozca en Segunda Instancia, si fuere procedente.”

1.5. Procedimiento probatorio

En términos generales el procedimiento probatorio no es sino una manifestación particular del contradictorio; en virtud del cual, le es permitido a cada parte controlar la prueba del adversario; en el procedimiento probatorio se pueden establecer tres fases: el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento.

- a) **Ofrecimiento de la prueba:** La prueba debe ofrecerse en la demanda y en la contestación de ésta; tal como lo regulan los Artículos 61, 107, 108 y 118 del Código Procesal Civil y Mercantil.

- b) **Petitorio o solicitud de admisión:** Es el segundo momento de la prueba, la solicitud de admisión de uno o varios medios probatorios. Responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez.

Corresponde a cada parte elegir los medios idóneos para producir prueba que le conviene dentro de los procedimientos regulados por la ley. El juez decide acceder o no a los petitorios que se le hagan, efectuando la fiscalización sobre la regulación del procedimiento elegido para la producción de la prueba.

- c) **Diligenciamiento o práctica de la prueba:** Hecha la petición por la parte interesada y accedido el petitorio por el juez; se inicia la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación al proceso.

El diligenciamiento de la prueba consiste entonces, en el conjunto de actos procesales que son necesarios cumplir para incorporar al expediente procesal, los distintos elementos de convicción propuestos por las partes.

1.6. Clasificación de los medios de prueba

El tratadista Couture, razona en el sentido de que: "Entre los medios de prueba, unos tienen carácter directo, por cuanto suponen contacto inmediato del magistrado con los motivos de la prueba; y a otros les falta ese contacto directo, se acude a una especie de reconstrucción o representación de los motivos de la prueba; y otros finalmente, se

apoyan, a la falta de comprobación directa o de representación, en un sistema lógico de deducciones o condiciones.”¹⁹

La manera de agrupar los distintos medios de prueba no es uniforme en la doctrina. Se pueden destacar dos posiciones fundamentales que obedecen a un distinto enfoque.

- a) **Prueba por percepción:** Consiste en el contacto directo e inmediato que tiene el juez con los objetos o hechos que habrán de demostrarse en el juicio. La prueba más eficaz es la que se realiza sin intermediarios; en este sentido y desde el punto de vista de su eficacia, la prueba idónea es el reconocimiento judicial, el cual puede versar sobre personas, lugares o cosas, que son de notable importancia para el proceso. Este medio de prueba puede ser solicitado a instancia de parte o de oficio, antes de la vista y en el auto para mejor fallar, si lo hubiere.

- b) **Prueba por representación:** Documentos que han recogido algún rastro de los hechos que documentalmente van a reflejar un hecho pasado o una manifestación de voluntad; representan pruebas preconstituidas porque se elaboran antes del juicio, mediante relatos; es decir, mediante una reconstrucción efectuada a través de la memoria humana.

Los relatos, se presentan en dos circunstancias: el efectuado por las partes y el efectuado por terceros, que nada tienen que ver con el juicio (representación mediante cosas, prueba instrumental o mediante relatos, prueba testimonial).

¹⁹ Couture, Eduardo J. *Ob. Cit.* Pág. 184

1.7. Sistemas de valoración de la prueba

A lo largo de la historia se han utilizado varios sistemas de valoración de la prueba, dentro de los principales están:

- a) **Prueba legal o tasada:** “Es aquélla en que la convicción del juez no se forma espontáneamente por la aprobación de las diligencias probatorias practicadas en el proceso, sino que su eficiencia depende de la estimación que la ley hace previamente de cada uno de los medios que integran el derecho probatorio. En la prueba tiene un valor inalterable y constante independientemente del criterio del juez.”²⁰

Este tipo de prueba legal se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, ya que en él se norma con singular acentuación. Por ejemplo: el principio que señala que una escritura pública hace plena prueba en ciertos aspectos; la confesión del inculpado hace plena prueba en su contra; o el principio que señala cómo se priva de eficacia la declaración de un testigo. Las normas regulan de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.

- b) **Sana crítica:** Este concepto se encuentra ubicado en una categoría intermedia entre la prueba legal o tasada y la prueba de la libre convicción.

No posee la excesiva rigidez de la primera ni la excesiva incertidumbre de la segunda, ya que se ajusta a un término medio; fórmula elogiada alguna vez por la doctrina, que regula la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

²⁰ De Pina, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. Pág. 66

La sana crítica es, ante todo, la regla del correcto entender humano. En ella participan las reglas de la lógica y la experiencia del juez. Una y otra contribuyen de igual manera a que el juez pueda analizar la prueba con arreglo a la razón y al conocimiento experimental de las cosas. Es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual pero, sin olvidar los procedimientos legales y una higiene mental que tiendan a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. El sistema permite que el juez sea libre de razonar a voluntad discrecional.

- c) **Libre convicción:** Este es el modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que dentro del proceso se le presenta al juez. Tampoco se apoya en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

El sistema permite al juez adquirir el convencimiento de la verdad con la prueba que se encuentra en el proceso; fuera de la prueba incorporada y aun más, en contra de la prueba que está aportada al proceso. La falta de prueba existente en la causa y aun en contra de lo que se haya podido recoger; faculta al juez declarar como probados algunos hechos, porque así es su convicción moral y así se lo dicta su conciencia.

El órgano jurisdiccional valora la prueba según su leal saber y entender. Couture manifiesta que: “Debe entenderse por libre convicción aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en los medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes; dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos. Fuera de la prueba de autos, y aun contra la prueba de autos la doctrina europea acostumbra llamar,

libre convicción, a un método especial de análisis de la prueba que no coincide con el sistema utilizado en América Latina; es más bien una cuestión de exactitud en el léxico que de conceptos fundamentales.

La libre convicción no se apoya en hechos probados, sin embargo, puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez cuando su conocimiento sea en forma privada; no es menester, entonces, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada posteriormente. Es suficiente que el juez afirme que tiene la convicción moral de que los hechos ocurrieron de esa manera; sin que exista necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida y dictar sentencia.”²¹

1.8. Los medios de prueba

De conformidad con el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco; se pueden ofrecer y diligenciar los siguientes medios de prueba:

- a) Declaración de las partes.
- b) Declaración de testigos.
- c) Dictamen de expertos.
- d) Reconocimiento judicial.
- e) Documentos.
- f) Medios científicos de prueba.
- g) Presunciones

²¹ Couture. **Ob. Cit.** Pág. 273



- a) **Declaración de parte:** La confesión es cualquier declaración o manifestación de las partes que desempeñen una función probatoria, y que tiendan a convencer al juez sobre la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado.

Según Carneluti, citado por Mario Aguirre Godoy, la confesión, considerada como prueba: “Es el testimonio que una de las partes hace contra sí misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo.”²²

Es aquella prueba que se obtiene mediante declaraciones o manifestaciones de las partes que tienden a formar la convicción judicial. Como tal medio de prueba, la naturaleza de la confesión no puede referirse a declaraciones de voluntad; como erróneamente se considera por algunos doctrinarios, sino a declaraciones de conocimiento.

La prueba de confesión tiene triple fundamento, los cuales se interpretan de la forma siguiente:

- a) Jurídico: Su eficacia deriva de una disposición de la ley que obliga al juez a tener por cierto el hecho confesado; o lo que es lo mismo, que su eficacia deriva de una disposición de la ley. Excepción laboral, la confesión del sujeto pasivo.
- b) Lógico: Son más los que dicen la verdad y el hecho confesado se toma como cierto.

²² Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Pág. 237

- c) Psicológico: Es natural que nadie reconozca una situación jurídica que le es desfavorable sino cuando es la expresión de la verdad.

Dentro los elementos de la confesión se señalan:

- a) Capacidad del confesante, subjetivo. Sólo la pueden practicar los que puedan actuar personalmente o por medio de su representante legal.
- b) Objeto de la confesión, material. Recae sobre hechos ya sea personales o de su conocimiento. Deben ser: controvertidos, favorables a quien los invoca, verosímiles y lícitos.
- c) Voluntad de quien la presta (intencional). Se debe tener la intención de prestar una prueba a la parte contraria.
- d) Finalista. Tiene la finalidad de convencer al juez de la existencia o no de datos procesales determinados.

La confesión se puede dar por el lugar, de manera judicial o extrajudicial; por el origen, espontánea o provocada; por el modo, expresa o ficta; por la forma, verbal o escrita y; por su contenido, simple, calificada y compleja.

- a) Absolución de posiciones: La absolución de posiciones ha de prestarse ante el juez competente y en presencia de la otra parte. De aquí se desprende que la prestada ante juez incompetente no pasa de ser una confesión extrajudicial.



De conformidad con los Artículos 132 y 133 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, las posiciones son medios para producir la confesión; estableciendo que éstas versarán sobre hechos personales del absolvente o sobre el conocimiento de un hecho, expresadas con claridad y precisión y en sentido afirmativo. Cada posición debe versar sobre un solo hecho. Dos hechos pueden comprenderse en una misma pregunta, cuando estén íntimamente relacionados. Las preguntas deben referirse a hechos controvertidos en el proceso. El juez deberá ser escrupuloso en el cumplimiento de este precepto.

b) Práctica de la diligencia: Una vez presentada la solicitud ante juez competente, la citación se debe hacer en la forma establecida en la ley; salvo si el que debe absolver posiciones estuviere fuera del lugar del juicio; en cuyo caso el juez comisionará para la práctica de la diligencia respectiva al tribunal correspondiente, acompañando la plica.

c) Fuerza probatoria de la confesión: El Artículo 139 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que la confesión prestada legalmente, salvo que se demuestre lo contrario, hace plena prueba en lo civil. Las aseveraciones contenidas en un interrogatorio que se refieran a hechos personales del interrogante, se tendrán como confesión de éste. El declarado confeso puede rendir prueba en contrario. La confesión extrajudicial sólo se tiene como principio de prueba.

De acuerdo al régimen legal de la declaración que las partes puedan prestar en el proceso; para los efectos de su valoración se deben tomar en cuenta tres factores

importantes: las posiciones, interrogatorio, la propia declaración y el resultado de la confesión.

Se le da a la confesión en esta norma un valor tasado y ello porque la declaración de la parte se presta bajo juramento, con sanciones penales, por lo que la presunción de su veracidad es más acentuada. Sin embargo, se estima que el juez es libre para apreciar los demás elementos de convicción que hayan sido llevados al proceso y que no necesariamente está obligado a aceptar la confesión como un medio privilegiado de prueba; si del resultado general de la prueba rendida se desprende cosa distinta de la confesada.

La confesión también puede resultar evidente sin que se haya acudido al medio usual de las posiciones. A esta situación se refiere el Artículo 141 del Código Procesal Civil y Mercantil, que establece: “Cuando la confesión no se haga al absolver posiciones, sino en la demanda o en otro estado del proceso, la parte interesada, podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, la confesión quedará perfecta. La citación se hará bajo apercibimiento, de que si se dejare de asistir a la diligencia sin justa causa, se tendrá por consumada la ratificación.”

b) **Declaración de testigos:** Este medio de prueba, no obstante ser uno de los más usados en el proceso, es de los más discutidos. El testigo declara fundamentalmente sobre hechos de terceros, a cuyas consecuencias jurídicas no se halla vinculado. Esto quiere decir, que el testigo es ajeno a la litis o ajeno al proceso.



La prueba testimonial, se caracteriza esencialmente por ser una prueba circunstancial, porque el testigo generalmente conoce los hechos de modo incidental, ocasional y no de propósito. Claro que se refiere al testigo corriente y no a aquél que interviene con una determinada significación probatoria, como ocurre con los testigos instrumentales.

El testimonio, según lo indica Hugo Alsina: “Se funda especialmente en una doble presunción: Primero, la presunción de la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad; y segundo, en un fundamento moral, que tiene su base en el hecho de que se supone que el testigo no pretende engañar al juez, sino que relata la realidad como la vio y como la apreció.”²³

Por eso se ha dicho que el testimonio no es una declaración de voluntad, puesto que no se pretende crear o modificar situaciones atribuyéndoles especiales efectos jurídicos. Se trata de una declaración de conciencia, del conocimiento que el testigo tiene de ciertos hechos y nada más. Precisamente por ese fundamento ético sobre el cual se apoya el testimonio, y que en algunos casos puede faltar, es que ha perdido su predominio este medio de prueba, con relación a la prueba documental. Alsina cita la frase de Montesquieu, quien refiriéndose a la ventaja que tiene la prueba documental sobre el testigo, dice que una escritura es un testigo que difícilmente se corrompe.

Claro que la prueba testimonial se rodea de una serie de garantías, que son, por una parte la publicidad de los actos; y por la otra, el control que ejerce la parte contraria. Existen otros controles, como por ejemplo la protesta de decir la verdad y el juramento.

²³ Alsina. **Ob. Cit.** Pág. 234



Chiovenda citado por Jaime Azula Camacho, dice que testigo es: "La persona distinta de los sujetos procesales llamada a expresar al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito."²⁴

Jaime Guasp, señala que: "La persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que no habían adquirido índole procesal en el momento de su observación, con la finalidad de provocar convicción."²⁵

El conjunto de requisitos que hacen posible legalmente que una persona pueda declarar como testigo, es la aptitud física o intelectual de percibir y exteriorizarlo después. Es una obligación declarar como testigo y se deben haber cumplido 16 años; excepto parientes, cónyuge, aunque legalmente esté separado. Salvo que sean propuestos por ambas partes o en litigios sobre edad, filiación, parentesco, etc.

El testigo debe declarar sobre los hechos que son de su conocimiento, porque han caído bajo el dominio de sus sentidos; este requisito puntualiza que únicamente las personas físicas pueden declarar como testigos; puesto que declaran sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos: o sea sobre hechos en los cuales el testigo ha participado, viéndolos, presenciándolos. Como consecuencia anterior las personas jurídicas no pueden declarar como testigos.

a) Procedimiento probatorio: El Artículo 161 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que los jueces y tribunales apreciarán según las reglas de la sana crítica; la

²⁴Azula Camacho, Jaime. **Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso.** Pág. 232

²⁵Guasp. **Ob. Cit.** Pág. 185

fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; así también se apreciarán, conforme a las mismas reglas, las declaraciones que se hubieran recibido anticipadamente, por ser los testigos de muy avanzada edad, por estar enfermos o próximos a ausentarse del país. Pero el propio artículo hace la salvedad de que si tales declaraciones fueren objetadas por alguna de las partes que no hubiere sido citada al recibirlas; deberá ordenarse nuevo examen de los testigos, si ello fuere posible y el tribunal lo estima conveniente.

En efecto, según en el Artículo 161 del Código Procesal Civil y Mercantil, los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica. Esto significa que la eficacia del testimonio, depende del criterio del juez. Hace prueba en la medida que el juez crea la veracidad del testigo. Y para deducir esta veracidad, debe hacer acopio de sus propias reglas de experiencia. Si dos testigos son contestes en el hecho principal y sus accidentes, si su conocimiento sobre los hechos es de “visu et auditu” (vista y oído), no cabe duda que sin necesidad de que se lo diga una regla legal, tendrá tales hechos por verdaderos. Y si dos, tres, cuatro o cinco testigos fueren contradictorios en sus declaraciones, tampoco cabe duda que no habrá de creerles. Porque apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, es pesarlas y no contarlas.

Para pesarlas, ha de poner en la balanza todas las circunstancias subjetivas que concurren en los testigos (edad, sexo, grado de instrucción, parentesco, clase social, vecindad, etc.); y las objetivas del hecho sobre que declaran: tiempo en que ocurrió, cómo ocurrió y cómo fue percibido. Frente a estos elementos de apreciación, no se

excluye al testigo llamado de referencia, o sea aquél que sabe del hecho porque se lo refirieron.

Hay que recordar que sana crítica según Manuel Ossorio: “Es un sistema intermedio que deja al juez formar libremente su convicción, obligándolo a establecer sus fundamentos.”²⁶

En suma la sana crítica es el juicio razonado y en la libre convicción entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos. La sana crítica ha de apoyarse en proposiciones lógicas correctas y fundarse en observaciones de experiencia confirmadas por la realidad.

La prueba de testigos debe individualizarse en el escrito de demanda y en el de contestación de la demanda; en dichos escritos basta una designación genérica, lo que lleva a que la proposición hecha durante el plazo de prueba sea admitida por los jueces.

b) Tachas: Primero hay que indicar que la palabra tacha significa: falta, defecto; nota desfavorable; motivo legal para rechazar la declaración de un testigo por la presunta parcialidad, favorable u hostil; que originan las relaciones o circunstancias entre el declarante y una de las partes.

²⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 420

Son los medios que se dejan a disposición de las partes para fiscalizar la idoneidad del testigo. Al respecto Manuel Ossorio, dice que la tacha de testigos es: "La impugnación que hace un litigante sobre las condiciones personales o las declaraciones de un testigo, a efectos de anular o de disminuir su valor probatorio, ya sea por falta de idoneidad, ya sea por tener interés en el litigio a favor de la otra parte o por su relación de parentesco o amistad con ella o bien enemistad con la parte que formula la tacha."²⁷

En conclusión, se puede decir que es el procedimiento para restar el valor de la declaración de un testigo. Se hace en relación a circunstancias personales, por defectos en sus declaraciones, por contradicción en sus afirmaciones.

c) **Prueba pericial o dictamen de expertos:** Para el tratadista Miguel Fenech la prueba pericial: "Es el medio de prueba que consiste en la declaración de conocimiento que emite una persona que no sea sujeto necesario del proceso acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba; por lo que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos."²⁸

Este tipo de prueba es procedente cuando el juez no se encuentra en condiciones de conocer o apreciar un hecho por sus propios medios.

Es un medio de prueba fundado en la técnica y la ciencia que se concreta a través de la actuación de peritos; como el juicio que un tercero emite por encargo judicial sobre datos

²⁷ **Ibid.**

²⁸ Fenech, Miguel. **Derecho procesal penal.** Pág. 26

de hechos del proceso para cuyo esclarecimiento se necesita de conocimientos especiales que no son del dominio del juez.

Es de carácter instrumental o científico porque es el medio para determinar la existencia o no de un hecho. Está fundado en la técnica y en la ciencia. Es un medio de prueba cuya utilización sirve para la verificación o esclarecimiento de ciertos hechos que no son deducibles por el común de las personas.

En el Código Procesal Civil y Mercantil no se establecen específicamente requisitos para la validez del dictamen; pero se regula en el Artículo 166 que se puede recusar a los peritos por las mismas causales que las de los jueces; las cuales se encuentran estipuladas en los Artículos 122 y 123 de la Ley Organismo Judicial. Es necesario tomar en cuenta que únicamente la parte que nombró a su perito, lo puede recusar luego de su nombramiento.

El examen pericial versa sobre los datos procesales con respecto a los cuales el juez necesita cierta apreciación o enjuiciamiento. Este examen debe ser producido, ya sea a instancia del propio juez o bien a petición de la parte a quien interese que se lleve a cabo; pero en uno y otro caso es el juez quien encarga a los peritos llevar adelante el examen. Toda pericia extraprocesal no tiene ningún valor de prueba. Ejemplo: la declaratoria de incapacidad.

Con relación a su fuerza probatoria, el Artículo 170 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que: "El dictamen de los expertos, aun cuando sea concorde, no obliga al juez,

quien debe formar su convicción teniendo presentes todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso.”

d) **Reconocimiento judicial:** Hace algunos años se le denominaba a este medio de prueba inspección ocular; sin embargo, esta denominación era limitada para entender la magnitud de la importancia de este reconocimiento por parte del juez; además para la realización de este medio de prueba, no bastaba únicamente con la vista, o más denominada, la impresión ocular; era también requisito para su aprobación y valoración la convicción de certeza y la deducción psicológica del juez sobre las cosas, bienes muebles o inmuebles, personas y todo aquello perceptible por los sentidos.

Otra característica importante de este medio de prueba, es el reconocimiento judicial directo del juez; es de suma importancia que sea el mismo juzgador que practique el reconocimiento, el que dicte sentencia.

Se debe tomar en cuenta que todo aquello perceptible por los sentidos puede ser objeto del reconocimiento judicial; además todo aquello en sí mismo considerado en algunas situaciones o respecto a la persona humana con sus características.

Según Hernando Devis Echandía: “Es una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de

su convicción, mediante el examen y la observación, con sus propios sentidos, de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción.”²⁹

e) **Prueba documental o instrumental:** Esta denominación, se emplea para referirse no solamente a la prueba por documentos, sino también a otros elementos de prueba que regula el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco; es bastante generalizada la idea que identifica al documento con algo por escrito.

Existe la corriente que lo concibe como un objeto representativo, o sea un objeto que intencionalmente reproduce o refleja el dato a probar o al que se refiere.

Hugo Alsina entiende la prueba instrumental como: “Toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal.”³⁰

Estos últimos son propiamente: “Las escrituras destinadas a constatar una relación jurídica y para las cuales se reserva el nombre de instrumentos.”³¹

En cambio, los otros documentos materiales (marcas, signos contraseñas, etc.) debe demostrarse su existencia por medio de otro tipo de prueba; como la pericial y la inspección ocular.

²⁹ Devis Echandía. **Ob. Cit.** Pág. 94

³⁰ Alsina. **Ob. Cit.** Pág. 236

³¹ **Ibid.**

a) Clasificación de los documentos: Dos criterios corrientemente se señalan, atendiendo a la persona de quien proceden y al contenido. Atendiendo a la persona de quien proceden los documentos son:

- Públicos: generalmente aquí se incluyen los que proceden de notarios, empleados y funcionarios públicos competentes y que están extendidos con las solemnidades requeridas por la ley.
- Privados: son todos los demás.

Atendiendo a su contenido son:

- El dispositivo: es el que se incorpora, una declaración jurídica constitutiva, un acto de voluntad jurídico negocial o de otra clase.
- Confesorios: testimoniales y “scriptura pro scribente” (documentos privados). Entre las otras clases de documentos, pueden mencionarse los testimoniales propiamente dichos, los que contienen una confesión extrajudicial; y por último las anotaciones favorables, las llamadas “scriptura pro scribente” (facturas, asientos en los libros de comercio, libros auxiliares, etc.).

b. Fuerza probatoria: este tipo de documento probatorio se clasifica en:

- Documentos públicos: el documento considerado en sí mismo, deriva de él la presunción de autenticidad, lo que quiere decir que quien desee impugnarlo, deberá probar su falta de coincidencia en cuanto al contenido con el original; o su falsedad si éste fuere el caso, o la falsedad del original.



- Documentos privados: la autenticación del documento privado se establece por la presunción “iuris tantum” (existencia de hecho, salvo prueba en contrario). Autenticar equivale a acreditar la certeza de fe a un documento.
- f) **Medios científicos de prueba:** Los medios científicos de prueba se apoyan estrictamente en la ciencia, por lo que tendrán que ser medios dotados de mayor efectividad, ya que se trata de poner a la ciencia al servicio del derecho procesal y de la justicia. En la resolución de los hechos controvertidos dentro del proceso, la prueba se construye o produce con datos, objetos y fuentes que proporciona la ciencia, la técnica y el arte.

En cuanto a la naturaleza de los medios científicos, hay que mencionar que pretenden una objetividad más depurada, mediante la imparcialidad que sólo la ciencia puede proporcionar; en contraposición a los medios de prueba tradicionales que se ven afectados por la subjetividad que deriva de la apreciación de un individuo. Esta es la diferencia básica entre los medios de prueba tradicionales y los científicos; aunque hay que aclarar que la objetividad de estos últimos no es absoluta; porque aunque la ciencia proporciona cierta garantía, la interpretación y valoración de los mismos se da mediante el sistema de la sana crítica, en la cual interviene la subjetividad del juez.

Los medios científicos de prueba, son aquellos medios que aportan conocimiento al juzgador, mediante el empleo de productos de la evolución científica y técnica respecto a los hechos controvertidos en el proceso. Los medios científicos de prueba, son el resultado de grandes descubrimientos o inventos, que en un momento dado se le

presentan al juzgador con el objeto de que éste pueda apreciar y verificar la inexistencia o existencia de hechos que se discuten.

Para cumplir su tarea de descubrir y verificar científicamente la verdad, esta prueba emplea los principios de la biología, la física y la química, por ser ciencias básicas. Las pruebas científicas más comunes son: Bacteriológico, hematológico, cablegáficas, telefónica, telegráfica, radiográfica, espectro, espectroscopia, espectografía, rayos X, radioscopia, radiografía.

g) **Presunciones:** Es la actividad razonadora de que se vale el juez para descubrir ciertos hechos que no parecen demostrados en el proceso. Francisco Carnelutti define a las presunciones como: “Consecuencias deducidas de un hecho conocido no destinado a hacer funciones de prueba, para llegar a un hecho desconocido.”³²

La presunción como prueba, constituye un silogismo, en el que la premisa mayor es el principio general y la premisa menor el hecho conocido, siendo la conclusión el hecho que se desea conocer.

Las presunciones se dividen en legales y humanas detalladas de la forma siguiente:

Las legales son las que la ley establece, cumplen una función extraprocesal, sustancial muy importante, además de la función indirectamente probatoria que cumplen. El Código Procesal Civil y Mercantil establece en el Artículo 194 que las presunciones

³² Carnelutti, Francisco. **Estudios de derecho procesal**. Pág. 312

legales admiten prueba en contrario, a menos que la ley lo prohíba expresamente. Son admisibles para este efecto, todos los medios de prueba cuando no exista precepto que los señale taxativamente.

Las presunciones humanas, a diferencia de las legales, se deben al razonamiento lógico del juez como hombre y no al legislador, fundándose en hechos probados en el juicio.

La importancia de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN- en los procesos de familia radica en que es un medio de convicción contundente que no deja lugar a dudas debido a que dicha prueba por ser un medio científico; se encuentra respaldada mediante un informe de laboratorio firmado por profesionales de las ciencias químicas.

En Guatemala, reviste importancia el hecho de que la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, actualmente se está practicando en los laboratorios del Instituto Nacional de Ciencias Forenses -INACIF-, institución que realiza dicha prueba con la presencia de la madre, el hijo y el presunto padre; situación que fortalece el proceso y le garantiza al juzgador la emisión de una sentencia no sólo apegada a derecho, sino certera.





CAPÍTULO II

2. El Ácido Desoxirribonucleico (ADN), su función y diligenciamiento como prueba en un juicio de filiación

a conceptualización del Ácido Desoxirribonucleico es: “Un ácido nucleído que constituye el código de la vida y que se puede localizar en el núcleo de la célula.”³³

Recientemente, los estudios de paternidad realizados a través del análisis de Ácido Desoxirribonucleico, eran temas muy controvertidos. Su elevado costo y escasez de laboratorios especializados restringía el uso de dichas pruebas a situaciones de extrema necesidad; como casos policiales, o de investigación médica.

Para asuntos familiares y judiciales, el encargo de un análisis biológico de paternidad, actualmente el análisis del Ácido Desoxirribonucleico, ya es cosa de rutina gracias a los espectaculares avances de la biología y genética molecular, los análisis determinan la paternidad, maternidad y otros niveles de parentesco. La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, se encuentra hoy disponible para el público en general, ya sea para confirmar una sospecha, presentar pruebas en un juicio o simplemente satisfacer la necesidad o curiosidad, de las pruebas de filiación por dicha prueba.

“La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o

³³ Villanueva Cañadas, Lorente Acosta. **Medicina legal y toxicología**. Pág. 245

personales, siempre dentro de la máxima discreción y privacidad. Aunque las razones que llevan a realizar una prueba del Ácido Desoxirribonucleico, para determinar la paternidad son muy diversas, una de las más recurrentes son las motivaciones de orden judicial. Además es un medio rápido, confiable y eficaz para resolver cuestiones que han llegado a juicio, como disputas por hijos ilegítimos, divorcio, custodia, derechos de visita, herencia o adopción.”³⁴

Actualmente, existen métodos de determinación de paternidad muy sofisticados que no requieren el uso de muestras de sangre como fuente; mediante el uso de un palillo recubierto con algodón que se frota suavemente en la pared interna de la mejilla; se obtiene una muestra apropiada para realizar la prueba de Ácido Desoxirribonucleico, extraído de las células de la cavidad bucal, es tan bueno como el de la sangre para realizar un estudio para determinar la paternidad. Las ventajas de esta tecnología son:

- a) La toma de muestra es simple e inofensiva, no se requiere sangre. Puede realizarse fácilmente en un niño pequeño o un bebé sin necesidad de asistencia especializada.
- b) La muestra de Ácido Desoxirribonucleico puede ser fácilmente enviada por correo al laboratorio.
- c) La toma de muestra de Ácido Desoxirribonucleico puede realizarse con total discreción y comodidad.

³⁴ Arzuello, Jerónimo. **Ciencias de la salud**. Pág. 472



2.1. Evolución del Ácido Desoxirribonucleico

El Ácido Desoxirribonucleico, de acuerdo a los estudios realizados: “Fue aislado por primera vez de las células del pus y del espermatozoide de salmón y estudiado intensamente por el suizo Friedrich Miescher, en una serie de investigaciones comenzadas en 1869. Lo llamó nucleína debido a su participación en el núcleo celular. Se necesitaron casi 70 años de investigación para poder identificar por completo los sillares principales y la estructura del esqueleto de los ácidos nucleicos.”³⁵

“A principios de la década de 1940, dos genetistas estadounidenses, George Wells Beadle y Edward Lawrie Tatum, proporcionaron las primeras pistas importantes. Descubrieron que los genes dirigen la formación de enzimas a través de las unidades que los constituyen. Cada unidad, un polipéptido, está producida por un gen específico. Este trabajo orientó los estudios hacia la naturaleza química de los genes y ayudó a establecer el campo de la genética molecular. Desde hace tiempo se sabe que los cromosomas están compuestos casi en su totalidad por dos tipos de sustancias químicas, proteínas y ácidos nucleicos. Debido en parte a la estrecha relación establecida entre los genes y las enzimas, que son proteínas, al principio estas últimas parecían la sustancia fundamental que determinaba la herencia.”³⁶

“Sin embargo, en 1944, el bacteriólogo canadiense Oswald Theodore Avery demostró que el Ácido Desoxirribonucleico, era el que desempeñaba esta función. Extrajo el Ácido Desoxirribonucleico, de una cepa de bacterias y lo introdujo en otra cepa. La segunda no

³⁵ www.geocities.com **evolución del ADN** (Guatemala, 24 junio 2011).

³⁶ Villanueva Cañadas, Lorente Acosta. **Ob. Cit.** Pág. 145

sólo adquirió las características de la primera sino que también las transmitió a generaciones posteriores. Por aquel entonces, se sabía que estaba formado por unas sustancias denominadas nucleótidos. Cada nucleótido estaba compuesto a su vez por un grupo fosfato, un azúcar conocido como desoxirribosa, y una de las cuatro bases que contienen nitrógeno. Las cuatro bases nitrogenadas son adenina (A), timina (T), guanina (G) y citosina (C).³⁷

“En 1953, el genetista estadounidense James Dewey Watson y el británico Francis Harry Compton Crick, aunaron sus conocimientos químicos y trabajaron juntos en la estructura del Ácido Desoxirribonucleico. Esta información proporcionó de inmediato los medios necesarios para comprender cómo se copia la información hereditaria. Watson y Crick descubrieron que la molécula de Ácido Desoxirribonucleico está formada por dos cadenas alargadas que se enrollan formando una doble hélice, algo parecido a una larga escalera de caracol. Las cadenas, o lados de la escalera, están constituidas por moléculas de fosfato e hidratos de carbono que se alternan. Las bases nitrogenadas, dispuestas en parejas, representan los escalones. Cada base está unida a una molécula de azúcar y ligada por un enlace de hidrógeno a una base complementaria localizada en la cadena opuesta. La adenina siempre se vincula con la timina, y la guanina con la citosina.”³⁸

“La base de cada cromosoma es una molécula larga del Ácido Desoxirribonucleico formada por dos cadenas, la producción de dos dobles hélices idénticas dará lugar a dos cromosomas idénticos.

³⁷ Watson J, Crick. **Estructura molecular de los ácidos nucleicos; una estructura para el ácido nucleico desoxirribosa.** Pág. 164

³⁸ **Ibid.**

La estructura del Ácido Desoxirribonucleico, es en realidad mucho más larga que la del cromosoma, pero se halla muy condensada. Ahora se sabe que este empaquetamiento se basa en diminutas partículas llamadas nucleosomas, sólo visibles con un microscopio electrónico potente.”³⁹

“El Ácido Desoxirribonucleico, está enrollado secuencialmente alrededor de cada nucleosoma formando una estructura en forma de rosario. Entonces la estructura se repliega aún más, de manera que las cuentas se asocian en espirales regulares. Por esta razón, tiene una configuración en espiral enrollada, parecida al filamento de una bombilla. Tras los descubrimientos de Watson y Crick, quedó el interrogante de saber cómo el Ácido Desoxirribonucleico, dirigía la formación de proteínas, los compuestos principales de todos los procesos vitales. Las proteínas no son sólo los componentes principales de la mayoría de las estructuras celulares, sino que también controlan casi todas las reacciones químicas que se producen en la materia viva. La capacidad de una proteína para formar parte de una estructura, o para ser una enzima que influye sobre la frecuencia de una reacción química particular, depende de su estructura molecular. Esta estructura depende a su vez de su composición. Cada proteína está formada por uno o más componentes denominados polipéptidos, y cada polipéptido está constituido por una cadena de subunidades llamadas aminoácidos. En los polipéptidos hay veinte tipos distintos de aminoácidos. Al final, el número, tipo y orden de los aminoácidos en una cadena determina la estructura y función de la proteína de la que forma parte.”⁴⁰

³⁹ Arzuello, Jerónimo. **Ob. Cit.** Pág. 472

⁴⁰ Watson, J, Crick. **Ob. Cit.** Pág. 165

2.2. Forma de transmisión del Ácido Desoxirribonucléico

EL Ácido Desoxirribonucléico: “Contenido en todas las células de cada persona es transmitido de los padres a los hijos de generación en generación. Una sola cadena del Ácido Desoxirribonucléico, localizado en las células, contiene muchos genes. Todos estos genes son necesarios para construir cada uno de los órganos del cuerpo, corazón, hígado, estomago, pulmones, ojos, etc; para hacerlos funcionar.”⁴¹

“Esta información es para indicar que las bandas de Ácido Desoxirribonucléico, es única para cada persona como es la huella dactilar, logrando realizar por lo tanto una identificación individual clara y precisa.”⁴²

En ciertos puntos de la secuencia de Ácido Desoxirribonucléico, existen piezas que varían de persona a persona. Aunque todas son similares, la que se hereda de los padres nunca se combina de la misma manera.

Estas variaciones individuales en la secuencia del Ácido Desoxirribonucléico, es lo que hace, a nivel genético, diferentes el uno del otro. En otras palabras, los genes son como manuales de instrucción para el cuerpo. Son las indicaciones para construir todas las proteínas que hace que el cuerpo funcione.

⁴¹ Arzuello, Jerónimo. **Ob. Cit.** Pág. 472

⁴² **Ibid.**



2.3. Estructura del Ácido Desoxirribonucléico

“El ADN está formado por un azúcar (2- desoxi-D-ribosa), ácido fosfórico y bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y timina). Su estructura es la de una doble hélice en la que las bases se encuentran situadas en el interior de la molécula y los grupos fosfato se disponen en el exterior. Las bases nitrogenadas se unen siempre del mismo modo (adenina con timina y guanina con citosina) a través de puentes de hidrógeno. La estructura se mantiene estable gracias al apilamiento de las bases en el centro de la molécula. Las dos hebras que forman la cadena presentan orientaciones opuestas.”⁴³

“Dentro de la estructura molecular se encuentran dos tipos de ácidos nucleídos: el Ácido Desoxirribonucléico, y el Ácido Ribonucléico. Son componentes principales de las células. Reciben la denominación de ácidos nucleídos porque el Ácido Desoxirribonucléico fue aislado por primera vez del núcleo celular, pero tanto el ADN como el ARN se encuentran también en otras partes de las células. Son cadenas constituidas por unidades monoméricas llamadas nucleótidos, siendo dexorribonucleótidos.”⁴⁴

“Asimismo el Ácido Desoxirribonucléico es portador de la información genética, que está codificada en la secuencia de bases. Está presente en los cromosomas y en el material

⁴³ Watson, J, Crick. **Ob. Cit.** Pág. 166

⁴⁴ **Ibid.**

cromosómico de orgánulos celulares como mitocondrias y cloroplastos, y también está presente en algunos virus.”⁴⁵

2.4. Prueba de filiación mediante el Ácido Desoxirribonucleico

“El Ácido Desoxirribonucleico es el material genético en las células del cuerpo. Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de esperma del hombre y el óvulo de la mujer, que contienen solamente 23 cromosomas. En el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Por eso, una persona recibe una mitad de su material Ácido Desoxirribonucleico, genético de su madre, y la otra mitad del padre biológico.”⁴⁶

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, es el método más preciso que existe debido a que cada persona es única. Está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

“La prueba del Ácido Desoxirribonucleico es la forma más precisa para determinar la paternidad. Si los modelos entre el niño y el presunto padre no aparecen en dos o más sondas, entonces el presunto padre es excluido 100% lo que significa que él tiene una probabilidad de 0% de paternidad -- no puede ser el padre biológico del niño.”⁴⁷

⁴⁵ **Ibid.**

⁴⁶ Arzuello, Jerónimo. **Ob. Cit.** Pág. 472

⁴⁷ **Ibid.**

“Si los modelos Ácido Desoxirribonucleico, aparecen entre la madre, el niño y el presunto padre con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de paternidad de 99.9%. La mayor parte de las cortes, jurados de los Estados Unidos aceptan resultados de 99.0% como evidencia de paternidad.”⁴⁸

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, es el método más confiable y contundente para confirmar o negar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales; siempre dentro de la máxima discreción y privacidad.

De esta manera, se beneficia a las mujeres que buscan reconocimiento de filiación para sus hijos. También es solicitada por hombres que desean demostrar que están siendo acusados falsamente de ser padres biológicos de un niño que es imputado como suyo. Algunos hombres simplemente la usan para absolver una duda antigua (muchas veces sin conocimiento de la madre, cuya participación no es indispensable). Asimismo, es una prueba usada en litigios por razones de herencia, casos forenses, etc.

El desarrollo de la tecnología por Ácido Desoxirribonucleico, en Latinoamérica ha permitido ingresar al siglo XXI con plena capacidad para aprovechar los beneficios médicos que sobrevendrán como consecuencia del conocimiento de los detalles moleculares del genoma humano.

⁴⁸ **Ibid.**

2.5. Regulación del Ácido Desoxirribonucleico como prueba de filiación en Guatemala

En el dos mil ocho, con gran júbilo recibió la población guatemalteca la sanción del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala; con el que se obliga a los supuestos padres a un examen del Ácido Desoxirribonucleico o ADN.

Enrique Naveda, el 23 de agosto de dos mil ocho, en el diario escrito El Periódico, edición electrónica, indicó: “Álvaro Colom, sancionó la Ley de Paternidad Responsable en la mañana de ayer. El Decreto 39-2008, una reforma al Código Civil, limita a dos los métodos para probar la paternidad ante un juez: el análisis de Ácido Desoxirribonucleico, y la imposibilidad física de relaciones entre la madre y el supuesto padre en los tres meses anteriores al embarazo.”⁴⁹

En la referida nota menciona: “De la ley me gusta esa parte, de que quien se niegue a someterse a la prueba, ya es padre de familia, y subrayó la idea de que tendrá un efecto disuasivo en los adolescentes, que ahora lo pensarán dos veces antes de meterse en problemas.”⁵⁰

De conformidad con la nota en cuestión, la frase del presidente, ganó los aplausos de una sala llena de organizaciones de mujeres.

⁴⁹ Naveda, Enrique. **Presidente sanciona Ley de Paternidad Responsable**. www.elperiodico.com (Guatemala, 23 de agosto de 2008)

⁵⁰ **Ibid.**



La nota de prensa comentada señala: “Un error en la legislación nacional, facilitaba la irresponsabilidad de algunos padres, dijo el mandatario, y lo ilustró con cifras: hasta el 28 por ciento de niños en algunos lugares de las provincias, y el 19.9 por ciento de la capital padecen el abandono de su progenitor. Sigue señalando: A diferencia del resto de leyes, que reciben el visto bueno presidencial sin mayor publicidad, ayer se adornó la sanción del nuevo Decreto, con un acto en el Palacio Nacional de la Cultura. Colom estuvo acompañado por Sandra Torres, primera dama e impulsora de la ley; la secretaria presidencial de la mujer, Sonia Escobedo; y el secretario general de la presidencia, Carlos Larios.”⁵¹

Concluye la nota antes citada de la siguiente manera: “Escobedo cifró en 22 por ciento la cantidad de hogares guatemaltecos encabezados por mujeres. En su discurso, Colom había recalcado el papel de la mujer como centro de acción de la sociedad y la familia. Un juez deberá ordenar el examen de ADN, y se podrá realizar en cualquier laboratorio apto. El Decreto no fija quién cubrirá los gastos, aunque se habló de que sería el padre en caso de un resultado positivo, y la madre en el contrario. La Universidad Mariano Gálvez cobra de Q3 mil a Q6 mil. El precio internacional oscila entre Q3 mil 500 y Q5 mil.”⁵²

La alegría de muchas organizaciones de mujeres por el Decreto se debió a que, a pesar de que para la filiación judicial es necesario iniciar un proceso ordinario de filiación que por su naturaleza es tardado, oneroso y desgastante, debido a las innumerables acciones de impugnación y oposiciones a las que puede ser objeto; al contar con una

⁵¹ **Ibid.**

⁵² **Ibid.**

norma que obliga al padre a someterse a la prueba del ADN, o en caso de negativa de someterse al examen se tendrá como prueba de la paternidad; se evita que el proceso ordinario de filiación se prolongue por mucho tiempo, debido a la contundencia del examen de ADN. Es de hacer notar que estos procesos, antes de cobrar vigencia el Decreto, al carecer de medios científicos de prueba que les dieran validez, se estancaban en los juzgados, tardando hasta cinco años o más para resolverse; pues el objetivo de la parte demandada al interponer innumerables acciones de impugnación y oposiciones, era de desesperar a la parte demandante por el desgaste psicológico y sobre todo económico que implicaban dichos procesos.

Ahora bien, con la reforma al Código Civil, surge la interrogante: ¿qué tanto cambió la situación de los menores que reclaman una filiación?; con el objeto de darle una respuesta a esta interrogante, se cita el Artículo 2 del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, el cual reformó el Artículo 221 del Código Civil quedando de la siguiente manera: “La paternidad puede ser judicialmente declarada: 1º. 5º. Cuando el resultado de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario. La prueba del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter pública, o privada, nacional o extranjera especializadas en dicha materia. Este medio de prueba, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. En juicios



de impugnación de paternidad o maternidad, será admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-.”

De conformidad con el artículo reformado, el juez de familia puede declarar judicialmente la paternidad además de lo regulado con anterioridad; cuando el demandante solicite la prueba científica del Acido Desoxirribonucleico –ADN-; pero por supuesto cuando el resultado de ésta, determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo.

Sin embargo, lo más importante de la reforma introducida es la que regula que si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario; lo que significa que después de haberse abierto a prueba el proceso y ordenado por el juzgado su diligenciamiento, el demandado no compareciere, el juez sin más trámite deberá resolver y declarar la paternidad del demandado con el menor de edad demandante, ordenando inmediatamente al Registro Civil correspondiente la inscripción de dicha filiación.

No se puede dudar de la importancia de la norma citada, pues si el demandado se somete a la prueba o se negare a ella, el juez deberá resolver inmediatamente la situación; sin embargo, hay que hacer notar que en dicha reforma en ningún momento se reguló un procedimiento específico para diligenciar este medio de prueba; por lo consiguiente, éste debe realizarse dentro del período de prueba del juicio ordinario de filiación; proceso que por naturaleza es tardío, y oneroso y antes de llegar a dicho

periodo, los litigantes interponen una serie de acciones e impugnaciones que tarda entre uno a dos años, aunado a ello el enorme formalismo exigido por los tribunales de justicia, lo convierte en lento, costoso y desgastante para las partes; en especial la parte más débil de la relación procesal que en este caso es la mujer que forma parte del proceso y por supuesto el menor de edad.

Sobre este tema, es importante señalar que el Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala en su tercer considerando regula que: “El juicio ordinario para reconocimiento de paternidad constituye un proceso largo y desgastante para la mujer, que en muchos casos afronta un litigio vergonzoso, e incluso para el menor por lo que, algunas veces prefiere no recurrir a la vía judicial, dejando de esta forma en desamparo emocional y económico a los menores de parte de sus padres, siendo por lo tanto la prueba de ADN, idónea para estos procesos con un 99.99% de certeza, cumpliendo de esta forma con la aplicación de la ley en forma pronta y cumplida y no sometiendo a las mujeres a juicios que menoscaban su dignidad y la de sus hijos.”

De lo anterior se puede deducir, que el fin último del Decreto 39-2008 aprobado por el Congreso de la República de Guatemala, es evitar que la solicitud de declaración judicial de paternidad se siga tramitando en un proceso largo y desgastante como lo es el juicio ordinario; sin embargo, debido a un lapsus, no se reguló un procedimiento específico para dicha problemática; en consecuencia, el mismo se sigue tramitando en esta clase de juicio.

Por otro lado, algunos discuten si la presunción que establece la ley, en relación a que si el demandado se negare a comparecer se tenga como prueba de paternidad; es inconstitucional, pues colisiona con el derecho constitucional de la intimidad y la garantía de no declarar contra sí mismo, consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que regula: “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.”

En este sentido, la doctrina señala que la argumentación anterior no es válida, pues si bien la garantía es operante en materia penal, en estos casos está en juego, por otra parte el derecho a establecer la propia identidad; debiendo prevalecer en todo caso el interés superior del niño, pues son estos los que generalmente solicitan la declaración de filiación; interés garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre todo después de la incorporación de las declaraciones y tratados internacionales; en especial el Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado de Guatemala, que literalmente establece: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y 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.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.”

que para tener un panorama sobre la sustanciación de dicho juicio y posteriormente hacer un análisis comparativo, a continuación se detallan los pasos del mismo de acuerdo al Código Procesal Civil y Mercantil.

Demanda: Se presenta la demanda y se hace una relación de los hechos en que se funda; cumpliéndose con los requisitos establecidos en los Artículos 61, 79, 106 y 107; se invoca la fundamentación de derecho en que se apoya, la pretensión, se ofrecen las pruebas y se formula la petición en términos precisos.

Primera resolución: Presentada la demanda en la forma establecida por la ley, el juez la admitirá y emplazará a los demandados, concediéndoles audiencia por nueve días comunes.

Excepciones previas: Dentro de los seis días de emplazamiento, podrán interponerse las excepciones previas; Artículos 116, 120, 121 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco.

Ampliación y modificación de la demanda: Antes de ser contestada, el actor puede ampliar o modificar su demanda.

Actitud del demandado: El demandado puede tomar una actitud pasiva, ya sea rebeldía o contumacia; Artículos 113 y 114 del Código Procesal Civil y Mercantil o puede tomar una actitud activa, mediante la contestación afirmativa o negativa de la demanda;



asimismo podrá interponer al contestar la demanda excepciones perentorias o la reconvencción.

Conciliación: Podrán los tribunales de oficio o a instancia de parte citar a conciliación a las partes, en cualquier estado del proceso. Si las partes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el juez o presidente del tribunal, y en su caso por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario; Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Período de prueba: Si hay hechos controvertidos se abre a prueba el proceso por el término de treinta días; tal como lo regula el Artículo 123 del Código Procesal Civil y Mercantil. Éste se declara vencido si las pruebas ofrecidas se han practicado, o si las partes de común acuerdo lo piden.

Solicitud de prórroga del período de prueba: Debe hacerse tres días antes de que concluya el término ordinario. Se tramita en incidente, este término podrá ampliarse por diez días más en razón de la distancia.

Período extraordinario de prueba: Si en la demanda o su contestación, se ofrecen pruebas que deban recibirse fuera de la República y procedan legalmente a solicitud de parte; el juez fijará un término improrrogable que no exceda de ciento veinte días, el que inicia a contarse juntamente con el período ordinario de prueba.



Vista: Concluido el término de prueba, el secretario lo hace constar, sin providencia, agrega autos, pruebas rendidas y da cuenta al juez y éste de oficio señala el día y hora para la vista dentro de un término de diez días; oportunidad en que pueden alegar de palabra o por escrito los abogados de las partes y éstas si lo piden; la vista puede ser pública.

Auto para mejor proveer: Concluido el término de la vista, en un plazo de quince días, los jueces y tribunales, antes de pronunciar su fallo, podrán acordar para mejor proveer que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes o que se practique cualquier reconocimiento o avalúo que consideren necesario o que se amplíen los que ya se hubiesen hecho.

Sentencia: Efectuada la vista, se dictará sentencia conforme al Artículo 198 del Código Procesal Civil y Mercantil y 142 de la Ley del Organismo Judicial.

2.7. La reclamación de la filiación extramatrimonial en el derecho argentino

Como se ha dicho, la reclamación de la filiación extramatrimonial es una acción que tiene el hijo o su/s representante/s legal/es para reclamar su filiación; en el caso invocado, la acción que tiene el hijo para reclamar el reconocimiento paterno.

En Argentina se tiene como norma aplicable el Artículo 254, 2° párrafo del Código Civil, que establece: "Los hijos pueden también reclamar filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres,



la acción se dirigirá contra sus herederos universales. Esta acción podrá ser promovida por el hijo en todo tiempo.”

Los sujetos involucrados en el caso en análisis son: El hijo, quien en este caso tiene legitimación activa, para reclamar el reconocimiento de su presunto padre; y el presunto padre biológico, que es contra quien se ejerce esta acción, legitimación pasiva.

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, para determinar la paternidad en los casos de filiación extramatrimonial, está regulada en la República de Argentina, en base a lo siguiente:

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, es una de las pruebas biológicas más precisas de las que existen hasta la actualidad. Su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir de una muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido cualquiera. Analizando las secuencias del Ácido Desoxirribonucleico puede establecerse con exactitud absoluta la herencia genética; superando los márgenes de duda de la prueba de Histocompatibilidad (HLA).

La negativa a someterse a la prueba de Ácido Desoxirribonucleico, como a cualquier otro tipo de prueba biológica en los supuestos de reclamación de filiación tanto matrimonial como extramatrimonial; hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio a quien se niega a las pruebas; pues ninguna otra actitud en principio, puede justificar esa actitud, cuando se está discutiendo el estado de familia de una persona.

esta presunción se encuentra legislada en la Ley 23.511 de Argentina que organiza el Banco de Datos Genéticos, y que en su Artículo 4° establece: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable. Se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales requerirán ese examen al Banco de Datos Genéticos admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El Banco de Datos Genéticos, también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.”

En todo proceso judicial las evidencias o pruebas son determinantes para que el juzgador tome una acertada decisión. En Guatemala, con la entrada en vigor del Decreto 39-2008 del Congreso de la República que regula la utilización de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico para determinar científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo; se facilitó el trabajo de los juzgadores y efectivamente ha funcionado convenientemente la utilización de dicha prueba según lo manifestado por los oficiales de los tribunales de familia. Por otra parte, según empleados administrativos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, manifestaron la creciente demanda de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, solicitada por juez competente, en el presente caso, del ramo de familia.

Actualmente, existen en Guatemala 4 laboratorios que pueden realizar la prueba científica del ADN; siendo los siguientes: Laboratorio de la Universidad Mariano Gálvez,



Laboratorio del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, Laboratorio Tecno diagnóstico de Guatemala y Laboratorio Bio-Synthesis, Inc.

CAPÍTULO III

3. La prueba anticipada

Las diligencias de prueba anticipada, como su nombre lo indica, son medidas instructorias realizadas antes de su oportunidad legal; su función es: “Procurar que las partes puedan producir y conservar pruebas de las que, si se espera el momento de su producción legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el transcurso del tiempo o alteración natural o artificiosa de hechos o cosas.”⁵³

Un sector de la doctrina ha señalado que: “Las diligencias de prueba anticipada no constituyen medidas cautelares porque el único punto de contacto entre ambas es el de conjurar el “periculum in mora”; puesto que para la procedencia de dichas medidas, además de tal requisito, es necesario que el peticionante exhiba la denominada “verosimilitud en el derecho” y preste contracautela suficiente; agregando que mientras las medidas cautelares, son provisionales y pueden ser modificadas, sustituidas o dejadas sin efecto, la prueba anticipada, una vez producida es definitiva, inmodificable y no puede dejarse sin efecto, salvo la declaración de nulidad.”⁵⁴

De conformidad a un enfoque metodológico de tipo dogmático, se considera que el carácter definitorio y esencial, que constituye la esencia de las medidas cautelares está dado por la anticipación sustitutiva de un momento procesal hipotético; en razón del peligro en la demora. Luego, si esas medidas requieren para su procedencia que se

⁵³ Di Lorio, Alfredo José. **Prueba anticipada**. Pág. 10

⁵⁴ Zinny, Jorge Horacio. **Diligencias preliminares y prueba anticipada**. Pág. 119

acredite la llamada: verosimilitud del derecho; que se preste contracautela; que se dicten “inaudita altera et parts;” sin antes oír a las partes o que resulten en todos los casos provisionales, constituyen aspectos secundarios del fenómeno cautelar que no se vinculan con su esencia. Esto no significa que esos aspectos carezcan de importancia en la práctica; lo que se pretende destacar es que los árboles no impidan ver el bosque.

Desde el punto de vista pragmático, es necesario diferenciar el lenguaje del legislador del de la ciencia jurídica que el primero suele adaptar con cierto retraso o con errores y; el segundo se manifiesta no sólo en mandatos cuyo incumplimiento tiene fijada una sanción, sino también en definiciones y clasificaciones; que sirven para esclarecer la interpretación de las normas, pero que tienen una importancia doctrinaria relativa.

3.1. Concepto de prueba anticipada

La prueba anticipada es un modo excepcional de producir la prueba. Ahora, si bien la prueba anticipada se vincula más a la medida precautoria, no puede dejar de señalarse que es imposible aplicar los principios de las medidas cautelares a la prueba anticipada. La medida cautelar se ejecuta sin la presencia del contradictor, la producción de prueba, no. El control de la contraparte es necesario y su incorporación al proceso puede ser definitiva e imposible de prever en el futuro; a diferencia de las medidas precautorias, que se les puede sustituir, modificar o dejar sin efecto en cualquier etapa del proceso. Por eso es fundamental la observancia del principio de bilateralidad.



Peligro en la demora: La ley regula que se requiere la prueba anticipada cuando se tengan motivos justificados para temer que la prueba pudiera resultar de imposible o dificultosa producción.

En la doctrina algunos autores señalan que es necesario que esos motivos resulten acreditados sumariamente mediante algún tipo de prueba; ya que si el tribunal puede acceder sin sustanciación alguna, a menos que lo pedido resultare manifiestamente infundado, considerándose que el pronunciamiento sobre esta cuestión debe basarse en las causas invocadas y no en causas acreditadas; ello es consecuente con el concepto mismo de prueba anticipada, en la medida en que el juez sólo determina la procedencia de esta medida y no la verosimilitud del derecho.

Otra corriente, en cambio, es proclive a requerir que se acrediten los requisitos de procedencia, introduciendo la duda de si debe procederse como en las medidas cautelares, en que esa acreditación debe efectuarse materialmente y en forma sumaria.

3.2. Objeto de la prueba anticipada

El objeto de la prueba anticipada es que sin necesidad de entrar a someter alguna decisión al juez; con la tramitación de un juicio de conocimiento de por sí de larga duración y costo altísimo en honorarios profesionales; se puede utilizar como una forma de preparar de manera anticipada alguna prueba o medio de prueba que conlleve a un aseguramiento de las resultas de un juicio posterior; en el entendido de que dicho diligenciamiento anticipado conlleva también que el resultado de las mismas pueden

agregarse al juicio principal; como medio de prueba dentro de dicha demanda de carácter ordinario y en el mejor de los casos a la no tramitación de ningún juicio; en virtud de una conciliación oportuna entre las partes.

3.3. Procedencia de la prueba anticipada

De conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, se entiende que no hay una regla fija, toda vez que el juez debe apreciar la procedencia de estas medidas, cuando tuviere motivos para temer que la producción de las pruebas que se indican pudiere resultar imposible o muy dificultosa; inclusive en el Artículo 105 de dicho cuerpo legal se establece que: “El juez podrá, asimismo, admitir otras pruebas anticipadas, además de las que se mencionan en esta sección, si las estima oportunas y conducentes.” Esto implica que el juzgador tendrá en cuenta, ante cada caso concreto, si tal como sucede con las medidas cautelares en general, se ha acreditado, la probabilidad del “periculum in mora”; consistente en demostrar, aunque sea con un grado bajo de probabilidad, de que si no se realiza en forma anticipada la prueba solicitada; existen motivos suficientes para temer que su producción pueda frustrarse o en otros casos, pueda causar un daño grave por la demora.

En algunos casos resultará necesario acreditar sumariamente el “periculum in mora” con un grado de probabilidad mediante el conocimiento sumario; como por ejemplo: para acreditar la ancianidad del testigo; o que el mismo padece una enfermedad grave; o que está próximo a ausentarse del país definitivamente, o por un tiempo prolongado.

El solo temor de no poder contar con un elemento de prueba, sin justificar objetivamente los motivos de la sospecha que se enuncia, resulta insuficiente para que se disponga el secuestro de la documentación en poder de la parte contraria; requerido como medida de prueba anticipada por la parte actora como medida de prueba anticipada.

En otras ocasiones, esa prueba no será menester porque el peligro se encuentra implícito; por ejemplo: para que sea procedente la prueba informativa documental, basta con probar que está a punto de vencer el plazo de conservación de los documentos donde constan los datos requeridos. Esto demuestra que si se espera que se inicie la etapa probatoria puede producirse la destrucción de dichos documentos y con ello frustrarse la producción de la prueba.

En materia de pretensiones resarcitorias, es procedente por ejemplo que se ordene una pericia mecánica en forma anticipada, acreditando con un grado de probabilidad que el bien objeto de esa prueba está a punto de ser arreglado, con lo cual se frustraría el peritaje.

La conceptualización de la prueba anticipada como una especie de medida cautelar, permite que el interesado utilice el conocimiento sumario a fin de acreditar “inaudita altera et parts” (sin antes oír a las partes), con un grado de verosimilitud, el “fumus bonis iuris” (apariencia de buen derecho) que torna procedente dicha prueba; esto es, de que en caso de no hacerse lugar inmediatamente al pedido, la prueba en cuestión puede resultar de producción dificultosa o imposible.

3.4. Clasificación de la prueba anticipada

Como fue señalado, la prueba anticipada es una diligencia que pretende preparar prueba o conocer hechos para la acción futura; el Código Procesal Civil y Mercantil las regula en los Artículos 98 al 105 bajo el título de pruebas anticipadas y son las siguientes:

- a) **Posiciones y reconocimiento de documentos:** Se refiere al interrogatorio que, llenando determinados requisitos, puede dirigir una persona a aquella de quien le interesa obtener confesión judicial. Normalmente, esta diligencia no se pide previamente sino que se practica como prueba durante la tramitación del proceso; pero, en algunos casos es conveniente obtener la declaración de una parte con anticipación, para preparar la prueba, talvés la única con que se fundamentará la pretensión que se deducirá en juicio.

Según el Código Procesal Civil y Mercantil, las partes para preparar el juicio, pueden pedirse recíprocamente declaración jurada sobre hechos personales conducentes, lo mismo que reconocimiento de documentos privados (Artículo 98 párrafo primero). Como a esta diligencia le son aplicables las normas relativas a la declaración de las partes; debe tenerse presente que conforme al Artículo 130 párrafo final del cuerpo legal citado: “A la misma parte no puede pedirse más de una vez posiciones sobre los mismos hechos.”

Por otra parte, el Artículo 98 párrafo tercero del mismo cuerpo legal regula que: “El articulante deberá indicar en términos generales, en su solicitud, el asunto sobre que



versará la confesión, y acompañará el interrogatorio en plica. Sin llenar este requisito no se dará curso a la solicitud. El juez calificará la procedencia de las preguntas al abrir la plica para recibir la declaración.”

b) **Exhibición de documentos, bienes muebles y semovientes:** En cuanto a la exhibición de documentos, el Artículo 99 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: “Cuando se pida la exhibición de documentos deberá indicarse en términos generales el contenido del documento y probar que éste se encuentra en poder del requerido. Si el obligado a exhibir el documento no lo presentare en el término fijado para el efecto, o no indicare el lugar en que se encuentra, se tendrá por probado en su contra el contenido que el solicitante de la medida le atribuya en su solicitud.”

En lo relativo a la exhibición de bienes muebles y semovientes, el Artículo 101 del citado Código establece: “Si una vez decretada la exhibición de bienes muebles y semovientes, el obligado no cumpliere con exhibirlos en el término que se le fije, el juez ordenará el secuestro de los mismos, nombrando depositario. Si el secuestro no pudiere hacerse efectivo por ocultación o destrucción, el juez fijará provisionalmente los daños y perjuicios, pudiendo el solicitante pedir que se trabe embargo preventivo sobre otros bienes del requerido.”

En este caso el riesgo de ocultación o destrucción de los bienes muebles o semovientes existe; aunque en menor intensidad que para el caso de los documentos. Sin embargo, como puede darse esa posibilidad, el Código prevé tal situación, y si llegare a ocurrir, el



solicitante de la exhibición puede pedir que se trabé embargo preventivo para asegurar sus derechos.

El trámite para las dos clases de exhibiciones mencionadas (de documentos y de bienes muebles y semovientes) es el incidental y durante la tramitación respectiva debe probarse que los documentos o bienes objeto de la exhibición han estado en poder del requerido.

c) **Exhibición de libros de contabilidad y de comercio:** Para la exhibición de libros de contabilidad y de comercio, se sigue un sistema similar, la persona que necesite preparar una acción o rendir una prueba, podrá pedir la exhibición de libros de contabilidad y de comercio para hacer constar los extremos conducentes que le interesen. El juez podrá disponer que el examen de los libros se practique en el tribunal o en el domicilio u oficina del dueño de los mismos por contador o auditor público; que rendirá su dictamen al tribunal. El juez podrá disponer la exhibición, para mejor proveer. A esta diligencia le es aplicable lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 99 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El citado Código facilita la producción de la prueba anticipada, ya que el juez puede disponer que la practiquen técnicos en la materia; lo que puede tener efecto en el tribunal o en el propio domicilio u oficina del dueño de dichos libros; pero, en caso de negativa a exhibirlos por parte de éste, se tendrá por probado en su contra el contenido que el solicitante de la exhibición les haya atribuido en su solicitud.



d) **Reconocimiento judicial y prueba pericial:** En algunos procesos el reconocimiento judicial y la prueba pericial se hacen imprescindibles. En realidad se trata de medidas de carácter precautorio conservativo, para dejar constancia de la situación en que se encuentra una cosa, relevante para los fines de un proceso futuro. A esta idea responde el Artículo 103 del Código Procesal Civil y Mercantil al regular que: "Tanto el que haya de demandar como el que crea verosímelmente que ha de ser demandado, podrá pedir antes de la demanda, que se verifique un reconocimiento judicial de las cosas que habrán de ser motivo de prueba en el proceso y que estén llamadas a desaparecer en breve plazo. Podrá también pedirse el reconocimiento cuando la cosa amenace ruina o evidente deterioro, o cuando su conservación en el estado en que se encuentra resulta gravosa."

Ahora bien, como en ciertos casos, no sólo se necesita de la práctica del reconocimiento, sino también de la diligencia pericial, el juez puede a su criterio, ordenar que se practiquen en forma conjunta y complementaria.

Finalmente, lo lógico es notificar la práctica de la diligencia a quien deba figurar en el proceso como parte contraria; pero como puede suceder que no se le encuentre, o fuere indeterminada, o bien simplemente que no exista, el Código permite en ese caso, que se notifique a la Procuraduría General de la Nación y se haga constar esa circunstancia en autos.

e) **Declaración de testigos:** Este tipo de prueba generalmente se realiza dentro de un proceso, específicamente en el período de prueba; sin embargo, si existe peligro en que la demora o tardanza del proceso, supone la imposibilidad material de la



recepción de la prueba, se podrá realizar como prueba anticipada; de igual manera, si lo que se pretende es preparar un futuro proceso, podrá pedirse la declaración de testigos como prueba anticipada.

A este respecto el Artículo 104 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: “Podrá pedirse por la parte interesada, en el concepto a que se refiere el artículo anterior o cuando la ley así lo disponga, que se reciba la declaración de testigos de muy avanzada edad, gravemente enfermos o próximos a ausentarse del país. Para recibir estas declaraciones se notificará a quien deba figurar en el proceso como parte contraria y si no fuere habida, fuere indeterminada, o no existiere, se citará a la Procuraduría General de la Nación.”

La ley no precisa cuál es la edad avanzada ni exige que previamente se le justifique, por lo que esta apreciación queda al prudente arbitrio del juez; de tal forma que si en el propio acto de la declaración comprueba que no se satisface el extremo requerido, se abstendrá de examinar al testigo. Si la solicitud se funda en la circunstancia de encontrarse gravemente enfermo, bastará que se acceda a ella, acompañando a la misma un certificado médico que acredite la gravedad.

La causa a estar próximo a ausentarse del país, no es necesario probarla porque la demora en hacerlo propiciaría la ausencia y porque la prueba de esta circunstancia resultará del interrogatorio mismo que sobre el particular se le formule. Uno de los principios del derecho probatorio es el llamado de contradicción; el cual consiste en que la parte contraria tenga la oportunidad o el derecho de contradecir las pruebas del



adversario proponiendo a su vez las contrapruebas de que disponga. Con ese fin, se establece en el Artículo 129 del Código Procesal Civil y Mercantil que las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria y que sin este requisito no se tomarán en consideración.

Obedeciendo a esta regla habrá podido advertirse que ella rige con igual fuerza y efectos, para la recepción de las pruebas anticipadas en cuya virtud carecerán de todo valor si se practican sin noticia de la otra parte.

El concepto de persona interesada a que se refiere el Artículo 104 del Código Procesal Civil y Mercantil, es el que se objetiva en el interés legítimo que puede tener la persona en el ejercicio de la acción. Vale decir, está legitimada o autorizada para pedir la prueba, aquél que habrá de demandar o que sea probable se le demande y naturalmente, estos elementos, por su propia subjetividad y de su manifestación diferida, no son objeto de prueba. El interés, ha de deducirlo el juez de la exposición que haga el solicitante, aunque no se indica en el Código cuál es el procedimiento a seguirse, para el examen de los testigos en tan especiales circunstancias, es obvio entender que es el mismo que aquél ordena de manera específica en el capítulo respectivo, para la recepción de la prueba testimonial.

No se contempla tampoco la posibilidad de que ya iniciado el juicio, pero no abierto a prueba todavía, pueda obtenerse la declaración de testigos por sobrevenirles alguna de las situaciones previstas en el artículo citado; pero el silencio de la ley no impide que se practique, pues si bien ya lo sería dentro del juicio, no por eso se desnaturalizaría el carácter anticipado de la prueba.

En la práctica es común observar que las solicitudes sobre prueba anticipada, se presentan cargadas de exposición y hasta se sigue en ellas el formalismo habitual de los memoriales de demanda, detallando hechos, ofreciendo prueba y razonando sobre el derecho.

f) **Otras pruebas anticipadas:** De conformidad con el Artículo 105 del Código Procesal Civil y Mercantil, queda abierta la posibilidad de plantear otras pruebas anticipadas además de las que se encuentran reguladas y señaladas anteriormente; toda vez que en su parte conducente, este artículo regula que el juez podrá admitir otras pruebas anticipadas, aclarando siempre que si las estima oportunas y conducentes, esto deja la posibilidad de plantear cualquier otra prueba anticipada, siempre y cuando sea acorde a lo que la legislación regula.

3.5. Tramitación de la prueba anticipada

Al hacer un análisis de la ley, sobre el tema de la prueba anticipada, se puede comprobar que no existe regulación sobre un procedimiento específico para su diligenciamiento; por lo que algunos juristas señalan que dependiendo del tipo de prueba, en algunos casos se tramita en la vía de los incidentes, tal como se encuentra regulado en la Ley del Organismo Judicial, en los Artículos 135 al 140; sin embargo, otros juristas señalan que todo dependerá del tipo de prueba solicitada. A este respecto el licenciado Marco Antonio Paredes (abogado litigante) señala que con base a su experiencia y en caso de absolver las posiciones y reconocimiento de documentos, el trámite es el siguiente:



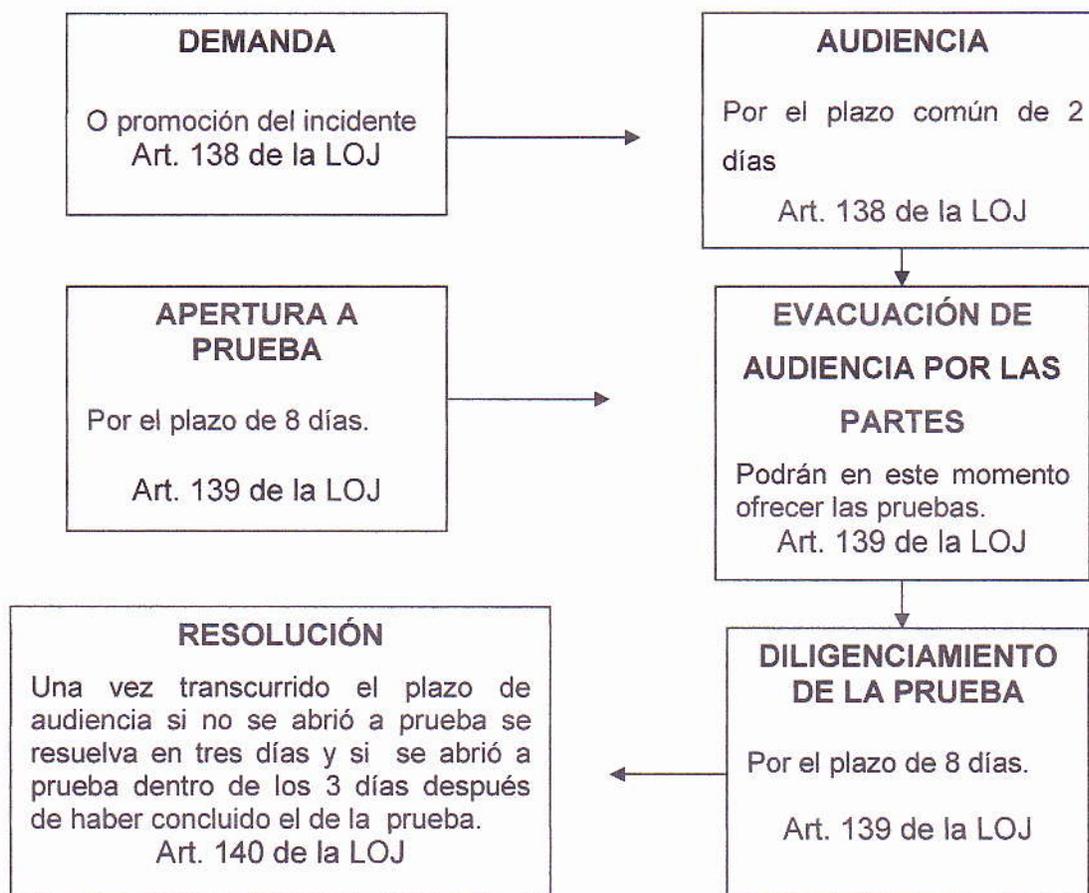
- a) Se interpone memorial dirigido al juez solicitando audiencia para la absolución del pliego de posiciones y reconocimiento de documentos; dicho memorial debe cumplir con los requisitos que regulan los Artículos 61, 79, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco.
- b) El juez dicta resolución admitiendo o denegando la solicitud, si la admite, fijará día y hora para la celebración de la audiencia oral, con el objeto de diligenciar la prueba solicitada.
- c) Se le notificará inmediatamente a la persona requerida para el diligenciamiento de la prueba; con base a lo regulado para el juicio oral, deberá mediar entre la audiencia y la notificación no menos de tres días.
- d) El día y la hora fijada para la audiencia, se diligenciará la prueba solicitada si el requerido comparece, caso contrario, el juez deberá resolver lo que en derecho corresponda.
- e) Una vez diligenciada la prueba solicitada, el resultado de la misma constará en acta faccionada por el juzgado, la cual se constituirá en título ejecutivo o plena prueba, según sea el caso.

A criterio de la ponente, el trámite de la prueba anticipada debe realizarse a través de la vía de los incidentes; es decir, planteada la cuestión o solicitud, el juez deberá darle audiencia a la otra parte por el término de dos días; posteriormente, debe abrirse a

prueba por el plazo de ocho días para diligenciarse la prueba solicitada; diligenciada dicha prueba, en el término de tres días el juez deberá resolver lo que en derecho corresponda.

Es oportuno señalar que ya en el trámite reseñado anteriormente y en el de los incidentes, el tiempo máximo que dura la prueba anticipada en la práctica tribunalicia, de conformidad con la opinión de los expertos, es de dos meses, lo cual es de suma importancia pues no se corre el riesgo o peligro por la tardanza, lo cual suele suceder en los procesos de conocimiento.

Diagrama de las fases procesales del incidente





Actualmente, en los tribunales de familia según la manifestado por los oficiales entrevistados; la prueba científica del Ácido Desoxirribonucleico no se está tramitando como prueba anticipada sino que dentro de los juicios ordinarios planteados; sin embargo, dicha prueba si funciona en vista de que al obtener un resultado de paternidad positivo, el conflicto entre las partes puede resolverse en forma conciliatoria evitándose con ello los trámites lentos y engorrosos que implica una demanda de filiación en juicio ordinario.





CAPÍTULO IV

4. El diligenciamiento de la prueba del ADN en un proceso de prueba anticipada

Es importante recordar que el objetivo de la presente investigación es determinar la importancia de diligenciar la prueba del Ácido Desoxirribonucleico; como prueba anticipada, esto con el objeto de determinar la filiación en los casos de paternidad irresponsable; toda vez que la determinación de la filiación se da en la legislación guatemalteca de diversas maneras, dependiendo si se está frente a una filiación matrimonial o legítima propia, una filiación matrimonial impropia o una filiación extramatrimonial. El autor argentino Eduardo A. Zannoni clasifica en tres las maneras de determinar la filiación: “Determinación legal, determinación voluntaria o negocial y determinación judicial.”⁵⁵

La determinación legal: Es la surgida por la propia ley con base a supuestos fácticos establecidos por aquélla.

Con respecto a la paternidad, en la filiación legítima propia, el Código Civil en el Artículo 199, establece la presunción de que “el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio.” Adicionalmente dicho precepto legal establece que “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.”

⁵⁵ Zannoni, Eduardo A. **Manual de derecho de familia**. Pág. 179.



Asimismo, el Artículo 207 del mismo cuerpo legal establece que “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. Si el hijo naciere después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio, se presume concebido en el segundo.”

En estos casos existe determinación legal de la paternidad, en los que la ley establece la filiación con base en presunciones, y no hay necesidad de reconocimiento por parte del padre, ni necesidad de declaración judicial para su determinación.

La determinación voluntaria o negocial: Es la que nace en virtud del reconocimiento o declaración que hace una persona de ser padre de otra; el Código Civil en el Artículo 210 establece que “cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho declarada, se prueba por el reconocimiento voluntario del padre o por sentencia judicial que declare la paternidad.”

De conformidad en el Artículo 211 del Código Civil, la determinación voluntaria o negocial de la filiación se da en el caso en “que el padre reconozca voluntariamente la paternidad de un hijo, ya sea en la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil, por acta especial ante el mismo registrador, por escritura pública, por testamento y por confesión judicial.”

La determinación judicial: La determinación judicial de la filiación consiste en la resolución judicial definitiva que decide una controversia relativa a la filiación; declarando como padre a una persona.

La determinación judicial de la filiación está regulada en la legislación guatemalteca, en el Artículo 220 del Código Civil, que establece que “el hijo que no fuere reconocido voluntariamente tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación.”

Esta disposición legal es aplicable para el caso del hijo nacido de una relación en la cual los padres no estén unidos por matrimonio o unión de hecho declarada. Asimismo, el Artículo 202 del Código Civil establece que “tanto el hijo como la madre tienen derecho a justificar la paternidad del padre, cuando el hijo fuere nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio.”

En ambos casos, según en el Artículo 220 del Código Civil, el derecho del hijo de pedir que judicialmente se declare su filiación, nunca prescribe.

4.1. Motivos para considerar que la prueba del Ácido Desoxirribonucleico puede tramitarse en un proceso como prueba anticipada

Para considerar que la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, sea tramitada en un proceso como prueba anticipada; es necesario hacer un análisis sobre los fines estipulados en la Constitución Política de la República de Guatemala y de los valores



que el constituyente ha plasmado y recogido del sentir de la comunidad; tales como la protección a la familia y la protección a los niños y menores de edad.

- a) De la protección a la familia: La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 1: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común." Y en el Artículo 3 de dicho cuerpo legal establece: "El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona."

De los dos artículos citados se puede establecer que como fin principal del Estado de Guatemala se tiene la protección a la familia y a todas las personas que la conforman. Esta protección debe estar garantizada desde el momento mismo de la concepción y debe mantenerse a lo largo de toda la vida del ser humano.

Por su parte el Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el apartado referente a la familia establece: "El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos."

De las normas constitucionales citadas se puede inferir que el constituyente tenía como fin la protección de la familia como institución fundamental para el desarrollo de la sociedad. El Estado toma como un valor de la comunidad la protección a la familia y deja

claro que toma como fin el desarrollar políticas para lograr el bienestar de los miembros que la integran.

En la misma línea seguida por el constituyente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el Artículo 17 inciso uno: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado."

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de la que el Estado de Guatemala es parte, establece en el Artículo 16, inciso tercero: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

4.2. De la protección a los niños y menores de edad

Este tema se encuentra regulado en el Artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

Asimismo, en el Artículo 3, inciso uno de la Convención sobre los Derechos del Niño, regula: "En todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."



Por lo que en virtud de este precepto, el actuar del Organismo Legislativo, en su función de ente creador de normas jurídicas, debe tener en cuenta el interés del niño por sobre cualquier otra circunstancia.

El Artículo 8, inciso uno de dicha Convención, establece lo siguiente: "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."

4.3. De la protección al individuo

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 1 establece que el Estado tiene como finalidad la protección a la familia; pero a su vez establece que tiene como uno de sus fines la protección a la persona. Esto lo establece al enunciar: "El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."

Unido a la protección de la persona, y derivado de la misma, el Estado debe velar por la protección de los derechos del individuo desde su concepción; debiendo suministrar todas aquellas garantías destinadas a proveer a los mismos el amparo necesario para la salvaguarda de sus derechos.

La razonabilidad externa y la constitucionalidad de las normas sujetas al presente estudio tienen que partir del análisis de los fines que el legislador perseguía con su

promulgación; de los medios dispuestos para alcanzarlos y los fines previstos en la Constitución Política. El análisis de la razonabilidad externa de las mismas debe hacerse tomando en cuenta las circunstancias que regían en el momento de su promulgación y las actuales. Este análisis debe partir de estos elementos para lograr determinar si existe una violación del derecho de defensa del individuo.

En el momento de la promulgación de las normas constitucionales citadas los fines del legislador fueron darle seguridad jurídica a la filiación matrimonial y extramatrimonial; asimismo, velar por los intereses del niño, a efecto de que la relación de filiación sea estable; el medio utilizado ha sido el de promulgar y mantener una presunción “iuris et de iure” (de pleno y absoluto derecho); limitando su impugnación únicamente a probar la imposibilidad de la cohabitación o el acceso con la cónyuge en el período de la concepción.

En el momento de su promulgación, ante la inexistencia de investigaciones científicas que proveyeran un resultado concluyente sobre la determinación de la paternidad; dichas normas eran congruentes con el fin de proteger a la familia, estipulado en la Constitución Política de la República de Guatemala. Se limitaban, justificadamente, las causas o circunstancias por las cuales el padre podía accionar un juicio de impugnación de la paternidad.

En la actualidad, los avances en el campo de la medicina y la genética, han proveído métodos e investigaciones para determinar la paternidad, que han llegado a alcanzar un grado de certeza y exactitud de hasta el noventa y nueve punto noventa y nueve (99.99)



por ciento; por lo que se hace más fácil la labor de exigir el reconocimiento del hijo, a través de un juicio ordinario de filiación.

Derivado del análisis precedente la autora del presente trabajo es del criterio que las normas relativas a la filiación extramatrimonial; contenidas en los Artículos 220 y 221 del Código Civil, permiten que los procesos de filiación judicial sean tramitados con mayor celeridad.

También es criterio de la ponente, que aunque se ha logrado un avance significativo con la reforma del Código Civil, incorporando la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, es recomendable que dicha reforma regule la opción de preparar el futuro proceso a efecto de que éste resulte corto, sencillo y económico para probar la existencia del nexo biológico; toda vez que las investigaciones biológicas y genéticas en la actualidad pueden ofrecer conclusiones que, en gran medida y en ocasiones en forma decisiva, informan al juez sobre la realidad del nexo paterno o materno filial que se investiga.

4.4. La prueba de ADN como prueba anticipada

Una parte de la doctrina propone eliminar el carácter cautelar que tiene la prueba anticipada, en cuanto, sólo es procedente ante el “periculum in mora” (peligro en la demora); consagrando en su lugar, un sistema que Augusto M. Morello denomina prueba temprana: “En donde, sin que se viole el derecho de defensa en juicio, se permita que el juez ordene el diligenciamiento de una prueba decisiva con antelación a la iniciación del proceso. Esta innovación permitiría prescindir de la prueba innecesaria que no sea

idónea para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, encontrándose así, en condiciones de resolver el pleito con la prueba decisiva referida al núcleo de la relación sustancial controvertida, producida anticipatoriamente, siempre garantizando, por supuesto, que la parte contraria controle la producción de esa prueba.”⁵⁶

La ventaja que tiene la utilización de la prueba del Ácido Desoxirribonucléico como prueba anticipada; es que los médicos forenses pueden utilizar el ADN presente en la sangre, el semen, la piel, la saliva o el pelo en la escena de un crimen para identificar al responsable; situación que convierte a este medio científico de prueba, en evidencia decisiva y contundente, máxime si el diligenciamiento es ordenado por un juez competente; tal y como lo establece el numeral quinto, del Artículo 221 del Código Civil.

En atención a que esta prueba es decisiva para la apreciación que hará el juez en la sentencia; se propone la misma en forma anticipada a través de la vía de los incidentes; a fin de acelerar los trámites procesales del juicio ordinario, que habitualmente duran muchos años. Lo anterior encuadra correctamente con la prueba del Ácido Desoxirribonucléico, para la comprobación de la paternidad y filiación.

Alejandro Bosch sostiene que: “La producción anticipada de la prueba genética, debería admitirse no solamente cuando se pruebe el “periculum in mora”, esto es, cuando si no se realiza inmediatamente puede frustrarse la producción de la prueba, sino incluso cuando aun no acreditándose ello, se entienda de conformidad a una interpretación flexible de las normas procesales, que resulta necesario anticipar el diligenciamiento de

⁵⁶ Morello, Augusto M. **Producción de la prueba temprana**. Pág. 156.

la prueba genética, a los efectos de lograr una mayor seguridad, celeridad y economía procesal.”⁵⁷

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico, cuya práctica anticipada se propone, es aquella (pericial, documental, testimonial etc.), que resuelve el punto de hecho en el que se funda la pretensión o lo minimiza considerablemente; y su fundamento se basa en la procedencia lógica y en los postulados axiológicos de economía procesal de actividad.

Como consecuencia de ello, en la realidad, se verá favorecida la existencia de acuerdos conciliadores previos a que se inicie el proceso.

Al respecto: “Cuando la determinación de un resarcimiento o la calidad de una prestación es el real objeto de la contienda, aun cuando esté cubierto por las más diversas y a veces fantásticas construcciones jurídicas, una valoración técnica objetiva, seguida en cada caso por quien no será nunca juez, puede constituir una válida ocasión, para las partes, de medir el peso de los respectivos intereses y de sacar las lógicas consecuencias.”⁵⁸

La legislación italiana ha consagrado así, la verificación técnica preventiva, que a diferencia de la consulta técnica de oficio, que tiene una naturaleza eminentemente cautelar, es una consulta anterior al comienzo del proceso, sin carácter de urgencia y también con función de probar hechos que pueden ser objeto de un ulterior proceso y facilitar la conciliación; por ejemplo determinar la existencia del daño y su extensión.

⁵⁷ Bosh, Alejandro. **Prueba genética póstuma en la filiación**. Pág. 687

⁵⁸ Biavati, Paolo. **Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano**. Pág. 84.



En conclusión, la idea de institucionalizar una prueba que, respetando el principio de bilateralidad de audiencia, se diligencie antes de que el proceso comience, constituye la consagración de un modo muy pragmático de considerar al proceso civil; si se tiene en cuenta que tradicionalmente la etapa instructoria era el momento por excelencia en el cual se diligenciaba la prueba.

“No obstante ello, la generalización de la prueba anticipada en determinados casos, puede convertirse en una herramienta que contribuya a que el conflicto de intereses existente entre las partes sea resuelto de forma conciliatoria; sin necesidad de esperar el tiempo excesivo que implica la sustanciación integral de todo un proceso de conocimiento, pues es muy probable que las partes al conocer el resultado de la prueba decisiva producida en forma anticipada, lleguen a un acuerdo conciliatorio o transaccional; con lo cual se evitaría perjudicar más de la cuenta a los litigantes, especialmente a aquél que tiene razón y a quien la lentitud del proceso le puede traer aparejada angustia, sufrimiento psicológico, perjuicios económicos y hasta la misma miseria.”⁵⁹

Finalmente, resultaría conveniente, en algunos casos, institucionalizar una prueba que, respetando el principio de bilateralidad de audiencia, se diligencie antes de que el proceso comience; con el propósito de lograr de esa manera, que el conflicto de intereses existente entre las partes sea resuelto automática y positivamente; vigorizando así los principios de celeridad, sencillez y economía; y sobre todo en favor de quien más

⁵⁹ **Ibid.**

lo necesita, el niño o niña a quien se le ha privado de su derecho de conocer su identidad biológica y a través de ello demandar protección del obligado a ello.

4.5. Opinión de los juzgados de familia

Para ampliar la información, se buscó la opinión de los jueces de familia, sin embargo, dado a la carga excesiva de trabajo de estos, no pudieron atender el requerimiento, no obstante ello, se realizaron entrevistas con los oficiales de algunos juzgados de familia, quienes manifestaron que ciertamente los procesos de filiación y paternidad se han convertido en tardíos, onerosos y desgastantes para las partes; afectando con ello a una gran cantidad de niños que buscan contar con los derechos que les otorga el estar debidamente reconocidos por sus padres; por tal razón, son de la opinión que si existe la posibilidad de practicar el examen del Ácido Desoxirribonucléico, mediante un proceso de prueba anticipada, sería un significativo avance del derecho en pro de la niñez que sufre de esta problemática; además, sería un aliciente para aquellas madres que no han realizado sus demandas judiciales, exigiendo el reconocimiento del hijo.

4.6. Análisis final y propuesta de reforma al Código Procesal Civil y Mercantil

Como ha quedado señalado, actualmente el diligenciamiento de la prueba del Ácido Desoxirribonucléico, significa un gran avance en la sociedad guatemalteca y permite a los menores de edad tener una esperanza sobre su protección, identidad y filiación; es por ello que se plantea en el presente trabajo que la mencionada prueba científica sea diligenciada como prueba anticipada, mediante el procedimiento de los incidentes.



Las razones de la propuesta se deben a que como ha quedado indicado, actualmente dicho diligenciamiento se realiza en el juicio ordinario de filiación, mismo que es tardado, lento, oneroso y desgastante; esto debido a que por su naturaleza, está provisto de una serie de garantías para las partes que provoca su tardanza.

Contrario al juicio ordinario, el juicio oral y el procedimiento de los incidentes, están fundamentados en los principios de sencillez, oralidad, economía, rapidez, entre otros; mismos principios que rigen el derecho de familia, razón por la cual, la ponente hace la propuesta de tramitar como prueba anticipada, a través de la vía de los incidentes, el diligenciamiento de la prueba científica del Ácido Desoxirribonucleico.

Ahora bien, lo anterior se debe a que una de las partes de este tipo de proceso, generalmente es un menor de edad, por tal razón debe considerarse el interés superior del niño, concepto relacionado con lo que es importante para el menor: es decir aquello que es necesario para asegurarle a él o a ella una vida digna y feliz; en otras palabras, se debe tomar en consideración el impacto que tienen sobre la vida del niño las decisiones concernientes a él; y por supuesto, en cualquier decisión, sea ésta de carácter legislativo, judicial o de cualquier otra índole, deben prevalecer esos intereses.

Hay que recordar también que Guatemala es parte de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en la que el interés superior del niño es un principio general que debe (o debería) ser aplicado a varias situaciones; como por ejemplo: en el caso de una separación de los padres del niño, en casos de adopción, con respecto a la educación o a la filiación del niño; de igual manera en Guatemala la Ley de Protección Integral de la



Niñez y la Adolescencia, regula que el niño tiene derecho a su identidad, tómesese como parte de la identidad, su nombre, apellidos de ambos padres y por supuesto conocer quién es su progenitor.

En virtud de lo expuesto y siendo de suma importancia el cumplimiento de las leyes y tratados internacionales; igualmente, según el espíritu de los legisladores, plasmado en el tercer considerando del Decreto 39-2009 del Congreso de la República de Guatemala; se debe tomar en cuenta que la reforma implementada en el Artículo 221, numeral quinto del Código Civil, que se refiere a la mencionada prueba del Ácido Desoxirribonucleico, no tiene establecido un procedimiento específico para su diligenciamiento; toda vez que a ese cuerpo normativo no le corresponde regular procedimiento alguno; además el Código Procesal Civil y Mercantil tampoco tiene un procedimiento específico para la tramitación de la referida prueba.

Cabe destacar que la omisión del diligenciamiento de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico en el campo legal; confiere la posibilidad de un proceso endeble, tanto a la parte actora como a la parte demandada, por no poder ofrecerse, proponerse, diligenciarse y valorarse en el momento procesal oportuno la prueba en cuestión; perjudicando con ello el establecimiento de la posible paternidad y filiación de un hijo para con su padre; lo cual causa graves daños económicos, emocionales y psicológicos a las partes; especialmente a la parte más débil, es decir a la madre y al hijo que buscan el reconocimiento del padre; toda vez que en el mejor de los casos se ven obligados a iniciar un juicio ordinario de filiación, debido a la inexistencia de un procedimiento regulado; lo que lleva a recurrir a estos juicios, que actualmente sirven para realizar el

diligenciamiento de tal medio probatorio y obtener así un examen médico que concluya con la pretensión de filiación.

Hay que recordar que el actual Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 96 tiene regulado lo relativo a los procesos de conocimiento y define al juicio ordinario como el principal para todas aquellas contiendas en las que no exista trámite específico y que necesiten una sentencia de carácter declarativo del derecho, como en el presente caso; pero en el Artículo 98 del referido cuerpo legal, se establece la prueba anticipada, que regula que sin necesidad de entrar a someter alguna decisión al juez de familia con la tramitación de un juicio ordinario de por sí de larga duración y costo elevado en honorarios profesionales; se puede utilizar como una forma de preparar de manera anticipada alguna prueba o medio de prueba que conduzca al aseguramiento de las resultas de un juicio posterior; en el entendido de que dicho diligenciamiento anticipado permite también que el resultado de las mismas pueda agregarse al juicio principal como medio de prueba dentro de dicha demanda de carácter ordinario; y en el mejor de los casos a la no tramitación de ningún juicio, en virtud de una conciliación oportuna entre las partes.

Por consiguiente, en el presente trabajo se plantea una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil; en el sentido de agregar el Artículo 221 bis, el cual debe regular que la diligencia de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico debe tramitarse en un proceso de prueba anticipada; adicionándose a este artículo la función y la forma de aplicar y aceptar el diligenciamiento de dicha prueba y con ello obtenerse la declaración de una prueba preconstituida o prefabricada; previo a someterlo a la jurisdicción ordinaria pero



como prueba anticipada; debiéndose en el mismo artículo regular la forma y el método de admitir la prueba. A continuación, se presenta el proyecto de reforma propuesto.

4.7. Proyecto de reforma al Código Civil

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA
DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es obligación del Estado, velar por la protección e integridad de la familia; con el objeto de mantener el vínculo social familiar dentro del territorio de Guatemala, promoviendo una paternidad responsable.

CONSIDERANDO:

Que las leyes actuales dentro del marco legal de la República de Guatemala establecen medios probatorios de paternidad y maternidad de escaso alcance científico por lo oneroso de su tramitación por los diferentes juzgados del ramo de familia y que además carecen de metodología real, de carácter probatorio en su ofrecimiento, recepción, diligenciamiento y posterior valoración; se hace necesario incorporar procedimientos legales que permitan hacer este derecho vigente y positivo.

CONSIDERANDO:

Que los altos índices de las familias desintegradas, parentescos no reconocidos y desamparo de la niñez indefensa dentro del territorio nacional, se incrementa día a día, se hace necesario y de suma urgencia, contar con las regulaciones pertinentes al caso.

POR TANTO:



En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala, promulga.

La siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRERO 106 DEL JEFE DE GOBIERNO

ARTÍCULO 1: Se adiciona al numeral 5 adicionado según Decreto 39-2008, lo siguiente:

“La prueba del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- se podrá diligenciar como prueba anticipada en la vía de los incidentes. A este medio de prueba le serán aplicables las normas relativas a la declaración de las partes y a los medios científicos de prueba y lo establecido en el artículo 175 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

ARTÍCULO 2: Vigencia. La presente ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS VEINTICUATRO DÍAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE.

PRESIDENTE

SECRETARIO

SECRETARIO

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA



MINISTRO DE GOBERNACIÓN

**SECRETARIO GENERAL
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**



CONCLUSIONES

1. La prueba está regulada como el medio para convencer al juez de la existencia o inexistencia de datos procesales que han de servir de fundamento para su decisión. Sin embargo, los jueces de los tribunales de familia no autorizan la tramitación de los medios de prueba con la premura adecuada y no respetan los plazos establecidos en la ley.
2. El Estado de Guatemala no ha cumplido con informar a la población acerca de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, por medio de la cual se puede determinar la filiación entre padres e hijos.
3. El Estado de Guatemala no ha procurado que la prueba de Ácido Desoxirribonucleico se realice a precios que estén al alcance de las personas interesadas y no ha informado respecto a dichos precios.
4. Los trámites para obtener la autorización de una prueba anticipada de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, en los juzgados de familia son demasiado lentos; no obstante que con dicha prueba se puede lograr que el conflicto de intereses entre las partes, sea resuelto conciliatoriamente.
5. La inexistencia de un procedimiento específico para el diligenciamiento de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- cuyo trámite actual es en juicio ordinario; se contrapone a los principios del derecho de familia y al interés superior del niño.





RECOMENDACIONES

1. Los jueces de familia deben diligenciar los medios de prueba de manera rápida y ágil, respetando los plazos que la ley regula, con el objeto de que no sean perjudiciales a las partes involucradas en un litigio.
2. La Secretaría de Comunicación Social, debe informar a toda la población sobre el tema de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, dando a conocer sus características y la certeza que ésta produce.
3. El Ministerio de Salud debe procurar que la realización de la prueba de ADN, se practique en laboratorios con métodos y tecnología avanzada, pero con precios accesibles para los interesados.
4. La Corte Suprema de Justicia debe mejorar sus procedimientos en atención a la demanda del servicio y las necesidades de la población, a fin de que la solución de los conflictos planteados se realice en el menor tiempo posible y la justicia sea pronta y cumplida.
5. El Congreso de la República de Guatemala, tiene que reformar el Código Civil, en el sentido de regular que el diligenciamiento de la prueba del ADN en los procesos de familia, se tramite como prueba anticipada en la vía de los incidentes.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1973.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico del derecho procesal civil y comercial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1957.
- ARZUELLO, Jerónimo. **Ciencias de la salud**. Barcelona, España: Ed. Planeta, 2008.
- AZULA CAMACHO, Jaime. **Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso**. 7ª. ed. Colombia: Ed. Temis, 2000.
- BIAVATI, Paolo. **Las recientes reformas al Código de Procedimiento Civil italiano**. Italia: Ed. Revista de Derecho Procesal, 2007.
- BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Rústica, 2009.
- BOSH, Alejandro. **Prueba genética póstuma en la filiación**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Revista Jurídica la Ley, 2004.
- CARNELUTTI, Francisco. **Estudios de derecho procesal**. Tomos 1 y 2. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas, 1952.
- CASTRO, Máximo. **Procedimientos penales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1937.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1951.
- DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. México: Ed. Porrúa S.A., 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Nociones generales de derecho procesal civil**. España: Ed. Colección Jurídica Aguilar, 1966.



DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 1ª ed. Bogotá, Colombia: Ed. Ediar, S.A., 1991.

DI LORIO, Alfredo José. **Prueba anticipada**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1970.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. Barcelona, España: Ed. Labor, 1960.

GUASP, Jaime. **Concepto y método de derecho procesal**. Madrid, España: Ed. Heliasta, 1997.

GUZMÁN CÓRDOVA, César Roberto. **La prueba penal**. Guatemala: Ed. Práxis, 2006.

MORELLO, Augusto M. **Producción de la prueba temprana**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1980.

NÁJERA FARFÁN, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. Volumen I. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1968.

NAVEDA, Enrique. **Presidente sanciona Ley de Paternidad Responsable**. www.elperiódico.com (Guatemala, 23 de agosto de 2008).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa, 2001.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. España: Ed. Espasa-calpe, 2001.

VILLANUEVA CAÑADAS, Lorente Acosta. **Medicina legal y toxicología**. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. Masson S. A., 1984.



WATSON J, Crick. **Estructura molecular de los ácidos nucleicos; una estructura para el ácido nucleico desoxirribosa.** Estados Unidos: Ed. Universidad de Yale, 2005.

ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de familia.** Argentina: Ed. Astrea, 1995.

ZINNY, Jorge Horacio. **Diligencias preliminares y prueba anticipada.** Córdoba, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.

www.geocities.com **evolución del ADN** (Guatemala, 24 de junio de 2011).

Legislación:

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

Declaración Universal de Derechos Humanos. Congreso de la República de Guatemala, Decretos números 54-86 y 32-87, 1986 y 1987.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José). Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 6-78, 1978.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-90, 1990.

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89, 1989. Congreso de la República de Guatemala.



Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 206, 1964.

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