

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

**LA INOPERANCIA DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A
LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN- EN
LOS PROCESOS JUDICIALES DE FILIACIÓN**

ALFONSO JOSÉ VILLAGRÁN DE LEÓN

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2013

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

**LA INOPERANCIA DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A
LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN- EN
LOS PROCESOS JUDICIALES DE FILIACIÓN**

TESIS

Presentada a la honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ALFONSO JOSÉ VILLAGRÁN DE LEÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas 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).



Licenciado Luis Eduardo Cancinos Rodríguez
Colegiado 2,165
9ª. Calle 7-12 Zona 1, San Marcos
Teléfono : 45614936

San Marcos, 22 de septiembre de 2009

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



Licenciado Castro Monroy:

De la manera mas atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesor de tesis del bachiller ALFONSO JOSÉ VILLAGRÁN DE LEÓN, titulado "LA INOPERANCIA DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO -ADN- EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FILIACIÓN", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad y emito el dictamen siguiente:

- a) Considero que el tema investigado por el estudiante Alfonso José Villagrán de León, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión que el mismo no solo reúne los requisitos exigidos por la normativa correspondiente sino además que se presenta con una temática para que los Profesionales del Derecho se informen en cuanto a la inoperancia del artículo 221 del Código Civil respecto a la prueba científica del Ácido Desoxirribonucleico ADN en los procesos judiciales de filiación.
- b) La bibliografía empleada por el estudiante Villagrán de León, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico del la investigación realizada habiendo empleado en la investigación el método analítico al tener contacto con toda la información bibliográfica de diferentes autores; el método sintético al resumir la información que realmente se consideró importante; el método deductivo al tener contacto con la inoperancia del artículo 221 del Código Civil y posteriormente especificado el tema que ocupa la presente investigación y finalmente se aplicó el método inductivo durante el desarrollo de la tesis.
- c) En cuanto a la contribución científica del trabajo que se presenta en mi opinión, este constituye un aporte doctrinario, legal y científico valioso para nuestra casa de estudios debido a la serie de hallazgos que se presentan y sus posibles soluciones.
- d) En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva , la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las

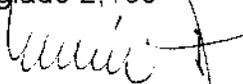


conclusiones y recomendaciones, y bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación es por ello que al haber cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis considerando conveniente la impresión del mismo previo **DICTAMEN** del señor revisor, para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al recomendarme tan honroso trabajo de Asesor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente,

Lic. Luis Eduardo Cancinos Rodríguez
Asesor de Tesis
Colegiado 2,165

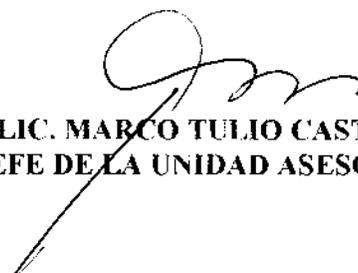

LIC. LUIS EDUARDO CANSINOS RODRIGUEZ
ABOGADO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dos de marzo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) WALTER OSWALDO ARANA ROMERO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ALFONSO JOSÉ VILLAGRAN DE LEÓN, Intitulado: "LA INOPERANCIA DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LA PRUEBA CIENTIFICA DEL ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO ADN EN LOS PROCESOS JUDICIONALES DE FILIACIÓN".

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/crla.

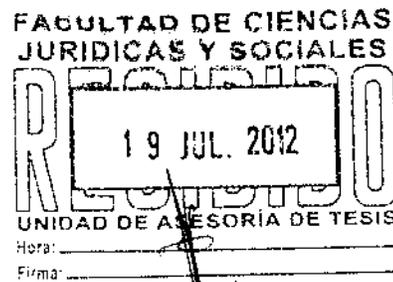


BUFETE PROFESIONAL
LIC. WALTER OSWALDO ARANA ROMERO
4ª. Av. 5-18 zona 1, tels. 7760-1532 y 7760-2891
San Pedro Sacatepéquez, San Marcos.



San Marcos, 18 de julio de 2012

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



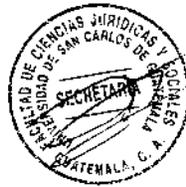
Distinguido Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

De conformidad con el nombramiento de que fuera objeto, he revisado el trabajo de tesis del Bachiller ALFONSO JOSÉ VILLAGRÁN DE LEÓN, titulado: "LA INOPERANCIA DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN- EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FILIACIÓN", sobre la cual le informo que he concluido la labor confiada a mi persona y al respecto considero emitir el siguiente:

DICTAMEN

- a) Con el Bachiller ALFONSO JOSÉ VILLAGRÁN DE LEÓN, se sostuvieron varias reuniones de trabajo durante las cuales se logró establecer que la prueba científica del ácido desoxirribonucleico, es de vital importancia en los juicios de filiación, pero al mismo tiempo dicha prueba debe de ser en presencia de un juez para que surta sus efectos como prueba dentro del proceso, por lo que el contenido científico y técnico de la tesis es llevar a cabo de una manera adecuada la realización de dicha prueba científica.
- b) El autor de la tesis revisada utilizó la técnica de investigación de carácter documental-bibliográfico y analítica; pues se obtuvieron recopilaciones de varios autores reconocidos dentro del tema de la filiación, y como el análisis de las normas jurídicas para poder establecer el motivo de la inoperancia y sus posibles soluciones.
- c) El trabajo de tesis elaborado presenta un lenguaje técnico adecuado y la correcta utilización de las reglas normadas por la Real Academia de la Lengua Española para su fácil comprensión, por cuanto dicho estudiante se esmero al realizar la misma, dejando para los estudiantes y profesionales del derecho un aporte de consulta muy bueno.
- d) No posee cuadros estadísticos ya que no se realizó trabajo de campo sino más bien se realizó trabajo documental-bibliográfico y analítico.
- e) Se debe de tener una mejor perspectiva y una investigación previa para la aplicación de reformas futuras y para que las leyes puedan ser aplicadas correctamente en casos de filiación.

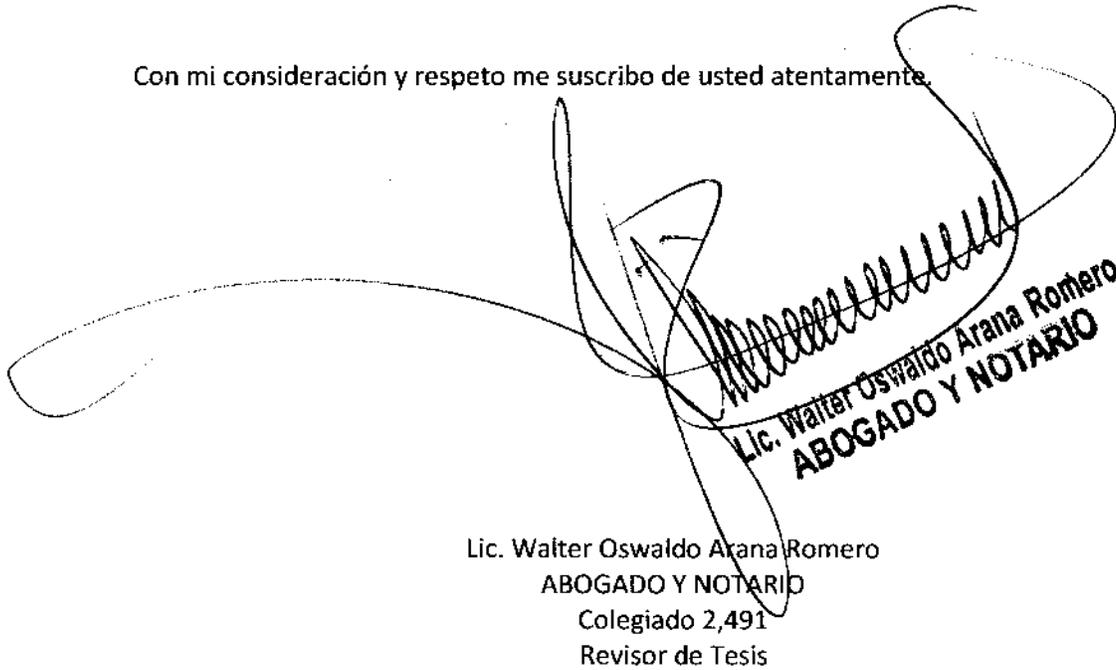
BUFETE PROFESIONAL
LIC. WALTER OSWALDO ARANA ROMERO
4ª. Av. 5-18 zona 1, tels. 7760-1532 y 7760-2891
San Pedro Sacatepéquez, San Marcos.



f) Se concluyó con que efectivamente la prueba científica de ADN da un 99.99% de certeza entre el niño y el presunto padre, pero al momento de realizarse la reforma al código civil y aceptarse la prueba de ADN dentro del proceso de filiación no se tomaron en consideración a las instituciones que deberían de realizar dichos exámenes; por lo que es recomendable que el Estado debe promover la creación de programas dirigidos a facilitar el financiamiento de dicha prueba.

g) La recopilación bibliográfica que se realizó fue la idónea para concluir con éxito el trabajo de tesis. Por lo que atendiendo a lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, es procedente APROBAR el trabajo de tesis revisado.

Con mi consideración y respeto me suscribo de usted atentamente.



Lic. Walter Oswaldo Arana Romero
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Walter Oswaldo Arana Romero
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 2,491
Revisor de Tesis



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

Handwritten initials

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 08 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ALFONSO JOSÉ VILLAGRÁN DE LEÓN, titulado LA INOPERANCIA DEL ARTÍCULO 221 DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LA PRUEBA CIENTÍFICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO -ADN- EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE FILIACIÓN. 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:silh

Handwritten signature

Handwritten signature
Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Handwritten signature





DEDICATORIA

- A Dios:** Toda mi gratitud por haberme provisto de sabiduría y entendimiento a lo largo de mi carrera.
- A mis padres:** Con todo mi amor y respeto en agradecimiento a sus esfuerzos y sacrificios.
- A mi esposa:** Por su apoyo y comprensión.
- A mis hijos:** Carlos Alfonso, José Alejandro y Elisa Isabel, como un ejemplo de perseverancia.
- A mis hermanas:** Por su cariño y motivación.
- A mis abuelos, tíos y primos:** Por sus consejos para poder alcanzar esta meta.
- A mis suegros
cuñado, cuñadas,
concuños,
sobrinas y sobrino:** Por su apoyo y cariño.
- A:** Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente al Centro Universitario de San Marcos.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Maternidad y paternidad.....	1
1.2 Derechos y obligaciones derivados de la maternidad y paternidad.....	2
1.3 Derechos individuales de los niños y las niñas.....	5
1.4 Derecho a la vida.....	6
1.5 Medidas que el Estado ha adoptado para garantizar el derecho del niño a la vida, supervivencia y desarrollo.....	6
1.5.1 Derecho a la igualdad.....	9
1.5.2 Derecho a la integridad personal.....	12
1.5.3 Derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición.....	12
1.5.4 Derecho de identidad.....	14
1.5.5 Derecho a la familia.....	18

CAPÍTULO II

2. La filiación y el proceso para su declaratoria.....	21
2.1 Definición.....	22
2.2 Caracteres de la filiación.....	22
2.3 Clases de filiación.....	26
2.4 Filiación extramatrimonial.....	31
2.5 Momento en que se establece la filiación.....	33
2.6 Efectos de la filiación.....	34
2.7 La filiación en la legislación guatemalteca.....	35
2.8 El proceso de filiación.....	37
2.8.1 Juez competente.....	39
2.8.2 Vía procesal.....	40
2.8.3 Titular de la acción.....	41



	Pág.
4.4 La prueba de ADN sin la presencia de la madre.....	76
4.5 Costo de la prueba.....	78
4.6 La carga de la prueba.....	78
4.6.1 Inversión de la prueba.....	79
4.7 Declaración de paternidad. Sentencia.....	80

CAPÍTULO V

5. Análisis del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala.....	83
5.1 Inconstitucionalidad de la reforma.....	87
5.1.1 Derecho a la libertad.....	88
5.1.2 Derecho a la intimidad.....	90
5.1.3 Derecho a la integridad.....	91
5.1.4 Derecho a la presunción de inocencia.....	92
5.1.5 Derecho a declarar contra sí mismo.....	92
5.2 El Artículo 221 del Código Civil y su reforma.....	94
5.2.1 Objetivos propuestos.....	94
5.2.2 Inoperancia del numeral 5º.....	95
5.2.2.1 Orden del juez competente.....	95
5.2.2.2 Institución que práctica la prueba.....	96
5.2.2.3 Control de las partes.....	98
5.2.2.4 Reporte o informe de laboratorio.....	99
5.2.2.5 Personal de laboratorio.....	100
5.2.2.6 ¿Quién paga la prueba?.....	100
5.3 Propuesta de solución.....	102
5.4 Proyecto de reforma al Artículo 220 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno.....	103
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	113



INTRODUCCIÓN

En variadas oportunidades, por razones de trabajo he sido testigo del dolor moral, estado de indefensión y tristeza entre otras manifestaciones de niños que no son reconocidos por sus padres y, cuyas madres se esfuerzan diariamente por proporcionarles prioritariamente lo básico para su subsistencia.

Ante tales hechos, al ser publicado el Decreto 39-2008 del Congreso de la República, el ponente se propuso realizar un análisis de la operatividad de tal normativa, planteándose la hipótesis acerca del numeral 5° del Artículo 221 del Código Civil, si es operante y dotado de una serie de mecanismos que lo conviertan en una realidad.

Los objetivos que se utilizaron en esta investigación buscan establecer cuál es la forma de diligenciamiento de la prueba científica del Ácido Desoxirribonucleico, -ADN- quienes la practican en Guatemala y cuál es su costo; asimismo, determinar si las madres solteras, interesadas en iniciar un proceso ordinario de filiación, tienen la capacidad económica para cubrir el costo de la prueba del -ADN-.

El trabajo se resume en cinco capítulos, los cuales se estructuran así: el primer capítulo se refiere a la maternidad y paternidad, derechos y obligaciones de los padres e hijos en el ordenamiento guatemalteco; el segundo capítulo contiene la filiación y el proceso para su declaratoria, concepto, caracteres, clases, efectos, el proceso de filiación, juez competente, vía procesal, titular de acción, sistema probatorio y trámite; el tercer capítulo trata acerca de las pruebas de paternidad en general, concepto, objeto, historia y clasificación; el cuarto capítulo se refiere a la prueba genética del ADN, antecedentes, diferencias, técnica y aplicación, ventajas y desventajas, el costo de la prueba y la carga de la prueba; y, en el quinto y último capítulo, se hace un análisis del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, su inconstitucionalidad, objetivos e inoperancia del numeral 5°.



Como fundamento de la investigación, se tiene la teoría de que las simples reformas legales no resuelven los verdaderos problemas de filiación.

Ante los planteamientos anteriores se utilizó la metodología adecuada, especialmente los métodos analítico, sintético y deductivo, para hacer el razonamiento concreto, y aplicar las normas legales y teorías existentes en las doctrinas relacionadas con la filiación, pruebas biológicas y ADN y como técnicas de investigación bibliográfica y la contrastación hermenéutica y jurídica.

Se espera que la presente investigación, basada en la realidad nacional, contribuya a ilustrar el fenómeno social aquí descrito, para que las entidades públicas y privadas que trabajan en programas de niñez y adolescencia; asimismo, de apoyo a la mujer, realicen las acciones pertinentes que tengan como fin, hacer efectivo el Decreto 39-2008 en beneficio de la niñez y juventud guatemalteca.



CAPÍTULO I

1. Maternidad y paternidad

Maternidad es “La relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente”.¹ “Es el estado o calidad de madre”.²

Asimismo el vocablo paternidad es definido como “Calidad de padre (v.) Procreación por varón. Relación parental que une al padre con el hijo y, que puede ser legítima cuando está concebido en el matrimonio ilegítimo cuando es concebido extramatrimonialmente”.³

Las definiciones de los vocablos maternidad y paternidad reseñados son breves, pero estimo que ser padre o madre es más que una relación parental entre padre o madre, es un deber que empieza asumiendo legalmente tal calidad. La paternidad es una actitud, una forma de ser, de comportarse. Si bien inmiscuye al padre o a la madre con el hijo, sus raíces trascienden el aspecto meramente personal, trasladando sus efectos al ámbito social. La comunidad, el Estado, la democracia se benefician de una relación paterno filial consolidada.

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 283.

² **Diccionario de la Lengua española**. Pág. 1467.

³ Ossorio, **Ob. Cit.** Pág. 553.



Por otro lado en sentido jurídico “la relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, según que se considera en relación con el padre o con la madre”.⁴

1.2 Derechos y obligaciones derivados de la maternidad y paternidad

“La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, recoge una concepción actual y moderna del niño y de la niña, a quienes les otorga el status jurídico de sujetos de derechos con capacidad propia para ejercerlos; a esa normativa debe sumársele la contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Ambos instrumentos conciben al niño y a la niña como sujetos activos, participativos y creativos, capaces de interactuar con su medio personal y social, de participar en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades y las de los demás, e inclusive de asumir una responsabilidad especial por sus actos”.⁵ Los derechos de los niños y las niñas y sus representantes legales no son de carácter absoluto, tienen un límite y éste es impuesto por las leyes nacionales, principalmente en cuanto a su contenido, por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia LPNA, Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala y el Código Civil, Decreto Ley 106, en relación con su alcance el Código Penal, Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala y leyes penales especiales.

⁴ Brañas, Alfonso. **Manual de Derecho civil**. Pág. 195.

⁵ Solórzano. Justo. **La Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia una aproximación a sus principios derechos y garantías**. Pág. 21.



En cuanto al cumplimiento de los deberes y obligaciones que se derivan de la maternidad y paternidad es el Código Civil y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, son los cuerpos legales que regulan las disposiciones atinentes a ello, las que se resumirán a continuación:

- **Proporcionar alimentos:** 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, 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 se fundamenta constitucionalmente, en el Artículo 55 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual 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 de Asistencia Económica.

- **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.

- 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: El Código Civil establece en el Artículo 1660: "El menor de edad, pero mayor de quince años y el incapaz cuando obra en momentos de lucidez, son responsables de los daños o perjuicios que ocasionen. En los demás casos, son responsables los padres, tutores o guardadores." Es decir que de conformidad con la referida norma es viable afirmar que los padres son los responsables de los daños y perjuicios que ocasionan sus hijos cuando estos son menores de quince años.

Asimismo, de conformidad con el Artículo 78 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, "Es obligación de los padres, tutores o personas responsables de niños y niñas y adolescentes para garantizar el goce de sus derechos:

- a) Brindarles afecto y dedicación.
- b) Proveerles los recursos materiales necesarios para su desarrollo, de acuerdo a sus posibilidades económicas.

- c) Orientarles preventivamente, así como participar activamente en programas comunitarios de prevención y rehabilitación.
- d) Orientar en forma justa la conducta de sus hijos e hijas, bajo su cuidado, empleando medios prudentes de disciplina que no vulneren su dignidad e integridad personal, así como denunciar toda clase violaciones a sus derechos humanos.
- e) Recibir tratamiento especializado para superar las adicciones y conductas agresivas que presenten.
- f) Esforzarse por identificar el talento de sus hijos, hijas y pupilos a efecto de buscar la ayuda especializada que el caso amerite". (sic.)

1.3 Derechos individuales de los niños y niñas

El Decreto número 27-2003, regula una serie de derechos de los niños, niñas y adolescentes tales como el derecho a un nivel de vida adecuado, a la vacunación, a la educación, a la cultura, al deporte, a la recreación, a la protección de la niñez y la adolescencia con discapacidad; a la protección contra el tráfico ilegal, sustracción, secuestro, venta y trata de niños, niñas y adolescentes; derecho a la protección contra la explotación económica; derecho a la protección por el uso ilícito de sustancias que produzcan dependencia; derecho a la protección por el maltrato; derecho a la protección por la explotación y abusos sexuales; derecho a la protección contra toda información y material perjudicial para el bienestar de la niñez y la adolescencia, entre otros; empero por no ser el objeto principal del presente trabajo únicamente tratare los derechos individuales.



1.4 Derecho a la vida

El Artículo tres de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”. Asimismo, el Artículo 1 señala que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el Artículo nueve por su parte establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho fundamental a la vida. Asimismo, que es obligación del Estado garantizar su supervivencia, seguridad y desarrollo integral. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección, cuidado y asistencia, necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, social y espiritual. Reconociendo estos derechos desde su concepción.

1.5 Medidas que el Estado ha adoptado para garantizar el derecho del niño a la vida, supervivencia y desarrollo

La Secretaría de Bienestar Social -SBS- es la autoridad central y ente rector a cargo de las políticas públicas de protección integral de la niñez y la adolescencia: ésta administra, ejecuta y supervisa los centros de programas de bienestar social a favor de la niñez, adolescencia, familia y grupos vulnerables a nivel nacional.



Actualmente la Secretaría atiende a los niños, niñas y adolescentes en tres ejes de trabajo: prevención a cargo de la Subsecretaría de fortalecimiento y apoyo familiar y comunitario; protección por medio de la Subsecretaría de protección y abrigo y rehabilitación familiar y reinserción; y resocialización a través de la Subsecretaría de reinserción y resocialización de adolescentes en conflicto con la Ley penal.

Para garantizar el interés superior del niño, un desarrollo y vida adecuada, la Secretaría de Bienestar Social -S.B.S.-, ha desarrollado programas en distintos ámbitos, los cuales se describen brevemente a continuación:

- Niñez en riesgo social: el Programa Contra la Explotación Sexual Comercial, la Atención a la niñez en situación de calle (se incluye en la calle, de la calle, proceso de callejización), la Repatriación digna y segura de la niña y el niño migrante no acompañado.
- Atención a la Niñez y Adolescencia con Discapacidad: Centro de Educación Especial Alida España y el Centro de Capacitación Ocupacional.
- Atención a los y las Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal: Centros de Detención Provisional mientras se dilucida su situación judicial, Centros de Privación de Libertad, donde se pretende reinsertar y re-socializar a los adolescentes cuando han cometido delitos mayores.



Para ello, la S.B.S. cuenta con nueve centros de atención, 1) Mi hogar para niñas en Antigua Guatemala, 2) Hogar San Gabriel para varones en San José Pinula, 3) Hogares de Protección y Abrigo. 4) Centro Residencial Psiquiátrico Neurológico, 5) Casa Alegría, 6) Hogar Quetzaltenango, 7) Hogar Zacapa, 8) Hogar Elisa Martinez en San José Pinula, 9) Mi Hogar en Antigua Guatemala.

Desde otro ámbito de acción, la Secretaría de Bienestar Social, con base en lo establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y el Acuerdo Gubernativo 18-2006, el cual tiene como objetivo esencial el desarrollo de los procesos de formulación, coordinación y fiscalización de las políticas públicas de protección integral de la niñez y la adolescencia y la ejecución de programas a favor de la mujer, la familia y la comunidad, para contribuir a un funcionamiento sectorial articulado, racional y eficiente, promoviendo el trabajo en equipo, la participación ciudadana y el desarrollo de la familia y de los grupos vulnerables.

Por su parte, la Subsecretaría de Fortalecimiento y Apoyo Familiar y Comunitario, adscrita a la Secretaría de Bienestar Social, es la encargada de desarrollar programas dirigidos al fortalecimiento de las familias y comunidades guatemaltecas, por medio de acciones de apoyo, acompañamiento, autogestión, educación, capacitación, formación y asistencia social, que les permitan tener oportunidades para alcanzar mejores condiciones de vida.

Asimismo, la Subsecretaría de Reinserción y Resocialización de Adolescentes en Conflicto con la Ley, tiene como función principal llevar a cabo todas las acciones relativas al cumplimiento de las sanciones impuestas a los adolescentes transgresores de la Ley penal, así como cumplir las funciones que emanan de la normativa interna relativa a la responsabilidad penal de los adolescentes.

“En cuanto a información relativa a acciones tomadas para que se registren los fallecimientos de niños y las causas de muerte y, cuando proceda, se investigue y comunique lo relativo a estos fallecimientos, así como las medidas adoptadas para evitar el suicidio en la infancia, vigilar su incidencia y velar por la supervivencia de los niños de cualquier edad, el Estado tiene contempladas medidas universales, aplicables a todos los ciudadanos, desde el proceso de notificar a las autoridades de los hechos hasta el proceso de la investigación y persecución penal; no existen medidas especiales aplicables a los casos de menores”.⁶

1.5.1 Derecho a la igualdad

Este principio se encuentra regulado en el Artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, relativo a la libertad e igualdad, que establece lo siguiente: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

⁶ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política Pública del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos-COPREDEH-. **3º y 4º informe del Estado de Guatemala sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño y sobre el progreso que se ha realizado en cuanto a esos derechos.** Págs. 20-21.

El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

Dicha garantía se encuentra regulada, específicamente en relación a los hijos, en el ordenamiento jurídico a nivel constitucional en el Artículo 50, el cual preceptúa: “Igualdad de los hijos; todos los hijos son iguales ante la Ley y tienen los mismos derechos, toda discriminación es punible”. (sic.)

De igual manera el principio que interesa es desarrollado por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Artículo 10 el cual norma: “Los derechos establecidos en esta Ley serán aplicables a todo niño, niña o adolescente sin discriminación alguna, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, discapacidad física, mental o sensorial, nacimiento o cualquier otra índole o condición de éstos, de sus padres, familiares, tutores o personas responsables...” (sic.)

De conformidad con las disposiciones generales de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el referido principio de igualdad debe aplicarse e interpretarse en favor de toda persona desde su concepción hasta que llega a la mayoría de edad.



El referido Artículo, continúa señalando lo siguiente: “A las niñas, niños y que pertenezcan a grupos étnicos y/o de origen indígena, se les reconoce el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales, en tanto que estas no sean contrarias al orden público y el respeto debido a la dignidad humana.

El Estado garantizará a las niñas, niños y adolescentes cualquiera que sea su ascendencia, a tener su propia vida cultural, educativa, a profesar y practicar su propia espiritualidad, costumbres, a emplear su propio idioma y gozar todos los derechos y garantías que le son inherentes, de acuerdo a su cosmovisión”. (sic.)

En tal sentido en referencia el Artículo de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, El Estado en concordancia con la Carta Magna, reconoce específicamente como sujetos de Derecho sin límite alguno, a todas las personas desde su concepción hasta la mayoría de edad, y se compromete a crear políticas y programas para que dicho grupo de la población goce de todos los derechos y garantías que le son inherentes por el solo hecho de ser personas.

En opinión personal, no es suficiente reconocer como sujeto de derecho a una persona o conjunto de ellas, sino es necesario que dicho reconocimiento se haga efectivo a través de acciones concretas que le garanticen y le permitan ejercer tal condición y disfrutar de los efectos que produce ese reconocimiento.

1.5.2 Derecho a la integridad personal

El Artículo 11 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que: "Todo niño, niña y adolescente tiene Derecho a ser protegido contra toda forma de descuido, abandono o violencia, así también a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes". (sic.)

El Artículo que precede reconoce el derecho a la integridad personal de la niñez y adolescencia, pero tal y como se dijo en el párrafo precedente, no basta el reconocimiento legal de tal derecho, sino es necesario que se instruya a la niñez y adolescencia en relación a tal declaración plasmada en su favor.

1.5.3 Derecho a la libertad, identidad, respeto, dignidad y petición

Cada uno de los derechos enunciados en el subtítulo que me ocupa ha sido objeto de profundos estudios, desde el punto de vista filosófico, psicológico, social, político y jurídico ya que cada uno comprende una extensión amplia; sin embargo, para efectos del esta exposición se delimitará a lo establecido en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por contener dicho cuerpo legal la normativa específica en relación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.



El Artículo 12 de la Ley, estipula que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen el Derecho a la libertad que les confiere la Constitución Política de la República, tratados, convenios, pactos y demás instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala y la legislación interna. El Artículo 13 de la referida Ley establece que el Estado debe garantizar la protección jurídica de la familia. Los niños, niñas y adolescentes deben gozar y ejercitar sus derechos en la medida de su desarrollo físico, mental, moral y espiritual dentro del marco de las instituciones del Derecho de familia reconocidas en la legislación.

El Estado respetará los derechos y deberes de los padres y en su caso de los representantes legales, de guiar, educar y corregir al niño, niña o adolescente, empleando medios prudentes de disciplina que no vulneren su dignidad e integridad personal como individuos o miembros de una familia, siendo responsables penal y civilmente de los excesos, que como resultado de sus acciones y omisiones, incurrieren en el ejercicio de la patria potestad o tutela”. (sic.)

Respeto, el Decreto número 27-2003 define este Derecho señalando que: “El derecho al respeto consiste en la inviolabilidad de la integridad física, psíquica, moral y espiritual del niño, niña y adolescente”. (sic.) Y agrega que: “Es obligación del Estado y de la sociedad en su conjunto, velar por la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, como individuos y miembros de una familia, poniéndolos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, aterrador, humillante o constrictivo”. (sic.)



El respeto en general es una norma de conducta en la que deben conducirse todos los seres humanos por el hecho mismo de serlo y de ser semejantes, por lo que se entiende que el precepto que antecede adquiere relevancia jurídica cuando no es observado de manera integral en cuanto a la niñez y adolescencia y en tal sentido ser sancionado por el Estado en el uso del *ius Puniendi*.

Petición, el Decreto número 27-2003 en el Artículo 17 preceptúa que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a pedir ayuda y poner en conocimiento de cualquier autoridad en caso de violación o riesgo de violación de sus derechos, la que estará obligada a tomar las medidas pertinentes”. (sic.)

La norma que antecede desarrolla de manera específica el derecho de petición consagrado en la Constitución Política de la República, confiriendo en este caso facultad de acción a los niños, niñas y adolescentes para dirigir peticiones, a cualquier autoridad, la que está obligada a atenderles en caso de violación o riesgo de violación de sus derechos.

1.5.4 Derecho de identidad

El Artículo 14 de la Ley de Protección Integral de la niñez y adolescencia establece que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tener su identidad, incluidos la nacionalidad y el nombre, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, las expresiones culturales propias y su idioma.



Es obligación del Estado garantizar la identidad del niño, niña y adolescente, sancionando a los responsables de la sustitución, alteración o privación de ella.

Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de no ser separados de su familia, sino en las circunstancias especiales definidas en la Ley y con la exclusiva finalidad de restituirle sus derechos. Dentro de los casos regulados en la Ley a los que nos referimos se pueden citar: Las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, exposición o abandono que los padres hicieron de los hijos, dedicar los hijos a la mendicidad.

El Estado deberá prestar la asistencia y protección adecuada en todos aquellos casos en los que sean privados ilegalmente de alguno de los elementos que constituyen su identidad, con el fin de restablecerla". (sic.)

En referencia a esta norma puede decirse que los términos asistencia y protección son bastante amplios, en tal sentido puede afirmarse que el Estado en cumplimiento de tal precepto está obligado a brindar a un menor en caso de ser requerida su asistencia y protección con tal motivo, asistencia legal, psicológica y económica como mínimo.

La doctrina en relación al citado derecho, expone que: "la identidad admite tres dimensiones:

Identidad personal en referencia a la realidad biológica: es el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde.

A esta y a las otras dimensiones hace referencia la Convención sobre los Derechos del Niño en sus Artículos siete y ocho. Dentro de esta dimensión se comprenden dos aspectos:

1. Identidad genética: abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible.⁷ En este caso puede afirmarse que el patrimonio genético está constituido por las características genéticas deseables y aquellas que no son de ambos padres, en tal sentido este permite identificar clínicamente que un niño, niña o adolescente posee buena visión heredada de sus padres o bien que debe realizarse exámenes médicos con regularidad ya que en ambos o alguno de sus progenitores hay antecedentes de cáncer.
2. Identidad filiatoria: resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Este aspecto de la identidad no se presenta completo en los supuestos de falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial. Identidad personal en referencia a los caracteres físicos de la persona: comprende los rasgos externos de la persona que la individualizan e identifican como: los atributos de la personalidad, la propia imagen.

⁷ Zacarias Mejía, José Alberto. **La necesidad de regular el resarcimiento del daño causado a los hijos no reconocidos voluntariamente por su padre cuya filiación ha sido declarada judicialmente por ser producto de una relación extramatrimonial.** Pág. 28

En cuanto los atributos de la persona, la falta de reconocimiento impide el uso del apellido del progenitor no reconociente.

“Identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona: realización del proyecto existencial de la persona: sus pensamientos, creencias, ideologías, costumbres. La falta de reconocimiento afecta la vida del hijo en todos los aspectos incluidos en esta dimensión”.⁸ (sic.)

“...uno de los caminos para subsanar estas limitaciones es promover una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, paso previo necesario para la procedencia de una reparación. Entendemos que en estos casos el daño a la identidad es de entidad suficiente para el reclamo, puesto que limita el desarrollo integral del hijo, afectando su proyecto de vida al ser fraccionada en un antes y un después del reconocimiento”.⁹

En el Derecho Civil guatemalteco, es incuestionable la legitimación amplia para el ejercicio de las acciones de requerimiento de filiación matrimonial o extramatrimonial de impugnación de reconocimiento de la paternidad matrimonial y de la maternidad.

⁸ **Ibid.** Pág. 29

⁹ Krasnow, Adriana Noemí. **Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Protección del Derecho a la identidad. VII Congreso Internacional de Derecho de daños, responsabilidades en el siglo XXI.** Edición electrónica (22 de agosto 2008).



1.5.5 Derecho a la familia

El Artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: "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 a las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos."

El derecho a la familia se encuentra regulado de manera específica en relación a la niñez y adolescencia en el Artículo 18 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, de la siguiente manera: "Todo niño o niña y adolescente tiene Derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente en familia sustituta, asegurándole la convivencia familiar y comunitaria en ambiente libre de la presencia de personas dependientes de sustancias alcohólicas y psicotrópicas que produzcan dependencia".

Precisa aquí resaltar que el Estado ha creado un conjunto de normas que tienen por objeto la protección integral de los niños, niñas y adolescentes; empero, es el padre y la madre independientemente de con quién vivan los hijos, quienes tienen obligaciones comunes y responsabilidades compartidas, así como derechos para la crianza, desarrollo y orientación apropiada de sus hijos e hijas.



Puesto que es el hogar el espacio idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, la seguridad emocional y el desarrollo moral y espiritual de sus integrantes.

En este capítulo se dio a conocer todas las generalidades referentes a la paternidad y maternidad, de igual manera los derechos y obligaciones que esta genera y que se encuentran contempladas en la Constitución Política de la República de Guatemala y en las diferentes leyes que han sido creadas para proteger a la niñez. Así como las medidas que el estado ha adoptado para asegurar el derecho de los niños y niñas a la vida, supervivencia y desarrollo.



CAPÍTULO II

2. La filiación y el proceso para su declaratoria

La filiación “Más que un problema legal (...), la filiación es un drama social que echa sus raíces en la comunidad mereciendo ser afrontado con prontitud y rectitud por la Ley tomando en cuenta el interés familiar y sobre todo del niño”.

Puesto que la “filiación es un problema sensible humano de por sí, que el Estado debe asumir con responsabilidad regulando legalmente la formalización del nexo filial de las personas en especial, los lazos de paternidad”.¹⁰

El 23 de agosto del año pasado en el Diario el Periódico de Guatemala se destacaba:

“Álvaro Colom sancionó la Ley de Paternidad Responsable en la mañana de ayer”. En la referida nota el mandatario de la nación señalaba que “hasta el 28 por ciento de niños en algunos lugares de las provincias, y el 19.9 por ciento de la capital padecen el abandono de su progenitor”.¹¹ Lo anterior evidencia la gravedad de la problemática que se pretende abordar y la importancia de su tratamiento.

¹⁰ Varsi Rospigliosi **Ob. Cit.** Pág. 384.

¹¹ **Ibid.**

2.1 Definición

Comúnmente la filiación es concebida como una condición o circunstancia natural que concurre en todas las personas. Todo el mundo, es hijo de un padre y de una madre. Siendo esta fuente de una serie de relaciones jurídicas que interceden entre el hijo y sus progenitores y también, aunque dentro de ciertos límites, con los parientes del uno y de los otros.

En la filiación se funda una estricta relación paterno-filial (y en este sentido se dice del hijo que goza de un status filii) y, además, una relación más amplia, de carácter parental o familiar (y entonces se dirá, siempre desde la perspectiva del hijo, que éste ostenta un status familiae).

La filiación como hecho jurídico no es el simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento. Prescindiendo de la adopción que, en principio, actúa independientemente de la filiación por naturaleza, es posible, de un lado, que la filiación no pueda jurídicamente establecerse y entonces, para el Derecho, el hijo carecerá de uno de los dos progenitores o de los dos, y de otro, que, aun establecida o determinada la filiación, sus efectos jurídicos no sean los mismos.

Acerca del vínculo o relación referido se dice: “De todas las relaciones, la más importante es sin duda, la que se llama filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto). Desde este último punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental se denomina más propiamente paterno filial, ya que si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad”.¹²

En ese sentido, puede afirmarse que la filiación es la relación natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores. Se llama paternidad cuando esta relación se refiere a los padres como tales y filiación cuando se refiere a los hijos. En un sentido amplio, la filiación puede tener referencia a la relación de parentesco y a los derechos derivados de esa relación, la que puede ser aún más allá de la relación con los progenitores.

Se estima oportuno aclarar también que se entiende por reconocimiento, el cual es definido como “Aquella declaración hecha por ambos padres (o bien por uno solo de ellos aisladamente) por cuya virtud acreditan que una persona es hija suya, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las fórmulas prescritas por las leyes”.¹³

¹² Cornejo Chávez, Héctor. **Derecho familiar peruano**. Pág. 357.

¹³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 225.

Es decir que la filiación es la relación natural y jurídica y el reconocimiento la forma mediante la cual se establece o declara la existencia de la primera. Existiendo en tal virtud dos clases de reconocimiento voluntario y judicial; atendiendo a si tal declaración proviene de la voluntariedad del reconocedor o, si por el contrario es producto de una declaración judicial, en el primer caso estamos ante un reconocimiento voluntario y el segundo ante uno forzoso.

A lo anterior es posible agregar que el reconocimiento es un acto jurídico voluntario o forzoso, unilateral, (se dice que es unilateral en virtud de que está previsto en el Código Civil Artículo 214 que los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente, en el primer caso, ambos comparecen simultáneamente a otorgar el documento; en el segundo, lo harán por separado, en documentos distintos.) de carácter irrevocable que no requiere el consentimiento de la otra parte para producir sus efectos.

Sin embargo, el hecho de que sea un acto voluntario no significa que sea discrecional del sujeto, que tiene el deber de realizarlo ya que la Ley no lo faculta a utilizar su libre albedrío. "que dependa de la iniciativa privada no implica que el ordenamiento niegue el Derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor. Y si el hijo tiene el Derecho a obtener su emplazamiento respecto del padre o la madre que no lo ha reconocido espontáneamente, es obvio que éste asume el deber de reconocer al hijo, que, como tal, es un deber jurídico". (sic.)

Establece el Código Civil en el Artículo 215 que: "Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no estarán obligados a revelar el nombre de la persona con que hubiesen tenido el hijo," (sic.) es decir que la madre o el padre al momento de presentarse ante el registrador civil de las personas a declarar el nacimiento de un niño o niña puede legalmente omitir manifestar con quien procreo el niño o niña de quien pretende inscribir su nacimiento, tal precepto en la práctica se cree que tiene funcionalidad solo para la madre ya que ella es quien figura en el informe de nacimiento y si ella no hubiere revelado el nombre del padre este no aparecerá en dicho documento, en cambio en el caso del padre, siempre tendrá que haber una mujer con quien procreó al nacido y el nombre de esa persona siempre va a figurar en el informe del nacimiento es decir que un padre nunca podría ocultar en la inscripción de nacimiento, aunque así lo desee el nombre de la madre del hijo suyo.

El citado Artículo también establece: "No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable". Comenta el licenciado Brañas que "Este precepto contiene, a la luz de su interpretación dos aspectos distintos: el primero, se trata de una falta de obligación, es decir, el padre o la madre que haga el reconocimiento puede o no, a su albedrío, revelar el nombre de la persona con quien procreó al hijo; en el segundo, tratase de una prohibición terminante, lógica porque la Ley crea la presunción de paternidad atribuida al marido, pero si existe impugnación declarada procedente de la paternidad, la prohibición desaparece".¹⁴

¹⁴ *ibid.*

En cuanto a la característica irrevocable del reconocimiento, Alfonso Brañas escribe: "Esta es una disposición eminentemente favorecedora del hijo, y que tiene por objeto evitar toda incertidumbre futura respecto a la paternidad o a la maternidad. La calidad del hijo legalmente establecida por el reconocimiento, no puede quedar sujeta a cambios por la voluntad de quien asume la calidad de padre, la paternidad, o en su caso la maternidad, si de la mujer se tratare".¹⁵

2.2 Caracteres de la filiación

Los caracteres esenciales de la filiación son la certeza y la estabilidad. Con la certeza la Ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable y con la estabilidad la Ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradero, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad impugnación o aceptación del padre.

2.3 Clases de filiación

Es preciso recordar que tal y como se anoto en párrafos precedentes la filiación es la relación natural y jurídica que une a los hijos con sus progenitores, en tal sentido a criterio del ponente tal relación no precisa ser clasificada ya que es única, empero doctrinariamente tal vinculo o relación comúnmente, la doctrina la clasifica atendiendo al vinculo matrimonial existente entre el padre y la madre del hijo.

¹⁵ Ibid.

De tal manera, que si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre están unidos por matrimonio será filiación legítima o matrimonial; y si es un hijo nacido de una relación en la cual padre y madre no están unidos por matrimonio, será filiación ilegítima o extramatrimonial.

La vergonzosamente clasificación de legítima e ilegítima, o naturales y los no naturales a mi entender únicamente ha servido para limitar los derechos de los hijos no nacidos bajo el manto matrimonial.

Algunos autores adicionan a la clasificación citada la filiación cuasimatrimonial, que es aquella que se da entre hijos nacidos de padre y madre que tienen unión de hecho legalmente declarada y registrada, y la filiación adoptiva, que es la que se da entre el adoptado y el adoptante.

Al pasar de los años la diferenciación antes referida va sensibilizándose al punto de reconocerse legalmente la igualdad los hijos matrimoniales y extra matrimoniales. El Pacto de San José de Costa Rica en el Artículo 17, inciso 5º, establece que la Ley debe equiparar los derechos de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales otorgando trato igualitario a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, sin hacer distinción entre ellos.

“Existe una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial”. Como es el caso del sistema brasileiro (artículo. 1591 y ss del Código Civil) y el de Québec que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (artículo 522) y la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor (artículo 523)”.¹⁶

En el caso de Guatemala, a pesar de que la Constitución Política de la República de Guatemala confiere igualdad a todos los seres humanos nacidos dentro del territorio, y en caso específico de los menores de edad el Decreto 27-2003 contentivo de la Ley para la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia reconoce la igualdad de todos los niños, niñas y adolescentes, el Código Civil reconoce la igualdad de derechos a todos los hijos pero clasifica la filiación en matrimonial y extramatrimonial.

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil; implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

¹⁶ Varsi Rospigliosi. **El moderno tratamiento legal de la filiación.** Pág. 49.



Las dificultades existentes en relación a la probanza de la filiación influenció sobremanera en el afianzamiento del sistema presuncional, siendo este el caso en La legislación civil guatemalteca en relación a la filiación matrimonial, la cual establece ciertas presunciones en relación al hijo nacido de matrimonio es decir que de esta manera la Ley crea una filiación o nexo filial por presunción.

De todos es sabido que, no todo en el universo funciona de manera perfecta por lo que, el Código Civil también regula el caso que el nexo biológico entre el padre y el supuesto hijo no concuerde con el legal, dejando la posibilidad de que el marido, contra quien se dirigen los efectos de las presunciones legales referidas pueda impugnar judicialmente la paternidad que le es legalmente atribuida o que biológicamente no existe. Esta acción es conocida doctrinalmente como acción de impugnación de la filiación legítima o matrimonial o impugnación de legitimidad.

La referida acción se encuentra regulada en el Artículo 204 del Código Civil la cual, en principio corresponde exclusivamente al marido, siendo éste el único con legitimidad procesal para ejercitar dicha acción.

Sin embargo, dicha normativa también establece los siguientes casos de excepción en los cuales esta acción puede ser planteada por los herederos del marido.

a) Si el marido muere después de presentada la demanda.

“Los herederos del marido solamente podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero este Derecho podrán ejercitarlo únicamente dentro de sesenta días contados desde la muerte del marido.”(sic.)

b) Si el marido hubiere fallecido antes de transcurrir el plazo para deducir la acción en juicio.

c) Si el hijo es nacido después de la muerte del marido.

La acción de impugnación de la filiación matrimonial tiene como objeto destruir o desvirtuar las presunciones que la Ley establece en cuanto a quién debe ser considerado padre del hijo concebido y/o nacido dentro del matrimonio.

La doctrina al referirse a la impugnación de la filiación legítima por parte del padre suele denominarla también como impugnación rigurosa de la paternidad o por prueba de la no paternidad.

El objeto de esta acción se reduce a descartar o excluir el nexo biológico entre el hijo nacido y el presunto padre.

2.4 Filiación extramatrimonial

En los últimos años, la tendencia en aumento de realizar prácticas sexuales de una sola noche, cambiar de pareja y mantener relaciones prematrimoniales, se han vuelto muy comunes entre los jóvenes, y también en las personas más adultas, e incluso en las personas casadas; en otras palabras el país cada vez se está tornando en liberal, desde el punto de vista sexual, lo cual ha conllevado a un crecimiento de los nacimientos fuera del matrimonio y a una crisis de confianza conyugal.

En relación a los hijos extramatrimoniales se señala lo siguiente: “Para que alguien sea hijo extramatrimonial será preciso los dos hechos, la concepción y el nacimiento, se produzcan fuera del matrimonio”.¹⁷

Al respecto modernamente se esgrimen diferentes conceptos de filiación extramatrimonial, por ejemplo el esgrimido por Varsi cuando manifiesta:

“En la filiación extramatrimonial los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla”.¹⁸

¹⁷ Cornejo Chávez. **Ob. Cit.** Pág. 433.

¹⁸ Varsi Rospigliosi. **Ob. Cit.** Pág. 100.

En referencia a la filiación extramatrimonial también se expone lo siguiente:

“solo se puede establecer por reconocimiento voluntario o forzoso, como consecuencia de una sentencia declarativa de paternidad o de maternidad...” voluntario o forzoso, como consecuencia de una sentencia declarativa de paternidad o de maternidad...”¹⁹

El Decreto Ley 106, no define la filiación matrimonial así como tampoco la extramatrimonial, por lo que en relación a la segunda considero que es aquella circunstancia social en la que nace un niño sin que sus padres biológicos se encuentren casados o unidos legalmente, situación que provoca que dicho menor carezca de vínculo legal con su padre biológico, lo cual no imposibilita que con posterioridad el menor sea reconocido voluntaria o forzosamente por el padre.

La legislación civil de Guatemala, en relación a esta clase de filiación no regula ninguna base para establecer presunciones legales como las que existen para la filiación legítima, la única forma de determinar y constatar aquella es el reconocimiento en cualquiera de sus modalidades. Por lo que cuando este reconocimiento no se da de manera voluntaria la acción que la Ley confiere a las personas legitimadas, es la de promover el reconocimiento forzoso.

¹⁹ Delgado Barreto, Cesar. María Antonieta Delgado Méndez, Cesar Lincoln, Candela Sánchez. **Introducción al Derecho internacional privado**. Pág. 139.

Es importante mencionar que de conformidad con el Artículo 210 del Código Civil, cuando la filiación no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, por el sólo hecho del nacimiento y con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario, o por sentencia judicial que declare la paternidad, precepto que, tal como comenta el licenciado Brañas puede verse, y resulta lógico, ya que atribuye plenamente la maternidad por el sólo hecho del nacimiento, y reconoce las antedichas dos clases de reconocimiento de la paternidad. Por supuesto, como afirma el citado autor no queda excluido el caso excepcional de que la madre reconozca al hijo, o bien, se demande la declaración de maternidad.

2.5 Momento en que se establece la filiación

El principio general es que, sólo en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo: 1, cuando el hijo sea póstumo; 2, cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiese fallecido durante la menor edad (minoridad) del hijo; y, 3, en los casos mencionados en el Artículo 221 del Código Civil.

Es interesante observar que al permitir el Código que la acción de filiación pueda entablarse, no obstante la muerte del padre o de la madre, en los casos mencionados en el Artículo 221, o sea, como se dijo, en los casos en que la paternidad puede ser judicialmente declarada, prácticamente dejó sin validez el principio general, contenido en el Artículo 224, de que la acción de filiación sólo podrá entablarse en vida del padre o de la madre, según el caso.

2.6 Efectos de la filiación

De la filiación derivan una serie de efectos entre los que se citan, los siguientes:

1. "En el caso de derecho de familia, la filiación origina la patria potestad, el que en algunas legislaciones se divide en la custodia personal del menor y la custodia patrimonial de sus bienes, la obligación alimenticia en caso de vida separada de los padres, el derecho a la relación directa y regular entre el hijo y el padre que no tiene la custodia del primero, el deber de socorro y ayuda mutua, el deber de educar al hijo.
2. En el caso de 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).
3. La filiación determina los apellidos de la persona, que se regirán en función de la legislación concreta aplicable".²⁰ (sic.)

Entre los efectos extraciviles se citan los siguientes:

"En derecho penal, la filiación puede alterar la punibilidad de un delito, en algunos casos como excusa legal absolutoria, y en otras bien como atenuante, bien como agravante.

²⁰ www.monografias.Com. (15/02/2009)

En derecho constitucional, la filiación puede comunicar la nacionalidad de los padres a los hijos de éstos, en los casos de regla de ius sanguinis”.²¹ (sic.)

2.7 La filiación en la legislación guatemalteca

De conformidad con el Código Civil los efectos que se derivan de la filiación son los siguientes:

- Derecho a llevar los apellidos del padre y la madre: 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.
- Derecho a recibir alimentos del padre y la madre, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos: El ordenamiento civil 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.

²¹ Ibid.

- 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 en el Artículo 144 establece que serán guatemaltecos de origen los hijos de padre o madre guatemaltecos.
- Todos los derivados de la patria potestad: Los deberes y obligaciones, que origina de la patria potestad en términos generales se pueden resumir en los siguientes:

“1. 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.

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

3. Representación legal en actos de la vida civil.
4. 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.
5. 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". (sic.)

2.8 El proceso de filiación

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica, que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público. Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrandole legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados.

Existen dos criterios bien diferenciados respecto al juicio de filiación. La moderna doctrina especializada considera que "el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial", en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables.

Mientras tanto los conservadores sostiene que: "es dable aclarar que éste no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación".²²

Se estima, que el segundo es el adoptado por la legislación guatemalteca en materia de paternidad extramatrimonial. Ya que la normativa vigente presenta un proceso sustentado en los resultados periciales cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador. Lo anterior se evidencia en los considerandos segundo y tercero del Decreto 39-2008 en los cuales se establece: "Considerando que los elementos establecidos para que se declare judicialmente la paternidad son insuficientes, poco determinantes y limitativos, puesto que pareciera que solo si se dan los elementos detallados en el Artículo objeto de la reforma, se puede justificar, probar y declarar la paternidad en la vía judicial, sin estimar los avances científicos en la materia.

"Considerando que el juicio ordinario para reconocimiento de paternidad constituye un proceso largo y desgastante, sobre todo para la mujer, que en muchos casos afronto un litigio vergonzoso, incluso para el menor por lo que, algunas veces prefiere no recurrir a la vía judicial, dejando de esta forma en desamparo emocional y económico a los menores de parte de sus padres, siendo por lo tanto, la prueba de ADN.

²² Di Lella, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Pág. 46.

Idónea para estos procesos con un 99.99% de certeza, cumpliendo de esta forma con la aplicación de la justicia en forma pronta y cumplida y no sometiendo a las madres a juicios que menoscaban su dignidad y la de sus hijos.

“Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor aceptar las conclusiones de aquella”.²³

2.8.1 Juez competente

De conformidad con la Ley de Tribunales de Familia, Decreto Ley 206, son competentes para conocer de la declaratoria de filiación los Tribunales de Familia. El Artículo dos de La Ley de Tribunales de Familia, establece que corresponde a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias relacionados con la paternidad y filiación.

Cabe comentar que en la legislación comparada, (Perú) son competentes para conocer de estos procesos los jueces de paz, justificando la competencia el hecho que al no existir mayor complejidad en la probanza, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del juez es mínima, así mismo que dicha competencia es más accesible tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas.

²³ Bueno Rincón, Fabio Enrique. **La investigación de la filiación y las pruebas biológicas**. Pág. 204.



En opinión del ponente en nuestro País sería aconsejable modificar la competencia de los jueces de paz para que estos pudieran igual que en Perú, conocer de los procesos de filiación ya que actualmente en todos los municipios existen juzgados de paz no así juzgados de primera instancia de familia lo que dificulta y encarece el planteamiento de los juicios ordinarios de filiación para las personas que se viven en las poblaciones alejadas del casco urbano.

2.8.2 Vía procesal

El Artículo nueve de la Ley de Tribunales de Familia, establece que los juicios relativos a la paternidad y filiación se sujetaran a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. En dicho cuerpo legal no se establece específicamente una vía procesal para ejercer dicha acción, sin embargo, el Artículo 96 de la referida normativo regula: "Las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario".

Por lo que es dable afirmar que en aplicación de dicha norma, la vía procesal para promover la acción de paternidad y filiación extramatrimonial es la vía ordinaria, siendo este un procedimiento declarativo tal y como lo establece el Artículo 227 del Código Civil.



2.8.3 Titular de la acción

El Código Civil en el Artículo 220 establece "El hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene Derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este nunca prescribe respecto de él. Los herederos del hijo podrán proseguir la acción que dejare iniciada al tiempo de su fallecimiento o intentarla, si el hijo falleciere durante su menor edad, o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere en ese estado". Al tenor del Artículo que antecede se evidencia que la regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. Es este quien tiene la legitimidad para obrar, pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad.

Tal y como se anotó durante la minoría de edad la madre podrá ejercer este Derecho que corresponde al hijo acreditando tal calidad de conformidad con el Código Civil se establece y se prueba con relación a la madre, por el solo hecho del nacimiento.

2.8.4 Sistema probatorio

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, el sistema probatorio para declarar la paternidad o para impugnar la misma puede afirmarse que es de tipo abierto no solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas. (con preeminencia de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico a partir de la vigencia del Decreto 39-2008) sino, fundamentalmente, porque el aspecto biológico es el que define la problemática.



Así mismo porque se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo paternal, sin restricción alguna.

En relación a los métodos e investigaciones científicas para acreditar o desvirtuar la filiación estos serán tratados de manera específica en los capítulos siguientes.

2.8.5 Del trámite

En la actualidad no existe ninguna diferencia en cuanto al trámite de cualquier otro proceso. El camino legal para comprobar la paternidad es largo, y puede resultar oneroso para las madres que buscan que sus hijos sean reconocidos legalmente, puesto que en el juicio ordinario todas las diligencias se hacen por escrito, admitiendo todo tipo de contratiempos pudiendo durar de dos a cuatro años.

Ahora bien conviene precisar por qué no existe precisión en cuanto al tiempo, primero porque el proceso está sujeto a una serie de factores externos que no dependen de la voluntad de la parte actora sino del órgano jurisdiccional y del demandado, del primero porque la parte actora es la que constantemente está promoviendo la actividad del órgano jurisdiccional pero es usual y con muy contadas excepciones que este no realice los actos dentro de los plazos establecidos en la Ley.



Asimismo que en la mayoría de juzgados se argumente constantemente que carecen de personal suficiente para realizar las diligencias, en cuanto al demandado porque este muchas veces éste a través de su abogado plantea una serie de recursos para demorarlo.

“Muchas mujeres creen que con el hecho de que los hombres se sometan a esta prueba lograrán, de manera ágil, que cumpla con sus obligaciones, pero la realidad es que deben presentar una demanda para lograrlo”.²⁴

El Congreso no solo debió reformar el Artículo 200 y 220 del Código Civil, si no también reformar el procedimiento reduciendo etapas, actos y plazos. Las etapas del juicio ordinario son muy prolongadas y los actos en su mayoría admiten una serie de recursos que lo hacen demorar, en cuanto a los plazos estos también son en demasía extensos por lo que generalmente la parte actora termina por abandonar su pretensión asimismo porque partiendo de la certeza de la prueba genética del ADN, luego de desahogarse la misma, muy poco podrán hacer cada una de las partes para objetar tal resultado y luego de ello cualquier otra prueba por la veracidad de su resultado viene a ser irrelevante.

En tal sentido a criterio del sustentado la celeridad atendiendo a los principios de con los principios de sencillez, celeridad y economía procesal, se lograría a través de un proceso especial diseñado para dicho fin como por ejemplo.

²⁴ López Ovando, Olga. **Prensa libre**. Pág. 12.

Admitida la demanda, el juez fijará plazo de ocho días al demandado para oponerse a ella, bajo apercibimiento de que de no hacerlo sería declarado padre del presunto hijo, en caso de que el presunto padre no compareciera el juez dictará sentencia declarando padre al demandado del presunto hijo.

En caso de oposición, se diera audiencia a la parte actora por el plazo de dos días y se abriera a prueba por un plazo común de ocho días. Debiendo las partes ofrecer las pruebas e individualizarlas al momento de presentar la oposición o de evacuar la audiencia, vencido el plazo, el juez dictara sentencia dentro de los ocho días siguientes de haber concluido el de prueba.

2.8.6 La demanda

La demanda debe plantearse ante un Juzgado de Familia tomando en cuenta en cuanto a la madre el Artículo 17 del Código Procesal Civil y mercantil el cual reguía: "El demandante en toda acción personal, tendrá Derecho de ejercitar su acción ante el juez del domicilio del demandado, no obstante cualquier renuncia o sometimiento de este". Así mismo en cuanto al hijo el Artículo 18, el cual dispone: "En los procesos relacionados con asuntos de familia en que figuren como demandantes menores o incapaces, será Juez competente el del domicilio de éstos o el del lugar donde resida el demandado, a elección de los demandantes".



Asimismo deberá cumplirse con todos los requisitos señalados en los Artículos 61.63, 79, 106 y 107 del Código Procesal Civil y Mercantil.

2.8.7 Medios para acreditar la filiación

De conformidad con el Ordenamiento Civil vigente, la filiación se prueba únicamente con la certificación de la partida de nacimiento de la persona, donde consta quienes son sus padres, y en su caso por la certificación de matrimonio extendida por el Registro Nacional de las Personas correspondiente.

El anterior Capítulo sirvió para dar a conocer la definición de filiación y el proceso para su declaratoria, también describir los caracteres de la misma, las clases, en qué momento se establece, sus efectos y de qué forma esta descrita en la legislación guatemalteca: como también el proceso a seguir.



CAPÍTULO III

3. Las pruebas de paternidad

Previo a hacer referencia a las pruebas de paternidad se presentará el concepto de prueba y su objeto en el proceso, puesto que sí se reconoce que en los procesos de ordinarios de filiación en casi todo el proceso, el conflicto se limita a la discusión de los hechos, las pruebas tienen en estas condiciones, una vital importancia porque un proceso sin prueba carecería no sólo de razón, sino de objeto.

Asimismo, se reseña lo atinente a las pruebas biológicas de manera somera por cuanto no se pretende de manera alguna pensar que el abogado además deber ser médico o biólogo. pero sí que llegado su momento no se encuentre perdido en la terminología científica, y en la correcta comprensión de la misma.

En el caso de los jueces se comprende que no siempre estará el Juez en capacidad de apreciarla adecuadamente, sin el concurso de expertos. Por ello, la legislación procesal establece en Artículo 193: "El juez si lo considerare necesario para la apreciación de esta prueba, podrá requerir el dictamen de expertos." (sic.)

Para nadie es un secreto que en el país existe un gran número de madres solteras con hijos, producto a veces, de uniones más o menos duraderas o momentáneas. Lo anterior fue evidenciado en una nota publicada el 23 de agosto del año recién pasado (2008), en el Diario el Periódico de Guatemala en la cual se leía: “hasta el 28 por ciento de niños en algunos lugares de las provincias, y el 19.9 por ciento de la capital padecen el abandono de su progenitor”.

En virtud de tales consideraciones se estima que cada día se hace más latente la necesidad que el jurista para ser tal, combine la ciencia y la técnica para lograr en el menor tiempo posible pronunciamientos de sentencias que acaben con el deterioro anímico y desgaste psicológico que produce en la parte actora el planteamiento de un proceso de filiación extramatrimonial.

“Dicen los médicos Luis Veruno y Emilio J.C. Hass: Una simple extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocua, indolora, no invasora y traumática es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza de aproximadamente 100%. La extracción efectuada siguiendo las reglas normales de asepsia, en breves segundos termina con tribulaciones, angustias, inseguridades y deterioro anímico que significan, a veces, años de recolección de pruebas, testimonios, fotografías, comprobaciones sociales, etc.”.²⁵

²⁵ Vlex.com/vid/biologicas-paternidad-cientificos-mismas (13-3-2009)

3.1 Concepto de prueba

“En el lenguaje común escribe Carnelutti prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar... Probar significa demostrar la verdad de una proposición afirmada”.

De estas nociones se infiere que prueba en su acepción jurídica, es la que demuestra la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes. O en términos más rigurosos, la que demuestra la verdad de las afirmaciones sustentadas y controvertidas por las partes. Pero la prueba, en su significado legal, se habla en varios sentidos.

De prueba, como sustantivo, se dice que es el instrumento, medio, cosa, razón o argumento, que sirve para demostrar la verdad o falsedad de algo que se discute en el proceso.

De prueba, como verbo, se dice que es el medio reconocido por la Ley como idóneo, para probar; demostrar, verificar o hacer patente la certeza de un hecho traído a juicio. Y de prueba como procedimiento se dice que es la actividad desarrollada por las partes tras el suministro de los medios de prueba.

Como se puede observar no es fácil, dar una definición de la prueba a pesar de las muchas que de ella se dan. Sobre todo, porque como apunta Silva Melero, “la prueba procesal no es más que un aspecto de la prueba en general que, en el mundo de los valores, se nos ofrece de un modo polifacético, que unas veces se relaciona con el tráfico jurídico en general; otras, afectando al dominio de la lógica, al de la investigación en las diferentes ciencias y adquiriendo particular relieve en las relaciones sociales y humanas.”

Así mismo la prueba es el medio que permite al juzgador su convencimiento sobre la verdad o falsedad de los hechos aducidos por las partes en defensa de sus pretensiones.

La prueba no es, por tanto, un estatuto cuyo contenido y finalidad pueda comprenderse a través de su sola definición. Para precisar su concepto se hace necesario esclarecer el significado jurídico de las palabras de que se hace uso para la integración de ese concepto.

En primer lugar, no existe ningún desacuerdo en que prueba es la demostración de la verdad, pero lo hay en cuanto al género de verdad que se demuestra: si es real o si es formal. Lo que si es exacto es que probar es demostrar la verdad de una proposición, pero se discute si por medio de la prueba el juez averigua o investiga la verdad o si su función es la de verificarla o comprobarla, y se discute finalmente, si el motivo de la prueba son las afirmaciones de las partes o si lo son los hechos.

Ante esta situación, se ha dado cavidad en la terminología jurídica, a la existencia de una verdad material y de una verdad formal aceptándose convencionalmente que en el proceso penal se forma la verdad material, absoluta, porque allí el juez investiga, y que en el proceso civil la verdad formal, porque allí el juez únicamente verifica la verdad existente en los autos y lo que no está en ellos, no está en el mundo.

El juez necesariamente tiene que ajustarse a las afirmaciones de las partes, de modo que un hecho no probado en el proceso no existe aunque fuera del proceso sea cierto. Y a la inversa: un hecho probado en el proceso se le tiene como verdadero aunque fuera del proceso sea una mentira.

“El medio probatorio es la demostración de la existencia de un hecho jurídico o material por cualquiera de las formas admitidas en la Ley. Esta manera de determinar la veracidad por medios probatorios ha llevado a la distinción entre la llamada prueba directa y la indirecta, siendo esta última la que predominó en el área de la investigación de la paternidad -testifical, documental entre otras- es decir, aquel conjunto de datos que podían conducir al establecimiento de la verdad o falsedad por medio de un razonamiento que se sustentó especialmente en presunciones, las que sólo dan por cierto un hecho aun cuando en la realidad pudiera no haber existido”.²⁶

²⁶ Varsi Rospigliosi. **Las pruebas biológicas en la determinación de la paternidad.** Pág. 1.

3.1.1 El objeto de la prueba

El objeto de la prueba, son afirmaciones y no hechos. Lo que se afirman son hechos, pero necesitan de prueba en cuanto que se afirman por una de las partes y se niegan por la otra. Y; esta negativa es la que los hace dudosos. "En este sentido concluye Carnelutti justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones, las cuales no se conocen, pero se comprueban mientras que aquellos no se conozcan, para comprobar las afirmaciones".

Lo anterior no significa que las normas de Derecho estén exentas de prueba. Ellas existen por sí y el Juez debe saberlas. Su fijación en la sentencia es resultado del conocimiento del Juez y no de prueba alguna.

3.2 Pruebas de paternidad

Se le denomina pruebas de paternidad, a "aquel conjunto de pruebas de carácter medico-biológico que tratan de determinar la paternidad biológica de la forma más segura posible. Van destinadas a realizar la identificación de uno de los progenitores, partiendo del estudio genético del otro y del hijo cuestionado. Para realizarlas debe conocerse, al menos, la identidad indubitada de uno de los individuos de la pareja para, a partir de ahí, afirmar o desmentir la paternidad o maternidad del otro".²⁷

²⁷ Fabrega Ruiz, Cristóbal Francisco. **Anuario de Derecho Civil**. Pág. 55.

Estas pruebas de tipo biológico tienen, como luego veremos, el carácter jurídico de pruebas periciales, que pueden practicarse, a petición de cualquiera de los litigantes o de oficio, mediante las llamadas diligencias para mejor fallar.

"La base fundamental de estas pruebas es la afirmación científica de que todos los caracteres humanos tienen una base genética que se transmite de padres a hijos, por lo que estos reúnen caracteres procedentes de uno y otro progenitor. Se basan, por ello, en el estudio del patrimonio genético del embrión, al considerar que las unidades de la herencia -genes- se transmiten de padres a hijos. Parten del estudio de los polimorfismos genéticos como conjunto de caracteres que varían de unas personas a otras y que sirven para individualizar totalmente a una persona. Para cada polimorfismo contemplado todo individuo posee dos hálelos -representados generalmente por letras o números-, uno que procede de la madre y otro del padre biológico".²⁸

Es decir que estas que en estas pruebas se parte de la conocida premisa de que cada persona es única y especial porque tiene caracteres biológicos únicos, que son los que le individualizan y que le han sido transmitidos por sus padres, es decir que al realizar tal pericia, los expertos estudian el conjunto de caracteres biológicos del embrión a efecto de establecer la existencia en la base genética del patrimonio heredado por sus presuntos padres.

²⁸ *Ibid.*

3.3 Historia sobre pruebas de paternidad

La determinación de la paternidad siempre ha sido posible, si bien con los distintos medios disponibles en cada momento histórico. Así, en la Antigua Grecia, Hipócrates, padre de la Medicina, incluía ya, como método de investigación de la paternidad, la duración del embarazo. Pero, obviamente, la falta de objetividad y seguridad de estos medios, por el poco desarrollo científico de la época, provocó que tuvieran poca utilización práctica, optándose por la teoría de las presunciones legales que, a través del Derecho Romano, pervive en el Derecho guatemalteco en la figura de la presunción de paternidad matrimonial.

A través de la historia siempre ha existido preocupación por la determinación de la paternidad, ya que la determinación legal no siempre incorpora la "verdad biológica".

Ello explica y exige, en su caso, posteriores acciones de impugnación, ya que no es posible una determinación legal sin impugnar la contradictoria.

Es clásico el caso del hijo que Cleopatra llevó desde Egipto hasta Roma imputando su paternidad a Julio César y creando un problema político en Roma que terminó con el asesinato del propio Julio César. Desde esas épocas hasta exactamente el año 1900 el parecido físico era el único parámetro concreto mediante el cual se podía tratar de dilucidar si un hombre era o no el padre biológico de un niño. Obviamente, éste era un método sujeto a interpretaciones muy subjetivas que sólo en casos muy específicos daba resultados creíbles para la comunidad.



Los desarrollos más importantes para resolver estos problemas recién se empezaron a dar en el Siglo XX: a) Cuando Karl Landsteiner en el año 1900 describió el sistema de grupos sanguíneos ABO (antígenos tipo A ó tipo B que podían o no estar asociados a los glóbulos rojos) y b) Cuando varios años después la comunidad científica reconoció y aceptó que la forma de heredar dichos antígenos seguía un patrón descrito a fines del siglo XIX por Gregor Mendel en sus experimentos con vegetales. El patrón mendeliano de la herencia del sistema ABO fue dilucidado por Félix Bernstein en 1924.

La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en Alemania. Tal fue el furor del análisis que se llegó a procesar más de 5.000 casos legales sólo entre 1924 y 1929.

Los tribunales de Italia, Escandinavia y Austria siguieron pronto el ejemplo de Alemania. Recién en 1937 la American Medical Association aprobó el uso de esta técnica en los EE.UU., aunque ya en 1931 se había dado el primer caso de paternidad (Commonwealth vs Zammarelli) ventilado en tribunales de los EE.UU.

La utilidad de la determinación de paternidad mediante la comparación de los grupos sanguíneos del padre presunto, la madre y el niño(a) se notaba fundamentalmente en los casos en que el presunto padre no era el padre biológico. En estos casos la probabilidad de paternidad era de exactamente cero por ciento. Sin embargo, en grupos humanos de poca variabilidad étnica la preponderancia local de ciertos tipos de grupos sanguíneos hacía que en la mayoría de los casos sólo se concluyera, que el hombre era probable que pudiera ser el padre biológico de la criatura.

Sin embargo, mientras más común era el tipo sanguíneo del padre presunto en el grupo étnico de la localidad, menor era su probabilidad de paternidad.

Los años siguientes ocurrieron avances importantes porque Levine y Stetson en 1940 descubrieron el sistema RH y en años sucesivos nuevos subgrupos sanguíneos empezaron a ser descritos. Sin embargo, aún persistía el problema de que lo que único que se podía saber con 100% de certeza era si el padre presunto en efecto NO era el padre biológico; es decir si aquel era excluido como padre. La metodología disponible hasta entonces no hacía posible designar con ningún grado de certeza importante si un padre presunto SI era en efecto el padre biológico (caso de inclusión).

El descubrimiento de los antígenos asociados a los glóbulos blancos llamados sistema HLA (Human Leukocyte Antigen) permitió que hubiera un método más sofisticado para determinar paternidad ya que estos también seguían una guía hereditario mendeliano. Sin embargo, recién cuando se pudo usar la tecnología del ADN aplicada a los antígenos HLA se pudo conseguir probabilidades de paternidad que se aproximaban al 80%. Sin embargo, este era un valor aún insuficiente para contar con la capacidad de designar inequívocamente al verdadero padre biológico. Es importante resaltar que hoy en día hay algunos laboratorios que equivocadamente persisten en ofrecer pruebas de HLA hechas por ADN para determinación de paternidad, siendo la verdadera utilidad actual de este método el determinar histocompatibilidad previa a trasplantes de órganos.

En opinión del ponente, el inconveniente que presenta la prueba que se describe, puede descartarse porque de conformidad con la legislación guatemalteca la única prueba aceptada en el ordenamiento jurídico guatemalteco es la prueba genética de ADN.

En 1985 se describió por primera vez el uso de la técnica conocida como RFLP (restriction fragment length polymorphisms) para análisis de paternidad. En esta técnica, se utiliza enzimas llamadas de restricción [por ejemplo, HaeIII] para cortar el ADN en sitios previamente conocidos por su gran variabilidad (regiones hipervariables) en la búsqueda de una secuencia específica. Los fragmentos resultantes se colocan en una matriz hecha de un gel. Una corriente eléctrica se aplica al gel y los fragmentos (que tienen carga negativa) migran a lo largo del gel (dirigiéndose al polo positivo), de manera tal que los fragmentos pequeños logran movilizarse más lejos, y los fragmentos más grandes son más lentos. Los fragmentos así separados son transferidos a una membrana de nylon, la cual es luego expuesta a una sonda de ADN marcada la cual es un pequeño segmento sintético de ADN que reconoce específicamente y por tanto se une a un segmento único (locus) del ADN de la persona que se está examinando.

La técnica RFLP se sigue usando en algunos laboratorios pero tecnológicamente hoy en día es considerada prácticamente obsoleta por una serie de razones. Hoy en día y desde mediados de los noventa la técnica que es considerada como tecnología de punta es la que hace uso de la hipervariabilidad natural de ciertas regiones "silenciosas" del ADN conocidas como STR (short tandem repeats).

3.4 Las pruebas en la investigación de la paternidad

Cabe mencionar que el objetivo principal de la prueba de paternidad es determinar la relación biológica de parentesco existente entre diferentes individuos. Para alcanzar ese objetivo, actualmente, se utiliza la tecnología, debido al elevado grado de fiabilidad que esta técnica puede proporcionar.

Las pruebas se agrupan en: a) Las que se basan en la transmisión de enfermedades hereditarias y anomalías constitucionales y las que se fundan en la herencia biológica de caracteres normales; estas últimas a su vez pueden ser varias, según se trate de caracteres morfológicos, psíquicos, fisiológicos y particularmente, los fisico-químicos (de este tipo es la prueba de los grupos sanguíneos).

Doctrinariamente estos métodos o investigaciones científicas han sido clasificados de la siguiente manera: a) investigaciones antropomórficas; b) investigaciones fisiológicas; c) investigaciones hematológicas; e) investigaciones genéticas.

3.4.1 Investigaciones antropomórficas

Tienen por objetivo comparar las características físicas del hijo con las de su presunto progenitor. Por medio de estas investigaciones se realiza un análisis en las personas para detectar similitudes tanto en el aspecto físico como en las estructuras orgánicas internas de los mismos para determinar la filiación.



Se utilizaban anteriormente para acreditar o desvirtuar la filiación, dada la falta de investigaciones o métodos científicos fiables para su determinación. Este método, ante los avances de la ciencia, ha dejado de ser una investigación que provea un resultado convincente en cuanto a materia de filiación se relaciona.

3.4.2 Investigaciones fisiológicas

Estas tienen por objetivo la determinación de la filiación entre padre e hijo mediante la coincidencia en el hijo con el supuesto padre de ciertas enfermedades hereditarias o de sustancias especiales que se heredan.

3.4.3 Investigaciones hematológicas

Este tipo de investigaciones tiene por objetivo la determinación de la filiación mediante un análisis de los antígenos que contiene la sangre. Se basan en un análisis de los antígenos que comúnmente son hallados en los eritrocitos o en los leucocitos de la sangre.

3.4.3.1 Investigaciones basadas en los antígenos de los eritrocitos de la sangre

Esta investigación en los eritrocitos de la sangre ha llevado al descubrimiento de diversidad de antígenos que se encuentran en los mismos.

Dentro de los antígenos que han sido encontrados en los glóbulos rojos de la sangre se pueden mencionar los siguientes:

a) A, B, AB y O: Estos antígenos han servido para la clasificación de los grupos sanguíneos basada en la denominación de los mismos. Esta clasificación se basa en la cualidad de aglutinar o de ser aglutinada que posee la sangre.

b) M, N y MN: estos tipos fueron descubiertos por los científicos Lancaster y Levine, los cuales fueron identificados biológicamente con sueros de conejo sensibilizados. Por regla general se puede decir que los factores M y N no pueden aparecer en los hijos si no existen en los padres.

Asimismo, se establece que un padre o una madre de tipo M no puede ser progenitor de un hijo N, y viceversa.

c) FACTOR RHESUS: este factor es un aglutinógeno descubierto en la sangre de los monos macacos (*Macacus Rhesus*). Su presencia en la sangre de un individuo la clasifica como RH positivo y su ausencia lo clasifica como RH negativo.

d) FACTOR P: se divide en P positivo y en P negativo.



e) FACTOR S: está relacionado con el subgrupo MN y es digno de tomarse en cuenta. Ha sido descubierto a consecuencia de experimentaciones referentes al factor Rhesus.

Las pruebas hematológicas basadas en los antígenos de los eritrocitos son pruebas excluyentes de la paternidad, lo que quiere decir que dependiendo del resultado se puede establecer que una persona no es hija de otra. Esto ya que los antígenos de los glóbulos rojos de la sangre se transmiten hereditariamente, por lo que si el hijo tiene un antígeno del cual carece su padre o madre, el lazo de filiación sanguínea no existe y la paternidad o filiación debe ser excluida.

Es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia del vínculo filial.

La efectividad de las pruebas hematológicas basadas en los antígenos de los eritrocitos de la sangre puede variar dependiendo de si se toma en cuenta sólo uno de los factores mencionados. Así, si se toman en cuenta únicamente los grupos A, AB, B, O, sólo es posible excluir la paternidad en un 20 por ciento. Sin embargo, se ha establecido que cuanto mayor es el número de factores que se utilicen en una prueba hematológica, más elevada es la probabilidad de descartar a quien no es el padre, de tal manera que si en una prueba se toman en cuenta los antígenos M y N, y el factor Rhesus ese poder excluyente puede aumentar hasta un 84 por ciento.

3.4.3.2 Investigaciones basadas en los antígenos en los leucocitos de la sangre

Estas investigaciones parten del antígeno linfocito humano (Human Lymphocyte Antigen). Esta proteína forma el complejo mayor de histocompatibilidad. Todas las personas tienen al menos uno de esos antígenos heredado de cada uno de los padres.

La investigación basada en los antígenos de los leucocitos es una prueba concluyente de la paternidad, por lo que permite la determinación positiva del nexo biológico.

Sobre este tipo de prueba y el aporte que la misma brinda para determinar la filiación, "Recientes pronunciamientos: sin embargo, han reconocido el trascendente aporte de la prueba biológica basada en los estudios del complejo mayor de histocompatibilidad (Human Lymphocyte Antigen), que permite la determinación positiva del nexo biológico, tratándose de la paternidad o de la maternidad. Se ha reconocido así, que el método de tipificación antígeno-cuerpo en tejidos, es idóneo para determinar con alto grado de probabilidad la paternidad de quien es demandado como presunto progenitor..."²⁹ (sic.)

La efectividad en el grado de inclusión de este tipo de prueba es muy alta. Se ha establecido que la utilización del sistema de histocompatibilidad como investigación científica en los juicios de filiación representa un porcentaje de exclusión del 99.85 por ciento de la paternidad.

²⁹ Zannoni, Eduardo A. **Derecho de familia**. Pág. 230.



Con respecto a los alcances y usos de los resultados tanto de las investigaciones de los antígenos en los eritrocitos como en los leucocitos de la sangre se señala: "Por los modernos métodos científicos que complementan el cotejo de factores eritrocitarios con el estudio de antígenos de histocompatibilidad (sistema HLA), marcadores electroforéticos, etc., permiten hoy arribar a la certeza casi absoluta de la paternidad atribuida, sin necesidad de presumirla solo en razón del hecho probado por las relaciones sexuales".³⁰ (sic.)

3.5 Investigaciones genéticas

Este tipo de investigaciones tiene por objetivo la determinación de la filiación mediante un análisis del material genético de las células del cuerpo del hijo comparado con los del presunto progenitor. El presente título se desarrollará de qué manera en el capítulo siguiente por ser parte fundamental del presente trabajo

El anterior capítulo trato de las pruebas de paternidad en el proceso de filiación, así como la definición de prueba, el objeto de esta, las investigaciones basadas para determinar la paternidad, las clases de investigaciones: antropomórficas, fisiológicas y hematológicas y las investigaciones genéticas.

³⁰ *Ibid.*



CAPÍTULO IV

4. La prueba de ADN

Para iniciar se estima importante comprender inicialmente que es el ADN o ácido desoxirribonucleico "(ADN o DNA -desoxy-ribonucleic acid-) es una sustancia química encontrada en todos los seres vivos. El ADN, heredado de los padres biológicos, es la base de la herencia. Contiene el código para todos nuestros atributos físicos así como las instrucciones para todas las funciones del cuerpo, incluyendo crecimiento, desarrollo, y replicación. Es una molécula lineal compuesta de sub unidades denominadas bases que se unen, una tras otra, como las cuentas de un collar".³¹

4.1 Antecedentes

En mil novecientos ochenta cuando un grupo de investigadores estadounidenses descubrieron una región hipervariable en la larga molécula del ADN humano considerándose como zonas únicas en cada individuo. empezaron a buscar un método seguro de identificación de dichos tramos reveladores. descubriéndose, en 1984, unas enzimas (llamadas de restricción) que reconocen las secuencias químicas que cortan la molécula de ADN, obteniendo fragmentos de diferentes longitudes y específicos para cada persona ya que dependen de las características químicas de dichas regiones hipervariables.

³¹ www.pruebadepaternidad.info/-128k (01-03-2009)



Es el profesor Jeffreys, Universidad de Leicester, quien crea marcadores radiactivos y perfecciona las técnicas para captar las secuencias del ADN marcadas en placas de Rayos X. En septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro se obtiene la primera placa en la que se observaban franjas grises y negras muy bien definidas y agrupadas en varias columnas llegándose a crear la primera prueba dactilográfica del ácido desoxirribonucleico.

En la legislación civil guatemalteca puede afirmarse que este tipo de pruebas no es nada nuevo, en virtud de que el si bien es cierto en el Artículo 221 del Código civil no estaban contempladas de manera expresa, tampoco existía prohibición alguna en cuanto a su proposición toda vez que el régimen probatorio era de tipo abierto ya que no había limitación alguna en cuanto a la proposición de medios de prueba.

Lo mismo puede afirmarse de la legislación procesal porque ésta no ha sido ajena al movimiento de incorporación de medios científicos de prueba, y en opinión del ponente esta ya contemplaba en el Artículo 191 del Decreto Ley 107, tal medio de prueba al establecer en su parte conducente lo siguiente: "En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros, y en general, cualesquiera experimentos o pruebas científicas".

La diferencia hoy radica en que antes era criterio del Juez solicitarlas a los padres, mientras que ahora es la única prueba que el ordenamiento jurídico guatemalteco acepta para establecer la filiación legalmente.

4.2 La diferencia del ADN de una persona con otra

En términos generales se puede decir que el ADN es muy parecido entre los individuos de la especie humana, es decir que 97% es común en todos. Existe ADN codificante y no codificante, esto es que potencialmente sirve o no. Dentro del codificante, existe ADN conservado y variable. Dentro del ADN codificante variable existen los STR (Short Tandem Repeats) que son regiones que varían mucho de individuo a individuo. Estas regiones son pequeñas, fáciles de amplificar y detectables por métodos convencionales de biología molecular. Algunas de estas secuencias de STR son las que se analizan para determinar relaciones de parentesco y equivalen al 3% del genoma humano. La posición donde se encuentran los STR se llama locus (loci en plural) y son determinadas por el nombre de los marcadores que se usan.

4.3 La prueba de ADN en la averiguación de la paternidad

Cabe mencionar que el objetivo principal de la prueba de paternidad es determinar la relación biológica de parentesco existente entre diferentes individuos. Para alcanzar ese objetivo, actualmente, se utiliza la tecnología, debido al elevado grado de fiabilidad que esta técnica puede proporcionar.

4.3.1 Técnica y aplicación

El principio general es que el 50% del ADN es heredado por la madre y el otro 50% por el padre. Por lo que para cualquier secuencia se tiene un alelo materno y un alelo paterno. Una persona, por el lado de la madre puede heredar cinco repeticiones de un STR y por el lado del padre puede heredar doce repeticiones.

El principio de inclusión de paternidad consiste en que un hijo debe tener un hálelo idéntico al del padre, esto para cualquier marcador o región de STR.

Es una técnica segura en la determinación positiva de la paternidad, El "dudar de la validez del método de tipificación del ADN es como dudar de la Ley de la gravedad".³²

En opinión del ponente esta técnica hasta hoy día es la más segura, para indagación de la paternidad, empero ello no implica que sea una verdad absoluta, ya que aun no posee el 100% de veracidad lo cual significa que aún queda pendiente trabajo por parte de la comunidad científica que estudia la biología molecular, para atribuir a esta u otra prueba total certeza en su resultado.

La prueba a la que se hace referencia se sustenta en el principio que el ADN de la célula del cuerpo de una persona es idéntico por el hecho que cada una de ellas se ha derivado de la primera célula formada por la unión del óvulo y espermatozoide.

³² Leonardi, Danilo A. **El ADN puede colaborar con la administración de justicia.** Pág. 948.

A la vez, el ADN de un individuo jamás será igual al de otro que haya vivido, viva o vaya a vivir (con excepción de los gemelos idénticos, de quienes se dice comparten algunos caracteres genéticos idénticos he allí su denominación). Esto quiere decir que ninguna persona comparte la misma pauta genética con otra.

“El método a utilizarse se basa en el fraccionamiento del ADN mediante enzimas de restricción, obteniendo de las mismas fragmentos característicos en cada persona. Para esto se toma un trozo del ADN de zonas especiales que poseen secuencias (palabras) repetidas infinidad de veces (con mucha significación en cuanto a las instrucciones que llevan). Este ADN se rompe en fragmentos utilizando las enzimas en mención o tijeras biológicas que cortan justo en determinada secuencia.

Por ejemplo, una enzima corta sólo la secuencia AAG/CC (es decir entre G y C), otra en la secuencia TTG/GCC, respectivamente. Lógicamente, el ADN de cada persona se cortará en trozos diferentes.

Estas secciones resultantes son analizadas individualmente, de manera que se llegue a precisar el origen hereditario de cada uno de estos fragmentos. Así tenemos que, estudiándose el ADN del niño, los fragmentos no presentes en la madre deberán estar necesariamente en el otro progenitor, determinándose, de manera indubitable, la existencia del nexo biológico o su exclusión”.³³

³³ Varsi Rospigliosi Enrique. **Las pruebas biológicas en la determinación de la paternidad.** www.enriquevarsi.com/2008/05/11 (22-02-09)

En Guatemala el proceso que se sigue en el laboratorio, es explicado por la directora del laboratorio de bioquímica de la Universidad Mariano Gálvez, la licenciada Eyda Mendía de Campollo, así: "Antes de comenzar el proceso, en un espacio conocido como área blanca un laboratorio libre de polvos e impurezas, se preparan los reactivos para la identificación de ADN. Cuando los químicos están listos, se deben seguir cuatro pasos, extracción, amplificación, cuantificación y secuenciación del ADN. Este proceso dura una semana... El único requisito que exige el laboratorio es que la persona se pueda identificar plenamente, y si es para uso jurídico debe existir un requerimiento formal". En cuanto al requerimiento formal al que hace referencia la licenciada Media, es que para que el mismo sea pueda ser usado en juicio este deberá originarse de una orden librada por juez competente, en el caso que nos ocupa dentro de un proceso ordinario de filiación, en el cual se hubiere ofrecido como prueba.

4.3.2 Ventajas

El perfil de ADN es una prueba versátil y con muchas ventajas dada la variedad de materiales biológicos con los que se puede trabajar sangre, huesos, cabellos, secreciones corporales (incluso de cadáveres), su no descomposición, la posibilidad de su utilización en la investigación de la paternidad prenatal o en la solución de casos de incesto o discusión de paternidad entre hermanos, y porque el procedimiento técnico es sencillo y más económico que la aplicación en conjunto de los grupos sanguíneos.

Ventajas de la tecnología:

- La toma de muestra es simple e inofensiva (no se requiere sangre). Puede realizarse fácilmente en un niño pequeño o un bebé sin necesidad de asistencia especializada.
- La muestra de ADN puede ser fácilmente enviada por correo al Laboratorio.
- La toma de muestra de ADN puede realizarse con total discreción y comodidad.

En relación a ello, en el medio guatemalteco, la licenciada Eyda Mendia de Campollo manifestó: La prueba de paternidad suele determinarse a través de la extracción de sangre, pero en el caso de una para uso forense, la muestra puede variar entre un extracto de saliva, célula, tejido, hueso, semen o cabello.

No a todas las personas se les procesa con el mismo tipo de muestra, depende de la circunstancia. Si viene un padre o una madre y quiere una prueba de paternidad de su hijo que ya falleció, se requerirá una muestra de tejido, hueso o pieza dental del muerto.

4.3.3 Desventajas

A partir del hecho que la prueba del ADN es una prueba efectiva. Elimina el denominado término probabilidad de paternidad por la certeza de paternidad.

De allí que el tecnicismo sea lo principal. La idoneidad y ética de los profesionales que la realicen ya que en el medio guatemalteco hay evidencias, que las pruebas de ADN hay ocasiones en que han sido vulneradas; y que efectivamente puede haber manipulación de ella, una nota publicada en el Diario la Hora, el 23 de julio de 2008 señalaba: "Comprueban anomalías en expediente de niña PGN aceptó ADN falso para caso de adopción".³⁴ Es incuestionable que tal hecho genera responsabilidad civil y penal, ya que este indudablemente afectó la vida de la menor en todas sus manifestaciones y por lo tanto hay repercusiones jurídicas.

Se estima que existe responsabilidad civil, porque quien realizó tal acto está obligado a reparar el daño ocasionado y responsabilidad penal en virtud de que la conducta es penada por la Ley y realizada por persona imputable, culpable o carente de excusa voluntaria.

Otra desventaja que presenta la prueba es que, en Guatemala muchos laboratorios locales envían las muestras al extranjero a fin de realizar la prueba, lo cual le resta veracidad, siendo en opinión del ponente necesario a efecto de dotar dicha prueba de certeza, que cuando la prueba se realice fuera del territorio nacional, en el informe, la institución que realiza el examen acredite estar autorizada por la AABB (American Association of Blood Banks), y tal documento estar dotado de caracteres de seguridad.

³⁴ Flores, Ligia **La hora**, Pág. 10.

1. "Actualmente, el Inacif envía la orden para ese tipo de pruebas a la Universidad de Granada, España, y pueden tardar en regresar al país de un mes a un año".³⁵
En junio 2008, el asesor de prensa del INACIF, Fernando Lucero "mencionó... actualmente las pruebas de ese tipo tienen que realizarse en el extranjero, lo que implica mayor tiempo y altos costos... Las pruebas científicas se realizarán en cumplimiento de órdenes judiciales, debido a que la Ley no permite al Inacif actuar de oficio, puntualizó Lucero. Trujillo comentó que el grado de certeza dependerá de la calidad de los instrumentos, la capacitación del personal y la confiabilidad de las bases de datos que utilicen".³⁶

En relación a tal extremo, Jorge Arévalo, experto en la prueba de ADN en el Perú manifiesta, "Las instituciones privadas y gubernamentales que realicen la Prueba de ADN deberán reunir los requisitos más exigentes que garanticen la calidad de los resultados. Así, los laboratorios que realizan esta prueba deben contar con el equipamiento más moderno y, sobre todo, con el plantel profesional que domine todos los aspectos de la manipulación del ADN. El experto responsable del laboratorio debe ser un Biólogo Molecular con más de cuatro años de experiencia, tal como lo aconsejan las normas de Estados Unidos. Además, la institución que realice la prueba del ADN tiene que estar continuamente incorporando conocimientos y procedimientos que optimicen la calidad del servicio".³⁷

³⁵ López Ovando, Olga. **Prensa Libre -Electrónica**, 7 de septiembre, 2008

³⁶ tquinonez@sigloxxi.com (03-11-2008).

³⁷ Arévalo, Jorge. **Directorio de clínicas y servicios afines**. Pág. 170.



En Guatemala de acuerdo a la investigación de campo realizada en la ciudad capital, en febrero de 2009 no existe ninguna institución gubernamental que realice la prueba de ADN, para establecer la paternidad de menores, y solamente laboratorios privados son los que realizan la citada prueba.

Una nota publicada por el Diario El periódico señala: "la Universidad Mariano Gálvez cuenta con el único laboratorio en el país que hace exámenes de ADN para determinar la paternidad de menores." Manifestando su directora lo siguiente: "Quisimos ser los pioneros en el manejo de ácido desoxirribonucleico (ADN) en el país. Nadie ofrece localmente pruebas de paternidad. Contamos con una metodología estandarizada que solo se usa en instituciones como el FBI".

La idea de crear un espacio en el laboratorio para realizar las pruebas de ADN, así como las de paternidad, empezó a materializarse hace un año. La iniciativa implicó establecer áreas de trabajo aptas para la maquinaria, poner a funcionar los equipos, implementar la metodología, capacitar al personal y tener todas las normativas necesarias para entrar en el proceso de acreditación.

En relación al Instituto Nacional de Ciencias Forenses, con la práctica de la prueba de ADN, .La directora del Instituto Nacional de Ciencias Forenses (Inacif), Miriam Ovalle de Monroy, en el mes de septiembre, explicó que el laboratorio para practicar las pruebas de ADN (ácido desoxirribonucleico) estará listo para finales de año.

Agregando "Esta entidad está en el proceso de licitación para comprar los insumos necesarios para equipar ese laboratorio. De Monroy espera que en diciembre de este año se pueda inaugurar el laboratorio, a fin de que se practiquen los análisis de ADN que sean requeridos por los jueces de Familia".³⁸

El 12 de diciembre de 2008 "Berny Matias, directora en funciones de la entidad forense, explicó que los purificadores y analizadores genéticos forman parte del equipo que será utilizado para la ejecución de los análisis de ADN. El equipo tendrá un costo aproximado de cuatro millones, de quetzales monto que no incluye los gastos de las instalaciones y el reacomodo de las áreas que hay que adecuar para su buen funcionamiento. Los laboratorios iniciarán su actividad el próximo año en la capital".³⁹

Al día de hoy el Inacif no cuenta con la infraestructura ni insumos, y no se sabe cuando tiempo más habrá que esperar para que la referida entidad pueda iniciar la práctica del ADN, en sus instalaciones.

Por otro lado surge una serie de interrogantes relacionados con la práctica de dicha prueba, porque no se pudo establecer si en Guatemala existe alguna entidad encargada de verificar que los laboratorios públicos y privados que realicen análisis de ADN previo a ofrecer sus servicios al público cumplan con los estándares de la AABB (American Association of Blood Banks), institución que certifica los laboratorios y marca los lineamientos de vanguardia a nivel mundial.

³⁸ López Ovando **Ob. Cit.**

³⁹ Gerson Ortiz. **Diario la Hora** Pág. 12.

Así mismo que sucederá si el demandado solicita autorización para analizar una segunda serie de pruebas y que pasará legalmente si los resultados difieren. En cuanto al reporte de laboratorio, la legislación procesal guatemalteca en el Artículo 192 establece que en los casos en que se registren hechos valiéndose de medios científicos, éstos deben aportarse al proceso en forma que no pueda dudarse de su autenticidad.

En caso de duda, nos preguntamos ¿la institución encargada de expedir el reporte de la prueba de laboratorio dotará éste de características especiales de seguridad que eviten su copia, edición, duplicación o falsificación?, y en cuanto al personal de laboratorio, ¿Qué autoridad verificara que dichos profesionales se encuentren acreditados adecuadamente para ello?

4.4 La prueba de ADN sin la presencia de la madre

Muchos laboratorios genéticos tienen preocupación por el incremento de casos de disputa legal en la muestra de la madre. El hacer la prueba de paternidad sin muestras de la madre presenta varios problemas. Primero, el índice de paternidad es en promedio, reducido a la mitad. Esto también reduce la capacidad de detectar un hombre acusado falsamente.

En algunos casos, como incesto, esto puede producir falsas inclusiones. La muestra de la madre también es punto de control de calidad muy importante.

La exclusión de madre puede indicar un problema en la prueba. La prueba de la madre también permite detectar fraudes.

Como un fraude de sostenimiento por parte de la madre o en casos que el hombre trae un niño que sabe es su hijo, pero no de la madre. Así, el tener la muestra de ADN de la madre, incluso cuando la maternidad no está en disputa, es importante en la evaluación de relaciones de parentesco cuestionadas, así como mejora la probabilidad de obtener resultados claros y validación de control de calidad tanto en el ámbito científico como legal.

El Artículo dos del Decreto 39-2008 al respecto a la declaración de paternidad regula: "Cuando el resultado de la prueba biológica, del Acido Desoxiribonucleico -ADN- determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo".

De conformidad con el Artículo citado, en Guatemala para que la prueba del ADN, pueda ser utilizada para fundamentar una sentencia declaratoria de filiación extramatrimonial, esta deberá producirse con la presencia de ambos padres y el menor.

Es decir que legalmente una prueba de ADN sin la presencia de la madre en nuestro país es inadmisibile.

4.5 Costo de la prueba

La legislación guatemalteca no prevé el caso en el que la madre carezca de medios económicos para sufragar el cotejo del ADN, lo cual obviamente constituye un obstáculo en el proceso de declaratoria de filiación, porque actualmente el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (Inacif), aún no cuenta con laboratorio habilitado para realizar este tipo de exámenes, y solo laboratorios privados como el de Nuestra Señora del Pilar, Laboratorio de Células Madre Cryo-Cell, Laboratorio de patología y citogenética humana y Laboratorio de bioquímica de la Universidad Mariano Gálvez, realizan la prueba del ácido desoxirribonucleico oscilando su precio en tres mil a cuatro mil quetzales.

4.6 La carga de la prueba

Los autores sostienen que corresponde a las partes la prueba de sus afirmaciones. Pero se ha discutido sobre si esto constituye o no una obligación. La opinión más difundida es que la prueba constituye una carga procesal para las partes, por cuanto que, si no la producen estarán sometidas a las consecuencias que se deriven de su omisión, cuando según los principios que se expondrán les corresponda aportarla.

La prueba no es más que una condición para la admisión de las pretensiones de las partes, sin que constituya para estas, una obligación.

4.6.1 Inversión de la prueba

“En ciertos casos la Ley regula la carga de la prueba, atribuyéndola, no a quien afirma el hecho (constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo), sino a quien niega su existencia. Ello ocurre siempre que en la Ley se establece una presunción iuris tantum, que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente.

Se funda en las leyes de la naturaleza o en el modo normal de producirse los hechos, y su objetivo es dar estabilidad a situaciones jurídicas que, de acuerdo con ellas, pueden considerarse normalmente existentes. El efecto de la presunción es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente el hecho presumido, pero siempre que se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente”.

En el caso de práctica de la de ADN, en la legislación nacional, se estima que ésta constituye una excepción al principio “quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión”, contemplado en el Artículo 126 del Código Procesal Civil. Si bien lo común es que quien alegue un hecho debe probarlo, se ha previsto la posibilidad del traslado de la carga de la prueba al demandado por disposición ex lege, lo que obedece a un fin práctico que facilite a quien alegue un hecho demostrar la verdad o falsedad de este, sin tener la carga procesal, de probarlo, en mérito de factores razonables, en este caso la efectividad de la prueba genética, el interés del niño.

En el proceso de filiación extramatrimonial, la prueba de paternidad es el acto más importante del proceso, porque se lleva a cabo luego de escuchar al demandado, es decir que no es un acto que le toma por sorpresa, todo lo contrario, es una forma legal de sujeción para que el demandado concurra a establecer legalmente la filiación biológica que se niega a reconocer, el mandato de sometimiento conlleva una advertencia al sometimiento a la prueba biológica, sujeta a una condición resolutoria, la cual en caso de negativa a su sometimiento se convertirá en declaración judicial de paternidad.

En este proceso de filiación corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad, mutatis mutandis desde la pretensión de filiación extramatrimonial que le es demandada en torno a un sustento probatorio definitivamente categórico que debe ser usado en su defensa, en mi opinión en la fase de contestación de la demanda. En efecto, en caso de que el demandado se negare a someterse a la prueba de ADN, la presunción establecida en tal caso se convertirá en declaración judicial de paternidad.

4.7 Declaración de paternidad. Sentencia

La sentencia en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos. Por ejemplo declarando la paternidad, no declarando la paternidad los cuales se describen a continuación:

Declara la paternidad:

En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental.

- En caso de negativa esta se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre, lo cual no es injusto para el hijo ya que subsiste la duda en cuanto a su identidad, pero justo en cuanto al padre, en relación a la actitud asumida de alguna manera era necesario obligarlo asumir legalmente su responsabilidad como tal.

No declara la paternidad

- En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado.

Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de ADN.

La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos que pueden existir, sólo deben meritar los resultados de la pericia y fallar la paternidad. La discreción del Juez se transforma en convicción. El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un "elemento probatorio que otorga al juzgador una plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad".⁴⁰

El capítulo anterior trato de la prueba científica del ácido desoxirribonucleico ADN sus antecedentes, la diferencia existente entre una persona y otra basada en su ADN, la técnica y aplicación, ventajas y desventajas, el costo de la prueba, la prueba de ADN sin la presencia de la madre, declaración de paternidad y sentencia.

⁴⁰ Varsi Rospigliosi. Ob. Cit. www.enriquevarsi.com/2008/05/1 (22-02-09)

CAPÍTULO V

5. Análisis del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala

La estructura social empieza en la familia, en tal sentido es preciso comenzar por lo más elemental, apoyar al menor en la defensa de sus derechos, exigir a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones.

Porque es deber del Estado poner freno o limite a la irresponsabilidad, en defensa de los intereses del menor, ya que la falta de reconocimiento trae como consecuencia graves resultados en el desarrollo del niño, inestabilidad emocional, carencia de modelo paternal en las relaciones extramatrimoniales o a las relaciones de hecho, falta de apego a la familia, propensión al divorcio.

Si la persona, su familia, su entorno se encuentran aturdidos, qué tipo de sociedad, de Estado se puede esperar.

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

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

En principio el Decreto 39-2008 reformó por supresión el sistema probatorio para la declaración de la filiación matrimonial y por ampliación los casos en que puede ser declarada la filiación extramatrimonial.

Por qué se dice que el indicado Decreto reformó por supresión el sistema probatorio para la declaración de la filiación matrimonial.

En mi opinión porque de conformidad con el Código Civil Decreto Ley 106, éste era de tipo abierto lo cual permitía ofrecer cualquier medio de prueba a efecto de impugnar la presunción establecida en la Ley, empero tal sistema probatorio cambio el 22 de agosto del año dos mil ocho, mediante la entrada en vigencia del Decreto 39-2008, el cual reformo el Artículo 200 del Código Civil, limitando a dos los métodos para impugnar la paternidad judicialmente; siendo uno de ellos el análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) y el dos la imposibilidad física de relaciones entre la madre y el supuesto padre en los tres meses anteriores al embarazo.

Considero que tal limitación tiene utilidad práctica y como ya se dijo atendiendo a la seguridad que ofrece la prueba genética del ADN, si ésta es negativa o positiva, no existe científicamente ningún otro método fiable reconocido legalmente que permita desvirtuar el embarazo, por lógica no existe posibilidad material de que el hijo que reclama el estado de familia sea suyo. (salvo que se trate de una inseminación in Vitro).

Artículo 200 en el Decreto 39-2008: "Contra la presunción del Artículo anterior no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del Acido Desoxirribonucleico (ADN); así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieran al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia." (sic.)

Ahora bien en cuanto a la reforma por ampliación en los casos en que puede ser declarada la filiación extramatrimonial. El Artículo 221 del Decreto Ley 106 regulaba: "La paternidad puede ser judicialmente declarada :

- 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 y;
- 4º. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción".

Al citado Artículo el Decreto 39-2008 adiciona el numeral 5°. El cual establece:
"Cuando el resultado de la prueba del Acido Desoxirribonucleico -ADN- determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba ordenada por el juez competente su negativa se tendrá como prueba de paternidad. Salvo prueba en contrario.

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter pública o privada, nacional o extranjera 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 Ácido Desoxirribonucleico ADN." (sic.)

Es decir que mediante la citada reforma el Juez cuenta ahora con una causal más para la declaración de la filiación extramatrimonial y con una presunción legal para declarar su filiación en caso de negativa de someterse a la prueba el presunto padre, claro está eliminando en el segundo supuesto la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre empero ello obedece a factores razonables como la idoneidad y efectividad de la prueba genética y el interés del niño.



Pareciera que al dictar sentencia el Juez en este último caso esta careciera de contenido, pero no es así. Es la sanción que la Ley ha tenido que pre-establecer a favor del que culpa no tiene (el hijo), por la falta de colaboración del presunto padre de colaborar con la verdad.

5.1 Inconstitucionalidad de la reforma

En relación a las reforma se discute su inconstitucionalidad, por colisionar con derechos constitucionales como el Derecho a la libertad, la intimidad, la integridad y presunción de inocencia. En principio es preciso indicar que la Constitución Política de la República de Guatemala, Tratados Internacionales en materia de derechos humanos y la Convención de Derechos del Niño promueven el establecimiento de la familia, siendo valor entendido que la filiación es la forma más común de formarla.

La Constitución y Tratados, además de Convenciones, "no pueden ser invocados para negarse a rendir prueba biológica, ya que tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas".⁴¹ Negarse a la práctica de prueba biológica quebranta el deber moral y legal de cualquier padre o madre de velar por sus hijos menores eludiendo responsabilidades.

⁴¹ Mizrahi, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Pág. 123.

Un tribunal argentino argumentó que: “negar la realización de la prueba importara desconocer lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, circunstancia que podría ocasionar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que la prueba ordenada aparece como medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor”.⁴²

5.1.1 Derecho a la libertad

La libertad es la facultad que todo hombre posee para dirigirse dignamente hacia su fin individual, social, moral y jurídico. Es decir que todo individuo al nacer ostenta una esfera de derechos dentro de los cuales puede desarrollar su personalidad y talentos con la única limitación de no infringir la libertad igual de cualquier otro hombre. Como bien señala Spencer: “Todo hombre es libre de hacer lo que quiera, con tal que no infrinja la libertad igual de cualquier otro hombre”.⁴³

El fin inmediato del derecho es garantizar la libertad e independencia del hombre. No hay orden político justo que no esté basado en la libertad porque sin libertad no se da la verdadera justicia.

El derecho a la libertad es un medio para el cumplimiento de los fines humanos, tampoco como ya se expuso es absoluto e ilimitado.

⁴² Varsi Rospigliosi. **Ob. Cit.** Pág. 367.

⁴³ Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho.** Pág. 67.

Es un derecho susceptible de mayor o menor perfección porque los actos del hombre son tanto más humanos, es decir, tanto más libres, cuanto más deliberados y racionales sean y cuanto más directamente se orienten al bien, a la felicidad y a la perfección y desarrollo íntegros de la personalidad.

En cuanto al derecho a la libertad como derecho individual, garantizado en la Constitución Política de la República, el ponente considera que efectivamente la libertad es derecho garantizado por la carta magna, por el cual todos los seres humanos por el solo hecho de haber nacido como seres humanos (hombres o mujeres), poseemos el poder de hacer todo aquello que no perjudique a otro; no teniendo otros límites más que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos.

Es decir que en mi opinión el sometimiento legal de un progenitor a la realización de la prueba biológica del ADN no colisiona con el sagrado derecho a la libertad del que goza todo ciudadano guatemalteco, porque el acatamiento a las pruebas genéticas para investigar la paternidad es una colaboración con la justicia que de ningún modo atenta contra la libertad individual, ya que con anterioridad dicho sujeto ya había quebrantado el deber moral y legal de reconocer voluntariamente a su presunto hijo. Asimismo en cuanto a las técnicas para realizar tal pericia se explica que estas; "...son sencillas y no implican una violación al derecho a la autodeterminación del individuo, quien alegue tal restricción comete un abuso de derecho.

Entiéndase claramente que el abuso del derecho es una conducta que se sustenta en un derecho subjetivo que se convierte en antisocial al transgredir un deber Jurídico que cristaliza el valor solidaridad".⁴⁴ (sic.)

En defensa del derecho a la libertad del individuo, no puede señalarse que la aplicación de la Ley implique coacción, eso no es así. Coaccionar jurídicamente hablando significa "de un lado fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla a que diga o ejecute alguna cosa...".⁴⁵ ¿Acaso la normativa relacionada fuerza u obliga?, no. La presunción señalada no obliga. Solo establece como requisito de procedibilidad a la oposición el sometimiento a la prueba de ADN.

La libertad es un derecho que se debe cumplir, pero no se puede sobre ejercer ni forzar a límites de individualidad, de provecho personal. La simple decisión de un hombre puede importar el destino de los demás, en estos casos más aún.

5.1.2 Derecho a la intimidad

En relación al derecho a la intimidad se estima que este no es violentado por el sometimiento del demandado a la prueba de ADN establecido en la reforma al Código Civil por el contrario como ya se ha expuesto el cotejo de ADN, es el medio más directo y confiable hasta hoy, para investigar el origen parental.

⁴⁴ Varsi Rospigliosi. **Ob Cit.** Pág 655

⁴⁵ Ossorio, Manuel **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Pág 132

Considerándose además que el derecho a la intimidad corporal, lo poseemos todos, siempre y cuando, no perjudiquemos con nuestro actuar a otros, porque el derecho de cada persona está limitado por el derecho de los demás.

En tal sentido "en doctrina se dice que la intimidad se reserva a la persona, siempre y cuando no dañe el orden, la moral pública o a terceros," porque el derecho a la intimidad es un derecho inexcusable de toda persona, pero también es un derecho ineluctable para la sociedad de limitar el derecho a esa persona cuando se le está vedando el derecho a la justicia.

5.1.3 Derecho a la integridad

En referencia a contravenir el derecho a la integridad cabe preguntarse "¿Qué integridad puede violarse si la prueba de ADN es inofensiva respecto de la santidad del cuerpo? No requiere de una inspectio corporis exhaustiva, no es necesario pinchazo alguno, las muestras de sangre están descartadas.

Técnicamente se necesitan sólo fluidos, secreciones corporales, cabello, mucosa bucal, simplemente eso. La prueba, con lo expuesto, es mucho menos invasiva en el cuerpo de la persona a diferencia de lo que sucedía con las otras pruebas heredobiológicas por lo que no puede calificarse de traumática".⁴⁶

⁴⁶ Mizrahi. *Ob. Cit.* Pág. 68.

5.1.4 Derecho a la presunción de inocencia

En referencia a la presunción de inocencia, cabe destacar que la paternidad no es un tema de culpa, es materia de compromiso. Si de extremos se trata, llevando al límite lo indiscutible, el ADN también libera. Libera al hijo de la ausencia de identidad biológica paterna, para enterarse de sus orígenes. El desconocimiento de identidad paterna debe ceder el paso a la verdad, conocida (al menos por regla general) por sus progenitores. Ser padre es más que un Derecho de generar descendencia, es un deber.

Empieza asumiendo legalmente tal calidad reconociendo, se robustece con el ejemplo que va formando los valores, educando al nuevo ser. La paternidad es una actitud, una forma de ser, de comportarse. Si bien inmiscuye al padre con el hijo, sus raíces trascienden el aspecto meramente personal, trasladando sus efectos al ámbito social.

La comunidad, el Estado, la democracia se benefician de una relación paterno filial consolidada.

5.1.5 Derecho a declarar contra sí mismo

Los opositores al sometimiento de la prueba biológica del ADN, señalan que esta violenta el Derecho a declarar contra sí mismo, consagrado en el Artículo 16 de la Constitución Política de la República, que regula: "En proceso penal ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma".



En relación a este derecho es conveniente aclarar que "la palabra declaración consiste en la explicación o manifestación libre que hace el sujeto sobre alguna circunstancia que conozca o quiera expresar".

El ponente considera que la argumentación anterior no es válida, para el caso objeto de estudio ya que dicha garantía es operante en materia penal, tal como lo aclara el referido Artículo, además porque según opinión de la Corte de Constitucionalidad "el hecho de no contar con el referido consentimiento no implica violación al referido Derecho, porque los resultados que arroje el procedimiento científico no suponen necesariamente efectos desfavorables para quienes son sometidos a la prueba, por lo que la extracción de muestras de sangre no puede ser equiparada a la obligación del sindicado a emitir una declaración en determinado sentido".⁴⁷

De igual manera la Carta Magna regula en el Artículo 47 que: "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 conyugues, la paternidad responsable...." Con fundamento en este último Artículo es mi opinión que el Estado al reformar el Código Civil a través del Decreto 39-2008 tal y como se deduce de sus considerados, se está garantizando la paternidad responsable tal y como lo regula el mandato constitucional aludido.

⁴⁷ Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. **Dialogo sobre la legalidad de las intervenciones corporales (extracción de sangre) a los imputados de hechos criminales, de conformidad a nuestro ordenamiento procesal penal.** Pág. 19.

5.2 El Artículo 221 del Código Civil y su reforma

A finales de agosto 2008, la prensa escrita escritos del país, al sancionar el Ejecutivo el Decreto 39-2008, publicaron la existencia de una Ley de Paternidad Responsable. lo cual en principio es oportuno aclarar no es así, puesto que a través del Decreto 39-2008, únicamente fue reformado por adición el Código Civil en los Artículos 200 y 221.

5.2.1 Objetivos propuestos

Dentro de los objetivos que a mi juicio el Estado se proponía robustecer con la reforma Estado podemos citar los siguientes:

- a) La protección que el Estado debe a los menores de edad, garantizando a través de ello un Derecho tan humano como lo es el Derecho a la alimentación, a la salud física, mental y moral.
- b) Aumentar los dispositivos legales para declarar judicialmente la paternidad, tomando en cuenta especialmente los avances científicos en materia genética.
- c) Que el juicio ordinario de filiación extramatrimonial, dejara de ser un proceso largo y desgastante, sobre todo para la madre y el menor y que de esta manera la aplicación de la Ley fuera en forma pronta y cumplida.



Tal y como se esgrime los propósitos que se propuso el Estado al promulgar la aludida reforma fueron loables, empero distan mucho de lo que en la realidad se puede lograr con ello en la práctica, porque las buenas intenciones no son suficientes para erradicar la existencia de niños sin padre legalmente hablando, si estas no están dotadas de los mecanismos necesarios para convertirlos en realidad.

5.2.2 Inoperancia del numeral 5º.

Toca ahora explicar por qué, se afirma en el presente trabajo que no es operante el numeral 5º. del Artículo 221, con respecto a la prueba científica del ácido desoxirribonucleico -ADN- en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial, en principio es prudente aclarar que de conformidad con la legislación anterior a la vigencia del Decreto 39-2008, el ofrecimiento de tal prueba ya se encontraba regulada. En tal sentido su inclusión de manera expresa en el Código Civil, no es nada nuevo, pero la diferencia radica en que antes era criterio del Juez solicitarla o de la parte actora proponerla mientras que ahora es la única prueba que el ordenamiento jurídico guatemalteco regula para establecer la filiación extramatrimonial.

5.2.2.1 Orden de juez competente

Al tenor de la reciente reforma la prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución pública o privada, nacional o extranjera especializada en dicha materia."

La disposición es bastante acertada en cuanto a que para usos legales esta deberá contar con orden de Juez competente es decir que previo a su realización, deberá existir un juicio ordinario de filiación extramatrimonial dentro del cual se ordene.

Promovido el juicio ordinario, al existir hechos refutados por las partes, el proceso se abrirá a prueba por el término de treinta días, para el diligenciamiento de la prueba genética del ADN. expidiendo el juez en este caso la orden para la práctica del examen, en cuanto a aspectos no regulados como el lugar, condiciones o formalidades en las que ha de llevarse a cabo, en tanto dichas lagunas no sean satisfechas, atendiendo a lo regulado en el Artículo 165 de la Ley del Organismo Judicial, el juez los ordenará de manera que logren su finalidad.

Artículo 165 de la Ley del Organismo Judicial: “Los actos procesales para los cuales la ley no prescribe una forma determinada, los realizarán los jueces de tal manera que logren su finalidad.”

5.2.2.2 Institución que practica la prueba

Ahora bien en cuanto a la institución se entiende que por carecer el país de un ente acreditado y con capacidad para la práctica de dicha pericia, la normativa preceptúa dicho aspecto de manera flexible estableciendo que esta puede realizarse “en cualquier institución pública o privada, nacional o extranjera.”



No obstante la flexibilidad de la norma se estima que ella es inoperante para el caso de los hijos extramatrimoniales, ya que actualmente no es posible practicar dicho examen en instituciones públicas porque no existe ninguna que preste el servicio y realizarlo en una privada significa sacrificar en muchas ocasiones el sustento de los menores, puesto que generalmente las madres de estos por el hecho de ser ellas las únicas proveedoras del hijo, su situación económica es mala y los esfuerzos que hacen generalmente van enfocados a la alimentación, educación y vivienda; no quedando recursos disponibles para otros gastos como salud, recreación, vestido y honorarios de abogados u otros profesionales.

De igual manera el Artículo objeto de análisis señala que la institución podrá ser nacional o extranjera, una vez más manifestamos que tal flexibilidad obedece a que en el país existe muy poca oferta de tales servicios, lo cual mantiene un costo elevado mientras que en el extranjero existe oferta de tales servicios lo cual minimiza costos, empero “el tiempo de envío puede sobrepasar el periodo de la incorporación de esta prueba, explicó Guillermo Melgar, vocero del Organismo Judicial”.⁴⁸

En referencia a tal extremo la Directora del Inacif, Miriam Ovalle de Monroy, explicó: “Actualmente, el Inacif envía la orden para ese tipo de pruebas a la Universidad de Granada, España, y pueden tardar en regresar al país de un mes a un año.”

⁴⁸ López Ovando. **Ob. Cit.**



De lo dispuesto en el Artículo 221 numeral 5º se establece que las partes no podrán proponer al Juez, la institución que lleve a cabo tal análisis, correspondiendo esa decisión exclusivamente al Juez, percibiéndolo positivamente podría decirse que tal decisión es adecuada ya que ello garantizaría que no existe posibilidad de manipulación por cualquiera de las partes del laboratorio que realiza la investigación de paternidad, pero la otra cara de la moneda es que lamentablemente ello se preste a beneficiar económicamente a determinados laboratorios cumplan o no con los requerimientos necesarios para realizar tan importante examen, claro está de momento esto no es posible en virtud de que tal y como ya se expuso la oferta de tales servicios es muy escasa aún y en tanto el Inacif y otras instituciones privadas no ofrezcan tales servicios se tendrá que trabajar con el más conocido o el único que lo esté haciendo.

A lo anterior cabe agregar que al día de hoy los jueces de familia debieran tener un listado de laboratorios debidamente acreditados según los estándares de la AABB (American Association of Blood Banks), institución que certifica los laboratorios que realizan dicha práctica y marca los lineamientos de vanguardia a nivel mundial, para la práctica de dicha prueba.

5.2.2.3 Control de las partes

Precisa hacer notar que el decreto a que se ha hecho referencia no establece nada en cuanto a la admisibilidad de control de las partes y la designación de expertos técnicos.



Así mismo de como deberá procederse si el demandado desea realizar una segunda serie de pruebas y que pasará legalmente si los resultados difieren en cuanto al primer análisis.

En opinión del sustentante de ocurrir cualquier de las circunstancias enunciadas, la parte interesada deberá solicitarlo al juez por la vía incidental quien agotado el procedimiento resolverá lo que en derecho corresponda.

5.2.2.4 Reporte o informe de laboratorio

En relación a los laboratorios que han de practicar el cotejo, la legislación referida no preceptúa que características especiales de seguridad que eviten su copia, edición, duplicación o falsificación deberá poseer tal reporte o informe.

El Artículo 192 del Código Procesal Civil y Mercantil en relación al aporte de los medios científicos de prueba establece que en los casos en que se registren hechos valiéndose de medios científicos, éstos deben aportarse al proceso en forma que no pueda dudarse de su autenticidad, en este sentido cabe preguntarse ¿De qué medios se auxiliará el juez para establecer que el reporte o informe de laboratorio es auténtico? Se considera que en principio en tanto exista dicha laguna legal, el Juez al librar la orden para la práctica del cotejo de las muestras, deberá ordenar que el informe que contenga el resultado, sea entregado en sobre cerrado directamente al órgano jurisdiccional que libró la orden, bajo responsabilidad del laboratorio que la efectuó.

5.2.2.5 Personal de laboratorio

En cuanto al personal de laboratorio, igualmente no existe ninguna norma nacional que establezca que calidades debe tener la persona que realiza tan importante análisis, ya que su resultado carente de profesionalismo, influiría negativamente en la vida de las personas relacionadas con él.

Así mismo en cuanto a la omisión normativa comentada cabe señalar que no existe ningún ente a nivel nacional encargado de verificar que dichos profesionales se encuentren acreditados adecuadamente para ello.

5.2.2.6 ¿Quién paga la prueba?

En relación al costo económico de producción de la prueba el Decreto 39-2008 no regula de manera expresa quién asumirá el costo de la prueba, empero aplicando supletoriamente lo dispuesto, en el párrafo segundo del Artículo 193 del Código Procesal Civil y Mercantil, se establece que serán a cargo de quien la proponga, a lo cabe preguntarse, ¿Es justo para las madres de escasos recursos? y ¿para los inocentes menores?, ¿Por qué no la paga el que se opone? al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de la oposición.

La reforma que se estudia no es efectiva, en virtud de que omite pronunciarse en relación a la posibilidad de que la madre carezca de medios económicos para sufragar la práctica de dicha prueba, porque si el Estado a través del Instituto Nacional de Ciencias Forenses y la madre no tienen dinero suficiente para ello, las pruebas se retrasarán durante meses y, no sería extraño que los procesos ordinarios de filiación judicial se vuelvan más lentos y que pronto estén durando más que antes de la reforma, con demoras que sentirán en lo más profundo las madres que esperaban de esta reforma una respuesta de justicia pronta y cumplida.

“Agrupaciones que velan por los derechos de la mujer opinan que, si se quiere apoyar a la familia, el Estado debe absorber esos gastos, para que el costo del examen no sea una excusa para los hombres que se deban someter a esa prueba científica.” Asimismo, señalan “El Gobierno debe costear estos análisis, porque los hombres se pueden valer de esa excusa para que no los obliguen a practicarse la prueba...”⁴⁹

En otros países cuando el padre carece de recursos económicos, existe un programa financiado por Estado, en donde este realiza convenios de pago para sufragar el costo que el análisis de ADN, genera.

El ponente discrepa con lo manifestado por las agrupaciones de mujeres en cuanto a que el Estado sea quien deba absolver el costo del examen de ADN porque estima que con ello los padres irresponsables triunfan.

⁴⁹ Ortiz, *Ob. Cit.* Pag. 12



Ellos, que siempre huyen de sus deberes, logran que sean otros los que paguen; primero intentaron que las madres pagaran cargando toda la responsabilidad de los hijos; y de esta manera lograrían que todos los guatemaltecos sean quienes paguen por sus pruebas, no es justo. Por todo lo anterior, se propone que indistintamente de la institución que realice la prueba es decir pública o privada, el costo de las mismas sean cubierto por el padre de la criatura, porque es el quien ha querido huir de su responsabilidad y es él quien deben asumir este cargo, claro está cuando el resultado sea positivo, pues de esta manera el programa de pruebas de paternidad (en caso lo prestara el INACIF) estaría efectivamente financiado, por lo que el desahogo de dicha práctica también genera gastos para el sostenimiento del programa.

Se entiende que por lo difícil de la situación económica que atraviesa el país, en algunos casos cuando el padre acredite carecer de recursos económicos para realizar el pago del cotejo solicitado, el INACIF, o la institución que realice el examen tendría que realizar convenios con instituciones dispuestas a financiar el costo y estas instituciones formalizar convenios de pago con el padre.

5.3 Propuesta de solución

Pese a la existencia de la reciente reforma al Código Civil, comprobar quién es el padre de una criatura no es cosa fácil, para lograrlo, las madres deben iniciar un juicio ordinario de filiación, cuya resolución final de acuerdo a la presente investigación tardará en llegar de dos a cuatro años.



En virtud de lo expuesto a efecto de que los objetivos propuestos en la reforma contenida en el Decreto 39-2008 sea operante y se conviertan en un pilar de la paternidad responsable y así erradicar la existencia de niños sin padre legalmente hablando, es necesario que como mínimo en la legislación sustantiva atendiendo al interés superior del niño, se legisle lo siguiente que el que se opone a la declaración de filiación extramatrimonial que generalmente es el padre, sea quien pague la prueba de ADN., así mismo dada la importancia de confiar algo tan importante como la paternidad de una persona a un análisis, este debe estar sólidamente fundamentado sobre bases científicas confiables en tal sentido es necesario se preceptúe legalmente los requisitos que deberán cumplir los laboratorios que ofrezcan al público el análisis de ADN.

5.4. Proyecto de reforma al Artículo 220 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno

DECRETO No. _____ -2013

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO

Que el Artículo uno de la Constitución Política de la República establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia y 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.



CONSIDERANDO

Que la Constitución Política de la República establece la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, que las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer.

CONSIDERANDO

Que los elementos establecidos para que se practique la prueba genética del ADN. jurídicamente son insuficientes y ambiguos y que es necesario dotar tal práctica de los mecanismos idóneos para que cumpla con su fin.

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República;

DECRETA

ARTÍCULO UNO. Se adiciona el Artículo 221 Bis, 221 Ter, 221 Quater. los cuales quedan así:

“Artículo 221 Bis. Gastos. Los gastos que ocasione la realización de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico, serán a cargo de la parte que se opone a la declaratoria de filiación, salvo que el resultado fuera negativo quien podrá repetir en contra de quien la ofreció”.



Artículo 221 Ter. Instituciones autorizadas. Las instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras que efectúen la prueba del Ácido Desoxirribonucléico, deberán cumplir los requisitos legales que al efecto establezca el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

Artículo 221 Quater. Reporte o informe. El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, deberá normar las características especiales de seguridad que deberán llevar los informes de laboratorio que contengan el resultado de la prueba de ADN.

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

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS _____ DÍAS DEL MES DE _____ DEL AÑO _____.

PRESIDENTE DEL CONGRESO

SECRETARIO

PALACIO NACIONAL: Guatemala, _____ de _____ de _____.



PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Lic. _____

SECRETARIO GENERAL

Ministro de Gobernación

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Asimismo efecto de hacer operante la reforma del Artículo 221 del Código Civil, también en mi opinión, debe reformarse el Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto a los aspectos siguientes: ampliar la competencia del Juez de paz para conocer del proceso ordinario de filiación, tomando en cuenta que la filiación como tal y las pruebas aportadas por la ciencia pueden ser tratadas perfectamente por el Juez de paz, además las mismas requieren de un proceso ágil y rápido.

A partir de la entrada en vigencia de la citada normativa el Juez para dictar sentencia únicamente deberá fundamentarse en el resultado de la prueba de ADN o en la presunción legal establecida.

Ello reduciría la alta concentración de trabajo que registran los juzgados de primera instancia de familia, y los gastos de la parte actora a efecto de dar seguimiento al proceso, pues es sabido que en todos los municipios existen juzgados de paz.



Por otro lado creo que si el objetivo de la normativa es que el juicio ordinario de filiación dejará de ser un proceso largo y desgastante, sobre todo para la madre y el menor es necesario modificar la vía procesal para su trámite, a través de un procedimiento especial o bien por medio de un juicio oral atendiendo a lo preceptuado en la Ley de tribunales de familia la cual establece: “En las cuestiones sometidas a la jurisdicción privativa de los Tribunales de Familia, rige el procedimiento del juicio oral que se regula en el Capítulo II del Título II del Libro II del Código Procesal Civil y Mercantil”.

De igual forma en cuanto a las incidencias del proceso es necesario prever lo atinente a la admisibilidad de control de las partes, a la designación de expertos o técnicos, la posibilidad de realizar una segunda serie de pruebas y la diferencia de resultados cuando se realice más de un análisis.

En este capítulo se realizó el análisis del Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, la inconstitucionalidad de la reforma, así como el Artículo 221 del Código Civil y su reforma, los objetivos propuestos y la inoperancia del numeral 5º. La propuesta de solución y el proyecto de reforma al Artículo 220 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno.



CONCLUSIONES

1. Atendiendo al interés superior del niño y los avances de la genética, el juicio ordinario no es la vía procesal adecuada para decretar la declaratoria de filiación extramatrimonial toda vez que es un juicio largo y tardado; el interés superior del niño incluye soluciones prontas a los conflictos donde estén involucrados menores; el niño tiene derecho a una familia a una paternidad responsable desde la concepción y el juicio ordinario se prolonga por su misma naturaleza.
2. La ausencia de reconocimiento voluntario, constituye un obrar que vulnera el derecho del hijo a conocer su origen biológico y, a saber quién es su padre y, quién es su madre, negándole el derecho al nombre y privándolo de los cuidados que corresponden a su edad.
3. La prueba de ADN provee al juzgador un 99.99% de certeza para dictar sentencia; pero la legislación guatemalteca no preceptúa aspectos relacionados con las instituciones que realizan tales exámenes.
4. En Guatemala, la única institución pública autorizada para efectuar el cotejo de ADN, por orden judicial, es el Instituto Nacional de Ciencias Forenses –INACIF-, previo pago por la parte interesada de los costos en dicha pericia; esto afecta económicamente, pues según las estadísticas, la mayor parte de mujeres a quienes no se les apoya con paternidad responsable, son de escasos recursos.



5. El Decreto 39-2008, ya se encuentra vigente, pero el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, aun no práctica el diligenciamiento de la prueba de ADN, en caso de ser requerido por los juzgados de Familia, y tampoco existen acuerdos para el financiamiento de dichos análisis en otras instituciones.

RECOMENDACIONES

- 1 Que las organizaciones que velan por los derechos del niño, promuevan reformas al Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a la vía procesal para su trámite, ya sea por un procedimiento especial o por la vía oral. Se propone esta recomendación para agilizar el trámite y poder coadyuvar al beneficio integral del menor.

- 2 A efecto de resolver la problemática de niños con problemas de identidad y en estado de indefensión, soledad e impotencia, por negativa del presunto progenitor a reconocerles, es necesario reformar la legislación sustantiva en cuanto a regular que quien se opone a la declaratoria de filiación extramatrimonial sea quien pague la prueba de ADN o en su defecto el Estado a través de sus entes u organizaciones.

- 3 Que el Ministerio de Salud y Asistencia Social, promueva la creación de una normativa que regule los requisitos que deben cumplir las entidades públicas o privadas, que deseen ofrecer al público la prueba de ADN, ya que se deben establecer requisitos mínimos y un protocolo que incluya diligencias seguras para no dar lugar al entorpecimiento del trámite por parte de los progenitores irresponsables.

- 4 El Estado a través de las instituciones relacionadas con la problemática de la práctica del ADN, debe promover la creación de programas dirigidos a facilitar el financiamiento de dicha prueba, cuando ésta es requerida por un juzgado de familia



sabe que la mayoría de mujeres que promueven este trámite son de escasos recursos económicos.

- 5 El estado a través del Organismo Ejecutivo, debe implementar políticas que tengan por objeto prevenir y reducir los altos índices de niños que desconocen su origen biológico y por ende a su padre y a su madre.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBUREZ ESCOBAR, César Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca**. Guatemala, Ed. Tipografía Nacional. 1964.
- ARÉVALO, Jorge. **Determinación de paternidad por la prueba del ADN**. Directorio de clínicas y servicios afines, Lima, de Acrópolis, 1998.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil 1ª. y 2ª. Parte**, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 1985.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Colección popular. México. Ed. Fondo de Cultura, undécima reimpression, 1989.
- BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. **La investigación de la filiación y las pruebas biológicas**. Colombia, 2ª ed. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.
- BUSTAMANTE, Alsina. **Teoría de la responsabilidad civil**. Ed. Abeledo –Perrot.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., (s.f.)
- Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. **Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala 56**. Julio-diciembre 2008.
- Comisión Presidencial Coordinadora de la Política Pública del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos -COPREDEH -**3º y 4º informe del Estado de Guatemala sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la convención de las naciones unidas sobre los derechos del niño y sobre el progreso que se ha realizado en cuanto a esos derechos**. Guatemala; 14 de abril de 2008.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. **Derecho familiar peruano**. Lima, Ed. Gaceta Jurídica, 1999.
- DELGADO BARRETO, César. et.al. **Introducción al derecho internacional privado**. Fondo Editorial PUCP, Lima, Tomo II, 2007.
- DI LELLA, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977.
- Diccionario de la Lengua Española, tll 22ª. ed; Madrid, Real Academia Española, 2001.
- FABREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. **Anuario de derecho civil**. (s.l.i.) Núm. LI-2, Abril 1998.

KRASNOW, Adriana Noemi. **Responsabilidad derivada del no reconocimiento del hijo extramatrimonial. Protección del derecho a la identidad.** VII Congreso internacional de derecho de daños, responsabilidades en el siglo XXI. Ed. Electrónica. www.aaba.org.ar/bi20op29.

La prueba de paternidad ya se realiza en Guatemala. Pág. 10. El Periódico (Guatemala) Año 12. No.3098 (7 agosto 2008).

LEONARDI, Danilo A. **El ADN puede colaborar con la administración de justicia.** t1, Ed. La Ley, 1990.

MENDEZ COSTA, María Josefa y Daniel Hugo, D'Antonio. **Derecho de familia.** t. III, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2001.

MIZRAHI, Mauricio Luis. **Identidad filiatoria y pruebas biológicas.** Buenos Aires, Astrea, 2004.

NAVEDA, Enrique. **Presidente sanciona Ley de paternidad responsable.** El Periódico (23 de agosto, 2008).

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

SOLÓRZANO, Justo. **La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia una aproximación a sus principios, derechos y garantías.** Fondo de las Naciones Unidas para infancia. Organismo Judicial de Guatemala. Guatemala: Ed. Ediciones superiores, S.A. Marzo 2004.

tquinonez@sigloxxi.com (03-11-2008).

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial.** Lima, Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura económica, 1999.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. **Divorcio, filiación y patria potestad.** Grijley, Lima, (s.e.) 2004.

Vlex.com/vid/biologicas-paternidad-cientificos-mismas (13-3-2009)

www.monografias.com. (15-02-2009)



www.pruebadepaternidad.info/-128k (01-03-2009)

ZACARÍAS MEJÍA, José Alberto. La necesidad de regular el resarcimiento del daño causado a los hijos no reconocidos voluntariamente por su padre y cuya filiación ha sido declarada judicialmente por ser producto de una relación extramatrimonial. Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Febrero 2010.

ZANNONI, Eduardo. Derecho de familia. Buenos Aires, (s.e.) Ed. Astrea, 1989

Legislación:

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

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

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

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