

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



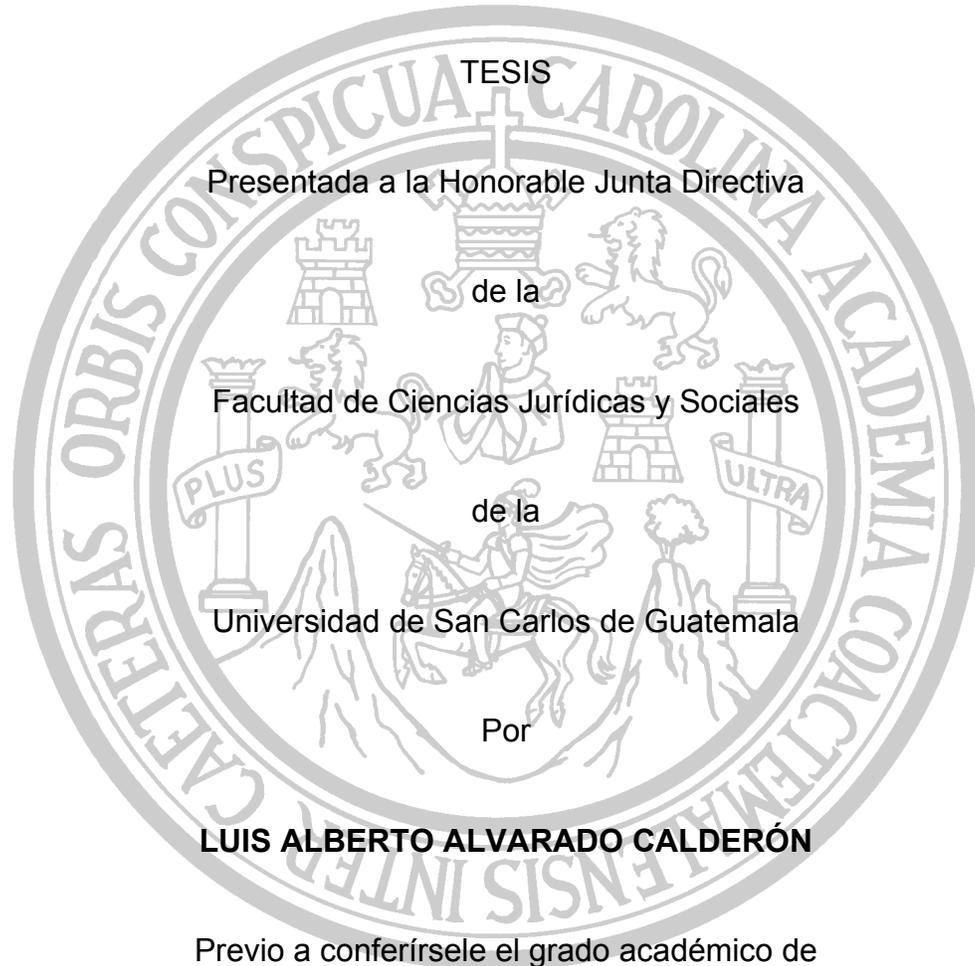
**EL A.D.N. COMO MEDIO DE PRUEBA
CIENTÍFICO EN LA FILIACIÓN**

LUIS ALBERTO ALVARADO CALDERÓN

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2010

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

EL A.D.N. COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTÍFICO EN LA FILIACIÓN



LUIS ALBERTO ALVARADO CALDERÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2010



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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Roberto Echeverría Vallejo
Vocal: Licda. María Soledad Morales Chew
Secretario: Lic. Carlos Paíz

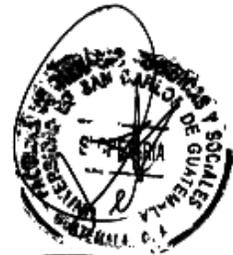
Segunda Fase:

Presidente: Lic. Manfredo Maldonado
Vocal: Licda. María Soledad Morales Chew
Secretario: Lic. Edgardo Enrique Enríquez

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



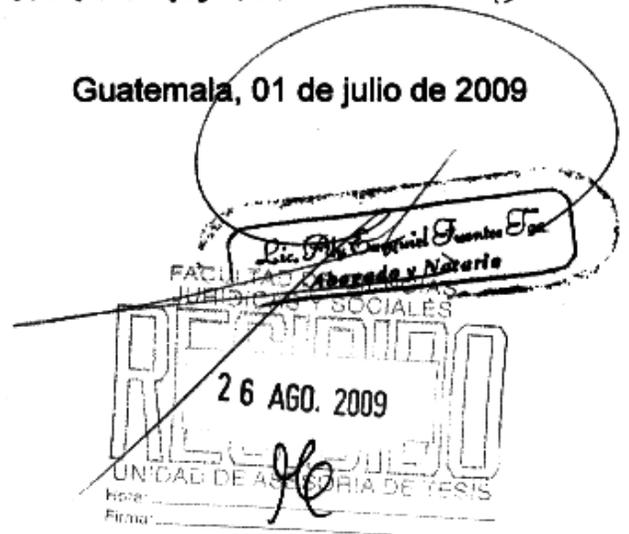
Licenciado Aly Ezequiel Fuentes Toc
Abogado y Notario



Guatemala, 01 de julio de 2009

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

Respetable Licenciado Castro Monroy:



Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que procedí a la asesoría de la tesis del bachiller Luis Alberto Alvarado Calderón, según nombramiento de fecha veinte de mayo del año dos mil nueve, que se intitula: **“EL A.D.N. COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTÍFICO EN LA FILIACIÓN”**. Después del trabajo recaído en mi persona, le informo que:

- a) El trabajo de tesis abarca un contenido técnico y científico, que estudia la importancia de la prueba del A.D.N.; como medio probatorio de la filiación en la sociedad guatemalteca.
- b) En el desarrollo de la tesis, se empleó la metodología y técnicas de investigación adecuadas. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, el cual dio a conocer la importancia del A.D.N.; el sintético, determinó sus características; el inductivo, estableció su práctica en el país y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria y legal actualizada.
- c) En lo relacionado a la redacción, el ponente durante el desarrollo de la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos determinaron que la prueba señalada, es de utilidad para la determinación de la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.



Licenciado Aly Ezequiel Fuentes Toc
Abogado y Notario

- d) En lo concerniente a la contribución científica del trabajo llevado a cabo por el sustentante, el mismo es fundamental para la sociedad guatemalteca; debido a que determina que la filiación es fundamental debido a que crea el parentesco de primer grado.
- e) La redacción de las conclusiones y de las recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos y técnicas apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a la importancia del A.D.N., como medio científico de la filiación.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.



Lic. Aly Ezequiel Fuentes Toc
Asesor de Tesis

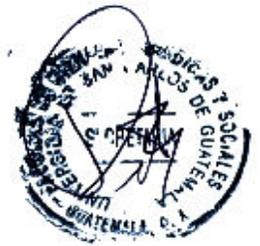
7ª av. 1-20 zona 4 oficina 970 noveno nivel Edificio Torre Café
Teléfono: 23324407
Colegiado No. 4013

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintisiete de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARIO ARNULFO GONZALEZ MIRANDA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LUIS ALBERTO ALVARADO CALDERÓN, Intitulado: " EL A.D.N. COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTIFICO EN LA 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



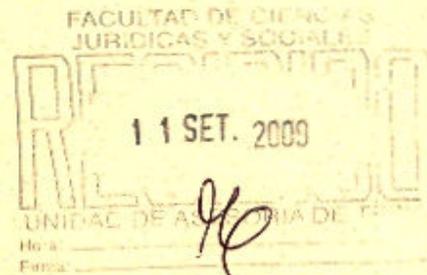
cc.Unidad de Tesis
CMCM/crla.

Licenciado
Mario Arnulfo González Miranda
Abogado y Notario



Guatemala, 08 de septiembre de 2009

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

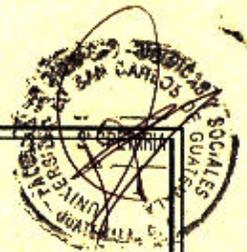


Licenciado Castro Monroy:

Le informo que de conformidad con el nombramiento emitido por el despacho a su cargo de fecha veintisiete de agosto del año dos mil nueve, procedí a la revisión del trabajo de tesis del bachiller Luis Alberto Alvarado Calderón, con carné 8711384; que se denomina: **"EL A.D.N. COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTÍFICO EN LA FILIACIÓN"**. Después de la revisión encomendada, le doy a conocer lo siguiente:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico, además el ponente utilizó la legislación y doctrina acordes, redactando la misma de forma adecuada, empleando un lenguaje apropiado y se desarrollaron de manera sucesiva los distintos pasos correspondientes al proceso investigativo; haciendo la división de la misma en cinco capítulos.
2. Los métodos que se emplearon fueron: analítico, con el que se dio a conocer la importancia del A.D.N., como medio probatorio; el sintético, indicó lo relativo a la filiación; el inductivo, estableció sus particularidades y el deductivo, señaló su regulación legal. Se utilizaron las siguientes técnicas de investigación: fichas bibliográficas y documental, las cuales fueron de utilidad para la recolección de la información actual y suficiente para el desarrollo de la tesis.
3. La redacción utilizada es la adecuada, y a través de los capítulos redactados, se señala que a través de la prueba del A.D.N., se determina la filiación. Los objetivos se determinaron y establecieron que a través de la prueba anotada, se establece el principio de verdad biológica. La hipótesis formulada fue comprobada, dando a conocer lo esencial de determinar la filiación.

Lic. MARIO ARNULFO GONZALEZ MIRANDA
ABOGADO Y NOTARIO

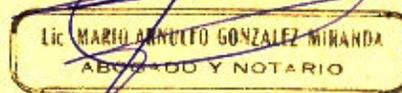


Licenciado
Mario Arnulfo González Miranda
Abogado y Notario

4. El tema de la tesis es una contribución científica y de útil consulta tanto para profesionales como para estudiantes, en donde el ponente señala un amplio contenido doctrinario y jurídico; relacionado con el A.D.N.
5. Las conclusiones y recomendaciones se redactaron de manera sencilla y constituyen supuestos certeros, que dan a conocer la problemática actual.
6. Se empleó la bibliografía adecuada y de actualidad. Al sustentante le sugerí diversas enmiendas a su introducción y capítulos, encontrándose conforme en su realización; siempre bajo el respeto de su posición ideológica.

La tesis desarrollada por el sustentante cumple 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, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Mario Arnulfo González Miranda
Revisor de Tesis
Colegiado 3218

11 calle 8-14 zona 1 oficina 52, 5to. Nivel Edificio Tecún
Teléfono: 22200929-22517797

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de octubre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LUIS ALBERTO ALVARADO CALDERÓN, Titulado EL A.D.N. COMO MEDIO DE PRUEBA CIENTÍFICO EN LA 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.-

MTCL/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por que me dio la vida y la oportunidad de haber llegado a este momento.
- A MIS PADRES:** Vidal Alvarado Rojas y Zoila Angélica Calderón, por sus sabios consejos, esfuerzos, apoyo y cariño.
- A MIS HERMANOS:** En general y en especial al Licenciado Mario Vidal Alvarado Calderón, Por su incondicional apoyo, colaboración y enseñarme el buen camino a seguir.
- A MIS MAESTROS:** Licenciada Rosario Gil, Lic. Carlos De León Velasco, Lic. Rodolfo Celis López, Lic. Haroldo García, en agradecimiento a sus sabios consejos y por su valiosa y acertada asesoría en mi preparación académica.
- A MIS AMIGOS:** En general, mis muestras de cariño y respeto.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Concepto derecho civil.....	01
1.1. Concepto derecho procesal civil.....	03
1.2. Concepto procesal.....	06
1.3. Fuentes del derecho.....	06
1.4. Presupuestos procesales.....	08
1.5. Naturaleza jurídica de la sentencia.....	14
1.6. Origen del concepto legitimación.....	17
1.7. Derecho subjetivo, acción.....	22
1.8. Acción sin derecho subjetivo.....	23
CAPÍTULO II	
2. Antecedentes históricos de la palabra familia.....	27
2.1. La familia.....	28
2.2. Clases de familia.....	30
2.3. Elementos del vínculo familiar.....	32
2.4. Características del concepto de familia.....	34
2.5. Concepto de acto jurídico familiar.....	35
2.6. Concepto parentesco.....	36
CAPÍTULO III	
3. Filiación.....	41
3.1. Formas de determinar la filiación.....	44
3.2. Efectos de la filiación.....	48
3.3. El Código Civil reconoce dos clases de filiación.....	49
3.4. Reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial.....	50



Pág.

3.5. Paternidad extramatrimonial.....	52
3.6. Aspectos procesales.....	54

CAPÍTULO IV

4. Medios de prueba.....	57
4.1. Declaración de las partes.....	58
4.2. El sistema probatorio en materia civil.....	62
4.3. Prueba de la filiación.....	63
4.4. Pruebas biológicas.....	65
4.5. Antecedentes Históricos de la prueba.....	66
4.6. Diferentes modos de prueba.....	68

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico de la prueba de ADN para determinar la filiación.....	79
5.1. Conceptos de ADN.....	79
5.2. La determinación de la filiación biológica.....	84
5.3. Enunciación de la contrariedad jurídica.....	85
5.4. Derecho de familia- filiación-prueba de ADN.....	88
5.5. Prueba legal administrativo del ADN dentro del laboratorio.....	90
5.6. Prueba legal técnica del ADN dentro del laboratorio.....	91

CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

La naturaleza del presente trabajo nace de relación de la figura de filiación, en virtud de la necesidad y falta de una normativa amplia y congruente, al admitir la prueba de ADN, en los juzgados de familia, como prueba privilegiada. Es posible destacar la relevancia que tiene en la actualidad la prueba biológica de ADN, en los juicios de filiación, se debe considerar el principio de la verdad biológica.

El objetivo de la presente investigación es, efectuar un estudio en forma amplia con procedimientos específicos determinar la importancia sobre la filiación, no se asienta en la voluntad de las partes, sino en la realidad de la naturaleza, esto es posible con la aparición de procedimientos científicos que permiten establecer con certeza la realidad del vínculo biológico. Precisamente uno de estos procedimientos técnicos de mayor relevancia en nuestros días, por su rigor científico es la prueba de ADN. Es tal la importancia de esta prueba en los casos de paternidad discutida o ignorada que la propia ley establece una sanción en caso de negativa a someterse a los exámenes y análisis, consistente en el indicio contrario a la posición sustentada por el renuente que en definitiva constituye una verdadera presunción legal en contra del mismo.

El objetivo específico, es la relación con el grado de certeza de la prueba, en casos de inclusión, que sea el verdadero padre o hijo, la exactitud de esta técnica permite alcanzar un gran porcentaje, es decir, que el resultado es innegable y de esta manera es aceptado y aplicado por los jueces en sus resoluciones. Las aplicaciones del análisis de ADN para la determinación de paternidad o maternidad son variadas, pero en general y en la práctica se reducen a los casos de paternidad discutida o ignorada y aquellos en que, como el abandono de niños, robos y/o sustituciones, se desconoce la maternidad. El análisis que pretendo realizar en este trabajo es de los casos reclamación la filiación extramatrimonial contra el presunto padre biológico (varón) y la prueba de ADN para determinar su supuesta paternidad teniendo en cuenta las disposiciones legales referentes al derecho a la intimidad, del presunto padre y su dignidad humana como fundamento para negarse a la mencionada prueba biológica.



Este trabajo se ejecutó a través del método deductivo-inductivo, para realizar el fondo analítico de la investigación en la cual se determina la necesidad de regular de emergencia nacional la prueba de ADN, en los juicios de filiación.

La hipótesis que guió el presente trabajo de investigación quedó planteada de la siguiente manera: Existe un derecho pertinente en la República por la cual todo niño y ova que por diversas circunstancias, no ha sido inscrito su nombre en el Registro Civil, tiene la potestad de presentarse a dicha fin a dicha dependencia a fin de que se lleve a cabo este trámite. Si se institucionalizara el uso del análisis del ADN. Como un recurso científico de apoyo para la respectiva inscripción del reconocimiento de la filiación paternal, entonces el registro podría asentar la partida de nacimiento en base a la prueba científica.

La presente investigación se realizó para que la investigación fuera científica se utilizaron los métodos analítico-sintético; lógico-deductivo y lógico-inductivo; para que posea un efecto analítico-jurídico, conformado en cuatro capítulos de la forma siguiente: El primero se refiere a la definición de derecho civil, fuentes, concepto de derecho procesal civil, sus presupuestos procesales y naturaleza jurídica de la sentencia, del derecho subjetivo, acción y legitimación; El segundo, se desarrolla concepto de familia, elementos del vínculo familiar sus característica del estado de familia así mismo del concepto de acto jurídico familiar y concepto de parentesco; El tercero desarrolla al matrimonio de su naturaleza jurídica, los principales regímenes matrimoniales de la disolución del régimen de las causales de separación personal y del juicio mismo, además del divorcio o separación personal por presentación conjunta; El cuarto indica acerca de la figura de filiación de las formas de determinar la filiación de los efectos, la prueba de la filiación la determinación de la paternidad extramatrimonial de las pruebas biológicas y sus aspectos procesales y de la reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial; El quinto se desarrolla sobre medios de prueba de la declaración de las partes del sistema probatorio en materia civil y de los diferentes modos de prueba y del análisis jurídico de la prueba de ADN para determinar la filiación.



CAPÍTULO I

1. Concepto derecho civil

Sucedo en algunas materias jurídicas, que los estudiosos e incluso el gran público conocen bien el área de su extensión y el fundamento de su contenido; “pero en ellas resulta muy difícil a veces componer un concepto que satisfaga todas las exigencias”¹

La palabra civil, con que se define a esta rama del derecho proviene del latín *civile*. En Roma, se distinguía el *ius naturale* que era común a todos los hombres sin distinción de nacionalidad, y el *ius civile*, que era el derecho propio de los ciudadanos romanos. La ciudad era la noción equivalente a lo que hoy llamamos estado con lo cual el derecho civil se refería al vigente en roma y comprendía normas de derecho público y privado.

Castán manifiesta, “con razón, que la significación etimológica del adjetivo *civile*, de *civista*, no guarda apenas relación con la naturaleza actual de esta rama del Derecho. La significación vulgar tampoco nos da una idea clara y decidida, pues en el lenguaje moderno la palabra civil, es anfibológica y de sentido casi puramente negativo, contraponiéndose unas veces a lo eclesiástico, otras a lo militar, otras a lo administrativo, etc., y una investigación meramente racional no nos daría útiles

¹ Sánchez Román, Felipe. **Estudios de derecho civil**, pág. 64.



resultados porque no hay clasificación indiscutible en el derecho, ni el civil tiene una naturaleza simple y homogénea.”²

“Como regulador general de las personas o bienes, el derecho civil, configura la rama jurídica más antigua y más frondosa, aun enfocada en innumerables aspectos”.³

La evolución de la sociedad y las complejidades de ciertas relaciones jurídicas han establecido desmembramientos, y especializaciones. El derecho civil, constituye el derecho madre. Es un derecho residual. Regula todo lo que tenga que ver con la persona como persona en sí. Es básico, pero no es el único derecho que existe. Surgió como el único, pero a medida que la sociedad fue evolucionando, y convirtiéndose cada vez en algo más complejo, el derecho se especializa y desarrolla.

Este permaneció como el tronco del derecho. Luego surgieron los distintos tipos de especializaciones del derecho, que pasaron a ser las ramas del derecho: derecho público, derecho privado.

Esta clasificación está un tanto alejada de la realidad en virtud que en la mayoría de los casos es muy difícil establecer la diferencia, así por ejemplo se tiene al derecho laboral, que es muy difícil de incluir en uno u otro grupo, ya que participa de ambos.

² Castán Tobeñas, José. **Los derechos de la personalidad**, pág. 5.

³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico**, pág. 120



"El derecho como ciencia surge porque; el hombre necesita vivir en sociedad y esta implica armonía de la libertad, la coexistencia y el orden. El ejercicio arbitrario de la libertad haría imposible la coexistencia humana; de ahí la necesidad de una disciplina o de un orden que regule la sociedad."⁴

1.1. Concepto derecho procesal civil

El derecho procesal civil se entiende como una sucesión concatenada de compartimientos estancos, a fin de ordenar y desarrollar el proceso. Para ello, cada etapa tiene una serie de normas de procedimiento a las que hay que ajustarse para que el proceso sea válido, esto es, legal y jurídicamente válido con fuerza de ley.

Es el juez el que debe velar no solo por la prestación de justicia y equidad al momento de resolver el conflicto llevado al litigio, sino que debe velar también por el cumplimiento de las normas que hacen al proceso legal. Un proceso que no es legal, aparte de lesivo, es inútil.

El proceso civil se caracteriza por una serie de principios que lo conforman y que son:

- Principio de audiencia: Es un principio general que afecta, también, a las demás ramas del derecho procesal al derecho al debido proceso y que se resume en que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio. Implica que ningún ciudadano tiene que soportar una sentencia sin que previamente haya tenido

⁴ Villegas Lara, Rene Arturo. **Introducción al estudio del derecho**, pág. 46.



la oportunidad de alegar en su defensa todo aquello que considere oportuno dentro del proceso.

- Principio dispositivo: El proceso civil se inicia a instancia de parte, denominada parte actora, lo que significa que el objeto del proceso es determinado inicialmente por el demandante, exponiendo los hechos y los fundamentos de derechos en que se basa y el pronunciamiento o resolución que solicita del Juez. Con las alegaciones que pueda hacer el demandado se acaba de concretar el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que se discutirá a lo largo del juicio. Rama del derecho público interno que define y delimita la función jurisdiccional, establece las formas adecuadas para su ejercicio y señala además la manera como se desarrollan y desenvuelven los juicios de naturaleza civil.

Acción: La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna, pues toda la vida es acción, y solo existe inacción absoluta. En sus significados generales, equivale al ejercicio de una potencia o facultad. “Denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste”.⁵

“Se admite generalmente prescindiendo de divergencias menores que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable, añadiéndose a menudo la exigencia de que sea punible”.⁶

- Elementos de la acción: Donde resulta que las meras ideas o pensamientos del hombre no pueden considerarse como acción y por lo mismo no son punibles. Las

⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico**, pág. 16.

⁶ Von Liszt, Franz. **La idea en el fin en el derecho**, pág. 70.



ideas constituyen el primer paso en fase interna del *iter criminis* y no se castigan sobre este punto es importante crear la máxima romana *congitationes Poenam nemo Patitur*, ninguno puede ser sancionado por sus ideas” Pues los actos que acaecen solamente dentro del ámbito de la conciencia son intrascendentes para el Derecho Penal”.⁷

- Naturaleza jurídica de la acción: Se constituye en la defensa del derecho de propiedad, mediante ella, las personas que pierden la posesión de los bienes bajo su dominio pueden demandar ante la autoridad competente la declaración de únicos propietarios del bien que se trate y su derecho prevalecerá por encima de cualquier otro que invoque el demandado.

- Objeto de la acción: Pretende que el juez resuelva a favor del actor la propiedad del bien reclamado, llamada acción declarativa.

Que se imponga al demandado la entrega de la cosa que tiene en su poder, sus frutos y acciones, y al pago de daños y perjuicios, gastos y costas del juicio, de condena.

Para el derecho de las Pandectas, manifiesta Herce y Gómez Orbaneja, “la acción era un puro concepto de Derecho privado, que a éste exclusivamente correspondía estudiar: hoy se ha abierto camino la concepción de la acción procesal como categoría independiente del correlativo concepto del Derecho Civil”⁸

⁷ Muñoz, R. Campo Elías y Guerra de Villalaz Aura E. **Derecho penal panameño**, pág. 187.

⁸ Prieto Castro, Lonardo. **Derecho procesal civil**, pág 53.



1.2. Concepto procesal

“Conjunto de autos y actuaciones. Litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal, causa o juicio criminal”.⁹

“El derecho procesal puede definirse como la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla”¹⁰.

“El derecho procesal es un conjunto de normas jurídicas, parte integrante del ordenamiento estatal que se caracteriza por servir para la aplicación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales al caso concreto.”¹¹

1.3. Fuentes del derecho

“Principio, fundamento u origen de las normas jurídicas y, en especial, del Derecho positivo o vigente en determinado país y época. Por metáfora, sencilla y repetida, pero expresiva y técnica”.¹²

⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Ob. Cit.**, pág. 322

¹⁰ Devis Echandía, Hernando. **Teoría general del proceso**, pág. 86

¹¹ Asencio Mellado, José María. **Introducción al derecho procesal**, pág. 254. .

¹² **Ibid.** pág. 174.



La palabra fuente refiere al origen de donde proviene eso que llamamos derecho. En efecto si el derecho, es un orden social justo cuyo núcleo expansivo denominamos derecho natural, y si el derecho positivo es la interpretación del derecho natural, influida por las condiciones del medio social, y la preocupación por consolidar el orden establecido, necesita conocer los medios por los cuales se expresa, o como se constituye este derecho positivo, tal es la teoría de las fuentes del derecho.

a) Fuentes formales: Esta distinción, ideada por Laband, ha llegado hacerla dominante en la doctrina moderna. Son fuentes formales “los modos o maneras en que el derecho tiene que ser concebido públicamente para que pueda tener validez general en la sociedad”.¹³

Son las fuentes típicamente jurídicas y a ellas se refiere la doctrina cuando estudia este problema en la parte general del derecho civil. Son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete de ellas se menciona:

- I. La ley
- II. La costumbre
- III. La norma emanada de un tribunal de casación.

b) Fuentes materiales o científicas: Son fuentes materiales, “en cambio todo factor o elemento que contribuya a determinar fijar el verdadero fondo de la norma jurídica, siendo el carácter de esa fuente sociológico o meta jurídico. Estos elementos que impulsan o determinan el nacimiento de las normas jurídicas son de índole moral; de carácter sociológico o de mero carácter técnico, teniendo una disciplina general para toda clase de legislaciones. No sucede, en cambio, lo mismo

¹³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 75.



con las fuentes formales que tienen que estudiarse en relación con un ordenamiento legislativo determinado, pues tanto desde el punto de vista histórico como desde del actual son diversos los canales por donde debe discurrir la savia jurídica.”¹⁴

Dadas por la libre investigación científica, y son:

- I. La jurisprudencia
- II. La doctrina
- III. La equidad
- IV. El derecho comparado, gravitan por la atracción de ellos deriva.

1.4. Presupuestos procesales

Para que en un proceso se produzca una relación jurídica procesal válida no basta la interposición de la demanda, la presencia de las partes y la intervención del Juez. Para que un proceso sea válido y eficaz deben estar presentes en él los denominados presupuestos procesales, unos de orden formal y otros de orden material o de fondo.

- Los presupuestos procesales de forma: “Requisitos o circunstancias relativos al proceso, más depuradamente, supuestos previos que necesariamente han de darse para construir una relación jurídica procesal o válida.”¹⁵

De esta forma se puede mencionar.

a) La demanda en forma,

¹⁴ **Ibid.**

¹⁵ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, pág. 792



- b) La capacidad procesal de las partes; y,
- c) La competencia del juez.

Los presupuestos procesales de fondo o materiales o también llamadas condiciones de la acción, son:

- I. La existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, lo que otros denominan la voluntad de la ley;
- II. La legitimidad para obrar;
- III. El interés para obrar; y
- IV. Que la pretensión procesal no haya caducado, como sostienen algunos autores.

Los presupuestos procesales de forma y de fondo son requisitos ineludibles para que se genere una relación jurídica procesal válida y para que, por consiguiente, exista proceso válido para resolverse sobre el fondo de lo pretendido y no dictar sentencias meramente inhibitorias.

- Teorías: La teoría de los presupuestos procesales nació en el año de 1868 y fue expuesta por Von Bülow en su libro Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen. En esta teoría se hace la distinción entre excepción y presupuestos procesales, entendiéndose como supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal.

En términos generales, se entiende por presupuestos procesales las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y



culmine con una sentencia de mérito. Su ausencia produce un fallo inhibitorio que no hace tránsito a cosa juzgada.

Calamandrei manifiesta Los presupuestos procesales son los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida. También se dice que son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder deber del juez de proveer sobre el mérito.

Montero Aroca manifiesta que “los presupuestos procesales atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto. A si mismo indica que el órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso para advertir, en el momento de dictar sentencia, que en ésta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones.”¹⁶

Monroy Cabra, entiende por presupuestos procesales a “las condiciones que se requieren para que la relación jurídica nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito. Su ausencia produce un fallo inhibitorio que no hace tránsito a cosa juzgada.”¹⁷

¹⁶ Montero Aroca, Juan. **La legitimación en el proceso civil**, pág. 76

¹⁷ Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Principios de derecho procesal civil**, pág. 88



En doctrina se encuentra una serie de clasificaciones de los presupuestos procesales. Sin embargo, para los fines didácticos del presente trabajo, expondremos aquella que clasifica a los presupuestos procesales en formales y de fondo.

- Presupuestos procesales de forma: “Son aquellos requisitos sin los cuales no se constituye una relación procesal válida. Si falta algún presupuesto procesal formal no habrá proceso válido. Constituyen presupuestos formales los siguientes: la demanda en forma, la capacidad procesal de las partes y la competencia del juez”¹⁸

- La demanda de forma: La demanda que es el medio procesal para accionar y para hacer valer las pretensiones procesales, para generar un proceso válido, debe reunir los requisitos formales y de fondo que la ley procesal señala. El Código Procesal Civil señala los requisitos que debe contener la demanda Artículos 61,106, y los anexos que deben acompañarse a ella regulado en el Artículo 107 del mismo cuerpo legal. El mismo código señala las causales por las que puede declarar inadmisibile la demanda Artículo 109 del Código Procesal Civil.

La Capacidad procesal de las partes. Es la aptitud para comparecer personalmente, por sí mismo, en el proceso. Su equivalencia lo encontramos en el Derecho Civil en la capacidad de ejercicio que, según su Artículo ocho, se adquiere cuando se haya cumplido 18 años de edad. Tienen *Legitimatío ad processum* todos los que conforme al Código Civil tienen capacidad de obligarse sin necesidad de autorización de otras personas. Sólo las personas naturales tienen capacidad procesal, en tanto que las

¹⁸ Couture, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**, pág. 202.



personas jurídicas no tienen capacidad procesal, pues, por ellas, se apersonan al proceso las personas naturales.

Cabe agregar que no es suficiente para tener capacidad procesal que la persona natural haya cumplido 18 años de edad, sino que esa persona no se halle en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa señaladas por el Código Civil Artículos nueve y diez, quienes no pueden ejercer por sí mismos sus derechos civiles y por tanto no podrían ejercer una acción procesal válidamente.

La capacidad procesal está vinculada a la capacidad de ejercicio, sin embargo no en todos los casos la capacidad procesal es sinónimo de capacidad civil de ejercicio, pues se puede tener capacidad procesal es decir participar en el proceso como actor y producir actos procesales válidos sin tener capacidad de ejercicio es decir, haber adquirido la mayoría de edad. Argumento, el menor de 16 años que demanda la nulidad de matrimonio sin necesidad de contar con mayoría de edad, esto por el hecho de contraído matrimonio a los 16 años.

Se puede participar en el proceso por derecho propio, es decir, por su parte de la relación material, parte material. También una persona que sin ser parte de la relación sustantiva puede ser parte de la relación procesal, representación procesal. Con lo que se colegia que no siempre el sujeto de derecho que es parte de la relación procesal es parte de la relación material o titular del derecho material.

Tratándose de la competencia absoluta, que comprende a la competencia por razón de la materia, de la jerarquía de la cuantía y de turno, la intervención del Juez



incompetente, da lugar a una relación jurídica procesal inválida y su incompetencia puede ser declarada de oficio.

En cambio tratándose de la competencia relativa, que comprende la competencia por razón de territorio, puede producirse, si no se cuestiona oportunamente la intervención del Juez, la prórroga de la competencia, dando lugar a la validación del proceso y su incompetencia puede ser declarada a instancia de parte.

La competencia absoluta no puede ser variada por acuerdo entre las partes, en cambio la competencia relativa puede ser acordada y preestablecida por las partes, esto es lo que se conoce como prórroga convencional de la competencia. Inclusive si la competencia relativa no es cuestionada por el demandado se produce la prórroga tácita de la competencia.

Si una demanda pasó el filtro de la calificación y el demandado no cuestionó la competencia relativa, excepción de incompetencia, el juez ya no podrá declararla de oficio, tampoco podrá pronunciarse sobre ella al momento de revisar la relación procesal con el objeto de emitir el saneamiento o aquí ya no se indica de un presupuesto procesal sino de un impedimento procesal.

En cambio el carácter de absoluta e inmodificable que tiene la otra competencia, otorga al juez la posibilidad de declarar su incompetencia de oficio e inclusive puede motivar la invalidez de la relación procesal.

- Presupuestos procesales de fondo: Bastante difundidos con el rótulo confuso y equivocado de condiciones de la acción, otros prefieren llamarlas condiciones para



que el actor obtenga una sentencia favorable. Por nuestra parte, preferimos denominarlo como presupuestos procesales de fondo a las condiciones necesarias que propician la emisión de una sentencia de mérito, es decir, para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda sea objeto de pronunciamiento por el Juez. Su falta impedirá al Juez pronunciarse sobre el fondo del litigio, generándose de esta forma lo que en doctrina se conoce como sentencia inhibitoria.

1.5. Naturaleza jurídica de la sentencia

El origen de la cosa juzgada se encuentra en el derecho romano, con “la figura de la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*). También conocida como *res in iudicio adiudicata*. Con ella se buscaba proteger a las partes de un nuevo juicio y una nueva sentencia sobre la materia objeto del mismo, buscándose con ello satisfacer una necesidad de certeza o seguridad jurídica. Varias han sido las posiciones sobre la naturaleza de la cosa juzgada, sin perjuicio que, en general, ellas se estiman compatibles y complementarias.”¹⁹

La naturaleza jurídica de la sentencia para Ulpiano, la consideraba como cosa juzgada y se tenía por verdad; mientras para Savigny era una ficción de verdad que protegía a las sentencias definitivas. Mediante este planteamiento se está advertido que en juicio sólo se puede encontrar una verdad subjetiva mas no objetiva, pues el elemento de verdad pura es imposible por la certeza humana que se tiene sobre los hechos acaecidos. Ante tal premisa se entiende que la cosa juzgada es una *fictio iuris*, que pretenderá armonizar a los justiciables.

¹⁹ Savigny, M. F. C de Durán y Bas, Manuel. **Sistema del derecho romano actual**, pág. 61



El contenido de la sentencia lleva una presunción de verdad, que es la posición del sistema francés y español. Al contrario, otros autores como Savigny y Pothier sostienen a la cosa juzgada como una presunción de verdad, esto es, un criterio de verdad que sólo puede ser desdicha con un valor semejante a ello. Conviene tener en cuenta los criterios de presunciones *iure et de iure e iuris tantum*.

Para la doctrina alemana es una declaración de certeza con carácter indiscutible y, para la italiana, de imperatividad y eficacia. Otros autores señalan que es una declaración de eficacia con tres características: inimpugnabilidad, inmutabilidad o inmodificabilidad y coercibilidad.

a) Teoría material: "Se sostiene que están conformados por "los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y además son los requisitos que el Juez debe examinar y establecer en su decisión final para que el demandante pueda obtener una sentencia favorable".²⁰

Esta teoría acepta tres presupuestos:

- a. El derecho;
- b. Legitimidad para obrar; y
- c. Interés para obrar.

Además sostienen que estas deben ser verificadas por el Juez al momento de emitir sentencia.

²⁰ Chiovenda, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**, pág. 89.



b) Teoría procesal: De bastante aceptación por la mayoría de los Códigos Procesales Latinoamericanos, incluyendo al Código Procesal Civil modelo para Latinoamérica, contempla dos categorías:

- i) La legitimidad para obrar y
- ii) El interés para obrar.

Sosteniendo que éstas pueden ser objeto de revisión en varios y determinados estadios del proceso, al calificar la demanda, al resolver las excepciones, al sanear el proceso, excepcionalmente al emitir sentencia. Por aparte se ha ido coincidiendo con procesalistas, que la norma jurídica que ampara y sustenta el derecho tutelado, llamada también voluntad de la ley, es un tercer elemento a tomar en cuenta como presupuesto procesal de fondo

Consiguientemente, se concluye que los presupuestos procesales de fondo son:

- a) Existencia de un derecho tutelado por la ley o lo que también se suele llamar voluntad de la ley;
- b) interés actual para plantear la pretensión o interés para obrar; y,
- c) Legitimidad para obrar.

El interés para obrar, Ticona Postigo, le prefiere llamar: “necesidad de tutela jurisdiccional, indicando que es el estado de necesidad de tutela jurisdiccional en que se encuentra una persona en concreto y que lo determina a solicitar, por vía única y sin tener otra alternativa eficaz, la intervención del respectivo órgano



jurisdiccional con la finalidad de que resuelva el conflicto de interés en el cual es parte.”²¹

Juan Monroy Palacios de nacionalidad peruana, sobre la teoría procesal indica que "hay interés para obrar cuando una persona a agotado todos los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que recurrir al órgano jurisdiccional. Esta necesidad inmediata, actual, irremplazable de tutela jurídica es el interés para obrar".²²

Liebman, indica el interés para obrar o interés para accionar "está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia lesión aparente o real del interés sustancial y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la titularidad de la providencia como medio para adquirir por parte del interés lesionado la protección acordada por el derecho".²³

1.6. Origen del concepto legitimación

Cuando se plantea la legitimidad para obrar se conoce, con referencia ya a un proceso determinado, de resolver la cuestión de quién debe interponer la pretensión y contra quién debe interponerse para que el juez pueda dictar una sentencia en la que resuelva el tema de fondo, esto es, para que en esa sentencia pueda decidirse sobre si estima o desestima la pretensión. El fenómeno jurídico que en el derecho

²¹ Ticona Postigo, Víctor. **El debido proceso y la demanda civil**, pág. 56

²² Monroy Gálvez, Juan. **Relación jurídica sustantiva y relación procesal**, pág. 54

²³ Liebman, Enrico Tulio. **Manual de derecho procesal civil**, pág. 86

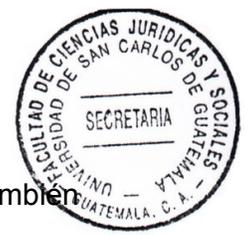


moderno se quiere identificar con la palabra legitimación no guarda relación con los supuestos que en el derecho antiguo se recogían bajo esa denominación. No es que en este derecho antiguo no existiera el fenómeno, es sólo que la doctrina no se había percatado de él.

- Legitimidad para obrar, aspectos generales: En el proceso civil se conoce como mecanismo que sirve para resolver un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, mediante la actuación del derecho y aplicación de la norma al caso concreto. El acto de exigir algo que debe tener por cierto la calidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídica a otro, antes del inicio del proceso se denomina pretensión material. La pretensión material no necesariamente es el punto de partida de un proceso. En consecuencia, puede haber pretensión material sin proceso y proceso sin pretensión material.

Si la pretensión material es satisfecha, se acabó la relación jurídico sustantivo y, además no habrá sido necesario que haya proceso. Sin embargo, cuando la pretensión no es satisfecha y el titular de esta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra, entonces sólo queda el camino de la jurisdicción.

Esto significa que el titular de una pretensión material, utilizando su derecho de acción, puede convertirla sin necesidad de hacerla desaparecer- en pretensión procesal, en tanto que va a ser discutida, probada, alegada y al final decidida, dentro de un proceso, la que no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derecho exige algo a otro a través del Estado, concretamente utilizando



sus órganos especializados en la solución de conflictos, llamados también jurisdiccionales.

Sin embargo, para recurrir al órgano jurisdiccional, ha establecido algunos requisitos que debe contener la demanda, esto es, que la persona que se sienta afectada por la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho, en el caso de acudir ante el Estado para alcanzar la protección de éste a través del juez; deberá satisfacer los presupuestos procesales de forma y los presupuestos procesales de fondo o materiales, mal llamada condiciones de la acción.

Los presupuestos procesales son condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder deber del juez de proveer sobre el mérito.

Como se indicó precedentemente, los presupuestos procesales de forma son, la demanda en forma, juez competente y capacidad de las partes. En cambio, los presupuestos procesales de fondo son: el interés para obrar, la legitimidad para obrar y la posibilidad jurídica. Estos presupuestos deben darse como requisito de la sentencia, pero no son procesales puesto que, aun sin ellos, el proceso es completamente válido y existente y también la sentencia es válida. Funcionan sí como presupuestos, antecedentes, de la sentencia de fondo o mérito, porque independientemente de la razón o sinrazón de la parte, puede examinarse si es la verdadera titular de la relación debatida, legitimación, si tiene posibilidad jurídica y si tiene interés.



La legitimidad para obrar constituye una condición fundamental en la obtención de una sentencia de mérito y que su cumplimiento puede ser denunciada por alguna de las partes o declarada de oficio por el juez.

“En el derecho antiguo la palabra legitimación se usaba con referencia a tres aspectos:”²⁴

- *Legitmatio personae*: Que se refería a lo que hoy denominamos capacidad procesal y a su prueba o, dicho en la terminología antigua, cualidades necesarias para comparecer en juicio, con lo que lo cuestionado era la legítima persona *standi in iudicio* en el sentido de reunir los requisitos de capacidad, es decir, a lo que hoy se conoce como capacidad para ser parte y capacidad procesal.

- *Legitmatio ad processum*: Expresión con la que se hacía referencia a los presupuestos de representación legal de las personas físicas y necesarias de las personas jurídicas y a su prueba. En buena medida este tipo de legitimación se basaba en una confusión, al no tenerse claro quien era la verdadera parte en el proceso, el representante o el representado.

- *Legitmatio ad causam*: Que atendía al supuesto de que alguien se presente en juicio afirmando que el derecho reclamado proviene de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título.

²⁴ Liebman, Enrico Tulio. **Manual de derecho procesal civil**, pág. 157



Todos estos sentidos de la palabra *legitimatio* no se corresponden con lo que hoy se entiende por legitimación, aunque la doctrina y la jurisprudencia hayan pretendido equiparar la vieja *legitimatio ad processum* con la capacidad y la *legitimatio ad causam* con la legitimación.

El tema de la legitimación, surgió para explicar casos que aparecían como excepcionales, quien no es titular de la relación jurídico material ejercita la pretensión, y acabó refiriéndose, principalmente, a los casos normales, quién y frente a quién debe ejercitarse la pretensión.

Antes de desarrollar el tema como corresponde, se debe hacer mención al hecho de que tanto en la doctrina así como en el derecho comparado, el tema propuesto como estudio es considerado o denominado de forma distinta tales como: *Legitimatio ad causam*,

Legitimación en la causa, legitimación material, legitimación para accionar, cualidad para obrar, legitimación para pretender o resistir la pretensión

No obstante ello, se debe indicar que todas ellas se refieren al presupuesto procesal materia de estudio, es decir a la legitimidad para obrar como un requisito del presupuesto procesal de fondo; sin embargo como se puede observar, su tratamiento varía según se trate de la inclusión en un sistema procesal del despacho saneador o no y de las facultades dadas al magistrado.



1.7. Derecho subjetivo, acción

La razón del silencio en la doctrina inicial del siglo XX, se encuentra en la identificación entre derecho subjetivo y acción, con la consecuencia de que sólo podía ejercitar la acción el titular del derecho subjetivo, por lo que la cuestión de la legitimación no podía ni existir. De la legitimación sólo se empieza a hablar cuando se distingue entre derecho subjetivo y acción. Sin que se pretenda reconstruir ahora la teoría de la acción, conviene recordar que en las concepciones monistas la acción y el derecho subjetivo eran una misma cosa, de modo que para Savigny, por ejemplo, “la acción es el aspecto bajo el que se presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo, por lo que si el derecho no existe la violación no es posible, y si no hay violación el derecho no puede revestir la forma especial de acción. Naturalmente el titular de la acción es el ofendido, en cuanto titular del derecho violado, y el destinatario de la misma es quien ha realizado la violación.”²⁵

Si para un jurista era inimaginable la distinción entre derecho subjetivo y acción, y si el titular de la acción tenía que ser necesariamente el titular del derecho subjetivo, con lo que ni siquiera se cuestionaba que quien no fuera titular del derecho subjetivo pudiera demandar en juicio su cumplimiento, el tema de la legitimación ni existía ni podía existir.

La ruptura entre el derecho subjetivo y la acción marca el verdadero giro conceptual, aparecen las doctrinas dualistas y se comprende que

²⁵ Savigny, Federico. **Criminología**, pág. 32.



- Existen dos derechos diversos: Uno el derecho subjetivo material, que se dirige frente a un particular y es de naturaleza privada, y otro el derecho de acción, que se dirige contra el Estado y tiene naturaleza pública.

1.8. Acción sin derecho subjetivo

El mismo concepto de legitimación va unido a la posibilidad de tener acción para pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en un caso concreto sin tener que afirmar la titularidad de un derecho subjetivo, pues es esa posibilidad la que explica todos los supuestos de legitimación extraordinaria. La legitimación apareció como un concepto autónomo, no pudiendo entenderse comprendido ni en la capacidad ni en la cuestión de fondo debatida en el proceso.

En su origen el concepto de legitimación no nace para explicar los supuestos en que los titulares de una relación jurídica material se convierten en partes del proceso, sino que por medio de él se pretende dar sentido a aquellos otros supuestos en los que las leyes permiten que quien no es sujeto de una relación jurídica material se convierta en parte del proceso, bien pidiendo la actuación del derecho objetivo en un caso concreto, o bien pidiéndose frente a él esa actuación.

Sólo después se aspira a generalizar el concepto y acaba por aplicarse al supuesto normal de quiénes deben ser parte en un proceso determinado y concreto para que en éste pueda aplicarse el derecho objetivo, llegándose a dictar una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del asunto.



Se comprende así que el punto de partida sea necesariamente el de distinguir entre

- Pretensión: Legitimación activa o para que contra él se formule, legitimación pasiva, en condiciones de ser examinada por el órgano jurisdiccional en cuanto al fondo, que está regulada por normas de naturaleza procesal.

Se trata, así de distinguir entre partes materiales y partes procesales, y respecto de estas segundas, la legitimación resuelve la cuestión de quién puede pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en el caso concreto y contra quién puede pedirse.

La misma existencia de la cuestión sólo puede plantearse cuando se admite la posibilidad de que unas sean las partes materiales y otras las partes procesales, pues si esta distinción no se considerara posible carecería de sentido incluso el planteamiento de la cuestión. La legitimación adquiere entidad cuando se admite que la misma puede existir sin derecho subjetivo.

“según criterios abstractos y generales, qué sujetos pueden pretender la realización de una determinada relación por parte de los órganos jurisdiccionales y respecto de qué sujetos dicha realización puede ser pretendida. O, más claro aún, las normas acerca de la legitimación determinan qué sujetos están jurídicamente autorizados para accionar o para contradecir.”²⁶

Todo sujeto está legitimado para ejercitar una determinada acción, es decir, para provocar la actividad jurisdiccional mediante providencias de distinta naturaleza,

²⁶ Ugo Rocco, Eduardo. **Tratado de derecho procesal civil**, pág. 96



únicamente en orden a una determinada relación jurídica o a un determinado estado jurídico. Expresa que los criterios básicos para establecer la legitimación para accionar deben buscarse en un conjunto de circunstancias, condiciones y cualidades de ciertas categorías de sujetos, en orden a la relación jurídica o al estado jurídico sobre los cuales determinado sujeto pide una providencia cualquiera. Dichas condiciones, circunstancias o cualidades respecto al estado jurídico o a la relación jurídica, se determinan, las más veces, por el hecho de ser sujeto o de afirmarse, lo cual, en cuanto a la legitimación, viene a ser lo mismo, titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico.

La titularidad puede ser real o sólo aparente, pues también quien no es titular puede provocar la declaración de certeza de la existencia o inexistencia de la relación jurídica de la cual se afirma titular. Así, según Rocco, "la titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o del estado jurídico, constituye el criterio básico para la determinación de los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción determinada."²⁷

Respecto de quienes debe declararse con certeza la existencia de una relación jurídica, está autorizados por la norma procesal para pretender tal declaración. Es una cuestión previa a la determinación de si existe o no la relación jurídica sustancial. Según este autor, no debe confundirse la legitimación con la existencia del derecho o relación material, ya que basta la titularidad simplemente afirmada.

²⁷ **Ibid**, pág. 98.



De Devis Echandía, define así la legitimación: "En lo que respecta al demandante, la legitimación en la causa es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos), o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios). Y por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica."²⁸

²⁸ Devis Echandía, Hernando. **Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones**, pág. 66



CAPÍTULO II

2. Antecedentes históricos de la palabra familia

“En la antigua sociedad política romana, El Estado y los particulares son amalgama de los principios de coordinación y de subordinación. Así el Estado antiguo echa sus raíces en la familia, la familia es hoy una entidad de derecho privado puro, sin importancia política inmediata, y sólo se relaciona con el derecho en sus dos cualidades más íntimas: la patria potestad y el matrimonio; el cariño fraternal no puede considerarse ya como una relación jurídica.”²⁹

La familia en sus orígenes fue considerada como una conciencia localizada en un hogar, en el vocablo familia deriva de Vha (sentar) y de Vhaman (asiento, morada, cosa). El griego tiene las mismas expresiones denostadoras de domicilio, vivienda. Otras acepciones buscan su etimología en Famel, que significa hambre, quizá porque en el seno de la familia es donde se satisfacen las primeras necesidades. “La familia ante todo es una institución un entidad creada con autonomía y cuyas normas no pueden alterarse por voluntad privada. Según la tradición católica el origen de la familia estaba en el matrimonio mangánico y en la preeminencia marital. Pero según el estudio de la filosofía comparada y de la prehistoria, el origen de la familia se encuentra por la promiscuidad y matriarcado primitivos y después para al patriarcado.”³⁰

²⁹ Ihering Rudolf Von. **El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo.** pág. 212,

³⁰ **Ibid.** Pág. 414.



María Pilar Aquino (2001), refiere “que la familia es un grupo de personas con un vínculo de parentesco que comparten una experiencia presente y común.”³¹

Para analizar la relación que existe entre el comportamiento individual y grupo familiar en un único acto de observación, es necesario considerar a la familia como un todo orgánico, es decir como un sistema relacional que supera y articula entre sí los diversos componentes individuales. La familia son personas emparentadas entre sí, que viven juntas. El hombre siempre ha estado obligado a agruparse para cubrir necesidades que por sí mismo no hubieran podido. “Estas necesidades según Abraham Maslow; son básicas y necesarias para la existencia del ser humano”³²

El termino familia tiene diversas definiciones que responden a contenidos jurídicos y aspectos históricos que no son coincidentes ni con el tiempo ni con el espacio el Código Civil guatemalteco regula en el Título II. La Familia pero no da una definición de lo que se entiende al contrario entra definirlo lo que es matrimonio, como lo refiere el Artículo 78. El matrimonio es una institución social, por medio de la cual se unen un hombre y una mujer con el ánimo de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos

2.1. La familia

No hay un concepto delimitado de ella. La ley no da una definición. Para definirla se buscaron diversos elementos, sujeción de los integrantes de la familia a uno de sus miembros, la convivencia, los miembros de la familia viven bajo el mismo techo, bajo

³¹ Aquino, María Pilar **Justicia y paz**, pág. 102.

³² Maslow, Abraham. **Motivación y personalidad**, pág. 56



la dirección y con los recursos del jefe de la casa, el parentesco conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o de afinidad, la filiación, conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o la filiación, aunque excepcionalmente por la adopción.

Vidal Taquini: "Familia en derecho argentino es el grupo de personas unidas por vínculos jurídicos, en la medida y extensión determinada por la ley, que surgen del matrimonio y de la filiación legítima, ilegítima y adoptiva".³³

La familia es una institución social. La ley impone la regulación no sólo al matrimonio, sino también a la filiación y a la adopción. La calidad de miembro de la familia depende de la ley y no de la voluntad de las personas. La familia es una institución jurídica pero no una persona jurídica. En esta materia no cabe aceptar figuras que sean nítidamente patrimoniales.

En la actualidad, el hecho de fundar una familia implica, no solamente procrear niños, sino crearlos, educarlos, formarlos y sobre todo satisfacer sus necesidades, tanto biológicas como sociales. Dentro de las funciones biológicas se encuentra: la satisfacción sexual, el cuidado y educación de los hijos; y dentro de las funciones sociales están: la producción económica, cuidado de los ancianos, los incapacitados y la protección de los intereses de los miembros de las amenazas externas. A esto se suma, la gran responsabilidad de criar y formar seres humanos y convivir humanamente.

³³ Vidal Taquini, Carlos. **Régimen de bienes en el matrimonio**, pág.198.



Uno de los aspectos más relevantes que pueden destacarse de la cita anterior es el hecho de que la familia juega un papel importante dentro de la sociedad, y sobre todo en hogares de la cabecera departamental de Huehuetenango, donde se ha podido observar que para muchos niños, niñas, adolescentes, ancianos, mujeres, y personas discapacitadas, el hogar llega a ser indiscutiblemente, el lugar más violento y peligroso, para éstas personas más vulnerables del contexto familiar, donde la violencia intrafamiliar está siempre presente, tal como lo expresan muchas mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que asisten en ayuda a los centros de justicia. La cual no es posible ocultarla, ni evitarla cuando dentro del círculo familiar un miembro con más poder abusa de otro con menos poder. Este desequilibrio de poderes está generalmente dado por el género (si es mujer y hombre) y por la edad (si son niños o niñas).

2.2. Clases de familia

Para algunos autores en el concepto de familia nada importa que el vínculo jurídico sea legítimo o ilegítimo. Así, no existirían clases de familias sino una sola familia, en la cual funcionan vínculos jurídicos familiares distintos, con extensión y cualidades privativas; las diferencias se hallan en cuanto a la regulación de estos vínculos.

La calidad de miembro de la familia es precisada por el derecho civil en la forma ya establecida, y aunque algunas leyes especiales se aparten en alguna medida del ordenamiento civil para el otorgamiento de ciertos derechos, quienes forman la familia no son otros que los determinados por él.



El vínculo jurídico familiar es la relación que existe entre dos individuos, derivado de la unión matrimonial, de la filiación o del parentesco, y en virtud del cual existen de manera interdependiente y habitualmente recíproca, determinados derechos subjetivos que, entonces, pueden considerarse como derechos subjetivos familiares. A su vez, estos derechos asumen en muchos casos, la característica de derechos-deberes.

Los derechos subjetivos familiares son las facultades otorgadas a las personas como medio de protección de intereses legítimos determinados por las relaciones jurídicas familiares.

Concepto de la familia en el derecho argentino. Examen de los diversos ordenamientos normativos. Protección de la familia. Intervención estatal.

En Guatemala, el derecho de familia está básicamente contenido en el Código Civil. Con posterioridad se dictaron leyes que organizaron los registros del estado civil de las personas.

Más recientemente se legisló acerca de la filiación y la patria potestad desde la perspectiva de la unidad de filiación y la coparticipación de ambos padres en el ejercicio de la patria potestad.



2.3. Elementos del vínculo familiar

Permite el ejercicio de los derechos subjetivos familiares entre quienes tienen tal vinculación. Entre los cuales se mencionan:

- a) El vínculo biológico y
- b) El vínculo jurídico.

- Vínculo biológico: “Es el elemento primario, básico, necesario y presupuesto indispensable para la existencia del vínculo familiar. La familia es una institución que responde a la ley natural.”³⁴

- Vínculo jurídico: “Es elemento secundario del vínculo familiar, por cuanto su existencia depende de la del vínculo biológico, ya que jamás puede crearlo pero es decisivo para legalizarlo. El vínculo jurídico prevalece sobre el vínculo biológico, por más que se encuentre condicionado a él ya que lo califica. Concordancias y discordancias. Como medio necesario para realizar el orden social los vínculos biológicos y jurídicos deben coincidir. Entre ambos existen concordancias y discordancias.”³⁵

La concordancia pura se produce cuando el vínculo jurídico corresponde al vínculo biológico, lo cual puede acaecer desde el momento en que se constituye la relación o con posterioridad, ejemplo la filiación.

³⁴ Vidal Taquín. **Ob. Cit.**, pág. 234

³⁵ **Ibid**, pág. 236.



La concordancia impura se presenta cuando el vínculo biológico no guarda debida correlación con el vínculo jurídico.

La discordancia pura sucede cuando el vínculo biológico corresponde al vínculo jurídico creado en contra de las disposiciones legales, por lo cual la relación está sujeta a una causa de nulidad. Entre ellas

Los efectos del mismo no se producen sino desde el momento de su celebración. Si ha mediado una unión de hecho, esta unión, por no trascender al plano jurídico, hace que provoque una discordancia pura.

En el caso de la filiación, hasta el momento de la inscripción o del reconocimiento media discordancia pura. A partir del reconocimiento hay concordancia pura.

En la concordancia impura no media una debida correlación entre ambos vínculos. Por ejemplo, la inscripción o reconocimiento de un hijo que biológicamente no lo es de sus padres.

Formación de la familia. El vínculo biológico no es bastante para que nazca el vínculo jurídico sino que debe ir acompañado del acto voluntario que culmina en el acto jurídico de emplazamiento en el estado de familia. Así, la voluntad asume un papel fundamental en la formación de la familia. Es el medio útil para su creación. Existen excepciones, ejemplo. Declaración judicial de la filiación.



2.4. Características del concepto de familia

- Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.
- Unidad: Los vínculos jurídicos no se diferencian en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial.
- Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos por ejemplo, si es soltero, es soltero ante todos.
- Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto erga omnes para ejercer los derechos que de él derivan.
- Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ejemplo, el estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.
- Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.
- Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento sin perjuicio de la caducidad de las acciones de estado, como por ejemplo la del Artículo 258 del Código Civil, referido a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, destinada a consolidar el estado de familia.



El estado de familia es inherente a la persona. No puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No puede ser transmitido mortis causa. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores, por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos.

2.5. Concepto de acto jurídico familiar

Cuando la constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de relaciones familiares.

El acto jurídico familiar es una especie dentro del género acto jurídico. La teoría general del acto jurídico, sus presupuestos y condiciones de validez, vicios, etc., es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley.

Clasificación de los actos jurídicos familiares. El acto jurídico familiar puede tener por fin inmediato la creación, modificación, conservación e incluso la extinción de relaciones familiares. Se clasifican en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia. El matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, emplazan en el estado de cónyuges, de padre o madre e hijo, y de adoptante y adoptado



respectivamente. La revocación de la adopción simple desplaza del estado de familia creado por la adopción.

Hay actos jurídicos familiares unilaterales y bilaterales. Unilateral es el reconocimiento del hijo. Bilateral es el matrimonio.

Título de estado de familia: Este concepto tiene dos acepciones.

- Instrumento o conjunto de instrumentos públicos: de los cuales emerge el estado de familia de una persona. Se alude al título de estado en un sentido formal.
- Causa o título de un determinado emplazamiento. Se alude al título en sentido material o sustancial.

Título de estado y prueba del estado. El estado de familia se prueba con el título formalmente hábil. Como por ejemplo el estado de hijo se prueba con la partida de nacimiento. También puede probarse el emplazamiento por otros medios cuando no es posible obtener el título a través de la una prueba supletoria.

2.6. Concepto parentesco

Esta institución es de suma importancia porque a través de ella se puede determinar el vínculo consanguíneo que existe entre padres e hijos, y también entre abuelos y nietos y así sucesivamente con las generaciones que descienden una tras otra de acuerdo a la graduación legal, Algunos autores o estudiosos de la materia definen el parientes de la manera siguiente: el tratadista Manuel Ossorio, hace mención del



Código Civil argentino el cual lo define como “el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco.”³⁶

Así mismo el autor Rafael Rojina Villegas indica “el parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad del matrimonio o de la adopción para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho”³⁷

La existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción determina el parentesco.

“El Artículo 345 del Código Civil lo define como el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco. La definición es parcial porque no comprende a los afines ni al parentesco habido de la adopción.”

- Clases de parentesco: La legislación guatemalteca en el Artículo 290 del Código Civil, hace una clasificación del parentesco, en el cual se establece las clases de parentesco. La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado, y el civil que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y adoptado. Los cónyuges son parientes, pero no forman grado, Así mismo el Artículo 21 de la Ley del Organismo Judicial instituye la misma clasificación anteriormente

³⁶ Ossorio. **Ob. Cit.**, pág. 542.

³⁷ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil**, pág. 260



- Parentesco por consanguinidad: Es el que vincula o liga a las personas que descienden unas de otras padres e hijos, recíprocamente, o de un antepasado común.

- El parentesco por afinidad: Es el que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.

- Parentesco por adopción existe entre adoptantes y adoptado: En la adopción simple o entre el adoptado y sus parientes y los consanguíneos y afines de los adoptantes en la adopción plena.

- Efectos civiles: En el ámbito del derecho civil, los principales efectos del parentesco son los relativos al derecho recíproco a alimentos y de visitas. Además, el parentesco por consanguinidad es el presupuesto de la vocación hereditaria legítima. A partir de 1968, el derecho sucesorio también se otorga en virtud de la afinidad para el caso de la nuera viuda, sin hijos, que no hubiese contraído nuevo matrimonio y que tiene derecho a recibir, en la sucesión de sus suegros, la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido en ella a su marido premuerto. Finalmente, el parentesco adoptivo es también fuente de vocación hereditaria legítima.

El parentesco constituye presupuesto de impedimentos matrimoniales en la consanguinidad, la afinidad y la adopción. Confiere legitimación para la oposición a la celebración del matrimonio y para deducir la acción de nulidad del matrimonio.



Confiere legitimación para promover la acción de insania. Confiere derecho a ejercer la tutela y la curatela legítima, etc.

- Efectos penales y procesales: Elemento integrante del tipo en el supuesto caso del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar o en el caso de matrimonio ilegal, si el impedimento es de parentesco que dirime las nupcias. Calificación agravante del delito en el homicidio, lesiones, abuso de armas, corrupción y prostitución, abuso deshonesto, etc. Eximente de responsabilidad hurto, defraudaciones y en el caso del encubrimiento.

- En el ámbito del derecho procesal: El parentesco puede operar como causal de recusación y excusación de magistrados y funcionarios judiciales.

- Grado: Es el vínculo entre dos individuos, formado por la generación. Es el vínculo o relación determinado por la generación biológica entre ascendientes y descendientes hay tantos grados como generaciones.

- Línea: Es la serie no interrumpida de grados, o sea de generaciones biológicas. La línea también se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por una ascendencia común, aunque cada cual pertenezca a distintas ramas caso de los parientes colaterales.

- Tronco: Es el ascendiente común de dos o más ramas. Aquel de quien, por generación, se originan dos o más líneas descendentes, las cuales, por relación a él, se denominan ramas.



- Cómputo del parentesco por consanguinidad: Mediante el cómputo se establece el grado de parentesco existente entre las personas dentro de la familia. Este cómputo se hace de dos formas distintas, según que las personas cuyo grado de parentesco se quiere establecer se encuentren o no en la misma línea.

a) Línea recta: Se llama línea recta descendente, a la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes. Se llama línea recta ascendente, a la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes. En la línea recta, ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones.

b) Línea colateral: Se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por un ascendiente común o tronco. Los grados se cuentan también por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Los hermanos están en segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos en el cuarto, etc.



CAPÍTULO III

3. Filiación

Inicialmente se manifiesta que “La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.”³⁸

El Código Civil, estableció originariamente categorías de hijos legítimos, procreados dentro del matrimonio e ilegítimos procreados fuera del matrimonio, y entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales, nacidos por diferentes circunstancias que determinaban su estigmático nombramiento.

Anteriormente se establecía originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos y entre estos últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo.

Posteriormente se eliminó la calificación entre los hijos extramatrimoniales y elevó su porción hereditaria de la cuarta parte a la mitad de lo que correspondería a un hijo matrimonial. Hoy en día y de acuerdo con la figura de la filiación matrimonial y extramatrimonial producen los mismos efectos.

- La filiación desde dos perspectivas exclusivamente: Como una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, por lo que siempre es bilateral; y

³⁸ Rojina Villegas. **Ob. Cit.**, pág. 294



a) Como un estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.

- Sistemas teóricos para establecer la filiación:

a. El de titulación, en donde la filiación se tiene por los títulos de atribución que es la causa iuris de la filiación y títulos de legitimación, que son signos o requisitos legales que refieren a la determinación y tienen una función probatoria. Los títulos pueden entrar en conflictos entre sí respecto de una misma persona. En la doctrina no es claro diferenciar cuáles sean unos y otros.

b. El de procedí mentalización, en donde parte de la separación de ciertos procedimientos independientes para acceder o destruir la filiación, con basamento de cada uno de ellos en criterios-base de carácter autónomos entre sí, que son el punto de partida, punto de articulación y de interpretación cada procedimiento, eventualmente factores de determinación, y metacriterios de decisión para conflictos o choques de procedimientos. Este sistema tiene como sustrato una triple partición entre:

- a) Los procedimientos constitutivos o impugnativos,
- b) El estado civil filial constituido y
- c) Los derechos y deberes atribuidos al estado civil. Además, tiene un fuerte caracter normativista.

- Tipos de Filiación Unidad o Pluridad: Esto se refiere a cuántos estados civiles filiales tiene ordenamiento jurídico, y supone una definición específica de la ley.



- Pluralidad. Si el Derecho distingue varias posiciones de hijo como estado civil, el hijo legítimo, también llamado de la filiación matrimonial; e ilegítimo no matrimonial, adoptivo, entonces debe hablarse de diversos tipos de filiación. La pluralidad de estados es un instrumento para atribuir una discriminación en los derechos y obligaciones imputables.

- Unidad. Si el Derecho sólo tiene una posición en su calidad de hijo como estado civil, entonces no puede hablarse de tipos de filiación sino de una única consideración en la posición, hijo. La unidad de estado es usada para atribuir igualdad en el régimen de los derechos y obligaciones.

- Procedimientos para constituir la filiación: Se trate de un sistema plural o único, el estado civil filial puede tener su origen en diversos procedimientos que establezca la ley. Cada procedimiento se organiza en torno a un criterio-base que origina el procedimiento. Los criterios-base los determina cada legislación, los tradicionales son: el natural, mediante acto natural de la procreación, y el puramente jurídico, mediante un contrato como en la antigua adopción romana o un proceso jurisdiccional de adopción. A ellos en algunos sistemas se les agrega los siguientes criterios-base: de reproducción asistida, mediante un acto tecnológico de reproducción, y uno social, atribuido mediante sólo consideraciones sociales sobre quien sea hijo de quien.

En el caso de la filiación de origen biológico, también se distingue entre un contexto matrimonial, cuando los progenitores están casados entre sí, y el contexto no matrimonial o extramatrimonial, en caso contrario.



3.1. Formas de determinar la filiación

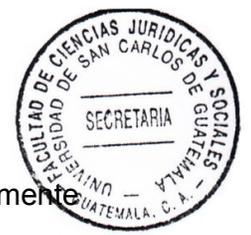
Según el ordenamiento jurídico en concreto, la filiación puede recurrir a ciertos factores de determinación de la filiación. Su objetivo es facilitar la constitución del estado filial, mediante el establecimiento legal de tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica, y que sean una manifestación externa del criterio-base.

En esta materia depende de cada legislación nacional su establecimiento, y cada procedimiento puede tener sus propios factores independientes de los otros:

La determinación de la filiación se da en la legislación guatemalteca de diversas maneras dependiendo si estamos frente a una filiación matrimonial o legítima propia, una filiación matrimonial impropia o una filiación extramatrimonial. Se clasifica en tres las maneras de determinar la filiación: determinación legal, determinación voluntaria o negociar y determinación judicial.

- Determinación legal: La determinación legal de la filiación es la surgida por la propia ley con base a hechos fácticos establecidos por aquella.

Con respecto a la paternidad, en la filiación legítima propia, el Código Civil en su Artículo 199, establece la presunción de que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio. Adicionalmente dicho precepto legal establece que se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de ciento ochenta



días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Asimismo, el Artículo 207 del mismo cuerpo legal establece que si disuelto el matrimonio la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero. Si el hijo naciere después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque este dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio, se presume concebido en el segundo.

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

- Determinación voluntaria: La determinación voluntaria de la filiación es la que nace en virtud del reconocimiento o declaración que hace una persona de ser padre de otra.

El Código Civil en el Artículo 210 establece que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho declarada se prueba con respecto del padre por el reconocimiento voluntario del padre o por sentencia judicial que declare la paternidad.



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

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

La determinación judicial de la filiación está regulado en nuestra legislación en el Artículo 220 del Código civil, que establece que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente tiene derecho a pedir judicialmente que se declare su filiación.

Esta disposición legal es aplicable para el caso del hijo nacido de una relación en la cual los padres no estén unidos por matrimonio o unión de hecho declarada.

Asimismo, el Artículo 202 del Código Civil establece que tanto el hijo como la madre tienen derecho a justificar la paternidad del padre, cuando el hijo fuere nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio.

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



- Mediante el parto: Éste se construye como un factor de determinación de la filiación en un procedimiento natural, que se aplica sólo a la mujer.

- Regla del pater is est.: También sólo opera en un procedimiento natural. Se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de ésta. Ésta se construye mediante tres sub-reglas:

- La existencia de un matrimonio,
- El nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y
- Que se esté determinada la maternidad de la madre.

- A través de la inscripción de su nacimiento en el registro civil: En alguna legislación, como la chilena, éste no constituye un factor de determinación, sino un medio para acreditar la filiación ya constituida.

- Posesión notoria: Sólo constituye un factor de determinación, cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento. La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo: lo cuida, educa, le provee alimentos y vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso.



3.2. Efectos de la filiación

En el *ius commune*, a esta área se le llamaba *ius personarum* H. Coiné. La filiación tiene importantes efectos jurídicos. Podemos citar, entre los más importantes, los siguientes:

a. 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.

b. 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.

c. La filiación determina los apellidos de la persona, que se regirán en función de la legislación concreta aplicable.

- Entre los efectos extraciviles podemos mencionar: En derecho penal la filiación puede alterar la punibilidad de un delito, en algunos casos como excusa legal absoluta, y en otras bien como atenuante, bien como agravante.



a) 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.

3.3. El Código Civil reconoce dos clases de filiación

La filiación por naturaleza y por adopción. A su vez la filiación por naturaleza puede ser matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí y no matrimonial cuando el padre y la madre no están casados entre sí, con independencia de que alguno de los, o ambos, estén casados con otras personas. Ha desaparecido así en nuestro Derecho el concepto de hijo ilegítimo el nacido fuera del matrimonio o natural el nacido de personas que podían contraer matrimonio entre sí pero no estaban casadas.

La diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales sólo se mantiene en cuanto a las formas para establecer la paternidad.

La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo biológico entre el hijo y sus padres. La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria o negocial y judicial. Es legal cuando la establece la ley. Es voluntaria cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento del hijo. Es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, en base a las pruebas relativas al nexo biológico.



3.4. Reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial

Quien no ha sido reconocido como hijo tiene a su alcance la acción de reclamación de filiación. La acción puede ser dirigida contra la madre, el padre, o contra ambos.

En caso de reclamarse por una filiación matrimonial no establecida, se tratará de demostrar la maternidad, pues siendo la madre mujer casada, legalmente se presume la paternidad del marido. La acción debe dirigirse contra ambos esposos. Si se reclama el vínculo de filiación con mujer que no estaba casada al tiempo del nacimiento del actor, sólo contra ella se dirigirá la acción.

El hijo puede reclamar la filiación en todo tiempo. Los herederos del hijo tendrán como plazo para demandar el tiempo que falte para llegar a los dos años posteriores a la mayoría de edad, recuperación de plena capacidad o descubrimiento de pruebas en que se podría fundar la demanda, del hijo fallecido.

La posesión de estado es un medio más dentro del contexto probatorio tiene valor de reconocimiento pero no tiene el efecto de emplazar en el estado de hijo.

Si durante el período de la concepción, el demandado había vivido en concubinato con la madre del actor que reclama su filiación, se presumirá la paternidad del demandado salvo prueba en contrario.



El hijo que no fue espontáneamente reconocido por su progenitor y que debe reclamar judicialmente su filiación, tiene derecho a demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos.

- Adopción: La institución de la adopción, que tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que teniéndolos no le ofrecen la atención que merece, es muy diferente a las instituciones del siglo pasado en las cuales se buscaba por ejemplo prolongar el nombre o la fortuna familiar. En la India, cuando un hombre casado moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones sexuales con la viuda, hasta engendrar un hijo, que sería considerado a todos los efectos, hijo del que había fallecido.

La historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la infancia desvalida para la que se buscó la adopción.

- Adopción simple: Aquella que creando un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no crea vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación.

Confiere al adoptado la posición de hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, aunque los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

- Adopción plena: Que se admitió respecto de menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad. Sin



perjuicio de la adopción plena, se mantuvo la adopción simple respecto de menores que no se hallaren en alguna de estas situaciones.

Se asimila a la legitimación adoptiva. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, aunque subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

3.5. Paternidad extramatrimonial

El reconocimiento del hijo extramatrimonial debe ser practicado por escrito. Cuando el reconocimiento se practica ante el oficial del Registro Civil, y se realiza entonces la inscripción pertinente, el hijo queda emplazado en el estado de tal y obtiene el título de estado en sentido formal.

Si se trata de una declaración que el progenitor realiza en documento público o privado, incluido el testamento, o se invoca la posesión de estado, ello no es suficiente para emplazar en el estado de hijo. Estas formas de reconocimiento sólo representan presupuestos para obtener, por la vía pertinente, el emplazamiento en el estado de hijo y la constitución del título de estado.

Si se reconoce incidentalmente a un hijo en un testamento, esto tendrá plena validez.



El reconocimiento es un acto jurídico familiar. Caracteres: es unilateral no intervienen ni un tercero ni el reconocido, irrevocable excepto por las acciones de impugnación y nulidad, es puro y simple no se sujeta a modalidad, condición o plazo.

Para evitar reconocimientos inspirados en el deseo de obtener una herencia, si bien la ley admite el reconocimiento del hijo ya fallecido, determina que quien lo formula y sus ascendientes, no tendrán derechos hereditarios en la sucesión del reconocido.

En el acto de reconocimiento queda prohibido mencionar al otro progenitor.

Quien pretende reconocer un hijo que tiene emplazamiento como hijo de otra persona, deberá previamente impugnar ese vínculo de filiación, para luego poder practicar el reconocimiento.

El Ministerio Público de Menores debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. Para ello debe citar a la madre, intentar obtener los datos para identificar al padre, citar a esa persona e intentar obtener su reconocimiento. Esta norma se refiere al hijo extramatrimonial.

Por medio de la acción de impugnación de la maternidad, se trata de demostrar que no es realmente hijo de la mujer que, conforme a las inscripciones registrales, aparece como su madre. La acción se podrá fundar en que hubo sustitución de hijo o en suposición de parto.



3.6. Aspectos procesales

El juicio tramitará por la vía ordinaria. La demanda deberá ser dirigida contra el hijo, a quien se designará un tutor especial, y también contra la madre, pues la sentencia, si acoge la demanda, dará carácter extramatrimonial a su vínculo con el hijo.

Para que resulte admisible la demanda, se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda.

Todos los medios de prueba son admitidos en este juicio. Sin embargo, no será suficiente la sola declaración de la madre.

Acción del hijo. El hijo también puede impugnar en todo tiempo la paternidad atribuida al marido de su madre. Su acción no prescribe ni caduca. Deberá ser dirigida contra el padre, pero también contra la madre.

Si el hijo es menor adulto podrá solicitar autorización judicial para promover la demanda.

Acción de los herederos del marido. La ley permite impugnar la paternidad a los herederos del marido, si éste falleció antes de transcurrir el plazo de caducidad. En cambio, no se faculta a interponer la demanda a los herederos del hijo. En casos de fallecimiento del marido o del hijo que demandaron, los herederos podrán continuar la acción.



Rechazo de la demanda. La madre, o el tutor especial que se designe al hijo, podrán pedir el rechazo de la demanda de negación, por haber conocido el marido al tiempo de su casamiento el embarazo de su mujer, o si después del nacimiento reconoció expresa o tácitamente al hijo, o consintió que se le diera su apellido.

- Impugnación y nulidad del reconocimiento: El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales puede ser impugnado por el propio hijo y por quienes tienen interés en hacerlo; esto es, por razones hereditarias.

Esta acción, que tramitará por juicio ordinario, está destinada a demostrar que no es cierto en el plano biológico que el reconocido sea hijo de quien practicó el reconocimiento.

Cuando la acción la intenta el hijo, no existen plazos de caducidad o prescripción. Cuando actúan otros interesados, rige el plazo de prescripción de dos años desde que quien actúa ha tomado conocimiento del acto de reconocimiento.

Quien ha practicado el reconocimiento también podrá pedir la nulidad alegando vicios del consentimiento.

- Impugnación de la maternidad: La acción se podrá fundar en que hubo sustitución de hijo o suposición de parto.

Se confiere la acción a todos aquellos que tienen un interés legítimo, incluyendo al propio hijo, al marido de la mujer, a los herederos y a los parientes de la madre.



La madre o el marido no podrán actuar si como fundamento de su acción señalan que deliberadamente anotaron al hijo como suyo, sabiendo que no lo era.

Tratándose de filiación matrimonial, la demanda debe ser dirigida contra la madre y también contra su marido, ya que, anulado el vínculo de maternidad, caerá la presunción de paternidad que la ley crea respecto de aquel y se extinguirá el vínculo de filiación entre el marido y el hijo.



CAPÍTULO IV

4. Medios de prueba

Guatemala, al igual que otros países incluye entre medios de prueba en un proceso civil la declaración de partes o confesión de parte. Esta lleva como fin el testimonio de una de las partes en el proceso, respetando los 30 días de prueba, se interpone durante los 9 días de emplazamiento, como una prueba anticipada, enviando en el memorial de petición del mismo en plica cerrada el pliego de posiciones que el absolvente deberá contestar. Según la ley del país se encuentra regulado este procedimiento en los Artículos 128 al 141 del Código Procesal Civil.

Es el primero de los medios probatorios, por que dentro de este se realiza lo que llamamos confesión, que es el testimonio de una de las partes y que desempeña una función probatoria dentro del proceso, para la realización de este procedimiento es necesario que concurren los sujetos de la confesión partes y juez , los cuales deben tener un objeto determinado, que consiste en los hechos expuestos en la demanda y su contestación. Es de mucha importancia definir la naturaleza jurídica de la declaración de las partes la cual se basa en el criterio dominante que se trata de una prueba legal la cual se produce, mediante una declaración de conocimiento, y no como expresión de un saber desinteresado.



La confesión en el sistema procesal guatemalteco para su desarrollo requiere de ciertos aspectos prácticos se encuentran regulados en los Artículos del números del 130 al 140 del Código Procesal Civil y Mercantil estos aspectos son: que se realice ante Juez competente, que la citación debe hacerse de manera personal, que las posiciones o preguntas versen sobre hechos personales del absolvente o sobre el conocimiento de un hecho, que las respuestas deberán contestarse afirmativa o negativamente, que la declaración se hará bajo juramento en la cual el juez abrirá la plica y calificará el pliego de posiciones, luego la parte que promovió puede presentar las preguntas adicionales que el juez también calificará, en caso de que el absolvente no se presentara a declarar, el juez lo declarará confeso, en caso de enfermedad legalmente comprobada, el tribunal se trasladará al lugar en que este se encuentre y se realizará allí dicha diligencia. El proceso puede terminar por confesión si el demandado así lo desea.

Es importante destacar que en la práctica se necesita de un memorial de interposición de la demanda y el trámite en general, se agrega a este trabajo todo ese memorial, con nombres ficticios del actor, el demandado, la juez los abogados etc. Solo a manera de ejemplo para ilustrar mejor el mismo procedimiento.

4.1. Declaración de las partes

La declaración de las partes es el primero del medio probatorio contenido en el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil estipula que: Son medios de prueba la:



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

El testimonio de una de las partes se llama, confesión a diferencia del de los terceros que constituye la prueba de testigos, la confesión puede ser tanto del actor, cuando reconoce un hecho afirmado por el demandado, como de éste cuando acepta los alegados por aquel.

La confesión, considerada como prueba, es el testimonio que una de las partes hace contra si misma, es decir, el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo.

Giuseppe Chiovenda define la confesión como "la declaración que hace una parte de la verdad de hechos afirmados por el adversario y favorable a éste."³⁹

Hugo Alasina la define como "el testimonio que una de las partes hace contra si misma, es decir el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo."⁴⁰

³⁹ Chiovenda, Guissepe. **Instituciones de derecho procesal civil**, pág. 178.

⁴⁰ Alsina, Hugo. **Tratado teórico de derecho procesal civil y comercial**, pág. 225



Pero testimoniar y declarar son dos nociones distintas. Todo testimonio es una declaración, pero no toda declaración es un testimonio.

Testimoniar es Atestación o aseveración de una cosa; “En otras acepciones jurídicas actuales o antiguas, toda aseveración de verdad. Declaración judicial de un testigo”⁴¹

La declaración de un testigo sobre alguna cosa o acerca de la existencia o inexistencia de un hecho que haya presenciado u oído, por lo que no cabe duda que testimonio deriva de testigo y testigo de Testis, cuya palabra designa a la persona que por haber percibido un hecho que le es ajeno, puede atestiguar acerca de él. Lógicamente, no puede existir un testimonio contra si mismo. Lo que existe y dice de la esencia de la confesión, es que se trata de una declaración contra si mismo porque lo que en ella se hace es manifestar un acto de voluntad que no es propio. Con el testimonio se describe un hecho. Con la declaración se expresa la voluntad de reconocerlo como verdadero contra si mismo, y naturalmente, a favor del adversario.

Guasp, define la confesión como "cualquier declaración de las partes que desempeñe una función probatoria dentro del proceso."⁴²

Esto es que tienda a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado. Manifiesta también que recoge como primer elemento de la confesión las declaraciones prestadas por los litigantes. Se confiesa en el sentido

⁴¹ Ossorio. **Ob. Cit.**, pág. 945

⁴² Guasp. **Ob. Cit.**, pág. 267



amplio de los restantes caracteres de esta prueba se anuncia expresamente por los litigantes una cierta actitud de ellos hacia los datos procesales que constituyen el objeto de la prueba.

Todo medio constituye un modo de llegar al fin, al resultado. En este caso el fin de la prueba es lograr esclarecer un hecho controvertido, una situación dudosa; o un delito, en cuanto a su existencia, o al modo en que se cometió, para encuadrarlo en la precisa figura delictiva. Los medios de prueba consisten en la incorporación legal de los elementos de prueba cosas o personas a un proceso judicial, con las garantías suficientes para que los medios de prueba sean idóneos para formar la convicción de quien tiene la alta responsabilidad de juzgar.

El juez no puede decidir las cuestiones a su antojo sino basado en la ley y en las pruebas, como consecuencia del principio de defensa en juicio. Las partes pueden colaborar en la resolución del conflicto planteado aportando las pruebas que posean. Estas pruebas se incorporan al proceso y ya no pertenecen a las partes que las introdujeron. Si un testigo aportado por una de las partes para su defensa, luego declara en su contra, la parte que aportó esa prueba, que ahora no le conviene, no puede retirarla.

En derecho civil, se trata de conflicto entre particulares, donde éstos tienden a dilucidar cuestiones controversiales, y serán esos mismos contendientes, actor y demandado, los que deberán aportar las pruebas pertinentes para aseverar sus dichos. La prueba no es el hecho en sí que se pretende probar, sino que los



diferentes medios de prueba que irán creando en el juez la convicción de lo acontecido.

Sobre la prueba del nacimiento de las personas el Código Civil argentino trata en sus Artículos números del 79 al 88, donde luego de enumerar instrumentos públicos, como certificaciones de registros públicos o libros parroquiales, establece que a falta de ellos se aceptará cualquier otro medio de prueba, y en caso de que no pueda probarse de ningún modo la edad de la persona, lo determinará el juez, con consulta de profesionales.

En los Artículos números del 103 al 109 se hace referencia al fin de la existencia de las personas, cuya prueba se realiza cuando fue dentro del país igual que el nacimiento. Si hubiera ocurrido la muerte en guerra, por las constancias del Ministerio de Guerra. En los casos en que no existan instrumentos públicos se aceptarán toda clase de documentos y declaraciones testimoniales. Si la muerte se hubiera dado en circunstancias en que fuera imposible sobrevivir, y el cadáver no fuese hallado, el juez ordenará que se inscriba el deceso.

4.2. El sistema probatorio en materia civil

Con respecto a la prueba del matrimonio, se prueba con el acta respectiva, con su copia del Acta de matrimonio o certificación de asiento de matrimonio, expedido por el Registro Nacional de las Personas. Estando imposibilitado de presentar esas pruebas, justificada la imposibilidad, se admitirán otros medios probatorios. No es prueba suficiente la posesión de estado.



Con respecto a los actos jurídicos, si un acto debe celebrarse por escrito porque así lo disponen las leyes o por convención de las partes, no puede utilizarse otro medio de prueba. Lo mismo cuando se requiere que la prueba sea por instrumento público.

Es aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para adquirir el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso. La prueba es el elemento procesal más relevante para determinar los hechos, a efectos del proceso ya que para obtener un fallo al fondo se exige una reconstrucción de los hechos.

4.3. Prueba de la filiación

Si se trata de filiación matrimonial, se probará con la inscripción del nacimiento y el certificado de matrimonio de los padres en el Registro Civil, o con la sentencia que establece el vínculo de filiación. Si se trata de filiación extramatrimonial, por el reconocimiento del progenitor ante el Registro Civil o por la sentencia dictada en juicio de filiación.

- Determinación de la maternidad: El vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto. La maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

- Inscripción: Deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que atendió el parto de la mujer a la que se le atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido.



Notificación a la madre. Si un tercero inscribiera al hijo, y no mediara reconocimiento expreso de la madre, deberá serle notificada a ella la inscripción del nacimiento. No hay términos de caducidad para accionar en contra de dicha inscripción. La notificación no es necesaria cuando la mujer es casada y es el marido el que inscribe a hijo.

- Impugnación: Si la madre deja transcurrir un largo lapso para impugnar la maternidad, a pesar de haber sido notificada, el juez evaluará ese silencio entre los elementos de prueba que se aporten. Pero si las pruebas biológicas demuestran que no existe el vínculo, la acción prosperará.

- Determinación de la paternidad matrimonial: En caso de que el hijo nazca de mujer casada, la paternidad queda atribuida al marido de ésta, aunque luego podrá impugnarse. Esta atribución de paternidad tiene carácter imperativo. Sólo puede modificarse a través de sentencia judicial.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el término máximo de embarazo es de 300 días y el mínimo, de 180, excluyendo el día del nacimiento. La presunción de paternidad rige hasta los 300 días posteriores a la disolución, anulación del matrimonio, divorcio vincular o separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido cuando el hijo nace después de los 300 días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o de nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.



En el caso de que la mujer que enviuda o se divorcia vincularmente, contraiga matrimonio antes de los 300 días de haber enviudado o haberse divorciado, y el hijo nace también dentro de ese lapso, la ley presume que es hijo del primer marido si el niño nace antes de cumplidos 180 días de haberse celebrado el segundo matrimonio, y en caso contrario, se presume que es hijo del segundo marido. Todo está sujeto a prueba en contrario.

4.4. Pruebas biológicas

Las pruebas biológicas consisten en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo.

Aun faltando el supuesto padre suponiendo que estuviere muerto o ausente, si los abuelos paternos se prestan, la prueba puede realizarse extrayendo para el análisis sangre de ellos.

La prueba biológica más precisa es la de la tipificación del ADN. Su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir de una muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido.

La negativa a someterse a las pruebas hará presumir el acierto de la posición contraria.

Estas pruebas biológicas pueden ser pedidas de oficio por el juez, además de ser ofrecidas por las partes.



La inseminación artificial es el método por el cual una mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual. Previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello o en el interior del útero. La ley argentina no resuelve las cuestiones atinentes a la inseminación artificial que queda a la interpretación de los jueces.

Alquiler de vientre: no es posible negociar sobre el estado de familia de las personas.

Es el hecho del nacimiento lo que vincula al hijo con la madre.

4.5. Antecedentes históricos de la prueba

Desde el derecho romano, se concibe la existencia de una elaborada doctrina, recibida en la legislación, acerca de los medios de prueba. Las pruebas pertenecían al demandante en virtud del principio *actori incumbit onus probando* las principales pruebas eran el escrito y la prueba testifical además del juramento y la pericia. Iniciados los debates en el proceso, las partes comparecen el día fijado, los debates se entablan regularmente. Consisten en los alegatos, *causae peroratio*.

Y en el examen de las pruebas, que cada uno pretenda hacer valer en apoyo de sus alegaciones. En principio, el que afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho es quien está obligado a suministrar la prueba. Así pues, el demandante debe justificar su pretensión. Si no lo consigue, el demandado es absuelto. Por su parte, el demandado no tiene que hacer prueba directa; su papel se limita a combatir las suministradas por el demandante. Pero si se opone una



excepción en la demanda, debe a su vez probar los hechos en que se apoya este modo de defensa, en cuanto a la excepción, desempeña el papel del demandante.

Los modos de prueba consisten en:

a) Escritos, instrumenta, tales como el escrito que comprueba una estipulación, el *arcarium nomen*.

b) En testigos, testes. Estos se aprecian, no de acuerdo a su número, sino conforme el valor de los testimonios.

c) En el juramento, *jusjurandum in iudicio*. El juez puede deferirlo de oficio a una de las partes. Este juramento le instruye, pero no le compromete.

- La costumbre y los usos: Si la regla es de naturaleza consuetudinaria no tiene que ser probada porque es de naturaleza jurídica. Por el contrario, si la regla es de uso convencional, que se fundamenta en la convención presumida de las partes, tal como son los usos comerciales, entonces es un simple hecho cuya prueba puede ser aportada por la parte que lo alega. La ausencia de un medio regular de prueba no cuestiona la existencia del derecho como tal, la ausencia de prueba del derecho lo que hace es paralizar sus efectos.

Cuando el medio de prueba fuera un escrito sometido a reglas de forma, la nulidad solamente afecta al instrumento, es decir, el escrito destinado a servir de prueba. El derecho podrá establecer otros medios en los casos que la ley lo permita. La prueba de las obligaciones: Según lo establecido por el Artículo número 1315 del Código Civil el que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente,



el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.

4.6. Diferentes modos de prueba

El estudio de las pruebas pertenece en gran parte al procedimiento, en el Derecho francés, el Artículo 1316 del código civil los diferentes medios de prueba admitidos son: las reglas concernientes a las pruebas documental, testimonial, presuncional, confesional de parte y el juramento...Es decir, la verificación de los hechos susceptibles de engendrar un derecho, ya se trate de obligaciones, de derechos reales, o de familia, puede hacerse por tres medios:

- a) De una manera directa o inmediata, por la comprobación material de los hechos.
- b) Por la declaración de las partes o de una tercera persona.
- c) Por el razonamiento. La prueba documental: Pertenece al segundo grupo, y es el que se aplica por excelencia a los actos jurídicos, sin embargo, se usan tratándose de ciertos hechos jurídicos.

La prueba por escrito es a veces un documento auténtico, y otras privado. La prueba testimonial: Establecido en los Artículos 73 al 100 del Código Procesal Civil. consiste en una declaración que ofrece una persona sobre hecho que ha percibido con sus propios sentidos pudiendo esas circunstancias tener repercusión en un hecho o acto jurídico.

En materia civil mexicana, la prueba por testigos tiene un carácter excepcional en ciertos contratos. Las presunciones: La presunción legal es una dispensa de prueba



para la parte que la invoca. La presunción consiste en deducir de un hecho conocido la existencia de un hecho desconocido que se intenta probar. La definición de presunción se señala en el Artículo. 1349 del Código Civil, son presunciones las consecuencias que la ley o el magistrado deduce de un hecho conocido a un hecho desconocido. El Artículo 1283 del Código Civil, permite percibir este razonamiento: la entrega voluntaria de la primera copia del título, hace presumir la quita de la deuda o el pago, sin perjuicio de la prueba en contrario. Hay presunciones simples o *juris tantum*, o sea, que admiten prueba en contrario; y presunciones *juris et de jure*, que por oposición a las primeras, no admiten prueba en contrario. La prueba de los hechos negativos: El Doctor Salvador Jorge blanco en su libro de introducción al derecho explica que "... los hechos negativos se prueban aportando la prueba de los hechos positivos."⁴³

Expresar como coartada que una persona no estaba en Santiago el día del suceso en esa ciudad conlleva a la prueba positiva de que ese día estaba en otro lugar...".

Supresión del derecho a la prueba: En ciertos casos la prueba esta prohibida por razones de orden publico:

a) La filiación incestuosa no puede ser investigada ni reconocida judicialmente ni tampoco voluntariamente.

⁴³ Blanco, Salvador Jorge. **Introducción al derecho**, pág. 78



b) En materia de difamación e injurias la verdad de los hechos difamatorios que pudiera hacer el acusado en el curso del juicio penal cuando los hechos se refieren a la vida privada de la persona agraviada.

a. Cuando el hecho a probar hace temer el soborno de testigo o la falsificación de documentos. Medios de prueba:

Los medios de prueba se dividen en pruebas preconstituidas, esto es que existen al momento del proceso, caso de la prueba escrita; y En pruebas que se establecen en el proceso como el testimonio y el juramento y por otra parte en pruebas directas, que se relacionan al mismo hecho que debe ser probado, como la que resulta de los documentos y del testimonio y en pruebas indirectas, que se obtienen por medio de un razonamiento como la que resulta de las presunciones.

- Prueba escrita: Es aquella que resulta de los escritos redactados en vista de servir de prueba, se denominan actas o títulos y se producen comúnmente en la justicia; los actos pueden ser actos auténticos o bajo firma privada.

El acto auténtico es el que ha sido otorgado ante oficiales públicos que tienen derecho de actuar en el lugar donde se otorgo el acto y con las solemnidades requeridas por la ley.

La primera cuestión que se presenta en cuanto a la fuerza probatoria del acto autentico es la sinceridad de su contenido, de la firma de las partes y del propio oficial público que lo ha instrumentado, en principio tiene una fe absoluta y esta solo



puede destruirse mediante la inscripción en falsedad. La fe absoluta es debido en cuanto a su origen, por su fecha, y por su contenido en cuanto a las declaraciones que emanan del oficial público. El acto bajo firma privada esta hecho por las mismas partes o por sus mandatarios. No es un acto que esta sometido a formalidades en razón del principio legal del consensualismo. La condición básica para su validez es la firma de las partes y sobre todo aquella que asume la obligación. Si la parte no sabe firmar estará obligada a recurrir a la firma notarial. ”

Las distintas clases de actos bajo firma privada son:

- a) Los actos originales. Que se hacen en el momento en que se efectúa el acto jurídico.
- b) Los actos de reconocimiento, que reemplazan un acto original perdido.
- c) Los actos de confirmación o ratificación de una obligación viciada, que el Código Civil incluye dentro de la prueba aunque realmente desbordan estas fronteras. La fuerza probatoria de los actos bajo firma privada, es necesario establecer la fe del acto, el contenido del acto y la fecha del acto. Los actos privados no firmados pertenecen a una categoría muy especial porque hacen fe aun cuando no estén firmados por la persona a que se oponen como prueba. Son cuatro los casos de esta categoría especial: los libros de comercio, los registros y papeles domésticos, las menciones del acreedor sobre el título comprobatorio de la deuda que reposa en su poder y las tarjas. El acto legalizado es un acto mixto, en su origen es privado, y en la legalización de las firmas es publico con la participación del notario público.



La administración de la prueba. Las pruebas escrita y por presunciones son administradas sin necesidad de procedimiento especial:

La primera con el depósito de los documentos;

La segunda por el examen que hace el juez de las circunstancias alegadas como constitutivas de la presunción. Incidentes Relativos a la Prueba Escrita o Documental Cuando hay controversia con la prueba escrita, se procede mediante uno de los medios destinados a resolver esa controversia.

Los incidentes de la prueba escrita son la verificación de escritura y la inscripción en falsedad. La verificación de escritura es el examen que se hace en justicia de un acto bajo firma privada, con el fin de comprobar si ha sido escrito o firmado por la persona a quien se le atribuye u opone.

La inscripción en falsedad. En términos generales, la falsedad consiste en la alteración de la verdad en un escrito. Puede ser material o intelectual. Hay falsedad material cuando un escrito es confeccionado mediante adiciones o supresiones; hay falsedad intelectual cuando, al redactarse un acto, se escriben cláusulas que no son las convenidas.

Pueden ser falsos los actos auténticos. La carga de la prueba: En una situación normal, toda persona que reclama una pretensión determinada deberá aportar su prueba. Así lo establece el Artículo 1315 del C.C. el que reclama la ejecución de una



obligación debe probarla, en razón de este principio, la carga de la prueba está a cargo del demandante.

Puede existir el desplazamiento del fardo de la prueba, aunque no este trazado en la ley, más bien ocurre en el instante en que los debates están clausurados con las conclusiones finales. En esa lucha el fardo de la prueba corresponde a la parte que expresa el alegato independientemente que sea el demandante o el demandado, salvo que el hecho no este controvertido o negado por la parte contra quien se expresa. En ese caso no es necesario probarlo.

La jurisprudencia dominicana en el B.J 1057.362 admite que para que un acto auténtico impida la admisión de testimonio en su contra, Artículo. 549, es necesario que no haya sido objeto de contestación en el proceso. Si el demandante cuestiona el contenido del acto, alegando que por haber sido apresado lo firmo sin que reflejara su libre voluntad de poner fin al contrato por mutuo consentimiento, este acto no puede considerarse como reconocido. Su valor probatorio hasta inscripción en falsedad no queda afectado con la audición de un testigo. Las pruebas del tribunal:

El Código Civil no se refiere a este medio de prueba, es más bien materia del Código Procesal Civil y Penal. La prueba del tribunal en materia civil consiste en la inspección de lugares, el peritaje y el interrogatorio. La inspección de lugares tiene por finalidad ofrecer un estado de los casos existentes para cerciorarse a cabalidad de la verdad, puede ser ordenada por todo tribunal. El Artículo. 295 del Código



Procesal Civil dispone sin limitación cuando ocurra un caso en que el tribunal crea necesario, podrá ordenar que uno de los jueces se transporte a los lugares.

- El peritaje: El peritaje esta establecido por el Artículo. 302 C.Pr.C cuando procediere un informe de peritos se ordenara por una sentencia, en la cual se enunciara claramente los objetos de la diligencia pericial, la fe o fuerza del juicio pericial esta indicada por el Artículo. 323 del C.Pr.C los jueces no están obligados a, no liga su dictamen al juez este lo admite o lo rechaza ya que los peritos son auxiliares del tribunal para darle luz sobre un aspecto del juicio que requiere de conocimientos especializados. El interrogatorio: El interrogatorio de las partes se obtiene a través de la comparecencia personal ordenada por el juez. El juez inicia el interrogatorio en presencia de los defensores o debidamente citados en cámara de consejo, las partes pueden negarse a responder.

La prueba documental y el documento electrónico o informático: Desde el punto de vista de las nuevas tecnologías, es particularmente importante el sistema de la prueba libre, en tanto que se sustenta en la libre apreciación de las pruebas por el juez. En cuanto a los medios probatorios las partes tienen la libertad de probar los hechos que alegan por todos los medios de prueba a su disposición. No todos los medios probatorios tradicionales tienen relación directa con las nuevas tecnologías. Desde este punto de vista, solo la Prueba Documental puede estar directamente vinculada a los avances de la automatización tanto por la vía informática como Telemática. El documento en sentido estricto es considerado como el escrito o sea como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje... y susceptible



de contribuir a la prueba de los hechos en el proceso. En su significación amplia, el documento puede ser la representación de un hecho u objeto perceptible que puede servir de prueba en un proceso. En la tradición jurídica ha prevalecido la Teoría del Documento como escrito impreso en papel, refrendado mediante una firma.

Desde este punto de vista se ha considerado al documento como prueba privilegiada, única e insustituible. Se sostiene que el documento escrito, refrendado mediante una firma o signatura no se puede modificar fácilmente. Y, en tanto prueba preconstituida se dice que el documento acredita, demuestra derechos y obligaciones dentro y fuera del proceso. Así, a todo acto que sea formalizado en documento escrito se le reconoce fuerza probatoria.

Esta dependencia del documento escrito, a la que rendimos tanta pleitesía los abogados y jueces; hoy, es considerado como un medio de probanza bastante limitado. En razón, de que en la realidad se vienen realizando importantes operaciones bancarias, comerciales utilizando la vía informática o telemática en las cuales desaparece el documento como escrito, impreso en papel para ser reemplazado por el documento electrónico. Para sustentar que el documento electrónico o informático es realmente un medio probatorio haremos referencia a la Teoría Representativa, según esta corriente prueba es todo objeto representativo que pueda informar sobre un hecho o sobre otro objeto. Bajo esta óptica, el documento no está restringido a la forma escrita, ni a la naturaleza del soporte en este caso al papel o impreso.



El documento electrónico, como se ha señalado, posee una naturaleza sui generis. Por lo cual, existe una fuerte oposición a admitir que éste constituye un documento como cualquier otro. Se sostiene que el lenguaje electrónico es de naturaleza magnética y un medio para hacer funcionar a la máquina, no perceptible para el sentido humano. Sobre este punto, los juristas jus informáticos afirman que el documento electrónico como cualquier otro documento posee lenguaje y escritura convencional. En tanto que, el legislador no especifica el tipo de escritura que debe tener el documento, éste puede tener una escritura natural o convencional. Finalmente, ha llegado el momento de considerar y reconocer jurídicamente que la inteligencia humana puede crear lenguajes y escrituras convencionales cuya utilización se convierten en una forma común de existir en nuestras actividades cotidianas.

El documento escrito resulta ser entendible en forma directa desde el momento de su creación. En tanto que, el documento informático es ininteligible en su contenido y no puede ser captado de manera directa por el común de las personas. Sobre esta objeción, hoy la legislación admite como documentos, por ejemplo, los microfilms, microfichas, etc., que requieren de la ayuda de aparatos específicos lectores ópticos, pantallas, etc. para ser visualizados y leídos.

El carácter de irreversibilidad del documento escrito, impreso en papel, acompañado de una rúbrica es bastante relativo. El documento escrito como el documento electrónico corren los mismos riesgos de adulteración, pérdidas, destrucción, etc. y pueden ser protegidos por la ley penal. La signatura o firma, es uno de las partes resaltantes del documento escrito. Quienes objetan al documento electrónico,



señalan que no permite la identificación del autor o la persona que expresa una orden, un pedido, etc. Este es uno de los argumentos fuertes con el cual se está enfrentando la tecnología informática.

Al respecto, se está viendo la manera de reemplazar la signatura manual por la signatura electrónica utilizando técnicas que permitan realizar la firma electrónica. Al margen de esta crítica, la despersonalización del documento electrónico no es absoluta, detrás siempre existe una voluntad humana, puede ser el propietario del sistema o un autor intelectual. Respecto a lo desmaterializado del documento electrónico de que no es fácilmente visible o perceptible a cualquier persona como lo es el documento escrito. Si bien, los impulsos electrónicos que activan el lenguaje binario en una computadora no son visibles.

Sin embargo, existen signos concretos en donde se almacenan los registros informáticos como los discos ópticos, disquetes, listados de impresora, disco duro, etc. La doctrina jurídica actual que promueve la adecuación de la legislación a los cambios que vienen produciendo las nuevas tecnologías, sostiene la existencia de salidas o escapatorias en la legislación que posibilitarían la admisión de las nuevas tecnologías como medios probatorios.

Otra salida legal para el reconocimiento probatorio de los Documentos Electrónicos son las llamadas Convenciones o Acuerdos sobre la Prueba. En este caso, las partes se ponen de acuerdo para dar valor probatorio a un medio no previsto en la ley. Este acuerdo entre las partes puede considerarse como un acto preconstituido de la prueba.





CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico de la prueba de ADN para determinar la filiación

“La ciencia de la genética se inicio con el trabajo de Gregor Mendel su objetivo era, aparear, o cruzar, plantas de guisantes con diferentes características hereditarias y determinar el patrón de transmisión de dichas características a los descendientes, aunque Mendel suministro datos convincentes de que los rasgos hereditarios eran controlados por factores discretos, o genes, en sus estudios no se preocupo en absoluto de la naturaleza física de estos elementos o su localización dentro del organismo. Cualquier que fuese su naturaleza física sus portadores de las unidades de herencia tendrán que comportarse de manera coherente con los principios mendelianos”⁴⁴

5.1. Concepto de ADN

- ADN (ácido desoxirribonucleico): “Es la plantilla molecular, un registro de instrucciones precisas almacenadas que definen todas las características hereditarias mostradas por un organismo.”⁴⁵

Es una sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable; formado por una sucesión de nucleótidos, compuestos por un azúcar desoxirribosa, un grupo fosfórico y una base nitrogenada

⁴⁴ Karp, Gerald. **Biología celular y molecular**, pág. 389.

⁴⁵ **Ibid**, pag. 397



púrica adenina o guanina o pirimidínica timina o citosina . Las cadenas de ADN aparecen siempre unidas a sus complementarias.

“La unión de las bases de una cadena con las otras se hace siempre entre la adenina y la timina y, la citosina y la guanina. por ello en la actualidad es muy usado en ciencia forense como una herramienta fundamental para la determinación del vínculo filial, en virtud que el ADN proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno, Es la molécula con la información genética que se transmite de generación en generación, de padres a hijos razón por la cual es muy utilizado en la determinación del vínculo de filiación.”⁴⁶

La función del ADN dentro de la célula es transmitir los caracteres hereditarios y esto lo realiza 'ordenándole' a la célula codificando que fabrique determinadas proteínas. A un sector de la cadena de ADN que codifica la fabricación de una proteína se la denomina Gen'; por ejemplo, el color de los ojos, color del pelo, grupo sanguíneo, etc., son manifestaciones de los genes que poseemos.

Los genes, al pertenecer todos los seres humanos a la misma especie son poco variables y constituye sólo un pequeño porcentaje de la información contenida en la molécula de ADN; la restante, incluye sectores que pueden exhibir un cierto grado de variabilidad entre los individuos, en consecuencia: todos los seres humanos tenemos sectores del ADN en común y otros que no lo son'. El llamado Análisis de

⁴⁶ **Ibid**, pag. 290.



ADN o Huellas Digitales Genéticas “es un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población”.⁴⁷

La elección de la técnica a aplicar estará determinada por la cantidad y calidad del ADN presente.

La longitud del ADN en el cuerpo humano posee 2 billones de células; la longitud del por célula es de 2 metros. El uso de estas regiones variables o no codificantes está destinado a las pruebas en Genética Forense. Se estudian secuencias repetitivas como estas: CTA ACTA ACTA ACTA ACTA.

Hay aproximadamente 3 billones de pares de bases en un ser humano. El ADN que se encuentra compactado en los cromosomas se compone de fragmentos y secuencias codificantes y no codificantes. Las primeras son los denominados Genes que contienen la información necesaria para la síntesis de proteínas. En el ADN nuclear también se analiza el haplotipo del Cromosoma Y, en los individuos del sexo masculino.

- El ADN nuclear de las células somáticas: “Se encuentra en el núcleo de cada célula y, su uso general esta destinado a las paternidades e identificación humana. Hay que señalar, que se deben analizar por lo menos 13 cromosomas diferentes cuando se realiza estudios de filiación.”⁴⁸

- El ADN mitocondrial: “Se encuentra dentro de cada célula y su uso está destinado a la investigación de línea materna. Los estudios moleculares son de difícil

⁴⁷ **Ibid**, pag. 400

⁴⁸ Sanz Nicolás, Pilar. **Biología forense**, pág. 156



interpretación en algunos casos. Generalmente es poco usado y solo como complemento el análisis del ADN nuclear.”⁴⁹

- Filiación: Es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.

- Intimidad: El derecho a la intimidad constituye uno de los contenidos principales del derecho a la dignidad. El derecho a la intimidad es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera de espacio privativo o reducto inviolable de la libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio estado, mediante intromisiones de cualquier signo.

El reconocimiento de este derecho presupone las condiciones básicas para que el hombre pueda desarrollar su persona y su individualidad en inteligencia y libertad. La intimidad la percibimos como un derecho inherente a la persona, que no debe conquistarlo para poseerlo, ni se pierde por desconocerlo. Más bien se percibe como una característica propia del ser humano por el mero hecho de serlo.

Este derecho, que en muchas Constituciones como la nuestra tiene rango de derecho fundamental, tiene sus raíces en el derecho al respeto y la libertad de la persona, que se encuentra en la base de todo tipo de convivencia y de relaciones humanas. La intimidad constituye un derecho de la personalidad.

⁴⁹ **Ibid**, pag. 179.



- Dignidad: En general y en el caso del hombre, es una palabra que significa “valor intrínseco, no dependiente de factores externos.”⁵⁰

- Algo es digno cuando es valioso de por sí, y no sólo ni principalmente por su utilidad para esto o para lo otro. Esa utilidad es algo que se le añade a lo que ya es. Lo digno, porque tiene valor, debe ser siempre respetado y bien tratado.

En el caso del hombre su dignidad reside en el hecho de que es, no un qué, sino un quién, un ser único, insustituible, dotado de intimidad, de inteligencia, voluntad, libertad, capacidad de amar y de abrirse a los demás.

- Dignidad como valor humano: Es el valor que se le reconoce al ser humano por el solo hecho, valga la redundancia, de ser humano. En el campo de los avances biotecnológicos es necesario no reducir a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad, para preservar esa dignidad humana. La prueba genética por medio del experticia pericial científico del ADN es la manera más precisa, cierta y eficaz para establecer la filiación de la personas, por cuanto el ADN es como la huella digital del género humano y más teniendo en cuenta los últimos resultados con el mapa del genoma humano.

Desde que James D. Watson descubrió en el año de 1953 la estructura del ácido desoxirribonucleico ADN, “una serie de acontecimientos, relacionados con este elemento esencial de la vida, se han sucedido. De todos ellos, aquí interesa la

⁵⁰ Ossorio. **Ob. Cit.**, pág. 330.



verificación por Alec Jeffreys y sus colaboradores de la posibilidad de determinar la relación biológica de filiación existente entre dos personas analizando el ADN. ⁵¹

5.2. La determinación de la filiación biológica

Es un claro exponente de lo importante que puede llegar a ser la práctica de la prueba del ADN en los procesos de filiación. “En la actualidad el principal problema que se plantea en dichos procesos no es, como en otros tiempos no lejanos sucedía, la imposibilidad de probar con una certeza lindante en seguridad la existencia o no del vínculo biológico de filiación discutido, por ser posible ahora demostrar esto con un ínfimo porcentaje de error, sino conseguir que efectivamente se realice el análisis del ADN a los sujetos implicados en el concreto asunto de filiación, pues basta con que alguno no lo consienta o no se preste a ello para que esa prueba no se pueda practicar.”⁵²

Esta cuestión no es baladí porque en los procesos de filiación no sólo se pretenden satisfacer los intereses meramente privados de las partes, sino también el interés social en que la filiación se determine siempre que sea posible por las importantes consecuencias que de ella derivan derecho a alimentos, derechos sucesorios, apellidos, etc..

⁵¹ Watson, James. **Relato personal del descubrimiento del ADN**, pág. 367.

⁵² Quezada González, Luis. **La prueba del ADN en los procesos de filiación**, pág. 259



Por la innegable importancia del análisis de ADN para probar la paternidad o la maternidad sería deseable que en la legislación sobre el uso de los análisis de ADN no sólo se regulara su empleo en el ámbito de la investigación criminal, sino también en los procesos de filiación, con el fin de determinar por decirlo de esta manera de haber participado en el acto.⁵³

5.3. Enunciación de la contrariedad jurídica

En el derecho procesal probatorio abarca una serie de institutos como los indicios, las presunciones, el testimonio, la confesión judicial, la prueba pericial etc, institutos que ante el avance científico están llamados a desaparecer en lo relacionado con los problemas de la filiación, pues está demostrado que la prueba genética por medio del análisis del ADN ha resultado ser una prueba con un margen mínimo de error, lo que ha conllevado a que la legislación extranjera la acoja como la prueba principal, por así decirlo, en tratándose del aspecto de la filiación y nuestro país debe estarse adecuando en su normatividad.

El avance de la tecnología médica en el campo de la genética, en el descubrimiento del mapa del genoma humano y otra cantidad de descubrimientos se desean para la legislación en el aspecto de la figura de la filiación y sea instituida como medio probatorio, para permitir implementar pruebas como la del ADN para lograr la identidad de la persona y descargar así a los jueces de procesos de incidentes y previos que entorpecen la pronta, eficaz y cumplida impartición de Justicia.

⁵³ **Ibid**, pág. 285



Superando los medios existentes para lograr la filiación de los hijos extramatrimoniales, utilizando de apoyo para una iniciativa de ley sobre la materia, en especial lo relacionado con la figura de la filiación de la paternidad sin prescripción ni nulidades de plazos, es decir, que cuando madre o el hijo lo quieran valer su derecho. y que se asuma la Prueba del HLA y la Prueba del ADN, en especial esta última como la única manera de establecer la filiación en el derecho civil.

En consecuencia, no se trata de imponer al presunto padre una prueba negativa, sino que ante el resultado de las pruebas genéticas, la omisión de otro aporte probatorio que la desvirtúe, permite presumir paternidad. Así se sostenido en doctrina y lo debe de aplicar la jurisprudencia y resulta avalado por el Código Procesal cuando señala que la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso constituye un elemento de convicción corroborante.

Si el demandado no impugna el resultado, ni la metodología de la prueba biológica y no ha llevado además elemento probatorio alguno que la desvirtúe, no cabe duda del acierto de la sentencia al presumir la paternidad.

La ciencia procesal debe de abrir nuevos vertientes en orden a la carga probatoria, un rol más activo del demandado, descartando comportamientos que se limitan a una cómoda negativa.

Con relación a la determinación de la paternidad extramatrimonial, como se ha sostenido, el presunto padre no debe limitarse a negar tal condición, sino que tendrá



que aportar las pruebas que desbaraten las presunciones y acreditaciones que sirvan a la actora.

Debe ser confirmada la sentencia en primera instancia, que resolvió declarar la paternidad del demandado respecto de la actora en el juicio de filiación iniciado, en virtud de haber arrojado un resultado positivo la prueba biológica (ADN), y no haber sido impugnada ni haberse desvirtuado mediante otro elemento probatorio, corresponde presumir la paternidad del demandado.

La longitud del ADN “en el cuerpo humano posee 2 billones de células; la longitud del por célula es de 2 metros. El uso de estas regiones variables o no codificantes está destinado a las pruebas en Genética Forense. Se estudian secuencias repetitivas como estas: CTAATACTAATACTAATA. Hay aproximadamente 3 billones de pares de bases en un ser humano.”⁵⁴

El ADN que se encuentra compactado en los cromosomas se compone de fragmentos y secuencias codificantes y no codificantes. Las primeras son los denominados Genes que contienen la información necesaria para la síntesis de proteínas. En el ADN nuclear también se analiza el haplotipo del Cromosoma Y, en los individuos del sexo masculino.

El ADN nuclear de las células somáticas se encuentra en el núcleo de cada célula y, su uso general esta destinado a las paternidades e identificación humana. Hay que

⁵⁴ Watson. **Ob. Cit.**, pág. 284.



señalar, que se deben analizar por lo menos 13 cromosomas diferentes cuando se realiza estudios de filiación.

El ADN mitocondrial, “se encuentra dentro de cada célula y su uso está destinado a la investigación de línea materna. Los estudios moleculares son de difícil interpretación en algunos casos. Generalmente es poco usado y solo como complemento el análisis del ADN nuclear.”⁵⁵

5.4. Derecho de familia- filiación-prueba de ADN

El derecho que tiene todo niño a conocer su verdadera identidad y, concomitantemente, a ser emplazado en el estado de hijo, resulta de aplicación al caso el mandato establecido por el Artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de jerarquía constitucional,

En caso de la filiación, donde podrán conculcarse derechos fundamentales del niño, donde se encuentra comprometido su interés superior y el interés familiar, y por aplicación del principio aludido, es necesario flexibilizar las formas que imperan en el trámite y obviar las incorrecciones de técnica que pudieran haberse cometido al plantear un recurso, nulidad, casación no pueden resultar un obstáculo para inhabilitar la vía excepcional intentada y frustrar, como derivación, la tutela de los derechos constitucionales en juego.

⁵⁵ **Ibid**, pag. 295.



Es preciso otorgar preeminencia a la revisión de decisiones que se consideraran contrarias al orden normativo, más allá de los errores que pudiera contener los recursos y aunque luego estos no prosperen, por motivos de otra índole.

La prueba de ADN, es un elemento decisivo y suficiente para resolver los juicios de filiación, porque arroja conclusiones de certeza prácticamente absoluta sobre el vínculo de filiación que se discute, aunque no exista otro elemento que lo complemente y aunque no haya otros que lo contradigan.

Si la parte demandante realiza ante la instancia una deficiente actividad probatoria, y rinde escasos elementos tendientes a acreditar la posesión de estado, el estado de hijo y, como derivación, el nexo biológico que uniría al niño con el demandado. Y si nada expresó en la demanda de la realización de un peritaje genético e intenta suplir esta omisión con una presentación tardía, no admitida por el Tribunal.

El Tribunal de mérito debe de emplear la debida diligencia en el caso, y desarrollar todas las medidas que tenía obligación de ordenar, máxime cuando la pretensión no aparecía huérfana de verosimilitud, y atenta los elementos que deben de acompañar a la demanda.

Ante la falta de diligencia de una parte, por imperativo y las facultades expresamente conferidas por la ley, el tribunal debe de ordenar de oficio y como medida para mejor proveer la producción de un peritaje genético, que sea beneficiado el interés superior del niño y que, evidentemente, no se atienda, sino que también debe de ayudar al mismo Tribunal a resolver la cuestión con un grado mayor de certeza.



En el campo del derecho de familia y, sobre todo, en procesos donde se encuentra afectado el derecho a la identidad de un niño y donde se procura tutelar su interés superior, de lo que se trata es de que los jueces extremen las medidas y desarrollen todas las acciones que sean necesarias, aún cuando existan omisiones en la actividad desarrollada por las partes, para que el proceso garantice la efectiva satisfacción de los derechos en juego, la tutela del interés superior del niño y, en definitiva, la realización de la justicia.

5.5. Prueba legal administrativa del ADN dentro del laboratorio

Registro de la identidad y autorización de la toma de muestra

- Firma del Consentimiento Informado se entiende como Consentimiento Informado, a la obligación que tiene el médico o profesional de informar, con sencillez, objetividad y de forma completa, de modo que sea comprensible para el usuario, sobre los fines, naturaleza, riesgos y alternativas, que tiene cualquier procedimiento o intervención; esta figura jurídica se aplica a la toma de muestras y al uso para el cual está destinado. Se trata de involucrar a los pacientes en la toma de decisiones

- Fotocopias de documentos de identificación

- Toman las huellas dactilares pulgar derecho de la madre, menor y el presunto padre.

- Fotografía del grupo para identificación completa de los comparecientes.



Para garantizar la identidad de los actores, en todos estos casos hay que recordar que es indispensable contar con la siguiente documentación:

- Cédula de Identidad de cada individuo que acude para la toma de muestras, cuando se tratare de muestras indubitadas indubitado, quiere decir que no se tiene ninguna duda sobre la procedencia de la muestra.

- Los niños y adolescentes menores de edad deben contar con la autorización escrita del tutor legal del mismo.

- Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, es necesario el Consentimiento Informado para el mismo, o del requerimiento de la autoridad judicial, sin que pueda ser físicamente constreñida. La negativa a la toma de muestras del imputado se considerará como una prueba de responsabilidad del mismo. Requerir la orden judicial solicitando la pericia respectiva

5.6. Prueba legal técnica del ADN dentro del laboratorio

El análisis del ADN en el laboratorio tiene 5 etapas:

- Extracción: Consiste en extraer del ADN de las células o de los tejidos por diferentes tipos de métodos bioquímicos. El más utilizado es el de fenos cloroformo.

- Cuantificación: Mediante un espectrofotómetro para ADN se cuantifica la cantidad de ADN que se extrajo de las células.



- Amplificación: Consiste en aumentar la cantidad del ADN extraído en forma exponencial, mediante un aparato llamado termociclador. Para este proceso se utiliza un mecanismo químico conocido como reacción de cadena de la polimerasa o PCR.

- Análisis de fragmentos: Luego de la amplificación se tiene una gran cantidad de ADN repetitivo específico, el cual se coloca en un equipo Analizador Automático de ADN para la determinación de cada perfil genético individual. El laboratorio debe de disponer de un Secuenciador ABI 310 de última generación. Este equipo funciona con softwares específicos que eliminan la subjetividad individual.

- Análisis estadístico: Una vez que se obtiene el perfil genético de cada individuo se procede a realizar el análisis de los mismos, para establecer si es una inclusión o exclusión. Esta valoración estadística sirve como un parámetro de calidad. Genética Molecular – Hospital Metropolitano

- Control de calidad de laboratorio: Todo laboratorio que trabaja con ADN debe someterse a estrictos controles de calidad externos, con el fin de evaluar su accionar. Existen controles por cada área de investigación. En Genética Forense están los de la International Society For Forensic Genetics ISFG.



CONCLUSIONES

1. El Derecho Civil, es una de las ciencias fundamentales y legales para normar la sociedad, en nuestra legislación han existido una serie de distintos Códigos Civiles, que han cambiado y avanzado a través del tiempo; cambios relacionados con la familia, personas las leyes tienen que ser modificadas para poder adaptarse a la nueva sociedad que es cambiante en cuanto materia Civil se refiere, claro quedan muchas lagunas por llenar y muchos cambios que atravesar con la confianza que los legisladores adecuen el sistema normativo a las distintas necesidades de la población.
2. La familia, es la más antigua en virtud de ser una colectividad natural, es una de naturaleza jurídica y que el estado, al reglamentarla en sus diferentes aspectos, no esta creando, sino reconociendo su verdadera importancia como organismo primogenio del Estado. La más importante por que sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. El núcleo social fundamental basados en vínculos consanguíneos y descendencia formado por sujetos singulares cuya posición jurídica esta determinado y cualificada por la pertenencia a este grupo,
3. La filiación es un recorrido de la humanidad en materia civil, y llegar a construir la relación padre-hijo. El fundamento biológico que se da como evidente, no es más que el cimiento sobre el que se construye esta relación, de manera que tanto las leyes basadas en el derecho romano como en el germánico, reconocen el derecho de paternidad en favor del padre legítimo. Cuando viene a disputarle ese derecho un padre "biológico".



4. Jurídicamente los medios de prueba, son los instrumentos por virtud de los cuales la Ley sujeta a las partes en el proceso o juicio en su actividad demostrativa de los hechos que integran los elementos de su acción o de su excepción; o sea, deben de ser utilizados por las partes del proceso para producir en el juzgador la prueba que no es otra cosa, que producir un estado de certidumbre en la mente del Juez, de la existencia o de la inexistencia de un hecho

5. La prueba de ADN, podrá a venir a revolucionar los medios de prueba que determinan la filiación y la paternidad. Sin embargo, y ello ha venido a desencadenar un debate sobre la cuestión ética y de protección a los derechos fundamentales de las personas. De acuerdo al derecho inherente de la persona, ninguna persona podrá ser obligada a hacer lo que la ley no prohíba en consecuencia en caso de la prueba de ADN de no a aportar una muestra para dicha prueba con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad puesto que afecta sus derechos al poner al descubierto otros aspectos patológicos o de conducta que pertenezcan a su más absoluta intimidad.



RECOMENDACIONES

1. Que la Procuraduría General de Nación, y la Procuraduría de los Derechos Humanos, velen por la protección de los niños desprotegidos en el ámbito de discriminación por el hecho de la falta de filiación y no estar debidamente inscritos en el Registro Nacional de las Personas.
2. Que los Hospitales nacionales, Centro de salud, sanatorios y todas aquellas instituciones que estén dedicadas a atender partos, emitan un reporte a las Instituciones gubernamentales a fin de llevar a cabo una estadística de los casos atendidos, llevando un control de los niños sin asiento de nacimiento.
3. Que la Universidad de San Carlos de Guatemala, en virtud de ser una de las Instituciones para realizar iniciativas de Ley, emita un proyecto en el cual participen las facultades de medicina y derecho para realizar un proyecto de ley que sea aplicada en el ordenamiento jurídico en las pruebas de filiación aplicando el método científico del ADN.
4. Que la prueba de ADN, sea una prueba privilegiada y sea aceptada como prueba principal y obligatoria en los juicios que se planteen en los órganos jurisdiccionales y que sea la única prueba que el juez admita para la figura de filiación.



5. Que de acuerdo con el artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala para la formación de leyes, todas las iniciativas de ley relacionadas con la figura de Filiación, sean declaradas de emergencia nacional.

6. Que la fiscalía de la mujer de una orientación y apoyo sobre sus derecho inherentes de los hijos de acuerdo al artículo 4o.- de la Constitución Política de la República de Guatemala, tanto el hombre como la mujer, cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades.



BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA, Aniceto. **Proceso, autocomposición y defensa: contribución al estudio de los fines del proceso.** México, D.F.: Ed. Imprenta Universitaria, 1947.
- ALCALÁ ZAMORA, Aniceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1974.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial.** Buenos Aires, Argentina, 1994.
- ALZAMORA VALDÉZ, Mario. **Derecho procesal civil, teoría general del proceso:** Lima, Perú; Ed. Leoncio Prado, 1959.
- AQUINO, María Pilar. **Justicia y paz.** Estados Unidos, London: Ed. Dykinson S.A., 2001.
- ARAGONESES, Pedro. **Proceso y derecho procesal.** Madrid, España: Ed. Aguilar, 1960.
- BLANCO, Salvador Jorge. **Introducción al derecho.** República Dominicana: Ed. Capel Dominicana S.A., 2007.
- BUZAID, Alfredo. **Despacho saneador.** Lima, Perú: Ed. Godo, 1998.
- CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Argentina, 1961.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoría general del derecho.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejea, 1973.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil.** México, D. F.: Ed. Instituto Edi, 1989.
- CARRION LUGO, Jorge. **Análisis del código procesal civil.** México, D.F.: Ed. Jurídica Grijley, 1998.



CALMÓN DE PASSOS, Jorge. **Comentarios al código de proceso civil.** Sao Paulo, Brazil, 1989.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos de derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. EDIAR, 1978.

DE LA PLAZA, Manuel. **Derecho procesal civil español.** México, D.F.: Ed. Nacional, 1951.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Acción y pretensión.** Bogotá, Colombia: Ed. Jurídica Dike, 1966.

EGUILUZ JIMÉNEZ, Juan y Magno Salcedo. **Apuntes de derecho.** Lima, Perú: Ed. Jurídica, 1993.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. **Doctrina general del derecho procesal.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1990.

GRIRARDI, Olsen. **Lógica del proceso judicial.** Córdoba, Argentina: Ed. Córdoba, 1992.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo. **Teoría procesal de la legitimación.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Reus, 1989.

GÓMEZ ORBANEJA, Manuel. **Derecho procesal civil.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1995.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil.** Madrid, España: Ed. Civitas, 1985.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejez, 1976.

MASLOW, Abraham. **Motivación y personalidad.** Barcelona, España: Ed. Paidós, 1954.



- MICHELLI, Antonio. **Curso de derecho procesal civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Ejez, 1970.
- MONTER AROCA, Juan. **La legitimación en el proceso civil.** Valencia, España: Ed. I.R.L., 1989.
- MONROY CABRA, Marc Gerardo. **Principios de derecho procesal civil.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A., 1988.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. **Relación jurídica sustantiva y relación procesal.** Lima, Perú, 1996.
- MORALES GODO, Juan. **El saneamiento procesal. El juez en el proceso fundamentos doctrinarios.** Lima, Perú: Ed. Palestra, 1996.
- MORELLO, Augusto Mario. **La legitimación.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan. **La legitimación en el proceso civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Civitas, 1994.
- PEYRANO, Jorge. **Derecho procesal civil.** Lima, Perú: Ed. Jurídicas, 1995.
- QUEZADA GONZÁLEZ, Luis. **La prueba del ADN en los procesos de filiación.** Barcelona, España: Ed. Civitas, 2001.
- ROCCO, Hugo. **Tratado de derecho procesal civil.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 1969.
- SANZ NICOLÁS, Pilar. **Biología forense.** Sevilla, España: Ed. Florencia, 1958.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. **Metodología de la investigación jurídico social.** México, D.F.: Ed. Naciones S.A., 1991.
- TICONA POSTIGO, Víctor. **El debido proceso y la demanda civil.** Lima, Perú: Ed. Jurídica, 1995.



VESCOVI, Enrique. **Teoría general del proceso.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A., 1999.

VIDAL TAQUINI, Carlos. **Régimen de bienes en el matrimonio.** Uruguay: Ed. Astrea, 1987.

VON BULOW, Oscar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. EJE, 1964.

WATSON, Jaime. **Relato personal del descubrimiento del ADN.** Madrid, España: Ed. Alianza, 2001.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de la República de Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil. Decreto Ley 107 del Jefe de la República de Guatemala, 1963.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley del Registro Nacional de las Personas. Decreto 90-2005 del Congreso de la República de Guatemala, 2005.