

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO
CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ROSA AZUCENA VENTURA TOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

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 VI:	Br.	Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCALV:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

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. José Luis Guerrero de la Cruz
Abogado y Notario



Guatemala, 03 de febrero de 2010.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el agrado de informarle que en cumplimiento a la providencia de fecha cinco de marzo del año dos mil ocho, emitido por esa jefatura a su cargo en el que dispone nombrarme como asesor del trabajo de tesis de la Bachiller Rosa Azucena Ventura Tobar en la elaboración del trabajo intitulado. **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN”**, procedí conforme al requerimiento indicado, por lo que dicho tema reviste de las características de importancia.

En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando un lenguaje técnico acorde al tema y haciendo uso de la metodología, en virtud que los métodos utilizados fueron analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica documental, que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la importancia que tiene en materia judicial, para dilucidar cuestiones que sin los avances científicos de nuestra era se basarían en meras presunciones. Tal es el caso en materia de familia, el ADN, es una prueba científica utilizada por varias legislaciones a nivel internacional para dilucidar conflictos de paternidad y filiación, así como de divorcios o separación de cuerpos. Además considero que el presente trabajo constituye un aporte a nuestra sociedad y a la comunidad jurídica por su estudio analítico.



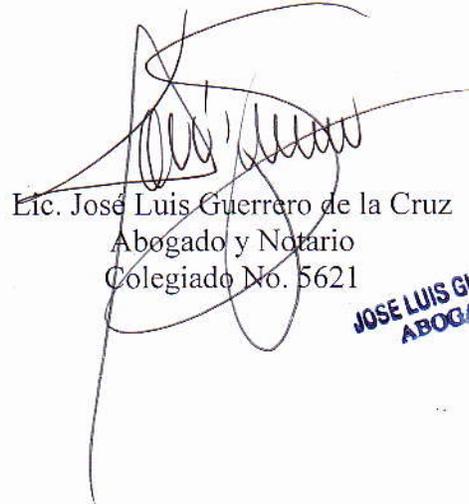
Lic. José Luis Guerrero de la Cruz
Abogado y Notario



Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y un aporte importante a la sociedad para comprobar la paternidad y filiación de un menor de edad.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo de la Bachiller Rosa Azucena Ventura Tobar, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.


Lic. José Luis Guerrero de la Cruz
Abogado y Notario
Colegiado No. 5621

JOSE LUIS GUERRERO DE LA CRUZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, quince de abril de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARIO ARNULFO GONZÁLEZ MIRANDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ROSA AZUCENA VENTURA TOBAR. Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN".

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.



Lic. MARIO ARNULFO GONZÁLEZ MIRANDA
Abogado y Notario

Guatemala, 6 de agosto de 2010.

Señor
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

SECRETARIA
08 OCT. 2010
[Firma]

Estimado Licenciado:

En atención a providencia de esa jefatura, de fecha quince de abril de dos mil diez, en la que se me notifica nombramiento como Revisor de Tesis de la Bachiller **ROSA AZUCENA VENTURA TOBAR**, del trabajo de tesis se intitula **“ANÁLISIS JURIDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN”**, y oportunamente proceder a emitir el Dictamen correspondiente; habiendo revisado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- a) De conformidad con las facultades que me son otorgadas en la resolución anteriormente indicada y luego del estudio profundo del trabajo de tesis **titulado “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN”**, concluyo que el trabajo elaborado por la Bachiller **ROSA AZUCENA VENTURA TOBAR**, un tema actual para quien gusta conocer del derecho, en especial sobre el Derecho Civil, siendo el tema investigado un aporte jurídico científico con relación a la prueba de ADN como causal para solicitar la separación o el divorcio.
- b) La estructura de la tesis, la metodología y técnica utilizada en la elaboración de la investigación son *acordes y adecuadas para lograr el desarrollo del tema y con ello lograr los objetivos fincados.*
- c) La redacción de la tesis en su contenido es claro, ordenado y conciso.
- d) El trabajo de tesis aborda temas de suma importancia, pues la investigación es un aporte al derecho civil, ya que dicho análisis parte desde el estudio de lo que es el ácido desoxirribonucleico; la importancia de la prueba de ADN en los juicios de filiación y paternidad, así como, su regulación legal; la importancia de establecer la paternidad y filiación; y, el estudio total sobre la prueba de ADN como causal para solicitar la separación o el divorcio.

11 calle 8-14 zona 1 Oficina 51, Edificio Tecún
Teléfono 22200929 - 22517797



Lic. MARIO ARNULFO GONZÁLEZ MIRANDA
Abogado y Notario

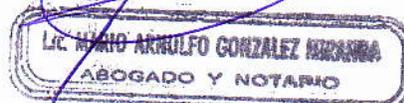
- e) Para la realización de la investigación se ha utilizado bibliografía y leyes existentes en el medio, que sirvieron de base para analizar jurídico-doctrinario de dicho estudio; se utilizaron los métodos deductivo e inductivo, así como la técnica de bibliográfica.
- f) Durante el tiempo en que duro la asesoría de la presente investigación, discutimos algunos puntos del trabajo, los cuales razonamos, así también, el contenido de la investigación es un gran aporte al estudio del Derecho Civil, con relación a establecer la prueba de ADN como causal para solicitar la separación o el divorcio.
- g) Las conclusiones y recomendaciones están acordes y llenan su cometido, por ser un gran aporte al conocimiento y estudio del Derecho Civil, siendo una de las conclusiones más importantes es que **“El Estado de Guatemala no cumple con su obligación constitucional de garantizar los derechos de todas las personas por igual en virtud de que al dar derecho preferente a la mujer en materia de paternidad, viola los derechos del hombre como esposo y padre de familia”**, y su recomendación es que **“ El Estado de Guatemala debe cumplir con la obligación de proteger a todas las personas y a la familia como núcleo de la sociedad, así como garantizar los derechos de todas las personas por igual, tanto del hombre como el de la mujer, dentro del núcleo familiar”**.
- h) En virtud de lo anterior concluyo informando a Usted, que procedí a Revisar el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I) Que en el trabajo asesorado cumplir con los requisitos legales exigidos, en especial el Artículo 32 del Normativo de elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.
- II) Que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, y resulta procedente emitir **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente y en consecuencia señalar día y hora para el examen técnico profesional.

Con muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor

Atentamente,



Lic. MARIO ARNULFO GONZALEZ MIRANDA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 3218

11 calle 8-14 zona 1 Oficina 51, Edificio Tecún
Teléfono 22200929 - 22517797



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, 09 de octubre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ROSA AZUCENA VENTURA TOBAR, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN. 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/iyrc



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario 





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la fuerza y la sabiduría para llegar al final de este camino.
- A MIS PADRES:** Rigoberto Ventura Bardales y Amalia Tobar Trujillo, por su apoyo, confianza, cariño y por todo el esfuerzo que han hecho para que pudiera llegar a este día. Se los agradezco con todo mi corazón porque son la razón de que día con día quiera ser una mejor persona.
- A MIS HERMANOS:** Anabela, Mara, Lilian, Rigoberto, y Gustavo por su cariño y por saber que puedo contar con ellos en todo momento y circunstancias.
- A MI ESPOSO:** Gracias por el apoyo que me brindó y sé que este triunfo lo está compartiendo conmigo y con Dios.
- A MIS HIJOS:** Azucena del Carmen, Melvin David y Leonel Alejandro Lira Ventura, quienes son la razón de este triunfo.
- A MI FAMILIA:** Mis sobrinos, cuñados, primos y todas aquellas personas que se nos adelantaron y fueron parte importante en mi vida.
- A MIS AMIGOS:** Por su amistad y cariño.
- A:** La Tricentaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, por haber abierto sus puertas en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y



Sociales, por haberme forjado como un profesional de
derecho, y lo ejerceré con honradez y orgullo.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Importancia de la prueba de ADN.....	1
1.1. Prueba de ADN, respecto a la paternidad y filiación.....	2
1.2. Importancia del uso de la prueba de ADN en juicios de filiación y paternidad en Guatemala y en el derecho comparado.....	4
1.3. Regulación legal de la prueba de ADN dentro de la legislación guatemalteca.....	6
1.4. Atraso científico legal como efecto de la falta de regulación legal de la prueba de ADN, como causal para obtener la separación o el divorcio.....	9
1.5. Discriminación paternal como efecto de la falta de regulación legal de la prueba de ADN, como causal para la separación y el divorcio.....	10
1.6. Ventajas de que la prueba de ADN sea agregada como otra causal más para obtener la separación o el divorcio.....	11
1.7. La separación y el divorcio conforme la doctrina y la legislación.....	12
1.8. La realidad jurídico social guatemalteca con relación a la separación y el divorcio.....	23
CAPÍTULO II	
2. La importancia del establecimiento de la paternidad y filiación.....	27
2.1. Definición de filiación.....	29
2.2. Antecedentes históricos.....	33
2.3. Clases de filiación.....	34



Pág.

2.4. Filiación en la legislación guatemalteca.....	37
--	----

CAPÍTULO III

3. El ADN como causal de divorcio y separación.....	47
3.1. Divorcio.....	49
3.2. Antecedentes históricos del matrimonio.....	52
3.3. Definiciones de separación.....	72

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico doctrinario de la filiación a través de la prueba de ADN.....	77
4.1. Medios que posibilitan la investigación de la paternidad o maternidad.....	82
4.2. Filiación de paternidad extramatrimonial.....	88

CONCLUSIONES	89
---------------------------	----

RECOMENDACIONES	91
------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	93
---------------------------	----



INTRODUCCIÓN

La prueba de ADN, es un avance científico que ha tomado importancia en materia judicial, para dilucidar cuestiones que sin los avances científicos, se basarían en presunciones. En materia de familia, el ADN, es la prueba científica utilizada en varias legislaciones a nivel internacional para dilucidar conflictos de paternidad y filiación, o bien divorcios o separación de cuerpos.

En el ámbito jurídico guatemalteco, esta prueba científica recién se adecuó a la legislación civil, a pesar de ello, ya está dando frutos en su aplicación judicial. Mediante el Decreto 39-2008 aprobado por el Congreso de la República de Guatemala, se reformaron solamente dos Artículos del Código Civil, adhiriendo a éstos la aplicación de la prueba científica de ADN, en lo referente a los temas de paternidad y filiación y en los casos en que esta pueda ser declarada judicialmente. Si bien, esto constituye un avance científico para las cuestiones judiciales, el logro se quedó a medias, al no incluir la prueba del ADN como causal para la separación o el divorcio, en el Artículo 155 del Código Civil, lo que constituye una discriminación al cónyuge varón, en cuanto a los derechos que debe de tener con respecto de la mujer.

La justificación del presente trabajo, radica en la necesidad de adicionar en el Artículo 155 del Código Civil guatemalteco, mediante el agregado de causal de la prueba de ADN del niño, cuyo padre biológico es otro distinto, para que por ese medio se pueda solicitar la separación o el divorcio. Con base en la definición del problema, se puede concluir que, la prueba de ADN, es el método más preciso que existe; en la presente investigación se estudiará la necesidad de reformar el Artículo 155 del Código Civil, para que ésta pueda ser causal de divorcio o separación.

La hipótesis se comprobó al determinar que: el atraso científico-legal, la discriminación paternal y la inestabilidad e incertidumbre familiar, son los factores que determinan la importancia de adicionar a las causales reguladas en el Artículo 155 del Código Civil, la prueba de ADN del menor, cuyo padre biológico es distinto al cónyuge varón. Los objetivos planteados en la presente investigación fueron: a) analizar acerca de la necesidad de adicionar la causal de la prueba de ADN en el Artículo 155 del Código



Civil; b) efectuar un análisis del tema de la prueba de ADN respecto a la paternidad y filiación en el ámbito jurídico y social.

Los métodos utilizados, fueron los siguientes: analítico, sintético e inductivo; además, se empleó la técnica de investigación bibliográfica documental y la técnica de la entrevista, a través de las cuales se seleccionó y se sintetizó, el material recomendado; así como el estudio jurídico y doctrinario que establece lo relacionado con el ADN y la necesidad que se constituya como causal de divorcio o separación y; para culminar, se presentan las conclusiones y recomendaciones de su contenido.

La presente investigación para su comprensión esta realizada de la manera siguiente: El capítulo primero, trata sobre la importancia de la prueba de ADN, respecto a la paternidad y filiación y su importancia del uso de la prueba de ADN en juicios de filiación y paternidad en Guatemala y en el derecho comparado, la regulación legal de la prueba de ADN dentro de la legislación guatemalteca y el atraso científico legal como efecto de la falta de regulación legal de la prueba de ADN, como causal para obtener la separación o el divorcio; en el capítulo segundo, desarrolla lo relacionado a la importancia del establecimiento de la paternidad y filiación, el capítulo tres contiene la prueba del ADN como causal de divorcio y separación, y por último el capítulo cuatro desarrolla un análisis jurídico doctrinario de la filiación a través de la prueba de ADN, los medios que posibilitan la investigación de la paternidad o maternidad y la filiación de paternidad extramatrimonial.

Las teorías que se tomaron en cuenta para la presente investigación, se encuentran la doctrina establecida por autores nacionales y extranjeros, quienes han establecido notables opiniones respecto del problema en referencia.

Esperando que la presente investigación sea un aporte para la sociedad guatemalteca y la necesidad de profundizar sobre la importancia de facilitar mecanismos de aplicación a la prueba de ADN, así como es reconfortante ver que se ha avanzado en este aspecto mediante la aprobación del Decreto 39-2008.



CAPÍTULO I

1. Importancia de la prueba de ADN.

El ADN es “un ácido nucleído que constituye el código de la vida y que lo podemos localizar en el núcleo de la célula.”¹

La prueba del ADN, 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. Aunque las razones que llevan a realizar una prueba de ADN para determinar la paternidad son muy diversas, una de las más recurrentes son las motivaciones de orden judicial. La prueba de ADN, 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.”²

Los resultados de la prueba de ADN, son igualmente útiles en ciertos casos de inmigración, seguros médicos, beneficios de seguro social, y hasta para resolver casos de intercambio de recién nacidos en hospitales.

Como evidencia en el curso de un proceso legal dentro del ámbito jurídico guatemalteco, la prueba del ADN es la más exacta, disponible

¹ Villanueva Cañadas, Lorente Acosta **Medicina legal y toxicología**. Pág. 245

² Arzuello, Jerónimo. **Ciencias de la salud**. Pág. 472

actualmente para determinar relaciones familiares. La prueba demuestra o refuta la paternidad con absoluta certeza. “Cada informe de la prueba de ADN, de la paternidad indica claramente si:

- a) El hombre sometido a la prueba es excluido, y por lo tanto no puede ser el padre biológico del niño.
- b) El hombre sometido a la prueba no es excluido. Los datos estadísticos en el informe establecen que él es el padre biológico.”³

La prueba de ADN, ha pasado a ser la prueba definitiva y concluyente sobre la paternidad de un niño o niña en el ámbito judicial, por lo tanto es evidente que el resultado de una prueba demuestra la paternidad y tienen una importancia de por vida y afectan profundamente las vidas de las personas involucradas.

Toda esta información “es para indicar que las bandas de ADN, son únicas para cada persona como es la huella dactilar, logrando realizar por lo tanto una identificación individual clara y precisa.”⁴

1.1. Prueba de ADN, respecto a la paternidad y filiación

En el derecho civil guatemalteco, existe una gran preocupación por la protección de la familia, los derechos de los menores y la protección de los mismos, ante una sociedad

³ Villanueva Cañadas, Lorente Acosta. **Ob. Cit.** Pág. 145

⁴ **Ibíd.**



consumista, en donde tengan los padres que ejercer la capacidad de ejercicio de los mismos. El tema de la paternidad y filiación, es de suma importancia; en virtud de que, puede determinar los derechos y obligaciones entre padre e hijos. Derechos inherentes de las personas regulados en los Artículos uno, dos, tres, cuatro, 44, 47, 50 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

Para los juristas del siglo XX, no existían técnicas que pudieran determinar con exactitud quien era el autor de un embarazo por lo que todos los lineamientos se basaban en supuestos jurídicos. Sin embargo, con los adelantos de la ciencia y la tecnología todo esto ha cambiado.

En la actualidad las pruebas de ADN, vienen a revolucionar los medios que determinan, la filiación y paternidad, dentro de la legislación guatemalteca; sin embargo, esto ha venido a desencadenar un debate sobre la cuestión ética y de protección a los derechos fundamentales de las personas, tarea de los juristas y científicos del derecho los que deberán estudiar detenidamente situaciones nuevas, que se presentarán en la actualidad, sobre las pruebas de paternidad, ordenadas por un juez, en un caso determinado, así como proponer las modificaciones pertinentes en la legislación para poder probar la paternidad de una persona.



1.2. Importancia del uso de la prueba de ADN en juicios de filiación y paternidad en Guatemala y en el derecho comparado

La prueba de paternidad o de maternidad basada en el ADN, es el material genético que se encuentra en las células del cuerpo, por eso el medio más idóneo en materia de identificación, es la huella genética de cada ser humano, es vida.

La composición de “la célula tiene 46 cromosomas, a excepción de los espermatozoides y los óvulos que tan sólo tienen, 23 cromosomas cada uno, por ende es necesaria la unión de estos dos espermatozoides y óvulo, que suman 46 cromosomas para procrear una persona. Se observa así que cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica. Los cromosomas son las estructuras del núcleo de la célula eucariota que consiste en moléculas de ADN, que contienen genes y proteínas; genotipo es el conjunto de genes de un individuo o de una especie, son los genes los que contienen la información genética hereditaria, y los alelos son las formas alternativas de cada gen que se heredan del padre o de la madre, los cuales controlan cada rasgo o carácter.”⁵

La prueba de ADN, es “la prueba más precisa para determinar la paternidad o la maternidad, según el caso; cuando el hijo no contiene dos

⁵ Arzuello, Jerónimo. *Ob. Cit.* Pág. 472

o más de los marcadores genéticos del supuesto padre o madre, significa que biológicamente él o ella no es el padre o la madre; queda así gracias a la ciencia, excluida la paternidad o la maternidad, en un 100%, es decir, con una certeza total, que se traduce en una paternidad o maternidad del 0%.”⁶

“En el derecho comparado, se puede establecer, que en otras legislaciones latinoamericanas, como por ejemplo Chile, Colombia, Perú, México, entre otras, desde principios del dos mil, se ha regulado en lo concerniente a la prueba de ADN, para que, el establecimiento de la prueba de paternidad y filiación, ya no sea bajo presunciones ni pruebas testimoniales, sino sea comprobada científicamente, mediante exámenes médicos biológicos que determinen mediante un proceso judicial, la paternidad sobre un menor de edad”.⁷

En dichas legislaciones, se establece “la prueba de paternidad como causal de divorcio o separación de los cónyuges, en virtud de haberse faltado a la moral y buenas costumbres entre ambos.”⁸

⁶ **Ibíd.**

⁷ The Genographic Project. **Panorama general de la genética.** Pág. 26.

⁸ **Ibíd.**



1.3. Regulación legal de la prueba de ADN dentro de la legislación guatemalteca

La legislación guatemalteca, actualmente contempla en el Artículo 200 del Código Civil, la reforma que hiciera el Congreso de la República de Guatemala, mediante el Decreto 39-2008, en relación con la prueba de ADN. El referido Artículo, establece lo siguiente: “prueba en contrario. Contra la presunción del Artículo anterior, no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del ADN, así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia.”

En el Artículo anteriormente citado, lo que se quiere probar es la paternidad legítima del marido, establecida a su vez en el Artículo 199 del mismo cuerpo legal. Artículo reformado en el año dos mil ocho, adhiere finalmente una prueba científica como medio legal para defenderse de una imputación de paternidad falsa, o bien, para hacerlo responsable de una paternidad que le corresponde por designación de la ley, por medio de la filiación; en virtud de que, anteriormente a esta reforma, el esposo, solamente podía apearse a la impugnación presunta, que establece los lapsos de tiempo establecidos en el Artículo 199 del Código Civil, en donde se establece concebido un menor, dentro de los ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio o bien trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.



Así mismo, otro Artículo reformado por el Decreto 39-2008 del Congreso de la República, es el 221 del Código Civil, en el que anteriormente se establecían los casos en que podía ser declarada la paternidad judicialmente, y se establecían los siguientes supuestos:

- “Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca.
- Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre.
- En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción
- Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción.”

A los cuatro incisos que anteceden, se le agregó un quinto inciso, el cual quedó de la manera siguiente:

“cuando el resultado de la prueba biológica, del 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 el juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario.”

La prueba de ADN deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter público o privado, nacional o



extranjera especializada 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 ADN”.

Se puede establecer, que tanto el primer Artículo reformado, como este último inciso del Artículo 221, igualmente reformado, establecen normas específicas sobre cómo y en qué casos utilizar la prueba de ADN como prueba científica en judicialmente en un caso de terminado, y cuando sea a requerimiento judicial, en un juicio ordinario para el reconocimiento de paternidad, los cuales anteriormente constituían juicios excesivamente desgastantes para la mujer y el hijo, así como un litigio vergonzoso, aplicando así, de manera correcta los medios científicos, con los que se cuenta actualmente, así como la ley, de una forma pronta y cumplida y no sometiendo a las madres a juicios que menoscabaran su dignidad y la de sus hijos.

Éstos son los únicos dos Artículos reformados, en el Código Civil, referente a la prueba de ADN y su aplicación en procesos civiles, que actualmente son utilizados en los juzgados de familia guatemaltecos.



1.4. Atraso científico legal como efecto de la falta de regulación legal de la prueba de ADN, como causal para obtener la separación o el divorcio

Como quedó establecido previamente, solamente dos Artículos del Código Civil, el Artículo 200 y el 221, fueron reformados, para incluir en ellos la aplicación de la prueba científica del ADN; éstos se refieren únicamente a la paternidad y responsabilidad del hombre hacia la mujer e hijo concebido previamente.

Existe todavía, una gran ausencia de la aplicación de los insumos científicos legales en la aplicación de muchos casos penales, civiles y de familia en la legislación guatemalteca. Específicamente en materia de separación y divorcio aún no se encuentra tipificado ni regulado, absolutamente nada concerniente con la prueba científica de ADN como una causal de divorcio y separación.

El análisis que se hace de la referida prueba es en virtud, si el Congreso de la República de Guatemala, aprobó por medio del Decreto 39-2008 la reforma a dos Artículos importantes de paternidad en donde puede aplicarse la prueba del ADN, para su resolución judicial; hubiese sido lógico, enlazar tanto las consecuencias de dicha prueba, como los mismos Artículos dentro del Código Civil, para actos posteriores de disolución del vínculo matrimonial. Pero resulta materialmente incongruente que, por ejemplo en un caso en donde el padre haya



establecido mediante un juicio ordinario de paternidad, no ser el padre biológico de un menor nacido dentro del matrimonio; que esta misma prueba, no pueda ser usada como causal de divorcio o de separación de cuerpos del vínculo matrimonial y que se tenga que buscar una causal dentro de las 15 establecidas en el Artículo 155 del Código Civil, ya teniendo una causa supremamente importante y que prueba la infidelidad de la mujer, así como, una falta grave al vínculo conyugal.

El atraso científico legal, que posee Guatemala, dentro de su legislación civil, es pues, la falta de adición de la prueba de ADN, como causal de divorcio y separación; en virtud de que, si se establece un parámetro de comparación con otras legislaciones latinoamericanas, tales como Perú, Colombia, México, Costa Rica, se puede verificar que éstas, han adicionado desde hace ya varios años la prueba del ADN, para todos los casos de familia dentro de sus legislaciones.

1.5. Discriminación paternal como efecto de la falta de regulación legal de la prueba de ADN, como causal para la separación y el divorcio

El atraso científico legal que posee Guatemala, en lo referente a la prueba de ADN, como causal en un procedimiento judicial de separación o divorcio, constituye, a todas luces discriminación paterno-filial, en virtud de que, si bien es cierto, las leyes guatemaltecas, se encuentran enfocadas en, amparar y proteger a la

parte más vulnerable que en este caso sería la mujer; esto no debe de ser pretexto para violar los derechos de los hombres en lo referente a la paternidad de éstos sobre sus hijos, y así como actualmente un hombre puede ser obligado a realizarse una prueba de paternidad para responsabilizarlo por un hijo que no quiere reconocer como suyo, también se le debe de dar un mecanismo de averiguación de la verdad, en el caso que el crea que un hijo gestado dentro del matrimonio no es de él; para darle a todos los habitantes de la nación, los mismos derechos, así como las mismas obligaciones.

1.6. Ventajas de que la prueba de ADN sea agregada como otra causal más para obtener la separación o el divorcio

Existen diversas ventajas, por las cuales la prueba de ADN, sea establecida como causal de separación o divorcio; dentro de las cuales a juicio de la sustentante se pueden mencionar:

- La seguridad, protección y realización de la familia, teniendo como base la certeza jurídica por parte del hombre, de su paternidad en lo referente a los hijos.
- La celeridad procesal, con la que se resolverían los casos de divorcio, por conflictos sobre la paternidad.
- Elevar y respetar los derechos del hombre como padre de familia, al igual que los de la mujer.
- La no discriminación de los derechos del padre de poder saber la verdad, en caso de duda o incertidumbre con referencia a los hijos procreados dentro del matrimonio.

- La prueba de filiación, en donde el menor pueda estar plenamente amparado, en cuanto a los derechos de alimentación y todo lo que ésta comprende, se refieren.
- El que Guatemala, vaya a la vanguardia en los avances y alcances que la ciencia puede proporcionar en materia legal y procesal, para poder estar a la altura de cualquier legislación internacional.
- Que exista igualdad de derechos entre los padres, así que tanto la mujer y el hombre, puedan ser demandados por el tema de paternidad y filiación.
- Que la prueba científica de ADN, al tener que utilizarse en nuestro medio, pueda estar a un precio más accesible para toda la población que la requiera.
- Que al hacer uso de la prueba de ADN como causal de separación o divorcio, pueda evitarse la violencia doméstica contra la mujer, la cual en la mayoría de las ocasiones, únicamente se da por presunciones del marido y no por pruebas reales.

1.7. La separación y el divorcio conforme la doctrina y la legislación

En la legislación guatemalteca, la separación y el divorcio; se encuentran regulados en el Código Civil Decreto ley 106, específicamente en el libro I, párrafo VII, Artículos 153 al 172, y para comprender mejor el tema de investigación, a continuación se desarrolla detalladamente.

a) La separación conyugal: En el “Artículo 153 del Código Civil, establece: El matrimonio se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio.” El Artículo 154 del mismo cuerpo legal indica: “Separación y divorcio. La separación de personas, así como el divorcio, podrán declararse: 1º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges y 2º. Por voluntad de uno de ellos mediante causa determinada. La separación o divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges, no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.”

El Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, establece en cuanto a la separación que es una “situación en que se encuentran los casados, cuando rompen la convivencia matrimonial, por haberse producido entre ellos circunstancias que les impiden mantenerla.”⁹

Esa separación puede ser simplemente de hecho, producida por el mutuo acuerdo entre los cónyuges, o por el abandono que uno de ellos hace del hogar conyugal. Pero a esa situación se puede llegar también por resolución judicial cuando el juzgador declara la existencia de una causa de divorcio. En las legislaciones en que el divorcio lleva consigo la ruptura del vínculo no se produce una mera separación, sino la disolución total del matrimonio, y de ahí que el concepto de separación esté más bien referido a las legislaciones que no admiten el divorcio vincular, en que queda subsistente el matrimonio e interrumpida tan sólo la convivencia y la cohabitación.”¹⁰

⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 134.

¹⁰ **Ibíd.**

No hay que confundir una separación conyugal de una separación de hecho, porque ésta última, conforme el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, indica que es una “situación en que se encuentran los cónyuges que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin causa justificada, y ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos.”¹¹

Producida tal situación, se desprende de ella algunas consecuencias jurídicas, sea por determinación de la ley, sea por interpretación de la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a los derechos sucesorios, por cuanto parece adecuado privar de los mismos al cónyuge que ha producido injustamente la separación, por imponerle así una razón moral.

Otros, varios problemas podrían suscitarse entre ellos, el relativo al derecho del cónyuge separado a la obtención de la pensión de las cajas jubilatorias, e inclusive en el orden penal, en lo que refiere al delito de adulterio, en aquellas legislaciones que todavía lo tipifican.

a.1. Efectos de la separación: Los efectos de la separación son los mismos que se producen con el divorcio, al respecto, el Artículo 159 del Código Civil indica: “Son efectos civiles comunes de la separación y el divorcio, los siguientes:

- La liquidación del patrimonio conyugal;
- El derecho de alimentos a favor del cónyuge inculpable;

¹¹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 702.

- La suspensión o pérdida de la patria potestad, cuando la causal de separación o divorcio la lleve consigo y haya petición expresa de la parte interesada”.

En el Artículo 160 del mismo cuerpo legal indica: “son efectos propios de la separación, además de la subsistencia del vínculo conyugal, los siguientes: 1º. El derecho del cónyuge inculpable, a la sucesión intestada del otro cónyuge, y 2º. El derecho de la mujer de continuar usando el apellido del marido.”

- a) El divorcio: Conforme el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, el divorcio es “la acción y efecto de divorciar y divorciarse, que un juez competente por sentencia legal, separa a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio) o bien manteniéndolo pero haciendo que se interrumpa la cohabitación y el lecho.”¹²

Por lo que concierne al derecho de familia, que el divorcio vincular sea admisible o no, es cuestión debatida con amplitud constante y apasionadamente. Existen legislaciones que únicamente admiten la separación de cuerpos, con los consiguientes efectos sobre el régimen de bienes y la custodia de los hijos, porque entienden que, al romperse el vínculo y proceder los cónyuges a contraer matrimonio, la estabilidad de la familia, como base de la sociedad, resulta nocivo para la educación de los hijos, que pueden sufrir por ello graves problemas psíquicos.

¹² Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 261.

Otras legislaciones quizá la mayoría, admiten el divorcio como ruptura del vínculo, en virtud que estiman inútil y hasta perjudicial mantener la ficción de que existe unión cuando realmente no la hay, e incluso la situación de los hijos, es peor que tener que ser involuntarios testigos de las desavenencias, en general, de sus padres. Sin contar con que el prohibir a los divorciados el contraer nuevas nupcias, los suele llevar a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que crea graves problemas para las parejas, sus descendientes y también a terceros.

Etimológicamente la palabra divorcio proviene del latín “divortium, de divertere, separar, echar a un lado.”¹³

La mayoría de autores consideran al divorcio como la ruptura del vínculo conyugal válido, el cual tiene como efecto principal dejar en libertad a los esposos para contraer nuevas nupcias. Debe tomarse en cuenta que la figura del divorcio no es una figura moderna o de reciente creación y aplicación, ya en los tiempos bíblicos era conocida, tal como se establece en Deuteronomio 24.1: en donde se establecía que cuando alguien tomaba a una mujer y se casaba con ella, si no le agradaba por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribía carta de divorcio, se la entregaba en la mano y la despedía de su casa. Una vez que estaba fuera de su casa, podía ir y casarse con otro hombre.

Los tratadistas Ripert y Bolanger citados por Monroy Cabra dicen: “las legislaciones antiguas con las que entro en contacto la iglesia, admitían el divorcio. El derecho

¹³ Ibíd. Pág. 225



romano, en época imperial, lo autorizaba en una forma amplia, sin intervención del juez, y sin exigir siquiera el consentimiento recíproco de las partes: la repudiación unilateral era posible por parte de la mujer, lo mismo que por parte del marido. De todo ello resultaron abusos que fueron denunciados con vigor por moralistas como Séneca o poetas satíricos como Juvenal. Las costumbres germánicas, lo mismo que la ley judía, permitían al marido repudiar a su mujer por su voluntad y sin causa determinada”.¹⁴

El divorcio como institución, se ha discutido desde varios puntos de vista, hallándose entre las discusiones más importantes la religiosa y la laica, mismas que dan origen a la doctrina de la iglesia y las diversas teorías laicas, constituyéndose la doctrina de la iglesia como la más dura enemiga de dicha institución, reaccionando en su contra desde el principio de su regulación y aplicación, Ripert y Boulanger citado por Monroy Cabra explican: “durante varios siglos, muchos padres de la iglesia, entre otros Tertuliano, autorizaban el divorcio siguiendo el texto de San Mateo, pero la tesis de indisolubilidad absoluta fue defendida por San Agustín, y proclamada cada vez con más frecuencia con los concilios, sobre todo a partir del siglo VIII. Su triunfo ya no es discutido en el siglo XII, Graciano y Pedro Lombardo deciden ambos que se prohíba el divorcio por causa de adulterio”.¹⁵

Es oportuno indicar que los padres que al principio autorizaban el divorcio lo hacían en base al texto de San Mateo 5.31 el cual indicaba que cualquiera que repudiara a su mujer, estaba facultado para darle carta de divorcio. Tratase de la carta de divorcio

¹⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo, **Derecho de Familia**, Pág.219.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 220.

explicada en forma más amplia en Deuteronomio. Tenían los padres en estos dos textos el fundamento Bíblico para autorizar los divorcios, mencionados no solo en el antiguo sino también en el nuevo testamento.

A) Evolución histórica: De forma general se ha podido establecer que desde tiempos antiguos ha existido el divorcio como medio de romper el vínculo matrimonial, en algunos países inclusive, existió el ya estudiado “repudio” que otorgaba al marido la facultad de abandonar a su esposa ya sea mediante causa justa o sin ella.

- “El divorcio en los pueblos primitivos: El concepto de afecto marital en los pueblos primitivos es tan materialista como lo era en la edad de piedra. En Asia existe una idea tan amplia del vínculo matrimonial que carece de una perfecta documentación; sin embargo a pesar de ello puede concluirse que el divorcio y el repudio son ampliamente conocidos, aunque rodeados de prescripciones legales que en muchos casos lo hacen difícil o lo restringen”.¹⁶

El vínculo matrimonial en los pueblos primitivos aparece como resultado de la pasión sexual espontánea, unida con sentimientos hereditarios e instintivos de simpatía, a su vez derivados del amor sexual. El vínculo matrimonial en estos pueblos se origina del instinto dirigido a la reproducción.

¹⁶ **Ibíd.** Pág. 231.

- “El divorcio en los pueblos orientales: En Babilonia, los matrimonios se regulaban por el Código de Hamurabi, el cual distingue dos clases de divorcio: a) el divorcio deseado por el esposo, y b) el divorcio solicitado por la mujer. Si el esposo es el que pide el divorcio puede hacerlo a su voluntad, pero si la mujer es irreprochable debe indemnizarla restituyéndole la dote y una parte del campo, jardín y bienes muebles, así como una porción hereditaria, para que crié a los hijos, y una vez criados, podrá pasar a ulteriores nupcias”.¹⁷

Si la mujer es culpable porque comete locuras, desorganiza su casa y descuida al marido, este puede repudiarla sin darle nada, y si toma a otra mujer, la repudiada quedara como esclava. Si la mujer es la que pide el divorcio, tomara su dote e irá a la casa del padre, pero, si resulta culpable, se le arrojará al agua. En Persia, el vínculo originado por el matrimonio, es negocio perfectamente compatible con la facultad que tienen las mujeres para contraerlo, por un periodo comprendido entre una hora y noventa y nueve años. Se admite el repudio, confundido con el divorcio, si bien entre los pueblos más civilizados suele ser frecuente el matrimonio por toda la vida.

- “El divorcio en la india: En estos pueblos hubo mayor estimación del matrimonio, se admite excepcionalmente su anulación y el repudio. La anulación procedía cuando el padre daba a su hija en matrimonio con algún defecto sin advertirlo el esposo; y el repudio procedía en varios casos, entre otros la esterilidad de la mujer, la aversión de la mujer al marido, cuando se encuentre enferma de lepra, u otra enfermedad

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 232.



contagiosa, etc. Todas las causas expresadas en ley, procedían de parte de la mujer y nunca de parte del marido.

- El divorcio en el derecho romano: El derecho romano es interesante para nuestro estudio ya que del se derivan muchas instituciones que actualmente recoge nuestra legislación, reguladas de acuerdo al siglo en que vivimos, las más antiguas leyes de Roma, revestían carácter religioso. El matrimonio aparece organizado como institución civil, pero bajo solemnidades religiosas. Se consideró en Roma el divorcio como inherente al matrimonio, los jurisconsultos repetidas veces declararon nula toda convención que tuviese por objeto prohibir y restringir la disolución matrimonial".¹⁸

El divorcio tenía lugar: 1) por consentimiento mutuo, al cual se le conocía como bona gratia, y 2) por voluntad de un solo cónyuge, al cual se le llamaba repudiatio. La ley de las doce tablas contenía una fórmula, en virtud de la cual el marido estaba facultado para abandonar a su mujer. Cada cónyuge podía en virtud de simple declaración mutua, y privada, disolver el matrimonio, llegándose luego a admitir no solo el mutus disensus, sino también el repudium por declaración de una de las partes, aunque fuese contra la voluntad de la otra.

El divorcio en Roma fue de tan amplia aplicación, que concluyó en una verdadera calamidad pública, tornándose incluso en una costumbre entre los ciudadanos romanos, quienes veían el divorcio como un simple trámite.

¹⁸ **Ibid.** Pág. 237.

Con el cristianismo disminuye el influjo del divorcio, habiendo Constantino establecido causas para solicitarlo. Los divorcios en que no existiera causa justa eran castigados, pero no nulos, pues el emperador no se atrevió a romper con el principio fundamental que dómimo Roma.

Es importante citar que desde el siglo X obtuvo la iglesia la jurisdicción en materia de divorcio, y fue la iglesia quien promovió el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Posteriormente la reforma negó la naturaleza sacramental al matrimonio y admitió la disolución en cuanto al vínculo en caso de adulterio.

Según algunos autores, ese fue el primer precedente a tomar en cuenta, luego siguieron otros motivos: como el abandono malicioso conocido como desertio, la cuasio desertio etc. Al principio el divorcio se efectuaba en virtud de declaración unilateral de voluntad, más tarde la doctrina protestante exigió una declaración de autoridad competente. Así con esos lineamientos y considerado por los civilistas el matrimonio un mero contrato, como resultado lógico se llega a la aceptación del divorcio como rescisión del contrato matrimonial.

B) Causas comunes para obtener el divorcio: En el Artículo 155 del Código Civil regula las causas por las cuales cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación o el divorcio y estas son:

- “La infidelidad de cualquiera de los cónyuges;



- Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves y ofensas al honor, y en general, la conducta que haga insoportable la vida en común;
- El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos;
- La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada por más de un año;
- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio;
- La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos;
- La negativa infundada de uno de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que está legalmente obligado;
- La disipación de la hacienda doméstica;
- Los hábitos de juego, embriaguez o el uso indebido y constante de estupefacientes, cuando amenazaren causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal;
- La denuncia de delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro;
- La condena de uno de los cónyuges en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común, que merezca pena mayor de cinco años de prisión;
- La enfermedad grave, incurable, y contagiosa perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia;

- La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;
- La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges es causa para obtener el divorcio;
- La separación de personas declarada en sentencia firme”.

1.8. La realidad jurídico social guatemalteca con relación a la separación y el divorcio

En el Código Civil guatemalteco, con relación a la institución del matrimonio establece que, es una institución social por medio del cual un hombre y una mujer deciden vivir juntos, auxiliarse mutuamente, tener hijos, educarlos, cuidarlos, además de auxiliarse entre sí; por lo que tácitamente se entiende que en el matrimonio, la pareja se une para siempre.

Independientemente de los aspectos religiosos que unieron a esta pareja, la convivencia es para siempre, sin embargo, en la realidad, en la mayoría de las ocasiones no ocurre, así es que como se produce la separación o el divorcio, previamente a ello, se dan las riñas, agresiones psicológicas, violencia intra-familiar, infidelidad, o cualquiera de las circunstancias que regula el Artículo 155 del Código Civil ya citado, motivan una separación de cuerpos primeramente, y posteriormente un divorcio ya sea voluntario u ordinario; esto además se deja en una incertidumbre legal a

los conyugues, cuando la esposa resulta embarazada dentro del plazo que la ley reputa como el legal.

En el caso de los problemas familiares, se ha establecido y tiene su razón de ser así, que la mujer es la mayormente perjudicada, por ello, a nivel nacional e internacional se encuentra un marco jurídico legal bien determinado, que permite que la mujer en los casos que así se consideren, pueda hacer uso de sus derechos respecto a si está siendo víctima de violencia doméstica, por ejemplo: Regularmente, la mujer es la que se queda con los hijos menores de edad, y como ocurre en un gran porcentaje, es el hombre el que provoca el problema que genera una separación o divorcio, circunstancia que se verificará con el desarrollo del trabajo de campo que se encuentra en el presente trabajo.

Con el avance de la sociedad, se ha podido experimentar que en algunos casos, es la mujer la que genera los problemas o la causa de divorcio o separación. Dentro de las causas más comunes que generan la separación o el divorcio, se encuentran:

- La falta de empleo del cónyuge varón;
- La escasez de dinero por el bajo salario del cónyuge varón y la discusión entre si trabaja o no trabaja la mujer;
- La necesidad de la mujer de trabajar y desatender lógicamente a los hijos, lo cual molesta al cónyuge varón;
- La infidelidad en cualquiera de los cónyuges;



- La falta de comunicación de los cónyuges de los problemas que cada uno atraviesa en su actividad diaria;
- El alcoholismo en cualquiera de los dos cónyuges;
- La drogadicción en cualquiera de los dos cónyuges.



CAPÍTULO II

2. La importancia del establecimiento de la paternidad y filiación

La paternidad y filiación, es de suma importancia en el campo del derecho, en virtud de que junto con el matrimonio forman los dos pilares fundamentales de esta rama del derecho.

Por su parte se entiende por "paternidad la relación de parentesco consanguíneo, de primer grado en línea recta, entre un hombre y su hijo o viceversa. La filiación lo es de la estructura familiar: el parentesco, provenga o no de la unión matrimonio".¹⁹

De la filiación derivan: el parentesco consanguíneo, la patria potestad. Los deberes, derechos alimentarios el nacimiento de incapacidades. La vocación hereditaria ab intestato y el apellido.

La paternidad también puede ser: "Vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo. En lo eclesiástico, tratamiento que en algunas religiones dan los religiosos inferiores a los padres condecorados de su orden, y que los seculares dan por reverencia a todos los religiosos en general, considerándolos como padres espirituales."²⁰

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 65.

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico.** Pág. 146

Las conceptos "paternidad y filiación indican calidades correlativas; esto es, aquélla la calidad de padre, y ésta la calidad de hijo. La paternidad y la filiación son de tres maneras: naturales civiles, con respecto al padre y a los hijos nacidos de legítimo matrimonio; naturales solamente, con respecto al padre y a los hijos nacidos fuera de matrimonio; solamente civiles, con respecto al padre y a los hijos adoptivos."²¹

"En la paternidad, de imposible o difícilísima prueba, pues no se reconoce ningún medio exacto que sirva para indicar cuál es el padre de un hijo, y como es indispensable en el orden social que conste una calidad de tan importantes consecuencias, se ha elegido, a falta de indicios ciertos y seguros, la presunción más próxima a la prueba, la cual es la que resulta del matrimonio; de modo que el hijo concebido durante tal estado civil tiene por padre al marido de su madre. Esta presunción legal se apoya tanto en la cohabitación de los esposos como en la fidelidad que se tienen prometida, y no puede atacarse sino en ciertos casos. Mas cuando no media matrimonio, se podrá probar la paternidad y filiación, de dos maneras: por la declaración del padre, y por el concubinato de éste con la madre."²²

Influido por los prejuicios de su época y por la falta de proceso científico en algunas materias, no es extraño determinar la paternidad por algún medio de orientación de los grupos sanguíneos; si bien, ofrecen tan sólo una prueba negativa en el caso más concreto; es decir, que determinada persona no es el padre de tal otra, sin afirmar que es posible por la sangre. No obstante, en algunos casos esto constituye la prueba

²¹ *Ibíd.* Pág. 147.

²² *Ibíd.* Pág. 149

plena, si se duda entre dos o poco más y sólo uno proporciona el análisis convincente en lo genésico.

Para evitar la reiteración expositiva, el contenido de la paternidad, o sea los derechos y obligaciones derivados de la misma, se exponen en la voz fundamental padre y en sus numerosas especies y en la de patria potestad. Por contraste y necesario complemento. De las anteriores definiciones se puede apreciar la forma en la cual se establecía la paternidad, lo cual no era certero; ya que existen muchas personas que pertenecen al mismo grupo sanguíneo.

Por lo tanto, se dificultaba obtener con certeza la prueba de paternidad, claro está que lo que importaba en realidad era establecer la relación filial para efectos del apellido y la clasificación desafortunada que se hacía de hijos de matrimonio y fuera del matrimonio -bastardos-. Pero, en el presente estudio lo que se desea establecer es la importancia y la obligación que representa la prueba científica del ácido desoxirribonucleico, el cual puede servir para facilitar los procesos de adopción, en cuanto a determinar con precisión la paternidad para como causal de divorcio o separación.

2.1. Definición de filiación

La filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del Estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los

derechos y deberes que de ella resultan, conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con los hijos; tradicionalmente a la filiación se le define como: "...el vínculo jurídico o el lazo de parentesco."²³

La filiación, "es aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero."²⁴

Dentro de la "ley natural, organiza los derechos y deberes paternos filiales, sobre el fundamento del hecho biológico de la generación que se dan, entre el padre que engendró y el hijo engendrado, entre la madre que concibió y el hijo concebido. Estos efectos jurídicos completan la juridicidad del hecho biológico, ya primordial, en virtud de que marca el comienzo de la existencia de la persona. La determinación legal de los efectos jurídicos, obedece a inexcusables exigencias de orden social, las cuales reclaman la regulación por el derecho positivo, de consecuencias que le son anteriores y definitivas, pues nacen y reposan en el derecho natural."²⁵

El "hecho biológico de la generación es siempre el mismo, cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. El contenido del nexo jurídico ofrece variantes históricas y en la legislación actual, que precisamente han tomado en consideración, según particulares valoraciones e influencias circunstanciales, la distinción entre hijos concebidos o nacidos de padres unidos en

²³ López del Carril, Julio. **La filiación**. Pág. 23.

²⁴ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil**. Pág. 54

²⁵ **Ibíd.**

matrimonio e hijos concebidos o nacidos de padres no casados entre sí, incluso admitiendo sub-distinciones según que existiera o no obstáculo a la celebración del matrimonio y la especie de éste. La efectividad del complejo jurídico puede resultar inexistente cuando es imposible establecer la identidad del sujeto o sujetos correlativos al hijo, situación relativamente frecuente. A su vez, efectos típicos de la filiación han sido atribuidos al margen del nexo biológico mediante la institución de la adopción, que no es por lo tanto, auténtica filiación.”²⁶

Pueden precisarse “dos definiciones de filiación, una genérica y sin mayores derivaciones para el campo del derecho, según la cual se toma en cuenta la relación de parentesco, cualquiera que ésta sea, entre una o varias personas, y un progenitor determinado; la otra definición, propiamente jurídica, según la cual la filiación debe entenderse en cuanto a la relación de parentesco entre progenitor e hijo.”²⁷

“puede definirse la filiación diciendo, que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado, por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido, entendiéndose exclusivamente, la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Dicha precisión se justifica porque la relación se produce idénticamente para todas las generaciones. La relación

²⁶ López del Carril, Julio. **Ob. Cit.** Pág. 23.

²⁷ *Ibíd.*

de filiación toma también los nombres de paternidad y de maternidad, según que se considera en relación con el padre o con la madre.”²⁸

Para Rojina Villegas, la filiación constituye un estado jurídico, a diferencia de la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, que afirma, son hechos jurídicos, y la misma establece: “por lo que se refiere a la fijación, se puede encontrar una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo, sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo, y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre con el estado de minoridad o de mayoría de edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobre el uso de la razón.”²⁹

Se puede concluir entonces, estableciendo que, la filiación no es en sí un estado jurídico, sino el camino, el medio para que surja en estado jurídico familiar, el de hijo, que necesariamente ha de tener características de permanencia, de estabilidad, una vez transcurridos los plazos legales en que podría ser impugnado.

²⁸ Planiol, Marcel/Ripert, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés**. Pág. 87.

²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. Pág. 165

2.2. Antecedentes históricos

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

En la Constitución Política de la República de 1945, en el Artículo 76 se consigné que no se reconocían desigualdades legales entre los hijos. En la Constitución de 1956 se disponía que no se reconocieran desigualdades entre los hijos, todos tenían idénticos derechos.

En la Constitución Política de la República, de 1965 se establece que todos los hijos eran iguales ante la ley y tenían idénticos derechos. El Artículo 209 del Código Civil guatemalteco, estipula que todos los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio.

En la Constitución Política de la República de Guatemala promulgada en 1985 se establece en los Artículos tres. Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona; Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; Artículo 47.- Protección a la familia. 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 decir libremente el número y espaciamiento de sus hijos; Artículo 50.- Igualdad de los hijos. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos. Toda discriminación es punible. Garantías inherentes que protege el Estado.

2.3. Clases de filiación

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

Las razones que se enmarcan en las antiguas civilizaciones y organizaciones sociales; y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindara distintas clases de filiación, las cuales necesariamente varían según la legislación de cada país.

Por ejemplo, según la ley francesa la filiación puede ser:

- "Filiación legítima: de hijo nacido de padre y madre casados.
- Filiación natural simple: de hijo de personas no casadas, pero que hubieran podido casarse válidamente al tiempo de la concepción.
- Filiación natural adulterina: se da cuando uno o ambos de los padres se encontraban casados con otra persona al momento de la concepción.
- Filiación incestuosa: hijo de padres que son entre sí parientes de cierto grado, circunstancia que no les permite celebrar el matrimonio.

- Filiación adoptiva: reconoce más o menos las mismas clases de filiación.”³⁰

La filiación “es la relación jurídica que existe entre el hijo o la hija y el padre y la madre y su importancia radica en la serie de consecuencias de derecho que se desprenden de éstas relaciones.”³¹

En el derecho mexicano, “la maternidad se presume siempre por ser un hecho natural, por lo que en el régimen jurídico mexicano no se regula lo relativo a la subrogación de vientre y solo excepcionalmente se puede ejercer acción civil para establecer la maternidad. Esto da entonces, con el hecho de que la regulación de la filiación se establece en cuanto a la paternidad.”³²

En este sentido existen tres clases de filiación: la matrimonial, la extramatrimonial y la civil.

- a. La filiación matrimonial se presume cuando los hijos han nacido dentro del matrimonio, dentro de los 180 días después de contraído el mismo y dentro de los 300 días después de que el esposo falleció o se estableció una separación de hecho en la pareja. Este conteo de días se establece en función de los términos de gestación, tomando en consideración de que difícilmente un hijo nace vivo y viable antes de 180 días y que la duración máxima de un embarazo son 300 días.

³⁰ Rossel Saavedra. **Ob. Cit.** Pág. 34.

³¹ **Ibíd.**

³² ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 166

Entonces, si el hijo nace en el matrimonio, se presume que el padre es el esposo. Sin embargo el esposo tendrá una acción de desconocimiento siempre que demuestre la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer dentro de los primeros 120 días de los 300 que preceden al nacimiento. Es decir, debe demostrar que físicamente no pudo tener relaciones sexuales con su esposa en el período de concepción de acuerdo con la fecha de nacimiento del hijo.

- b. La filiación extramatrimonial es, como su nombre lo indica, la de los hijos que no han nacido dentro del matrimonio. El reconocimiento de estos hijos por parte del padre puede ser voluntaria o puede ser imputada mediante sentencia judicial.

Voluntariamente un hombre reconoce como suyo a un hijo cuando comparece como su padre en el registro civil o cuando lo reconoce como tal ante un notario o en su propio testamento, por ejemplo. Sin embargo, para hacer el reconocimiento, el hombre debe ser mayor de edad. En caso contrario, para hacer el reconocimiento deberá contar con la anuencia de su tutor y ser mayor que el hijo 17 años.

En cuanto al reconocimiento judicial, media un juicio iniciado ya sea por el hijo, sus descendientes, sus herederos, legatarios, donadores y acreedores.

- c. La filiación civil es la que se establece por la adopción. Cabe señalar que en el derecho guatemalteco, una vez que es establecida la filiación no hay diferencias entre unos y otros como en el pasado existía entre hijos legítimos (nacidos dentro

del matrimonio), naturales (nacidos fuera del matrimonio pero que podrían legitimarse) y espurios, adulterinos, incestuosos, etc. Estos es sin importar el tipo de filiación siempre conlleva las siguientes consecuencias jurídicas:

- Obligación y derecho de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones así como la configuración de ciertos delitos, agravantes y atenuantes en derecho penal.
- Derecho al nombre, es decir, a llevar el apellido de los padres.
- Patria potestad.

2.4. Filiación en la legislación guatemalteca

La legislación civil guatemalteca, se aparta completamente de las clases de filiación anteriormente indicadas; conforme a las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que dicha ley, reconoce las siguientes clases de filiación:

a) Filiación matrimonial: La cual se encuentra establecida en el Artículo 199 del Código Civil, y establece que: “es la del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable. La filiación legítima o matrimonial es la relación que surge entre padres e hijos nacidos o concebidos dentro del matrimonio”. Es la relación paterno filial existente entre los padres e hijos donde se cumplen los siguientes supuestos:

- Un lazo matrimonial de los padres: se tiene como primer supuesto, que los padres del hijo estén unidos por matrimonio, siendo el matrimonio el soporte fundamental que delimita la naturaleza de la filiación legítima.
- Concepción y nacimiento dentro la vida del matrimonio: cuando la fase de concepción y el nacimiento se sitúan cronológicamente dentro de la vida del lazo matrimonial.
- Una atribución inconfundible de la generación al marido y la mujer: No obstante el matrimonio es la base para la legitimidad y aunque se verifique la concepción o el parto dentro del mismo, es preciso, además, que el origen necesariamente bilateral de la generación se deba a la unión fisiológica del marido y la mujer.

Con respecto a este tercer supuesto la mayoría de las legislaciones adopta en favor de la paternidad del marido, la presunción positiva de contacto, es decir, que el marido tiene acceso con su mujer; y la presunción negativa de infidelidad, o sea que sólo la mujer tiene acceso con su marido. Por lo que respecta a la esposa, también suelen adoptarse las presunciones que la mujer al casarse no tiene por qué ocultar el hecho del embarazo y que sólo a través de móviles egoístas y crueles, una madre oculta el nacimiento o cambia o sustituye su hijo por un niño de otro.

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 199, párrafo primero, regula lo que en la doctrina se llama filiación legítima, estableciendo:

"El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable."

Asimismo, en el párrafo segundo, establece: "se presume concebido durante el matrimonio:

- El hijo nacido después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, o de la reunión de los cónyuges legalmente separados: y
- El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio"

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

En el Artículo 207 del mismo cuerpo legal regula lo que en la doctrina se denomina como la filiación legítima imprecisa, regulando el caso en el cual debido a nuevas nupcias de la madre dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución del primer matrimonio, puede dar lugar a un conflicto de paternidades, para lo cual establece: "Si disuelto el matrimonio, la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los



ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero.

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

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

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

Esta norma establece que no obstante que el nacimiento de un hijo no se haya verificado dentro del término legal en el cual la ley presume que es hijo del marido (180 días después de celebrado el matrimonio), el mismo debe considerarse hijo del marido, si éste no impugna la paternidad.

La legislación civil guatemalteca, concede determinados derechos en favor del hijo, derivados de la filiación legítima. Estos derechos concedidos en favor del hijo constituyen a la vez deberes jurídicos a cargo del padre. Dentro de estos derechos derivados de la filiación legítima podemos señalar los siguientes:

Derecho a llevar los apellidos del padre y la madre.

En el Artículo cuatro del Código Civil establece que la persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados.

- A recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos.

La legislación civil guatemalteca, establece que los padres del menor están obligados a proporcionarle todo lo que es indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción. Asimismo, se establece que cuando el padre o la madre no pudieren cumplir con proporcionar alimentos a sus hijos dicha obligación corresponde a los abuelos paternos de los hijos, con lo cual se hace manifiesto que este derecho no solamente afecta al padre sino a sus familiares.

La obligación de prestar alimentos en favor de los hijos tiene protección constitucional, ya que el Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala se establece que la negativa a proporcionar alimentos en la forma que la ley prescribe es



punible, delito que está tipificado en el Código Penal en el Artículo 242, bajo la figura delictiva de negación de asistencia económica.

Derecho a la sucesión intestada de los padres, El Código Civil en el Artículo 1078 establece que los hijos son llamados en primer lugar a la sucesión intestada de los padres, juntamente con el cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales, quienes heredan por partes iguales. Asimismo, los hijos tienen derecho a suceder por derecho de representación en lugar de sus padres, en el caso que hubieren muerto antes que el causante, los mismos hayan renunciado a la herencia o la hayan perdido por indignidad.

Derecho a la nacionalidad guatemalteca si el padre o la madre son guatemaltecos. La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 144 establece que: serán guatemaltecos de origen los hijos de padre o madre guatemaltecos.

Todos los derivados de la patria potestad. La patria potestad es definida como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley concede e impone a los padres de un menor para representar a sus hijos en todos los actos de la vida civil y en la administración de sus bienes, así como en la protección, asistencia y educación del mismo. Estos mismos derechos y obligaciones son impuestos a los padres de un mayor de edad declarado en estado de interdicción.

El ejercer la patria potestad de un menor o de un mayor de edad que ha sido declarado en estado de interdicción impone a los padres una serie de deberes y obligaciones, que en términos generales se pueden resumir en los siguientes:

Guarda y vigilancia del hijo: este deber de los padres se traduce en la protección en cuanto a la persona del hijo, vigilancia en cuanto a sus actos y dirección en cuanto a su conducta.

Prestación de alimentos. Instrucción y Educación: los padres tienen el deber de velar por la orientación educacional y religiosa del menor, así como prepararlo para el ejercicio futuro de una profesión o industria.

Representación legal en actos de la vida civil. Administración de sus bienes: los padres tienen el deber de administrar fielmente los bienes de los hijos, sujetándose respecto de esos bienes a las obligaciones propias de todo administrador.

- Responder por los daños y perjuicios que ocasionen: La ley establece que los padres del menor de quince años son responsables por los daños y perjuicios que causen a terceras personas.

Las obligaciones derivadas de la patria potestad tienen tal grado de protección por parte del Estado, que en la legislación penal se tipificó el delito de Incumplimiento de deberes de Asistencia (Artículo 244 del Código Penal) en el que se establece que "Quien



estando obligado, incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a sus descendientes, de manera que éstos se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año."

a) Filiación cuasi-matrimonial: Dicha filiación reconoce al hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada ante la ley, la misma se encuentra regulada en el Artículo 182 del Código Civil.

b) Filiación extramatrimonial: La filiación extramatrimonial, se encuentra regulada en los Artículos 209 y 182 del Código Civil guatemalteco, y se establece que es la del hijo procreado fuera del matrimonio o de unión de hecho no declarada ni registrada.

c) Filiación adoptiva: La filiación adoptiva, es una figura jurídica, que se encuentra regulada en el Artículo 228 del Código Civil, y se manifiesta en el hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta.

La legislación guatemalteca, emplea los términos de filiación y paternidad como sinónimos, al respecto de esto, existe el problema de determinar si estos términos son correlativos o tienen cada uno substantividad de concepto y contenido distinto; se puede entender entonces, que para la legislación guatemalteca estas dos palabras constituyen una relación lógica y necesaria entre las mismas, en virtud de que una supone y lleva consigo inmiscuida a la otra; es decir; el padre supone al hijo, y el hijo no puede existir sin el padre; en una punta de la relación paterno filial se encuentran los



padres y por ello se le denomina paternidad, y en la otra se encuentran los hijos, y por ello se le llama filiación; ambos términos son correlativos y tienen ante el marco legal guatemalteco una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas.

c) Definición de paternidad: La paternidad, es tanto un concepto biológico como un concepto jurídico. Desde un punto de vista biológico, la paternidad es la relación que existe entre un padre entendiendo por tal al progenitor masculino y sus hijos. Normalmente se hace referencia, en este concepto a hijos biológicos. En este ámbito, el concepto paternidad se utiliza también de forma extensiva en el reino animal.

Desde un punto de vista jurídico, aplicable únicamente a las personas, la paternidad no es sinónimo de filiación, pues la filiación es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal y en algunas ocasiones sólo de la paterna o por parte de padre. La paternidad lleva aparejada la patria potestad y puede ser tanto natural como jurídica adopción.

CAPÍTULO III

3. El ADN como causal de divorcio y separación

En la legislación civil guatemalteca, actualmente, se cuenta con varias causas para poder obtener la separación o el divorcio de los cónyuges; pero ninguna de estas contempla como causal la prueba de paternidad del ADN. En el Congreso de la República de Guatemala, a principios del año dos mil nueve; se admitieron varias propuestas que reforman Artículos del Código Civil, relacionados con los motivos para solicitar ante los tribunales la separación de parejas, así como el divorcio.

La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales del Congreso de la República, emitió dictamen favorable al proyecto de ley por medio del cual se introducen reformas a los Códigos Civil y Penal, flexibilizando las causales para solicitar la separación o divorcio. Actualmente para una separación y divorcio se puede argumentar únicamente: a) por mutuo acuerdo de los cónyuges y b) por voluntad de uno de ellos aduciendo causa determinada.

Con estas nuevas reformas aducidas al Código Civil guatemalteco, se crea la causal que se considera innovadora en el ámbito jurídico guatemalteco, la cual establece que se puede plantear el divorcio por voluntad de uno solo de los cónyuges, aduciendo simplemente su deseo de obtener la libertad de estado civil. Así mismo, cuando el



cónyuge varón tenga dudas sobre su paternidad, se admitirá la prueba biológica del ADN.

El proyecto anteriormente citado, amplía las causales para solicitar el divorcio de una pareja, quienes pueden promover el mismo y en qué caso, ya que en la actualidad sólo puede ser invocado por aquella persona que no dio lugar a la causal, por lo que al momento de la definición si procede o no, se tiene que ajustar al consentimiento de la otra parte. Pero ello, se elimina con las reformas que se proponen, debido a que no habrá necesidad de que la otra parte esté de acuerdo, uno solo de los cónyuges puede pedir que se declare el divorcio, manifestando su deseo de tener libertad de estado.

El informe del área de documentación y estadística judicial del 2008, del Organismo Judicial, establece que, de 22 departamentos del país, los divorcios y separaciones, se mantuvieron en las siguientes cifras:

- "Ordinarios de divorcio: 1,947.
- Voluntarios de divorcio: 3,366.
- Separación de cuerpos: 589.
- Ordinarios de paternidad y filiación: 241."³³

³³ Organismo Judicial. **Documentación y estadística judicial** 2008. Pag.24

3.1. Divorcio

El divorcio está amparada por la el Código Civil guatemalteco y no es nada más que la nulidad del matrimonio y que esta es ejercida por uno o ambos de los cónyuges, debido a una o múltiples causas generadas durante el matrimonio, además de esta nulidad según el juez pueda disponer el futuro y tutela de sus hijos y hacer la repartición de bienes comprados durante el matrimonio , por tanto este proceso se puede hacer más fácil con el acuerdo de ambas partes o en caso contrario se facilitará el proceso de divorcio desde que la pareja se hayan separado un año por la ignorancia de algunas de las personas , puesto que a través del ordenamiento jurídico se establece que se puede seguir el juicio tanto ordinario como voluntario de divorcio a partir de los año de separación de los esposos y de acuerdo a lo establecido el matrimonio queda nulo.

El concepto de divorcio estaba acorde con el de matrimonio: un contrato civil solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente, según lo disponía el Artículo de dicho código. Resulta evidente que el legislador de esa época actúo con una prudencia al tratar el tema del divorcio, de por si tan difícil, reconociendo lo que actualmente existe en práctica, como dijo la comisión redactora del proyecto de código, o, lo que es lo mismo, reconociendo la influencia de las ideas religiosas imperantes y determinantes en las normas sociales que en todo tiempo influyen en la concepción del matrimonio y del divorcio.

Un cambio radical de criterio se manifiesta en el decreto gubernativo número 484, promulgado el 12 de febrero de 1894 , cuando gobernaba el país el general José María Reina Barrios, el cual contiene la ley de divorcio basándose en que según la ley el matrimonio es un contrato civil, y que por lo tanto una de sus consecuencias es indudablemente la disolubilidad del vínculo legal , pues no siendo el matrimonio obra de la naturaleza sino del mutuo consentimiento de las partes, debe de considerarse destruido desde que faltan los motivos o causas fundamentales que hicieron contraerlo, esa ley autorizo el divorcio, reconociendo la separación de los cónyuges y el divorcio propiamente dicho, ya por mutuo consentimiento, ya por causa determinada. Dispuso el Artículo 1o. La ley autoriza no solo la separación de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial, sino también el divorcio, en virtud del cual queda disuelto ese vínculo. Y el Artículo 2o. El matrimonio se disuelve: 1º. Por el mutuo consentimiento de los cónyuges; y, 2º. por la voluntad de uno de ellos, con causa determinada.

Con algunas variantes, los códigos de 1933 y el vigente mantienen el mismo criterio en cuanto al divorcio, reconociendo la separación de personas, con efectos modificativos del matrimonio y el divorcio por mutuo acuerdo o por voluntad de los cónyuges mediante causa determinada, con efectos disolutivos del vínculo matrimonial.

a) Definición doctrinaria: La palabra Divorcio, viene del latín *divortium*, del verbo *divertere*, que significa separarse. Posee un significado amplio, comprensivo de la



ruptura del vínculo matrimonial contraído legalmente. El divorcio, “es la separación en vida de los esposos, de un matrimonio válido.”³⁴

Otro tratadista establece, al referirse al concepto de divorcio, que: “es aquella institución por virtud de la cual se rompe o disuelve oficialmente el lazo matrimonial de unas nupcias legítimamente contraídas o contra las que no se ha promovido impugnación, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevos consorcios.”³⁵

Para Enrique Rossel Saavedra, el divorcio puede definirse como: “la separación legítima de un hombre y una mujer que se encuentran unidos por vínculo matrimonial.”³⁶

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, menciona que: “Divorcio: acción y efecto de divorciar o divorciarse; de separar un juez competente por sentencia legal, a personas unidas en matrimonio, separación que puede ser con disolución del vínculo (verdadero divorcio), o bien manteniéndolo, pero haciendo que se interrumpan la cohabitación y el lecho.”³⁷

En el derecho positivo francés, el divorcio es la disolución de un matrimonio válido, pronunciada por la autorización judicial, como sanción de una falta grave cometida por un cónyuge contra el otro.

³⁴ Planiol-Ripert. **Ob. Cit.** Pág. 368.

³⁵ Puig Peña, Federico. **Editorial Revista de Derecho Privado.** Pág. 504.

³⁶ Rossel Saavedra, Enrique. **Derecho de la Familia.** Pág. 89.

³⁷ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 260.

Finalmente, considero que el divorcio es la disolución del vínculo conyugal, dejando a los esposos en libertad de contraer nuevas nupcias, bajo las limitaciones que la ley establece para la mujer. El divorcio se debe decretar por autoridad judicial competente. De lo anterior se infiere que el divorcio produce en consecuencia dos efectos principales:

- El efecto negativo, el cual deja de existir el vínculo jurídico que obliga a los cónyuges.
- El efecto positivo, el cual les otorga plena capacidad para volver a contraer matrimonio.

b) Definición legal: El Código Civil guatemalteco, no cuenta con una definición específica, sobre el divorcio, dentro de los Artículos que regulan sobre el mismo, limitándose a establecer que el matrimonio se disuelve con el divorcio; entonces, haciendo una concatenación de lo regulado en los Artículos 153 al 157, se puede establecer que: el divorcio es una institución del derecho civil, que ya sea por causa determinada o por voluntad de las partes, mediante procedimientos judiciales, establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

3.2. Antecedentes históricos del matrimonio

La duración del matrimonio varía en forma notable entre los diversos pueblos de la antigüedad y aún dentro del mismo pueblo, debido a normas de conducta subjetiva, morales y éticas, de ambos o de uno de los contrayentes, y en todo caso debe

considerarse, que el matrimonio no se contrae para toda la existencia, puesto que su duración, sin incidencia alguna, está en razón directa de la vida de los contrayentes.

En Babilonia, el Código de Hammurabi, distingue el divorcio querido por el esposo, del querido por la mujer. Era el caso, que si el esposo pedía el divorcio, la mujer era irreprochable, debía indemnizarla restituyendo la dote y una parte del campo, jardín y bienes muebles, así como una porción hereditaria para que criara a sus hijos, y una vez criados, podría pasar a ulteriores nupcias. En el caso de que ésta no hubiese tenido hijos, se le restituía la dote y la tirhatu, que es una contradote debida por el marido, una mitad o una tercera parte de mina de plata.

Si por el contrario, la mujer era la culpable, éste podía repudiarla, sin darle nada o podía tomar otra mujer. La repudiada quedaba como esclava. Si la mujer pedía el divorcio y era culpable, se le arrojaba al agua.

En la India, por el contrario, tuvo mayor estimación la figura del matrimonio; de acuerdo con las normas del Manava Dharma Sastra, en la que figura que el hombre de bien lo hace una sola vez para siempre. Sin embargo, excepcionalmente admitía la anulación del matrimonio, en el caso de que un padre de en matrimonio a su hija con algún defecto, sin advertírselo al esposo, y el repudio, cuando el marido soporta la aversión de su mujer durante un año, cuando ésta posea malas costumbres o se halle atacada de una enfermedad incurable; si era estéril, se le sustituía al octavo año; si se le mueren todos los hijos, al décimo; si da solo hijas al undécimo. Si la mujer era virtuosa



y estuviere enferma no se le podía sustituir por otra, mientras ella no lo consintiera, y nunca era tratada con desprecio.

En la antigua Persia, el repudio fue conocido y practicado. Las leyes de Zoroastro no lo permitían, sin embargo, en todos los casos, si existía justa causa y considerándose las mismas, la impudicia pública por parte de la mujer, su obstinación a sus deberes conyugales y la apostasía a la verdadera religión.

En el antiguo Egipto; existió el divorcio pero con mayor consideración para la mujer. En caso de divorcio el marido debía reconocerle una dote ficticia, una pensión y determinadas cantidades estipuladas; hipotecas sobre todos los bienes presentes y futuros del marido, y finalmente, se le atribuían al hijo todos los bienes del padre, pues la madre era la víctima. La mujer se podía divorciar libremente.

En la China, el Ta-Tsing Leu-Lee, autorizaba al repudio por parte del marido, de acuerdo a las siguientes causas:

- Por esterilidad de la mujer.
- Desprecio del padre o la madre del marido.
- Inclinación al hurto
- Por celos
- Por enfermedad habitual.

Sin embargo, la demanda de divorcio podía rechazarse si la mujer probaba que, llevaba tres años de luto por los padres del marido, o no tenía familia en cuyo seno acogerse. Se admitía el divorcio por consentimiento mutuo en caso de incompatibilidad de caracteres. En caso de adulterio no solo se admitía el repudio, sino que era preceptivo, y si el marido en tal caso no lo ejercitaba era severamente castigado.

El pueblo Hebreo, bajo el imperio de la Ley Mosaica, conoce el repudio por parte del marido. Se dice que, si un hombre toma mujer y la tiene consigo, pero ella no es amada por él, por cualquier torpeza, escribirá un libelo de repudio, lo pondrá en sus manos, y la mandará a su casa. La incertidumbre está en la concreción de una causa tan vaga. En varios pasajes bíblicos se reflejan como causas, entre otras, que el matrimonio hubiere sido contraído entre personas cuyas nupcias eran prohibidas; la sola sospecha de adulterio, mala fama de la mujer, entre otras. El repudio se llegó a generalizar hasta el punto que pudo pedirse por la mujer.

En Grecia, el divorcio era casi desconocido, pero en la época clásica se hizo frecuente que, los oradores mostraren la necesidad de una dote para robustecer el lazo matrimonial. En algunas ocasiones los maridos no se atrevían a repudiar a la mujer, porque ello implicaba la devolución de la dote. Los atenienses tenían dos formas para designar el divorcio. Una de ellas, era el repudio, que era el divorcio hecho por el marido y el abandono, que tenía lugar a instancias de la mujer. En este último caso, la mujer no podía obrar por sí sola y, necesariamente tenía que ir a buscar al arconte,



dictando éste el divorcio a petición de ella, que había de ser por escrito y justificando dicha petición, que tenía motivo suficiente para divorciarse.

La dependencia en que era mantenida la mujer determinaba una mayor dificultad en esta diligencia, por sencilla que fuera. En cuanto al marido, no estaba sometido a formalidad alguna, despedir a su mujer, la que podía ser repudiada sin la intervención de ningún magistrado, volviendo al lado de su padre y quedando los hijos con el marido. El padre por ejemplo, tenía el derecho de separar a la hija del marido, ya sea para hacerla volver a su casa, o para casarla con otro hombre. Una vez muerto el padre, la huérfana podía ser intimada por sus parientes más cercanos para que abandonara al marido y le aceptase por esposo.

El marido tenía libertad para dar a su mujer en matrimonio a otro, parecía ser que ni siquiera era necesario para ello su consentimiento. El divorcio tenía por consecuencia la restitución de la dote, salvo quizá cuando era ocasionado por adulterio de la madre. En caso que el marido se retrasara, éste debía intereses que se calculaban a razón del 18%.

En el antiguo derecho germánico, el matrimonio era disoluble por la pérdida de la paz por parte del marido, y por contrato entre éste y la mujer. El divorcio unilateral podía ser adoptado por justa causa, como por ejemplo la esterilidad de la mujer. Si era sin justa causa se incurría en la enemistad con los parientes de la esposa y en sanciones patrimoniales. No poco tuvo que luchar la iglesia católica, para hacer prevalecer sus

principios en los últimos siglos del paganismo romano y en los comienzos de la edad media.

El divorcio en Roma, desde la fundación de la ciudad, hasta la ley de las XII Tablas, se particularizó por la dificultad con que se disolvía un matrimonio contraído entre patricios. La antigua Ley de Rómulo *jus divortendi ne*, autorizó el divorcio sólo en caso de adulterio, provocación o aborto, abandono de hogar.

Cualquier otro divorcio se castigaba con la pérdida de los bienes del marido. En dicha época, el marido tenía poder absoluto sobre la mujer, el repudio era unilateral en el sentido de que éste tenía el derecho de repudiar a su mujer por su sola voluntad y sin consultarle a ésta. Esta situación se modificó, con la evolución del Derecho, en la época en que el matrimonio era *sine manu*, en cuyo tiempo el divorcio era posible, de una parte o de la otra.

En la segunda época romana, esto es, desde las XII Tablas hasta el advenimiento del imperio, se presentó una seria depresión moral en el seno de la familia romana, declinaron la antigua severidad de las costumbres; el matrimonio perdió su rigor jurídico, recayendo la mujer raras veces *in manu maritis*, se degeneraron las relaciones entre sexos, las mujeres adquirieron mayor independencia en lo que concierne a la fortuna.

Como consecuencia de lo anterior, el Emperador Augusto, promulgó el edicto de represión del adulterio, conocido bajo el nombre de Lex Julio de Fundo Dotalis et Adulteris; el cual contiene disposiciones sobre los bienes dotales, matrimonio, celibato, paternidad y sanción al adulterio, que era considerado como un delito público. Principiaron a disminuir los abusos, se dictaron normas imperiales que fijaron las causas del divorcio y castigaban a los que habían fundado el mismo sin motivo. El divorcio podía tener lugar, ya por consentimiento de los dos esposos, o ya por la voluntad de uno solo.

En el primer caso, las convenciones de las partes servían de reglas y en cuanto al segundo, era preciso que la mujer o el marido que quisiere repudiar a su cónyuge se fundasen en uno de los motivos que habían sido fijados por Teodosio y Valentiano. Si el divorcio hecho sin causa exponía a cualquiera de los esposos que lo hubiera provocado, a las penas establecidas por los mismos emperadores, y que consistían principalmente en la pérdida de ciertos derechos pecuniarios. No era necesario para verificar el divorcio, la intención de ningún magistrado, pero no podía hacerse sino en presencia de siete testigos y después que uno de los esposos hubiese enviado al otro el acta de repudio. El marido podía después de practicada la separación, contraer nuevo matrimonio, más la mujer no podía hacerlo hasta asado el año bajo la pena de infamia.

El divorcio, como el matrimonio, ha estado desde hace mucho tiempo ligado a dos criterios radicalmente distintos: el eclesiástico y el estatal. Según el primero, sólo es



aceptable el denominado divorcio, dado que el matrimonio es indisoluble, como no sea por la muerte de uno de los cónyuges, o por razones especialísimas determinadas y apreciadas por la Iglesia; la cual, en última instancia, ha visto con agrado que la legislación civil acepte esa forma de divorcio. Según el criterio estatal generalizado, es recomendable, y no existe razón valedera en contra, que un matrimonio pueda disolverse, si no se alcanzaron las finalidades del mismo, puede entonces, establecerse dos tendencias: una desfavorable al divorcio absoluto, y la otra favorable al mismo.

El divorcio propiamente dicho, o divorcio absoluto o vincular, produce la disolución del vínculo matrimonial, es decir; del matrimonio, lo cual supone necesariamente que los cónyuges estén vivos, y en todo caso que el matrimonio sea válido; si no es válido, se le puede impugnar por insubsistencia o por nulidad, sin perderse de vista en este último caso que por quedar la petición de nulidad a criterio de la parte agraviada, puede muy bien demandarse el divorcio y no la nulidad de un matrimonio inicialmente viciado en tal sentido.

En la legislación guatemalteca, el divorcio ha tenido variantes claramente deslindables. Durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez, fue emitido Decreto legislativo de fecha 19 de agosto de 1837, que admitió el divorcio como una de las formas de disolución del vínculo matrimonial, es decir; el divorcio vincular, en sus dos formas: divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causa determinada, disponiendo que los esposos que se divorcien por cualquier causa no podían ya reunirse ni ser reconocidos en ningún



concepto como tales esposos, mas podía verificarse entre sí un segundo matrimonio pasado un año de pronunciado el divorcio.

Durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios, fue abandonada esa postura. El Código Civil, promulgado en 1877, establece que el divorcio es la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial, esto lo establecía en el Artículo 165 de dicho cuerpo legal; a ese respecto, conviene recordar lo opinado por la comisión verificadora: "el Artículo 165 declara que es divorcio la separación de los casados, quedando subsistente el vínculo matrimonial, el Artículo 169, reconociendo lo que actualmente existe en la práctica, establece que la sentencia emanará de autoridad eclesiástica, pero el divorcio produce efectos civiles y canónicos. Todo lo que es civil se reglamentó"; éste párrafo, se encontraba establecido en la exposición de motivos del Código Civil de 1877.

El concepto de divorcio estaba acorde con el concepto del matrimonio; un contrato civil solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente, según lo disponía dicho código. Resulta evidente que el legislador de esa época, actuó con suma prudencia al tratar el tema del divorcio, de por si tan difícil, reconociendo lo que actualmente existe en la práctica, como estableció la comisión redactora del proyecto del Código Civil, o lo que es lo mismo, reconociendo la influencia de las ideas religiosas imperantes y determinantes en las normas sociales que en todo tiempo influyen en la concepción del matrimonio y del divorcio.



La condescendencia con los principios eclesiásticos empieza a declinar con la promulgación del Decreto gubernativo 249, de fecha 17 de noviembre de 1879, el cual disponía que los matrimonios debían celebrarse precisamente ante la autoridad civil, observándose, las formalidades previstas en el Código Civil, y que los celebrados sin esas formalidades no serían reconocidos como verdaderos y legítimos para los efectos civiles.

El 21 de noviembre de 1879, por medio del Decreto Gubernativo 250, al precisarse las formalidades para la celebración del matrimonio, se dispuso además, que todos los juicios sobre divorcio, validez o nulidad del mismo, se ventilaran en la vía ordinaria, ante el juez de primera instancia competente. El Decreto Legislativo 19 de fecha 27 de abril de 1881, dispuso que la ley respetaba y garantizaba la libertad para celebrar matrimonio religioso, con las solemnidades del culto a que pertenecieren los habitantes de la república, pero estableció sanciones para los casos en que el matrimonio religioso se celebrara sin haberse celebrado el matrimonio civil.

Un cambio radical de criterio se manifiesta, mediante el Decreto gubernativo número 484, promulgado el 12 de febrero de 1894, en el tiempo del gobierno de José María Reina Barrios, dentro del cual se encontraba la ley del divorcio, basándose en que, según la ley, el matrimonio, es un contrato civil, y que por lo tanto una de sus consecuencias es, indudablemente la disolubilidad del vínculo legal, pues no siendo el matrimonio obra de la naturaleza, sino del mutuo consentimiento de las partes, debe considerarse destruido, desde que faltan los motivos o causas fundamentales que



hicieron contraerlo; esa ley autorizó el divorcio, reconociendo: la separación de los cónyuges y el divorcio propiamente dicho, ya por mutuo consentimiento, ya por causa determinada. Disponía el Artículo uno que: “la ley autoriza, no sólo la separación de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial, sino también el divorcio, en virtud del cual queda disuelto ese vínculo”; y el Artículo dos, que: “el matrimonio se disuelve, por el mutuo consentimiento de los cónyuges y por la voluntad de uno de ellos, con causa determinada”.

Con algunas variantes, los códigos de 1933 y el vigente, mantienen el mismo criterio, en cuanto al divorcio, reconociendo la separación de personas, con efectos modificativos del matrimonio, y el divorcio por mutuo acuerdo o por voluntad de los cónyuges mediante causa determinada, con efectos disolutivos del vínculo matrimonial.

- a) Clases de divorcio: El Artículo 153 del Código Civil, dispone que el matrimonio, se modifica por la separación y se disuelve por el divorcio; el Artículo 154 del mismo cuerpo legal, establece que, la separación de las personas, así como el divorcio, podrán declararse: por mutuo consentimiento de los cónyuges, y por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada.

El divorcio propiamente dicho, absoluto o vincular, tiene como efecto propio, determinante de su naturaleza, el de disolver el vínculo conyugal, dejando a los cónyuges, el libertad de estado, para poder contraer nuevo matrimonio, principio aceptado por el Artículo 161 del Código Civil.

b) Divorcio por mutuo consentimiento: “La figura del divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, tiene sus raíces desde tiempos ancestrales, Napoleón tenía gran interés en mantener el divorcio como voluntario, en parte por la posibilidad de que Josefina no le diese hijos, y también porque pensaba que el divorcio voluntario constituye un forma conveniente de ocultar causas muy graves; causas que pudieran ser escandalosas, y que pueden originar la deshonra, el desprestigio, el descrédito de uno de los cónyuges.”³⁸

El Artículo 163 del Código Civil guatemalteco preceptúa, que si la separación o el divorcio se solicitaren por mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un proyecto de convenio sobre los puntos siguientes:

A quien quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio.

- Por cuenta de quién de los cónyuges deberán ser alimentados y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges, en qué proporción contribuirá cada uno de ellos.

- Qué pensión deberá pagar el marido a la mujer si ésta no tiene rentas propias que basten para cubrir sus necesidades.

³⁸ Valverde y Valverde, Calixto. **Ob. Cit.** Pág. 41.



- Garantía que se preste para el cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges.

Conforme el Artículo 164, es el juez, a quien corresponde, bajo su responsabilidad, calificar la garantía, y en su caso, ordenar la ampliación de la misma, a efecto de que lo estipulado asegure satisfactoriamente las obligaciones de los cónyuges. En todo caso, dispone el Artículo 165, que no podrá declararse el divorcio, mientras no estén suficientemente garantizadas la alimentación y educación de los hijos.

Es indudable que, las disposiciones legales referidas, tienden a que sea garantizada en la mejor forma la situación de las personas afectadas directamente por la disolución del matrimonio. Si bien el inciso tres del Artículo 163, se infiere que es el marido quien debe pagar pensión a la mujer, ello no obstaculiza, que si aquél, conforme a lo dispuesto en el Artículo 111, estuviere imposibilitado para trabajar, y careciere de bienes propios, puede ser quien reciba la pensión, dado que el inciso cuatro del Artículo 163, se refiere al cumplimiento de las obligaciones que por el convenio contraigan los cónyuges, o sea que tal convenio no necesariamente debe circunscribirse a las disposiciones de dicho precepto, en lo que no contraríen el espíritu del mismo.

El Código Civil, hace énfasis en la situación de los hijos. Aún en contra de lo convenido por los padres, el juez, por causas graves y motivadas, puede resolver en forma distinta, tomando en cuenta el bienestar de los hijos, a cuyo efecto puede basarse en estudios o informes de trabajadores sociales o de organismos especializados en la

protección de menores; sin perjuicio de que los padres puedan comunicarse libremente con los hijos.

c) Divorcio por causa determinada: El divorcio por causa determinada, es el típico divorcio absoluto o vincular, no en lo que se refiere a sus efectos, idénticos a los del divorcio voluntario o por mutuo acuerdo, sino en cuanto constituye precisamente la forma admitida por las legislaciones que no aceptan el divorcio por mutuo consentimiento. La disolución del vínculo matrimonial no queda al acuerdo de los cónyuges: es necesario que uno de éstos invoque alguna o algunas de las causas que la ley ha fijado previamente como únicas razones para demandar la disolución del matrimonio.

- Causales de divorcio en el Código Civil guatemalteco: El Código Civil, admite numerosas causas para obtener el divorcio; quince en total, el mismo tiene menos que las que tenía el código derogado de 1933. Dichas causas, conforme el Artículo 155, son las siguientes:

a) La infidelidad de cualquiera de los cónyuges: esta circunstancia se tipifica, cuando uno de los cónyuges sostiene relaciones íntimas con otra persona, hombre o mujer, según sea el caso, debilitando el ánimo de permanencia que caracteriza la unión conyugal. Si bien la fidelidad debida entre varón o mujer no aparece expresamente admitida por el Código, como característica del matrimonio, debe entenderse que lo es por cuanto la unión monogámica.

La infidelidad, como causa de divorcio, ha de tener las características del adulterio, sin que necesariamente tipifique la figura delictiva, basta que, en forma grave y atentoria a la propia esencia del matrimonio, el cónyuge culpable falte a la obligación de la fidelidad, en grado tal que el agravio inferido al otro amerite la disolución del vínculo matrimonial.

b) Los malos tratamientos de obra, las riñas y disputas continuas, las injurias graves, ofensas al honor, y en general, la conducta que haga insoportable la vida en común”.

Este inciso debe entenderse comprensivo de varias causales de divorcio: como primer punto los malos tratamientos de obra, que estos han de consistir en vejaciones que atenten contra la integridad del otro cónyuge. Las riñas y disputas continuas, que por su reiterada manifestación, hagan evidente la incompatibilidad de caracteres impeditiva de una vida conyugal armoniosa.

c) Las injurias graves y ofensas al honor; que si bien aparentemente son causas que podrían considerarse en forma aislada, unas y otras se complementan, en virtud de que las injurias atentan contra el honor y las ofensas a éste constituyen injuria, no siendo necesarios en todo caso, que se hubiese pronunciado sentencia previa, bastando la plena prueba de tales extremos en el juicio del divorcio. En general, la conducta que haga insoportable la vida en común, causal que puede tipificarse por una conducta

desordenada o bien por la reiteración de hechos no constitutivos de injuria u ofensa, pero provocadores de sostenida desarmonía conyugal.

d) El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos: Hechos de esa naturaleza, ponen de manifiesto la inconveniencia de mantener el vínculo matrimonial, puesto que afectan directamente la integridad del otro cónyuge o de los hijos, y son lesionantes de la propia base en que descansa el matrimonio. Tampoco en este caso es necesario que preceda sentencia condenatoria por esos hechos delictivos.

e) La separación o abandono voluntario de la casa conyugal o la ausencia inmotivada, por más de un año”.

Dos circunstancias quedan comprendidas en esta causal: la primera, la separación o el abandono de la casa conyugal debe ser voluntario; y la segunda, que la ausencia sea inmotivada, sin razón que la justifique, debiendo entenderse que no es necesaria la declaración judicial de la ausencia; en ambos casos, el transcurso de más de un año es imprescindible a los efectos de la validez de tales circunstancias.

f) El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes de su celebración, siempre que el marido no haya tenido conocimiento del embarazo antes del matrimonio”.

Esta es una causa de divorcio lindante con las disposiciones relativas a la filiación. Si la mujer estaba embarazada antes de celebrarse el matrimonio, por razón de relaciones sexuales con varón que no fuera el marido, y éste lo ignoraba, no cabe, duda que la lesión a su honor sea tan grave que justifique la disolución del matrimonio

g) La incitación del marido para prostituir a la mujer o corromper a los hijos: En esta causal, la conducta inmoral juega un papel muy importante, en virtud de que si el marido conscientemente induce a la mujer a colocarse en situación incompatible con la vida decorosa que su calidad de esposa le exige, y que al propio marido coloca en la innegable situación de no ser merecedor de considerársele jefe de familia. Al desaparecer uno de los más importantes principios morales rectores de la unión conyugal, ésta, para la ley, ha de terminar.

h) La incitación para corromper a los hijos, prevista en dicha causal de divorcio, el legislador sólo tomó en cuenta que pudiera derivarse del marido, no así de la mujer, pero como el bien jurídico tutelado en dicho cuerpo legal, es la protección y preservación de la familia conforme a determinados altos principios morales, el divorcio habrá de decretarse si el marido prueba que la mujer trata de corromper, de depravar a los hijos.

i) La negativa infundada de unos de los cónyuges a cumplir con el otro o con los hijos comunes, los deberes de asistencia y alimentación a que están legalmente obligados”.

continuo motivo de desavenencia conyugal, lo cual implica que la manifestación de esos hábitos o vicios debe ser reiterada y causante de la indicada situación familiar.

l) La denuncia del delito o acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro. En realidad, tanto la denuncia como la acusación deben ser calumniosas, lo cual ha de establecerse, previamente en sentencia firme ante juez competente. No es suficiente la apreciación en ese sentido por el cónyuge agraviado.

m) La condena de una de los cónyuges; en sentencia firme, por delito contra la propiedad o por cualquier otro delito común que merezca pena mayor de cinco años de prisión: La referencia especial a los delitos contra la propiedad, no parece tener mayor fundamento, toda vez que, en vista de la redacción del inciso objeto de comentario, la duración de la pena no es determinante tratándose de delitos contra la propiedad, como sí lo es en los otros delitos del orden común, la referencia especial pudo haber sido hecha a ciertos delitos contra la integridad personal o contra la honestidad.

n) La enfermedad grave, incurable y contagiosa, perjudicial al otro cónyuge o a la descendencia: Tres características han de reunirse en el cónyuge enfermo: gravedad, incurabilidad y contagiosidad de la enfermedad, con efectos perjudiciales al otro cónyuge o a la descendencia.

o) La impotencia absoluta o relativa para la procreación, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio: En este inciso, la ley exige que la impotencia ya

sea esta absoluta o relativa, sea posterior al matrimonio; pero en este caso se puede tipificar como caso de anulabilidad del matrimonio, aducible dentro de seis meses de haberse efectuado dicho matrimonio, tal como lo establecen los Artículos 145 y 148 del Código Civil, tanto no apreciable después de ese lapso. La justificación de ese distinto criterio radica en que la impotencia de un cónyuge, puede ser reconocida por el otro en el transcurso de los seis primeros meses después de la celebración del matrimonio, y hacer valer la anulabilidad de éste, entendiéndose, si no lo hace, que admite continuar la unión aún a sabiendas de la impotencia del otro.

p) La enfermedad mental incurable de uno de los cónyuges que sea suficiente para declarar la interdicción: Respecto al comentario anterior de la anulabilidad del matrimonio, el Código Civil, emplea la expresión incapacidad mental, en el Artículo 145, inciso tres, circunstancia que puede ser transitoria. A los efectos de divorcio, ha de ser enfermedad mental incurable, suficiente para declarar la interdicción, o sea que prive de discernimiento, conforme a lo dispuesto en el Artículo 9 del mismo cuerpo legal.

q) La separación de personas declarada en sentencia firme: Una vez declarada en sentencia firme la separación de personas, los cónyuges pueden mantener el vínculo matrimonial, o uno de ellos solicitar la disolución del mismo por medio del divorcio. La separación ha disuelto la unión; el divorcio disolverá el vínculo matrimonial.

En este mismo sentido, el Artículo 158 fue adicionado por el Decreto Ley 218, en el sentido de que no puede declararse el divorcio o la separación con el simple

allanamiento de la parte demandada, ni es suficiente prueba para declararlos, la confesión de la parte demandada sobre la causa que lo motiva.

La disposición anterior, obliga a que la causal o las causales invocadas sean acreditadas, en el caso, por otros medios de pruebas. En realidad, cristaliza la idea contraria a que los motivos del divorcio queden preferentemente en la mayor secretividad, para evitar agravio a los hijos y familiares más cercanos de los cónyuges.

Su objeto fue precisamente evitar que los juicios de divorcio o de separación terminaran por la propia manifestación del cónyuge demandado, práctica efectuada en la legislación anterior. Su bondad es discutible, sin juzgar la conveniencia de que un precepto de naturaleza procesal se incluya en la ley substantiva.

3.3. Definiciones de separación

a) Definición doctrinaria: “La denominada separación de cuerpos o separación de personas, es definido como “el estado de dos esposos que han sido dispensados por los tribunales de la obligación de vivir juntos”.³⁹

“La relación conyugal puede verse perturbada por diversas anomalías, que impliquen o bien una mera suspensión de la vida común de los cónyuges, o que lleguen incluso a

³⁹ Planiol- Ripert. **Ob. Cit.** Pág. 368.

producir la definitiva desaparición del vínculo matrimonial, y que en el primer caso se trata de la llamada separación personal de los cónyuges o divorcio no vincular”.⁴⁰

Debido a la denominación divorcio no vincular o relativo, y a que ciertas legislaciones, como la española, al regular el divorcio se refiere exclusivamente a la separación de cuerpos, denominándola simplemente divorcio, la separación, en su aspecto doctrinario, es estudiada como una clase de divorcio.

- a) Definición legal: El Artículo 153 del Código Civil, Decreto Ley 106; al igual que con el término de divorcio, solamente se limita a establecer, que el matrimonio se modifica con la separación de los cónyuges.

Ampliando éste término, se puede establecer que, para la separación de cuerpos de los cónyuges; la misma debe de ser declarada mediante juez competente, por cualquiera de las causas, establecidas para el divorcio las cuales se encuentran comprendidas en el Artículo 155 del Código Civil, las que ya previamente fueron establecidas y analizadas.

- c) Clases de separación: Dentro de las clases de separación, se encuentran: la separación de hecho y la separación legal.

⁴⁰ Espín Canovas. **Ob. Cit.** Pág. 74.

- Separación de hecho: La figura de la separación de hecho, se tipifica cuando uno de los cónyuges abandona el hogar, por su voluntad o de común acuerdo con el otro, a efecto que cese la vida en común, sin mediar en todo caso previa resolución judicial.

Esta clase de separación no es la propiamente regulada por la ley, pero puede producir determinados efectos jurídicos. Por ejemplo; el abandono voluntario de la casa conyugal, por más de un año, es causa para obtener la separación legal o el divorcio según lo que establece el Artículo 155 inciso cuatro del Código Civil; el abandono injustificado del hogar conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la comunidad de bienes en cuanto le favorezcan, tal como los establece el artículo 141; y en caso de separación de hecho, el cónyuge culpable no tendrá derecho a gananciales durante el tiempo de la separación, según el Artículo 142 del mismo cuerpo legal.

- Separación legal: La separación legal, también conocida como la separación de cuerpos o divorcio relativo, es aquella que es declarada judicialmente y es modificativa del matrimonio, por cuanto hace desaparecer el ánimo de permanencia de la unión conyugal y el fin de vivir juntos como marido y mujer, dos principios rectores de la institución matrimonial consagrados en el Artículo 78 del Código Civil. La separación legal modifica el matrimonio, pero deja subsistente el vínculo matrimonial, o sea la institución en sí.

- La separación legal puede ser solicitada y declararse:



- Por mutuo consentimiento de los cónyuges: en este caso, no podrá pedirse la separación por mutuo consentimiento, sino hasta después de un año, contado a partir de la fecha en que se celebró el matrimonio; disposición cuya razón de ser, es el deseo del legislador de establecer un plazo determinado suficiente a los efectos de lograr la permanencia de una unión prematuramente en conflicto.

- Por voluntad de uno de ellos, mediante causa determinada, las cuales son las mismas causales del divorcio.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico doctrinario de la filiación a través de la prueba de ADN.

1.1.1 La demanda de la filiación de hijo con base en el resultado obtenido de la práctica de la prueba de ADN, es una tarea que el Estado de Guatemala debe proteger en virtud a los derechos inherentes y constitucionales regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 1.- Protección a la Persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Artículo 2.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, las presunciones o medios indirectos para reclamar dicha paternidad, más aún cuando constitucional y legalmente se encuentran consagrados en la legislación principios como la libre valoración de la prueba y la libertad probatoria, los cuales conllevan la necesidad por parte del juez de tener en cuenta, además del resultado de la prueba científica, todo el caudal probatorio allegado al proceso, para de este modo garantizarse derechos constitucionales y fundamentales, tales como el derecho a reclamar su filiación y a tener una familia, y la negación de un padre que se niega a su responsabilidad y ésta es probada judicialmente mediante el examen de ADN, o más frecuentemente, inferida a raíz de su negativa a hacerse ese análisis, lo que legalmente se interpreta en su contra, como presunción de que efectivamente es el padre regulado en el Artículo 221

numeral 5 en el primer párrafo del Código Civil guatemalteco, podría en el futuro ejercer eficientemente el rol de padre, además de darle una identidad al hijo en cuanto al apellido. No obstante aceptado en la Declaración Universal de los Derechos del Niño Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959. De acuerdo a los principios siguientes:

1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.
2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado de todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
3. El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.
4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y a desarrollarse en buena salud: con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.
6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia, o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas, conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.
7. El niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.
8. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.
9. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

10. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

11. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

No será objeto de ningún tipo de trata.

No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se lo dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

12. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

Es así que en cumplimiento a la necesidad de dar cumplimiento a los derechos del niño se regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco la prueba de ADN, se han utilizado para identificar el ADN de una persona. Utilizándose pruebas científicas que prueban que el ADN es la base de la herencia, entre las que se pueden destacar las siguientes:

- En el proceso normal de reproducción celular, los cromosomas (estructuras con ADN) se duplican para proporcionar a los núcleos hijos los mismos genes que la célula madre; (léase padre y madre).

- En la esfera jurídica y a efectos legales, tiene toda la información genética para identificar padres e hijos. Por todo ello, el ADN puede llegar a ser muy útil en el derecho, no sólo para identificar a una persona de los restos orgánicos encontrados donde se haya cometido un crimen, en especial en delitos contra la libertad sexual o en los que se ha ejercido violencia, sino también para determinar la filiación biológica de una persona.

La filiación puede determinarse a través de tres fuentes:

a) La ley, que determina la filiación en base a ciertos presupuestos, por ejemplo, los hijos nacidos dentro del matrimonio.

b) El reconocimiento voluntario que hace el padre, la madre o ambos sobre el hijo.

c) La sentencia judicial, consecuencia de un tribunal declara la paternidad o maternidad anteriormente no conocida o modifica una ya determinada. El Artículo 221 del Código Civil guatemalteco, regula sobre los casos en que puede ser declarada judicialmente la paternidad: 1o. Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca; 2o. Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre; 3o. En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; 4o. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción; y, 5°. Cuando el resultado de la prueba biológica, del 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 ADN,

deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter público o privado, nacional o extranjera especializada 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 ADN.

4.1. Medios que posibilitan la investigación de la paternidad o maternidad

Dentro de los juicios de filiación, la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, mediante el uso de toda clase de pruebas.

En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99,9%. Hoy este examen es obligatorio a nivel mundial. En caso que la persona a quien se le imputa la paternidad se oponga al examen de ADN, el juez lo llamará de nuevo y si se resiste, el juez podría tomar este factor como una presunción positiva de paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda, Artículo 221 numeral 5 del Código Civil. Con esto, se termina con la práctica de los padres que evitan realizarse tal examen.

a) Juicios de paternidad: Con la Ley de Paternidad Responsable, Decreto legislativo Número 39–2008 del Congreso de la República, el reconocimiento de un hijo o hija se llevará el proceso con la aportación del medio científico de prueba del ADN.

- Trámite: Se puede citar al supuesto padre a confesar judicialmente su paternidad. La citación se llevará a cabo en los tribunales de familia donde el juez le pregunta al citado si reconoce su paternidad; este procedimiento se basa en la mera discrecionalidad del supuesto padre, pues este puede no comparecer o bien concurrir y negar la paternidad, en cuyo caso la gestión concluye. Sólo en caso de dudas el tribunal puede ordenar una prueba de ADN, examen al que el citado puede asistir sólo si quiere.

Al demandar al supuesto padre por reclamación de paternidad: ello se traduce en el inicio de un juicio ordinario a cargo de los tribunales de familia (ver Anexo I). Para poder interponer una demanda de filiación es necesario dirigirse al tribunal competente. Cuando se llega al período probatorio, la prueba biológica de paternidad se llevará a cabo con base en el Artículo 200 del Código Civil, reformado por el Decreto 39-2008 que regula la prueba en contrario. Contra la presunción de la paternidad no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del ADN, así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, *impotencia o cualquiera otra circunstancia*.

La prueba del ADN, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter público o privado, nacional o extranjera especializada en dicha materia. Este medio de prueba, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. El Artículo 2 del

Decreto legislativo Número 39-2008 citado, que adicionó el inciso quinto del Artículo 221 del Código Civil, establece: "Cuando el resultado de la prueba biológica, del 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. En juicios de impugnación de paternidad o maternidad, será admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba molecular genética del ADN."

Esta circunstancia implica que el juicio llega a buen término debido a que los jueces deben apreciar esta prueba grave precisa y suficiente para establecer la paternidad. Las acciones relativas a la filiación, bajo el supuesto de que exista o no el estado filial, pueden ser de dos grandes clases: a) destructivas de la filiación; b) atributivas de ella. Para los procesalistas, todas ellas son constitutivas porque vienen a innovar sobre el ordenamiento jurídico. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconoce las siguientes acciones:

a) Acciones de imputación: La acción de reclamación o vindicación de la filiación. La acción de reclamación de filiación, que busca posibilitar la investigación de la paternidad o maternidad se dice que es el derecho de toda persona de acudir ante las instancias judiciales para resolver su estado de filiación.

Sería el caso del hijo que sabe la identidad de su verdadero padre, e inicia la acción de vindicación para que éste sea reconocido judicialmente como tal.

- La acción de adopción. Tiene por objeto constituir el estado civil de hijo, sometiéndose a los procedimientos jurídicos respectivos que cada legislación cree.

b) Acciones de impugnación: Acción de impugnación de filiación, que busca desconocer una filiación previamente determinada.

-Acción de simple desconocimiento de la paternidad matrimonial del hijo que nace antes de los 180 días desde la celebración del matrimonio.

- El desconocimiento de paternidad. Por ejemplo, ante un hijo que nace dentro del matrimonio, pero cuyo progenitor no es el cónyuge. La nulidad o impugnación del reconocimiento. Por ejemplo, un padre que haya reconocido a un hijo voluntariamente, puede luego pedir que se revoque este reconocimiento. En algunos ordenamientos estipulan que el reconocimiento es irrevocable como lo establece el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Código Civil en el Artículo 212: “El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo. Si se ha hecho en testamento y éste se revoca, no se tiene por revocado el reconocimiento. Tampoco puede sujetarse a ninguna modalidad, salvo por error o falsedad a la hora de haberlo realizado, debiendo solicitarse en sede judicial.”

Los juicios de filiación se desarrollan en los Tribunales de Familia por la vía ordinaria. En las actitudes del demandado él puede allanarse o en la primera audiencia puede

reconocer la paternidad, el juicio queda concluido. Si la parte demandada no comparece, niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad, el juez puede ordenar de inmediato la prueba de ADN ya sea de oficio o a petición de parte; el Artículo 191 del Código Procesal Civil y Mercantil regula que en caso de que así conviniera a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros y, en general cualesquiera experimentos o pruebas científicas. En la segunda audiencia se presentan estas pruebas. Los juicios de filiación se podrán presentar en el tribunal del domicilio del demandado o del demandante, a elección de este último.

- Efectos de la filiación: Existen los derechos y obligaciones de los padres, comprendidos dentro de la autoridad paterna:
 - La crianza o cuidado personal de los hijos.
 - La educación y establecimiento del menor, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir por sí mismo.
 - El derecho de visitas para el padre o madre que no tenga el cuidado personal del menor.
 - Corregir a los hijos sin menoscabar su salud y desarrollo personal.

Los padres deben contribuir a estos deberes, a través de la obligación de dar alimentos.

La filiación hace surgir la Patria Potestad, la que supone para el o los padres que la tengan las siguientes facultades:

- El derecho de usar los bienes del hijo y de percibir sus frutos.



- La administración de los bienes del hijo.
- La representación del hijo.

“Para el *ius commune* a esta área se le llamaba *ius personarum*”.⁴¹

La filiación tiene importantes efectos jurídicos. Podemos citar, entre los más importantes, los siguientes:

- En el caso del derecho sucesorio, en algunos sistemas, la filiación obliga a la reserva de la legítima y es el heredero legal prioritario (junto con el resto de hermanos).
- En el caso del derecho de familia, la filiación origina la patria potestad, generando multitud de derechos y deberes.
- La filiación determina los apellidos de la persona, que se regirán en función de la legislación concreta aplicable.

La filiación jurídica alude al vínculo jurídico constituido por el derecho, en particular, la ley paradigma de norma jurídica; aquí puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial.

⁴¹ . Coing citado en [www.es.wikipedia.org/wiki/Filiación_matrimonial_\(Chile\)](http://www.es.wikipedia.org/wiki/Filiación_matrimonial_(Chile)) - 25k mayo 2011

4.2. Filiación de paternidad extramatrimonial

La filiación de paternidad extramatrimonial, es la falta de no reconocimiento del interés superior de niño, discriminación, actividad probatoria y falta de criterio cuando algunos derechos fundamentales colisionan.

El derecho busca el bienestar humano mediante la paz social y acceso rápido y oportuno a la justicia, por consiguiente, está a la vanguardia de los grandes avances científicos; aportes contundentes que dan al juzgador grado de certeza para resolver a favor de la identidad del menor a ser utilizados en los procesos de filiación de paternidad extramatrimonial.

El derecho de verdad biológica; tener la certeza de paternidad, implica contar con normas que privilegien el derecho del hijo a conocer su identidad; en tal sentido, toda ley que atenta contra el derecho de identidad del menor atenta contra la norma constitucional. Verdad biológica es el derecho de conocer el propio origen, paradigma incorporado por los nuevos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; se establece que la filiación que detente el niño es la que está genéticamente impresa en el cuerpo.

CONCLUSIONES

1. La presente investigación intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PRUEBA DE ADN DEL MENOR COMO CONSTITUTIVA DE CAUSAL DE DIVORCIO O SEPARACIÓN”**, se realizó por la clara violación a los derechos del hombre como esposo y padre de familia en virtud de que la mujer tiene derecho preferente en materia de paternidad.
2. Si bien es cierto, que el Congreso de la República de Guatemala, hizo reformas al Código Civil, mediante el Decreto número 39-2008; en la cual se adicionó la prueba científica de ADN a las pruebas de paternidad, estas reformas se encuentran incompletas.
3. El atraso científico legal que Guatemala todavía posee en materia civil, en cuanto a la utilización de pruebas científicas, como pruebas en casos de familia, hacen que los tribunales se congestionen de casos infructuosos y basados en pruebas únicamente presunciosas.
4. El Estado de Guatemala, está haciendo una discriminación paternal, al proteger únicamente los derechos maternos, pasando por encima de los derechos del padre, entre éstos, el confirmarse con una prueba científica de ADN si un menor de edad es en realidad su hijo.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe cumplir con la obligación de proteger a todas las personas y a la familia como núcleo de la sociedad, y garantizar los derechos de todas las personas por igual, tanto del hombre como el de la mujer, dentro del núcleo familiar, promulgando reformas en las leyes civiles y de familia.
2. El Congreso de la República de Guatemala, debe de fortalecer y complementar el Decreto 39-2008, agregando la prueba de ADN como otra causal más para obtener la separación o el divorcio .
3. El Estado de Guatemala debe de estar a la vanguardia de la tecnología, en lo que se refiere a pruebas científicas, para incluirlas en los procesos de familia, para hacer éstos rápidos y ágiles, y que lleven un grado de exactitud mayor, para que los mismos no se basen sobre presunciones.
4. El Estado de Guatemala debe hacer enmiendas a la ley para tratar a todos los habitantes, sin estar haciendo una discriminación paternal, al proteger únicamente los derechos maternos, pasando por encima de los derechos del padre, entre éstos, el cerciorarse con una prueba científica de ADN si un menor de edad es en realidad su hijo.



BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico**. Volumen IV, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L, 1991.
- DICCIONARIO MÉDICO. **Médico pedía. (s.l.i): (s.e)**, Portalesmédicos.com.
- DHAM, R. **Friedrich Miescher y el descubrimiento del ADN**. University of Yale: (s.e), 2007.
- ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de Derecho civil español**. Madrid, España: Editorial, Revista de Derecho Privado, 1999.
- HERSHEY A, Chase M. Independent functions of viral protein and nucleic acid in growth of bacteriophage. University of Yale: (s.e), 2007.
- LEVENE, Phoebus. **The structure of yeast nucleic acid**. University of Alabama: (s.e), 2006.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. **La filiación**. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- LORENZ MG, Wackernagel W. Bacterial gene transfer by natural genetic transformation in the environment **Microbiol**. University of Yale: (s.e), 2007.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Derecho de familia**. Bogotá, Colombia: Editorial Librerías Jurídicas Wilches, 1982. 428 Págs.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1981.
- PLANIOL, Marcel/RIPERT, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés**. La Habana: Editorial cultural, S.A., 1946.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho privado, 1957.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho civil mexicano. Vol. I. Derecho de familia. México: Ed. Porrúa., 1978.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. **Derecho de la familia**. México, D.F: Antigua Librería Robredo, 1959.

THANBICHLER M, Wang S, Shapiro L. **The bacterial nucleoid: a highly organized and dynamic structure**. Washington: (s.e), 2008.

THE GENOGRAPHIC PROJECT. **Panorama general de la genética, glosario de genética**. United, Estatic. Michigan: (s.e), 2005.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Valladolid, España: Talleres tipográficos Cuesta, 1932.

VILLANUEVA CAÑADAS, Lorente Acosta. **Medicina Legal y Toxicología**. Barcelona, España: Quinta Edición, 1997.

WATSON J, Crick. **Molecular structure of nucleic acids; a structure for deoxyribose nucleic acid**. University of Yale: (s.e), 2005.

WOLFSBERG T, McEntyre J, Schuler G. **Guide to the draft human genome Nature**. Nassa: (s.e), 2009.

Legislación:

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

Declaración Universal de los Derechos del Niño. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959

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

Código Civil. Decreto Ley 106, 1964. Guatemala, Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, 1964. Guatemala, Guatemala.

Ley de Tribunales de Familia. Decreto Ley 206. Guatemala, Guatemala.