

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



**INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN  
DE LA PRUEBA MOLECULAR GENÉTICA  
DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN-  
EN EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD**

**EDGAR ROLANDO DIAZ HERRERA**

**GUATEMALA, OCTUBRE 2010**

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

**INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA PRUEBA MOLECULAR  
GENÉTICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN- EN EL  
RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD**



Tesis  
Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**EDGAR ROLANDO DÍAZ HERRERA**

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 Ortíz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

PRESIDENTE: Héctor René Marroquín  
VOCAL: Magda Montenegro  
SECRETARIO: Ronaldo Amílcar Sandoval

**Segunda Fase:**

PRESIDENTE: Eloísa Mazariegos Herrera  
VOCAL: Ana Mireya Soto Urízar  
SECRETARIO: Lizett Nájera Flores de Flores

**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 del Examen General Público).

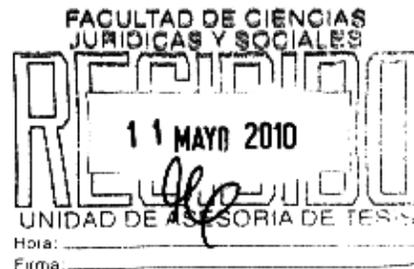
21 calle 7-70 zona 1, Centro Cívico  
Colegiado No. 6,806  
Teléfono 2248-7000 Ext. 4714 Celular 5223-3495



Guatemala, 03 de mayo de 2010

**Licenciado**

Marco Tulio Castillo Lutin  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



De manera atenta y en cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad de Tesis, el diecisiete de noviembre de dos mil nueve, le manifiesto que procedí a asesorar al Bachiller **EDGAR ROLANDO DÍAZ HERRERA**, en el trabajo de Tesis intitulado **"INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA PRUEBA MOLECULAR GENÉTICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO – ADN- EN EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD"**, concluyendo que:

1. El capítulo I correspondiente al Derecho Romano consideró que resulta superfluo e innecesario, toda vez que el trabajo de tesis debe concretarse a desarrollar los aspectos relacionados directamente al derecho civil, a la familia, a la paternidad y a la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico, pues los mismos ayudarían a concretizar dicho trabajo; por lo que justifico el motivo por el cual sugerí al Bachiller Díaz Herrera la eliminación de ese capítulo.
2. El tema de tesis aprecio que es elemental, importante y de mucha relevancia jurídica, porque actualmente y conforme el artículo 221 numeral 5º. del Código Civil, dentro de los procesos de paternidad, se está declarando que la parte demandada, es decir el hombre, es padre de una persona, por el simple hecho de que se negó al sometimiento de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, pese a que, la Constitución Política de la República de Guatemala protege la vida humana, el derecho de igualdad, el derecho a hacer lo que la ley no prohíbe y el derecho de defensa y el principio al debido proceso.
3. Mediante los análisis jurídico, jurisprudencial, científico y técnico realizados en esta investigación se demostró que, aunque la norma citada se haya promulgado con el ánimo de proteger el interés superior del niño, a efecto de mantener el vínculo y concepto de familia, la negativa al sometimiento de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-. contraviene los artículos 2, 4, 5 y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues el mismo sólo prevé la declaratoria de paternidad, en caso de negativa del examen antes dicho, por parte del padre, no así de la madre, lo cual aunque es muy

21 calle 7-70 zona 1, Centro Cívico  
Colegiado No. 6, 806  
Teléfono 2248-7000 Ext. 4714 Celular 5223-3495



difícil de que se reclame, no es imposible; y, porque disminuye y restringe el derecho de defensa y el principio al debido proceso de la parte demandada (según dicho artículo sólo el padre), aunado a que tergiversa el derecho que toda persona humana tiene de saber su origen, por cuanto se declara la paternidad ante la existencia de negativa al sometimiento del examen de Ácido Desoxirribonucleico – ADN-.

4. Los métodos jurídico e inductivo y técnicas documental y de observación empleados por el bachiller en la investigación, fueron pertinentes, pues permitieron la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación de la información para desarrollar adecuadamente el tema, en el que se inicio indicando el origen del Derecho Civil, el origen de la familia, el matrimonio, la paternidad y la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, para finalizar al caso particular.
5. La redacción utilizada en el contenido del trabajo de investigación se estima apegada y acorde a las reglas de la Real Academia de la Lengua Española, con una terminología que resulta comprensible para los profesionales del derecho y estudiantes de las facultades de ciencias jurídicas de Guatemala.
6. Por lo que, aprecio que el trabajo de investigación resulta ser un aporte importante, por la acertada perspectiva que le da el investigador, encuadrándolo en el Derecho, la teoría general de proceso y la justicia guatemalteca, puesto el mismo es producto de la realidad jurídica nacional.
7. Por último, la fuente bibliográfica utilizada resulta suficiente y adecuada para el tema elaborado, ya que contiene la exposición de autores nacionales e internacionales así como la técnica documental.

De esa cuenta, opino que el trabajo de tesis cumple con los requisitos exigidos por el artículo 32 del Normativo Para La Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, recomendando su autorización para ser discutido en el examen público respectivo.

Me suscribo de usted,

Deferentemente

Reyna Isabel Teo Salguero

Colegiado 6860  
Licda. Reyna Isabel Teo Salguero  
ABOGADA Y NOTARIA

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, veinte de mayo de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR RICARDO ECHEVERRÍA MÉNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDGAR ROLANDO DÍAZ HERRERA, Intitulado: "INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA PRUEBA MOLECULAR GENÉTICA DEL ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO -ADN- EN EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD".

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

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

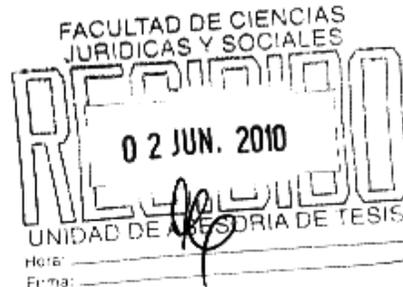
cc. Unidad de Tesis  
MTCL/sllh.



Guatemala, 01 de junio de 2010.



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



Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De manera atenta y en cumplimiento de la resolución emitida por esa Unidad de Tesis, el veinte de mayo de dos mil diez, me permito comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante **EDGAR ROLANDO DÍAZ HERRERA** intitulada **"INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA PRUEBA MOLECULAR GENÉTICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ADN- EN EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD"**, concluyendo que:

- I. El tema investigado por el estudiante Edgar Rolando Díaz Herrera, es de suma importancia y relevancia jurídica, en virtud que confronta la constitucionalidad de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, para determinar la paternidad contenida en el artículo 221, numeral 5o. del Código Civil, teniendo como referentes de la Constitución Política de la República de Guatemala, la protección de la vida humana, el derecho de igualdad, el derecho de acción, el derecho de defensa y el principio del debido proceso.
- II. Realizados cada uno de los análisis correspondientes por el Bachiller Díaz Herrera, entre ellos, jurídico, jurisprudencial, científico y técnico, se determinó que la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ADN-, contraviene lo preceptuado en los artículos 2o., 4o., 5o. y 12 de la Constitución de la República de Guatemala, toda vez que el artículo 221, numeral 5o. del Código Civil, sólo prevé la declaratoria de paternidad, ante la negativa del padre de realizarse el examen, no así de la madre, lo cual disminuye y restringe el derecho de defensa y el principio del debido proceso de la parte demandada (presunto padre).

---

Licenciado Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Abogado y Notario

15 calle "A" 9-57 zona 1, Guatemala, Guatemala

Tel. 5417 7917; Correo Electrónico: hecheverria1@gmail.com



- III. Los métodos jurídico, inductivo y técnicas documentales y observación, empleados por el bachiller Díaz Herrera, fueron adecuados, en virtud que facilitaron la recopilación de información para el desarrollo apropiado del tema, el cual inició con instituciones generales –*Derecho Civil, Familia, Matrimonio, Paternidad*- y la específica –*Prueba de Ácido Desoxirribonucleico*-.
- IV. La redacción utilizada en el contenido del trabajo de investigación, considero que se apega y es acorde a las reglas de la Real Academia de la Lengua Española, con una terminología comprensible para profesionales y estudiantes del derecho.
- V. El trabajo de investigación realizado, estimo que es un aporte importante, ya que el investigador encuadra su investigación en la realidad jurídica nacional.
- VI. La bibliografía empleada por el estudiante Díaz Herrera, fue la adecuada al tema elaborado, sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada.

Sobre la base de los incisos anteriores, opino que el trabajo de tesis cumple con los requisitos exigidos por el artículo 32 del Normativo Para La Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, recomendando su autorización para ser discutido en el examen público respectivo.

Sin otro particular, me suscribo cordialmente.

Licenciado Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Colegado 6149

Héctor Ricardo Echeverría Méndez  
ABOGADO Y NOTARIO

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, seis 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 EDGAR ROLANDO DÍAZ HERRERA, Titulado INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICIÓN DE LA PRUEBA MOLECULAR GENÉTICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO -ADN- EN EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. 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/slh.





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la vida, el don del entendimiento, la voluntad y la sabiduría y sobre todo por concederme el momento de gozar del fruto de mi esfuerzo.
- A MIS PADRES:** Por su amor y apoyo incondicional, en especial a mi madre, por quien soy en esta tierra.
- A MIS HIJOS:** Porque han sido y serán mi aliento moral y espiritual.
- A MI ESPOSA:** Por su apoyo incondicional, enseñanzas y el amor que nos une.
- A MIS AMIGOS:** Por su cariño y lealtad durante los años de convivencia, en nuestra vida personal y en nuestra legendaria Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A:** Los docentes que colaboraron en mi formación académica, así como a los Abogados y Notarios que de alguna forma me auxiliaron en la realización del presente trabajo de investigación. Que Dios los bendiga.
- A:** La gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y en particular a la prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que me ha hecho un profesional.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. Derecho civil.....	01
1.1. Fuentes del derecho.....	04
1.2. Concepto de derecho procesal civil.....	06
1.3. Presupuestos procesales.....	08
1.4. Clasificación presupuestos procesales.....	11
1.5. Naturaleza jurídica de la sentencia .....	14
1.6. Orígenes del concepto.....	19
1.7. Derecho subjetivo, acción y legitimación.....	21
1.8. Acción sin derecho subjetivo.....	23
1.9. Concepto de posesión de estado .....	27

### CAPÍTULO II

2. Definición de familia.....	35
2.1. Elementos del vínculo familiar.....	37
2.2. Clases de familia.....	39
2.3. El estado de familia .....	42
2.4. Características .....	43
2.5. Concepto de acto jurídico familiar .....	44
2.6. Definición parentesco.....	46

### CAPÍTULO III

3. Matrimonio.....	51
--------------------	----



3.1. Naturaleza jurídica del matrimonio.....	53
3.2. La eugenesia.....	57
3.3. Principales regímenes matrimoniales.....	58
3.4. Disolución del régimen.....	64
3.5. Causales de separación personal .....	70
3.6. El juicio de separación personal.....	71
3.7. Divorcio o separación personal por presentación conjunta .....	73

#### **CAPITULO IV**

4. Filiación.....	79
4.1. Formas de determinar la filiación .....	82
4.2. Efectos de la filiación.....	84
4.3. El Código Civil reconoce dos clases de filiación .....	85
4.4. Prueba de la filiación.....	86
4.5. Determinación de la paternidad extramatrimonial.....	88
4.6. Las pruebas biológicas.....	90
4.7. Aspectos procesales.....	91
4.8. Reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial.....	94

#### **CAPITULO V**

5. Análisis de inconstitucionalidad de la imposición de la prueba molecular genética del ácido desoxirribonucleico – ADN- en el reconocimiento de paternidad.....	97
5.1. De la inconstitucionalidad.....	97
5.2. De la paternidad.....	100
5.3. Del Ácido Desoxirribonucleico.....	103



5.4. De la Inconstitucionalidad del artículo 221 numeral 5° del Código Civil...	109
CONCLUSIONES.....	113
RECOMENDACIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	117



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación es llevada a cabo debido a la imposición inconstitucional a la que es sometido el presunto padre, en lo que establece el Artículo 221 numeral 5°. Del Código Civil, Decreto Ley 106, en virtud del derecho a la libertad individual en Guatemala. La paternidad irresponsable en Guatemala es generada por muchos factores, los cuales no han sido investigados ni empleados adecuadamente; es inconstitucional en razón de ser sometido el presunto padre a exámenes no deseados; además, los procesos que son utilizados, sobre cómo obtener una paternidad responsable siempre han sido erróneos, debido a que tanto a hombres como a mujeres, se les debe implementar una educación adecuada respecto a la paternidad.

Las Hipótesis que se plantea y comprueba es: “Inconstitucionalidad de la imposición de realizar una prueba de ADN a un hombre, según lo establecido en el Artículo 221 numeral 5°, del ordenamiento civil guatemalteco”

De los objetivos en general: Establecer la inconstitucionalidad de la imposición de la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- en el proceso de reconocimiento de paternidad; y el específico: Determinar cuál ha sido el origen en Guatemala sobre el incremento de la paternidad irresponsable; y establecer los costos y tiempo que esto requiere para el hombre, con la imposición de realizar la prueba de ADN.

La presente investigación tiene carácter analítico-jurídico, estructurado y redactado de la forma siguiente:

El capítulo primero se refiere, a las fuentes del derecho, concepto de derecho procesal civil, los presupuestos procesales, la clasificación presupuestos procesales, la naturaleza jurídica de la sentencia, los orígenes del concepto, el derecho subjetivo,



acción y legitimación, la acción sin derecho subjetivo y el concepto de posesión de estado.

El capítulo segundo, desarrolla la definición de familia, los elementos del vínculo familiar, las clases de familia, El estado de familia, sus características, así mismo el concepto de acto jurídico familiar y de parentesco.

El capítulo tercero, se realizó sobre el matrimonio, su naturaleza jurídica, los principales regímenes matrimoniales, la disolución del régimen, las causales de separación personal, el juicio de separación personal y el Divorcio o separación por presentación conjunta.

El capítulo cuarto, refiere a la filiación, las formas de determinarla, los efectos; así mismo la prueba de la filiación, determinación de la paternidad extramatrimonial, las pruebas biológicas, los aspectos procesales y la reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial

Por último, el capítulo quinto hace referencia al análisis jurídico de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- como medio para determinar la paternidad, haciendo un estudio profundo sobre el tema de inconstitucionalidad en la legislación guatemalteca, el origen, evolución y desarrollo de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- y el análisis jurídico que atañe la inconstitucionalidad de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN-.



## CAPÍTULO I

### 1. Derecho civil

La palabra civil, 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.

“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”.<sup>1</sup>

Esta denominación no perduró. La evolución de la sociedad y las complejidades de ciertas relaciones jurídicas fueron estableciendo 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

---

<sup>1</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico. Edit. Heliasta**, pág. 120



evolucionando y convirtiéndose cada vez en algo más complejo, el derecho se especializa y desarrolla.

Este permaneció como el tronco común del derecho. Luego surgieron los distintos tipos de especializaciones del derecho, que pasaron a ser las ramas del derecho: Derecho Público y Derecho Privado.

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

"El derecho como ciencia surge porque; el hombre necesita vivir en sociedad y ésta 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."<sup>2</sup>

Otra clasificación: Existe otra clasificación, derecho de fondo la esencia de la demanda, la ley, disposiciones y reglamentos; derecho de forma y derecho procesal.

Conexiones con otras ciencias: El Derecho tiene conexión con otras disciplinas científicas, a saber:

---

<sup>2</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. **Introducción al estudio del derecho.** Pág. 46.



Moral: Aunque no se trate de una ciencia, el Derecho tiene una íntima conexión con ella en virtud de poseer los principios morales y éticos dentro de una sociedad y la familia.

“Relativo a la percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia como la convicción o prueba moral. Perteneciente al fuero interno o a impulsos sociales, por contraposición a lo jurídico”.<sup>3</sup>

Sociología: Toma información de ella. El desenvolvimiento del hombre dentro del marco social, y de los instrumentos de la sociología, por ejemplo, la Estadística.

La definición sociológica del delito construida por Agostino Berenini dice “El delito es el hecho del hombre, violento o fraudulento, que infringe las relaciones fundamentales de la sociedad, prohibido por la ley y determinado por motivos antijurídicos y antisociales, que revelan la falta absoluta o relativa en el agente de sentimientos altruistas fundamentales, necesarios para la adaptación del individuo a la sociedad”.<sup>4</sup>

Historia: “Exposición científica verdadera, crítica y sistematizada que estudia los fenómenos jurídicos en su evolución a través del tiempo, la formación y desarrollo de las instituciones jurídicas, en un pueblo determinado o de varios comparándolas entre sí”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico** Edit. Heliasta pág. 258

<sup>4</sup> Jiménez de Asúa, Luís. **Tratado de Derecho Penal**. Pág. 325

<sup>5</sup> Cabanellas, Guillermo. Edit. Heliasta, Pág. 188.



Psicología: Da pautas para entender la naturaleza del Hombre. La imputabilidad disminuida, se estima que “es la fórmula mixta psicológica-jurídica, consistente en la capacidad de comprensión del injusto y además de actuar en consecuencia con esa comprensión, este concepto de imputabilidad, es predominante en los últimos tiempos, en la doctrina y en la legislación comparada”.<sup>6</sup>

Medicina: Da información que luego es utilizada en la legislación. El Derecho abarca todos los aspectos de la vida del hombre, por lo tanto se relaciona con casi todas las ciencias.

“Aplicación de conocimiento médico, tanto científicos como prácticos, a las consecuencias derivadas de la actividad física y psíquica del hombre productor”.<sup>7</sup>

### 1.1. 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”.<sup>8</sup>

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,

---

<sup>6</sup> Muñoz, **Ob. Cit.** Pág. 127.

<sup>7</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico** Edit. Heliasta Pág. 253

<sup>8</sup> Idem. Pág. 174.



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.

Fuentes formales: Son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades externas al intérprete.

La ley

La costumbre

La norma emanada de un tribunal de casación.

Fuentes materiales o científicas: Aquellas dadas por la libre investigación científica, y son:

La jurisprudencia

La doctrina

La equidad

El derecho comparado. Gravitan por la persuasión que de ellos emana.



## 1.2. Concepto de derecho procesal civil

“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.”<sup>9</sup>

La acción reivindicatoria, antecedentes históricos: En el derecho romano fue eficiente su reglamentación, que atempero rigor durante el periodo del emperador Justiniano y la época de los pretores, por ello puede afirmarse que se conserva casi intacta hasta nuestros días.

Concepto: Es aquella que tiene por objeto procurar que el juzgador declare que le corresponde al actor la propiedad de un bien determinado y condene al demandado a la devolución del bien, que indebidamente tiene en su poder con sus frutos y acciones, puede sentenciársele, también al pago de daños y perjuicios, axial como gastos y costas judiciales.

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”.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Griraldi, Olsen A.. **Lógica del Proceso Judicial**. Edit. Córdoba. Pág. 184.



“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”.<sup>11</sup>

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 punible.

Las ideas constituyen el primer paso en fase interna del ITER CRIMINIS y no se castigan, sobre este punto es importante crear la máxima romana cogitationes 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”.<sup>12</sup>

Naturaleza jurídica: “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.”<sup>13</sup>

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

---

<sup>10</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico**. Edit. Heliasta. Pág. 16.

<sup>11</sup> Von Liszt, Franz. **La idea en el fin en el Derecho Penal**. Pág. 70.

<sup>12</sup> Muñoz, R. Campo Elías y Guerra de Villalaz Aura E. **Derecho Penal Panameño**. Pág. 187.

<sup>13</sup> Griraldí, Olsen A.. **Lógica del Proceso Judicial**. Edit. Córdoba. Pág. 187.



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.

Prelación: “Primacía o antelación que en el tiempo debe concederse a algo”.<sup>14</sup>

Procesal: “Conjunto de autos y actuaciones. Litigio sometido a conocimiento y resolución de un tribunal, causa o juicio criminal”.<sup>15</sup>

### 1.3. 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 son:

La demanda en forma;

La capacidad procesal de las partes; y,

La competencia del Juez.

---

<sup>14</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico**. Edit. Heliasta Pág. 317

<sup>15</sup> **Ídem**. Pág. 322



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

La existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, lo que otros denominan la voluntad de la ley;

La legitimidad para obrar;

El interés para obrar; y

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.

### **Concepto**

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.”<sup>16</sup>

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.”<sup>17</sup> 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.

Monroy Cabra entiende por presupuestos procesales a “las condiciones que se requieren para que la relación jurídica nazca, se desenvuelva y culmine con una

---

<sup>16</sup> Griraldi, Olsen A.. **Lógica del Proceso Judicial**. Edit. Córdoba. Pág. 216.

<sup>17</sup> **Ídem**. Pág. 218



sentencia de mérito. Su ausencia produce un fallo inhibitorio que no hace tránsito a cosa juzgada.”<sup>18</sup>

#### 1.4. Clasificación presupuestos procesales

En doctrina se encuentra una serie de clasificaciones de los presupuestos procesales. Sin embargo, para los fines didácticos del presente trabajo, expondré 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.

La demanda en 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 y Mercantil, Decreto Ley 107 señala los requisitos que debe contener la demanda Artículos 61 y 106, los anexos que deben acompañarse a ella regulado en el Artículo 107 del mismo cuerpo legal. El mismo código regula en su artículo 109 las causales por las que puede declarar inadmisibile la demanda.

---

<sup>18</sup> Ídem. Pág. 219



La capacidad procesal de las partes. “Es la aptitud para comparecer personalmente por sí mismo, en el proceso”<sup>19</sup>. Su equivalencia lo encontramos en el Derecho Civil en la capacidad de ejercicio que, según su Artículo 8, 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 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 9 y 10, 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 haber contraído matrimonio a esa edad.

---

<sup>19</sup> **Ídem.** Pág. 219.



Tratándose de la competencia absoluta, que comprende a la competencia por razón de la materia, 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.

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.”<sup>20</sup>

Si una demanda pasó el filtro de la calificación y el demandado no cuestionó la competencia relativa, mediante la excepción de incompetencia, el juez ya no podrá declararla de oficio, tampoco podrá pronunciarse sobre ella al momento de revisar la relación procesal.

---

<sup>20</sup> Montero Aroca, Juan. **La legitimación en el proceso civil**. Edit. Civitas. Pág. 193.



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: 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 mi parte, prefiero 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**

Se puede decir que existen dos teorías:

La primera teoría: Es sostenida por Chiovenda, Alsina, Devis Echandía, Vescovi. 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".<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Ídem. Pág. 201.



Esta teoría acepta tres presupuestos:

El derecho;

Legitimidad para obrar; y

Interés para obrar.

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

La segunda teoría: Aceptada por la mayoría de los Códigos Procesales Latinoamericanos, incluyendo al Código Procesal Civil y Mercantil modelo para Latinoamérica, contempla dos categorías:

La legitimidad para obrar y

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:



Existencia de un derecho tutelado por la ley o lo que también se suele llamar voluntad de la ley;

interés actual para plantear la pretensión o interés para obrar; y,

Legitimidad para obrar.

El Interés para obrar Ticona Postigo, prefiere llamarla "necesidad de tutela jurisdiccional" e indica 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".<sup>22</sup>

Juan Monroy Palacios peruano, sobre el tema indica que "hay interés para obrar cuando una persona ha 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".<sup>23</sup>

Para Liebman, 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."<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Ídem. Pág. 204.

<sup>23</sup> Ídem. Pág. 220

<sup>24</sup> Ídem Pág. 221



Legitimidad para obrar, aspectos generales: Se puede concebir el proceso civil como aquél 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.

Ahora bien, 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, se 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.”<sup>25</sup>

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, aún 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.

---

<sup>25</sup> Liebman, Enrico Tulio. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Edit. Ejez. Pág. 84



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.

### **1.6. Orígenes del concepto**

Cuando se plantea lo que es la legitimidad para obrar se trata, 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 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.

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

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”<sup>26</sup>.

Legitimatio ad processum: “Expresión con la que se hacía referencia a los presupuestos de representación legal de las personas físicas y necesaria de las personas jurídicas y a su prueba.”<sup>27</sup> 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.

Legitimatio 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.

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, nació 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.

---

<sup>26</sup> Ídem. Pag. 103.

<sup>27</sup> Ídem. Pag. 104.



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: “*Legitimatío ad causam*, Legitimación en la causa, Legitimación material, Legitimación para accionar, cualidad para obrar, Legitimación para pretender o resistir la pretensión.”<sup>28</sup>

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 y legitimación

“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.”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> De la Plaza, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. Edit. Revista de Derecho Privado. Pág. 42.

<sup>29</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Edit. Temis. Pág. 176.



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.

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:

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.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> **Ídem.** Pág. 178.



El proceso en sí mismo: “Es una relación jurídica, de naturaleza pública, de la que hay que considerar entre qué personas puede tener lugar y a qué objeto se refiere, distinta de la relación jurídica material que sea afirmada como existente por la persona que presenta la demanda.”<sup>31</sup>

Por estas dos vías se acaba distinguiendo entre titular del derecho subjetivo y titular de la acción, si se prefiere, entre sujeto de la relación jurídica material, parte material, y sujeto del proceso, parte procesal, por lo que están ya puestas las condiciones para que pueda suscitarse el tema de la legitimación.

### **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

---

<sup>31</sup> **Ídem.** Pág. 179.



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:

Titularidad activa o pasiva de la relación jurídica material: Que se deduce en el proceso, la cual ha de regularse por normas de derecho material y que, junto con el contenido de la misma, es la cuestión de fondo que se plantea ante el órgano jurisdiccional y respecto de la que se pide un pronunciamiento con todos los efectos propios de la cosa juzgada.

Posición habilitante para formular la 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.”<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Ídem. Pág. 180.



Se trata, pues, 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.

De Rocco. Para este autor las normas de la legitimación establecen, 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”<sup>33</sup>. O, más claro aún, las normas acerca de la legitimación determinan qué sujetos están jurídicamente autorizados para accionar o para contradecir.

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

---

<sup>33</sup> Ídem. Pág. 180.



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".<sup>34</sup>

Rocco manifiesta que la legitimación expresa si el actor y el demandado, 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.

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

---

<sup>34</sup> **Ídem.** Pág. 181



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.”<sup>35</sup>

### **1.9. Concepto de posesión de estado**

El emplazamiento en el estado de familia requiere del título de estado en sentido formal ya que sólo mediante él se hace oponible erga omnes y permite ejercer los derechos y deberes que corresponden al estado. Pero bien puede suceder que una persona ejerza, en los hechos, tales derechos y deberes sin título. Tal es el caso de alguien que se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres.

En estos casos se dice que hay posesión de estado, aun cuando no existe un estado de familia. Tal posesión de estado tiene importancia jurídica porque permite a la ley presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconocen por medio de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado. La posesión de estado

---

<sup>35</sup> Liebman, Enrico Tulio. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Edit. Ejez. Pág. 113



debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento expreso, si no quedase desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo biológico.

Elementos. “Antiguamente la posesión de estado requería tres elementos: nomen, tractatus y fama que el presunto hijo fuese conocido con el nombre del presunto padre, que además fuera tratado como hijo por éste y que fuera tenido por hijo por los miembros de la comunidad.”<sup>36</sup> El concepto se reduce al trato que se dispensa como si la persona estuviese emplazada en el estado de familia respectivo.

Estado aparente de familia. La posesión de estado crea un estado aparente de familia.

La acción de estado: Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde, tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado; así el hijo no reconocido sostiene en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que, mediante la sentencia, se lo emplace en ese estado.

Las acciones de ejercicio de estado tienden a hacer valer los derechos y a obtener el cumplimiento de los deberes que derivan del estado de familia y que pesan sobre otros sujetos; emplazado en el estado de hijo, éste ejercita la acción de alimentos, en virtud del derecho que deriva de ese título de estado.

---

<sup>36</sup> **Ídem.** Pag. 115.



Rectificación de actas. Las acciones de estado no deben confundirse con las que simplemente tienden a rectificar actas del Registro Civil, vinculadas al estado de familia por errores que contienen. Aquí no se cuestiona el emplazamiento de un estado de familia, sino que se tiende sólo a corregir dichos errores por vía de información sumaria.

Las sentencias dictadas en estos juicios pueden ser constitutivas cuyo ejercicio constituye, modifica o extingue un estado de familia determinado, ejemplo sentencia de divorcio o declarativas aquellas en las que se declara la existencia o inexistencia de los presupuestos que son el fundamento del vínculo jurídico familiar, ejemplo si prospera la impugnación de filiación, la sentencia declara que existe, en la realidad previa a la constitución del título de estado de hijo, una situación de hecho que descarta el vínculo biológico.

El proceso de estado: El principio de disposición procesal en la acción de estado. Allanamiento, desistimiento y transacción. Características especiales. Efectos de la sentencia. Características especiales:

limitaciones al principio de disposición,

La sujeción a la vía del proceso de conocimiento,

El litisconsorcio pasivo necesario,

La intervención del Ministerio Público como parte en el proceso.



El principio de disposición procesal en la acción de estado. “Según este principio, se confía a las partes tanto el estímulo de la función judicial como el aporte de los materiales sobre los cuales versará la decisión del juez. En los procesos de estado de familia, tras la iniciación del proceso, el órgano judicial queda vinculado por las declaraciones de voluntad de las partes relativas a su suerte o tendientes a modificar o extinguir la relación de derecho material en que se fundó la acción o pretensión.”<sup>37</sup> Así, el actor puede desistir del proceso o de su derecho, el demandado allanarse y ambas partes, transigir, conciliarse o someter el pleito a la decisión de jueces árbitros o de amigables componedores. Pero en los procesos de estado de familia suelen prevalecer los poderes del juez, fundados en el interés social comprometido, por lo que esas facultades de las partes se limitan o suprimen.

Desistimiento: El actor puede desistir del proceso con conformidad del demandado si la demanda ya ha sido notificada.

Es desistimiento del proceso no impide su nueva deducción, aun cuando puede tener por resultado la caducidad de la acción.

“En cambio el desistimiento del derecho implica renuncia de la acción de estado de familia. Por eso es inválido el desistimiento del derecho cuando se trata de una acción de estado de familia no renunciable, y no impide la nueva promoción del proceso.”<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Ídem. Pag. 119.

<sup>38</sup> Ídem. Pág. 128.



Si se desiste del derecho y se trata de acciones conferidas a varias personas, acciones de titular plural, no puede afectar la facultad de entablarla de los otros legitimados para hacerlo.

Allanamiento: “Es el acto jurídico procesal del demandado del que resulta su sometimiento a la demanda, conformándose con que el proceso se falle total o parcialmente de acuerdo con ella.”<sup>39</sup> Obliga al juez a dictar sentencia conforme a derecho, pero carece de efectos si en la causa está comprometido el orden público; en tal caso, el proceso debe continuar según su estado.

En algunos procesos el allanamiento es inadmisibile. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se ha deducido la acción de nulidad del matrimonio; de lo contrario cualquier matrimonio podría ser anulado por la voluntad de los cónyuges, al allanarse uno a la demanda del otro.

Conciliación: La ley procesal admite los acuerdos conciliatorios celebrados entre las partes ante el juez, y los celebrados ante notario con su homologación. En los procesos de estado de familia no pueden tener eficacia si su contenido representa el progreso de la acción respectiva sin la necesaria sentencia judicial, salvo en casos como el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en que cabe llegar al resultado buscado sin necesidad de sentencia.

---

<sup>39</sup> Ídem. Pag. 141.



En otros casos, en cambio, no es objetable. Ejemplo: si los cónyuges en proceso de divorcio se reconcilian, o si, sin llegar a hacerlo, acuerdan un lapso de espera para intentar el avenimiento.

Compromiso arbitral: Las cuestiones de estado de familia no pueden someterse a árbitros porque afectan un interés social. Las leyes procesales excluyen de la jurisdicción arbitral las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Efectos de la sentencia dictada en un proceso de estado. Esta es una cuestión debatida. La sentencia de estado ¿hace cosa juzgada *inter partes*, sólo con relación a las partes intervinientes en el proceso, como es el principio general en esa materia o *erga omnes*, también para los terceros que no fueron parte en el proceso? Es una cuestión de índole procesal. El problema de fondo es la oponibilidad del estado de familia o del título que lo acredita.

Teoría del legítimo contradictor: “La sentencia produciría cosa juzgada *erga omnes* si en los procesos de estado hubiera intervenido el legítimo contradictor, carácter que tendría aquel que hubiese tenido el principal interés en oponerse al progreso de la acción, por ejemplo, el padre en una acción de filiación.”<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Montero Aroca, Juan. **La legitimación en el proceso civil.** Edit. Civitas. Pág. 266.



Teoría de la autoridad relativa: En principio, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de estado es, como la de todas las sentencias, relativa; es decir, que la cosa juzgada sólo tiene lugar entre partes, y no frente a terceros.





## CAPÍTULO II

### 2. Definición de familia

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 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".<sup>41</sup>

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.

---

<sup>41</sup> Aragonés, Pedro. **Derecho Civil I**. Edit. Aragó. Pág. 74.



Naturaleza jurídica: Carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia. La función del derecho es garantizar adecuados mecanismos de control social de la institución familiar imponiendo deberes y derechos.

Evolución histórica: Conocer la evolución de la familia permite comprender sus roles. “Al principio existía endogamia, relación sexual indiscriminada entre varones y mujeres de una tribu. Luego los hombres tuvieron relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, exogamia. Finalmente la familia evolucionó hasta su organización actual, monogamia.”<sup>42</sup>

La monogamia: Impuso un orden sexual en la sociedad en beneficio de la prole y del grupo social. Esta función llevó a crear dos elementos que aparecen de modo permanente a través de la historia: libertad amplia de relaciones sexuales entre esposos y el deber de fidelidad. Con el surgimiento de la monogamia se satisface la función educacional. Individualizados claramente padre y madre, entre ellos se comparte la tarea de educar a la prole.

El vínculo familiar. Permite el ejercicio de los derechos subjetivos familiares entre quienes tienen tal vinculación.

---

<sup>42</sup> Ídem. Pág. 58



## 2.1. Elementos del vínculo familiar

El vínculo biológico y

El vínculo jurídico.

El 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.”<sup>43</sup>

El vínculo jurídico: “Es elemento secundario del vínculo familiar, por cuanto su existencia depende 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.”<sup>44</sup>

Concordancias y discordancias. Como medio necesario para realizar el orden social los vínculos biológicos y jurídicos deben coincidir. Entre ambos existen concordancias y discordancias.

---

<sup>43</sup> **Ídem.** Pág. 81

<sup>44</sup> **Ídem.** Pág. 81



“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.”<sup>45</sup>

“La concordancia impura se presenta cuando el vínculo biológico no guarda debida correlación con el vínculo jurídico.”<sup>46</sup>

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:

Ante el matrimonio: 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.”<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Ídem. Pág. 82

<sup>46</sup> Ídem. Pág. 83

<sup>47</sup> Ídem. Pág. 84



Formación de la familia. El vínculo biológico no es suficiente 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.

## **2.2. Clases de familia**

Para algunos autores en el concepto de familia no 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.”<sup>48</sup> 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.”<sup>49</sup>

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

En nuestro país 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.

Concubinato: “Es la unión permanente de un hombre y una mujer, que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges.”<sup>50</sup> No es concubinato la unión sexual circunstancial o

---

<sup>48</sup> Ceballos, Jorge Mario. **Manual de Derecho Civil**. Edit. Salguero. Pág. 93.

<sup>49</sup> **Ídem**. Pág. 104

<sup>50</sup> **Ídem**. Pág. 129.



momentánea de varón y mujer. Se requiere la comunidad de vida que confiere estabilidad a la unión y se proyecta en la posesión de estado.

“El matrimonio aparente es la situación de dos personas no casadas que viven como marido y mujer, haciéndose pasar por tales.”<sup>51</sup>

El Código de Napoleón omitió todo tratamiento legislativo del concubinato y las consecuencias que de él pueden derivar. Esta es la línea legislativa adoptada en nuestro país, aunque con algunas excepciones. Entre ellos; mantenimiento de la vocación hereditaria, la indemnización contemplada en el contrato de trabajo, beneficios de pensión a la concubina del trabajador fallecido, derecho a permanecer en el inmueble por parte de la concubina tras el fallecimiento del concubino locatario, contemplado en sucesivas leyes de prórroga de las locaciones urbanas.

Algunos efectos en la ley o reconocidos por la jurisprudencia: los alimentos, no pesa sobre los concubinos obligación civil de prestarse recíprocamente alimentos, sí una obligación natural, donaciones los concubinos pueden realizar contratos de donación pero la misma carece de efectos, ya que no responde a un móvil afectivo, sino que tiende a retribuir relaciones sexuales ya sostenidas o para iniciarlas. En diversos fallos se ha sostenido que podría revocarse la donación que el concubino casado ha realizado a su compañera, en razón de ser este acto una violación del deber de fidelidad hacia la esposa.

---

<sup>51</sup> Ídem. Pág. 131



El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares. Estas relaciones integran el derecho civil.

“En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etcétera. El interés familiar limita las facultades individuales.”<sup>52</sup>

### 2.3. El estado de familia

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, le atribuye un status.

A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, o aún por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero.

“El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o por la ausencia de ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia.”<sup>53</sup>

El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible.

---

<sup>52</sup> **Ídem.** Pág. 133.

<sup>53</sup> Aragones, Pedro. **Derecho Civil I.** Edit. Aragón. Pág. 87.



## 2.4. Características

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 soltero.

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, etcétera, es aplicable al acto jurídico familiar, aunque el contenido de estas relaciones esté predeterminado por la ley.”<sup>54</sup>

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

---

<sup>54</sup> **Ídem.** Pág. 116



estado de familia. El matrimonio, el reconocimiento del hijo y 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.”<sup>55</sup>

### **El título de estado de familia:**

Concepto. 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.”<sup>56</sup>

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.

---

<sup>55</sup> **Ídem.** Pág. 119

<sup>56</sup> **Ídem.** Pág. 121



## 2.6. Definición de parentesco

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.

“El parentesco es el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción.”<sup>57</sup>

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.”<sup>58</sup> Nuestro Código Civil en su artículo 191 define al parentesco por consanguinidad al que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

El parentesco por afinidad: Es el que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, es decir, no existen vínculos entre las familias como generalmente se cree, sino sólo entre un consorte y los parientes del otro.

---

<sup>57</sup> *Ídem.* Pág. 127

<sup>58</sup> Ceballos, Jorge Mario. **Manual de Derecho Civil.** Edit. Salguero. Pág. 148.



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. Este tipo de parentesco es el que nace de la adopción, también llamado parentesco civil, y solamente existe entre el adoptante y el adoptado, si sólo uno de los cónyuges adoptó, sólo el es pariente del adoptado.

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.

Otros efectos civiles: “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.”<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Ídem. Pág. 153



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, etcétera. 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 excusa 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.”<sup>60</sup>

Línea: “Es la serie no interrumpida de grados, o sea de generaciones biológicas.”<sup>61</sup> 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. Es el conjunto de las personas que descienden unas de otras.

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.”<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> **ídem.** Pág. 156.

<sup>61</sup> **ídem.** Pág. 157

<sup>62</sup> **ídem.** Pág. 158



Es el grado de donde parten dos o más líneas, las cuales por relación a su origen se llaman ramas.

Estirpe: “Raíz y tronco de una familia o linaje.”<sup>63</sup> Tiene su mayor importancia por cuanto se vincula con el derecho de representación, pues es allí donde es admitida. Es allí donde la división de la herencia no se hace por cabezas, sino por estirpes.

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 las personas cuyo grado de parentesco se quiere establecer se encuentren o no en la misma línea.

### **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.

### **Línea colateral**

Se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por un ascendiente común o tronco. Los grados se cuentan también por generaciones,

---

<sup>63</sup> Ídem. Pág. 159



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, etcétera.



## CAPÍTULO III

### 3. Matrimonio

El matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. “La institucionalización de esta unión entre un hombre y una mujer se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales.”<sup>64</sup> Se encuentra en el Código Civil específicamente dentro del Capítulo del matrimonio Párrafo I, y disposiciones generales en el cual indica el matrimonio, institución social en el “Artículo 78. El matrimonio es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí.”

José Puig Brutau define el Matrimonio como: “El acto solemne, fundado en el consentimiento de los contratantes, pero ajustado a la forma prescrita por la ley, por el que un hombre y una mujer se unen, con igualdad de derechos y deberes, para vivir juntos, guardándose fidelidad, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Ortíz Nuñez, Jose Antonio. **Manual de Derecho Civil I**. Edit. Brisas. Pág. 271.

<sup>65</sup> **Idem**. Pág. 273.



Así mismo el Artículo 79 indica. “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos y obligaciones de ambos cónyuges, y en su celebración deben cumplirse todos los requisitos y llenarse las formalidades que exige este código para su validez.”

Formas matrimoniales: “Las formas matrimoniales son el conjunto de solemnidades requeridas por la ley para el reconocimiento jurídico del vínculo matrimonial”<sup>66</sup>.

Formas religiosas y formas civiles: El matrimonio siempre ha estado estrechamente ligado a las creencias religiosas de los pueblos. La separación entre el orden de la fe y el orden político es relativamente reciente.

Fines: La ley no alude a estos fines sino que son implícitos. El matrimonio conduce a la realización plena del hombre y la mujer en el encuentro interhumano en el que fundan una familia constituida por ellos, para convivir juntos y auxiliarse entre sí, y más tarde por sus hijos, para educarlos y alimentarlos.

El matrimonio en el derecho canónico: “El derecho canónico concibe al matrimonio como una institución del derecho natural que fue elevada por Jesucristo a la categoría de sacramento. Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad, equivalente en el concepto canónico a monogamia y la indisolubilidad en vida de los esposos”<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> **Ídem.** Pág. 273

<sup>67</sup> Rodríguez Guevara, Luis Alejandro. **Historia del Derecho.** Edit. Iberos. Pág. 69.



### 3.1. Naturaleza jurídica del matrimonio

Es un acto jurídico matrimonial y no un contrato en la noción tradicional. Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el consentimiento de los contrayentes pero integrado por la actuación también constitutiva del oficial público encargado del Registro Civil o de la autoridad competente para celebrar el matrimonio, para hacer efectivo un control de legalidad de parte del Estado.

También se ha aludido al matrimonio como institución, pero de este modo no se considera al acto jurídico como fuente de relaciones jurídicas, sino al estado de familia en sí o, a las relaciones jurídicas matrimoniales que se constituyen a partir del acto jurídico matrimonial.

Los esponsales: “Se denomina esponsales a la promesa que mutuamente se hacen hombre y mujer de contraer matrimonio en el futuro.”<sup>68</sup>

Regulado en el Código Civil Decreto 106, en el Artículo 80, los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, pero dan lugar a demandar la restitución de las cosas donadas y entregadas con promesa de un matrimonio que no se efectuó.

La promesa de matrimonio es una institución de profundo arraigo histórico y en otro tiempo constituyó fuente de auténticos vínculos entre los prometidos.

---

<sup>68</sup> Ortíz Nuñez, Jose Antonio. **Manual de Derecho Civil I**. Edit. Brisas. Pág. 296.



Antecedentes y evolución histórica. Se reconocen tres vertientes fundamentales: la tradición del derecho romano, la del derecho germánico que con sus variantes determina la difusión de los esponsales en el período intermedio, y la tradición del derecho canónico. Para los romanos la llamada sponsalia no era una convención de carácter obligatorio. La vertiente del derecho germánico se remonta al matrimonio por compra de la mujer. Los esponsales obligaban a la entrega de la novia en cumplimiento del contrato.

En el derecho canónico se recurrió a la aplicación de sanciones eclesiásticas para quienes no cumplían con la promesa de matrimonio, por ejemplo, la excomunión.

Derecho comparado. En las legislaciones de tradición germánica Código Alemán y Código Suizo se acuerda una indemnización en caso de desistimiento unilateral injustificado. En cambio, los sistemas jurídicos basados en el Código de Napoleón guardaron silencio con respecto a esta institución.

El matrimonio como acto jurídico está constituido por el consentimiento de los contrayentes y por el acto administrativo que implica la intervención de la autoridad competente para celebrar el matrimonio. Regulado en el Código Civil Artículo 92. El matrimonio debe autorizarse por el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario hábil legalmente para el ejercicio de su profesión.



También podrá autorizarlo el ministro de cualquier culto que tenga esa facultad otorgada por la autoridad administrativa que corresponde. .

El oficial público encargado del Registro Civil ejerce un control de legalidad que integra el acto matrimonial. Regulado en la Ley del Registro Nacional de las Personas en el Artículo 6 indicando las funciones específicas:

Centralizar, planear, organizar, dirigir, reglamentar y racionalizar las inscripciones de su competencia;

Inscribir los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y demás hechos y actos que modifiquen el estado civil y la capacidad civil de las personas naturales, así como las resoluciones judiciales y extrajudiciales que a ellas se refieran susceptibles de inscripción y los demás actos que señale la ley;

Mantener en forma permanente y actualizado el registro de identificación de las personas naturales;

Emitir el Documento Personal de Identificación a los guatemaltecos y extranjeros domiciliados, así como las reposiciones y renovaciones que acrediten la identificación de las personas naturales;

Emitir las certificaciones de las respectivas inscripciones;



Enviar la información correspondiente al Tribunal Supremo Electoral de los ciudadanos inscritos y la información que éste solicite para el cumplimiento de sus funciones;

Promover la formación y capacitación del personal calificado que requiera la Institución;

Proporcionar al Ministerio Público, a las autoridades policiales y judiciales y otras entidades del Estado autorizadas por el Registro Nacional de las Personas -RENAP-, la información que éstos soliciten con relación al estado civil, capacidad civil e identificación de las personas naturales;

Velar por el irrestricto respeto del derecho a la identificación de las personas naturales y los demás derechos inherentes a ellas, derivados de su inscripción en el Registro Nacional de las Personas.

La ausencia de alguno de elementos estructurales del acto jurídico matrimonial, provoca su inexistencia, lo que no equivale a invalidez o nulidad. “Hay inexistencia del matrimonio cuando el aparente matrimonio carece de alguno de los elementos estructurales consentimiento e intervención del oficial público.”<sup>69</sup> En cambio, un matrimonio estará afectado de nulidad cuando no obstante presentar los elementos estructurales que se relacionen a su existencia, hayan fallado o estén viciadas las

---

<sup>69</sup> Ídem. Pág. 299



condiciones de validez, es decir, los presupuestos que la ley exige para que el acto produzca, en plenitud, sus efectos propios.

### 3.2. La eugenesia

“Es la ciencia que tiene por objeto el estudio de los factores que pueden mejorar o debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras.”<sup>70</sup>

Esta ciencia demuestra, biológicamente, los resultados perjudiciales a que conduce la procreación entre personas afectadas de ciertas enfermedades transmisibles: venéreas, epilepsia, sida, etcétera. Cuestión debatida en la doctrina. En general se considera que la ley puede prohibir temporalmente el matrimonio entre quienes se encuentran afectados por enfermedades contagiosas, porque el derecho a contraer matrimonio debe subordinarse a la obligación de evitar que su ejercicio atente contra la conservación de la integridad física del otro cónyuge y de la prole.

En el ordenamiento jurídico se describe impedimento eugenésico, que es la enfermedad venérea en período de contagio.

Clasificación: Se distinguen los regímenes sobre la base de la incidencia del matrimonio en la propiedad de los bienes de los cónyuges, y simultáneamente, en la titularidad de su gestión, según corresponda a ambos esposos, conjunta o

---

<sup>70</sup> Rodríguez Guevara, Luis Alejandro. **Historia del Derecho**. Edit. Iberos. Pág. 84



separadamente, o sólo a uno de ellos, en administración marital. En cuanto a la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros, los regímenes pueden distinguirse según consagren la responsabilidad común, solidaria, por las deudas, o en cambio, la separación de responsabilidades. Sin embargo, todo criterio clasificativo es parcial.

### 3.3. Principales regímenes matrimoniales

a) Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido. Tiene un valor meramente histórico;

b) Regímenes de unidad y unión de bienes.

Hoy en día está prácticamente abandonado. En el régimen de la unidad de bienes se produce una suerte de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido a quien se transmiten todos los bienes de ella. En el régimen de unión de bienes el marido no adquiere la propiedad de los bienes de la mujer, sino sólo su administración y disfrute.

c) Regímenes de comunidad

“El elemento típico es la formación de una masa de bienes que pertenece a los dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del muerto al disolverse”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Ortíz Nuñez, Jose Antonio. **Manual de Derecho Civil I**. Edit. Brisas. Pág. 309.



El ordenamiento jurídico guatemalteco lo regula en el Artículo 122 del Código Civil. En el régimen de comunidad absoluta, todos los bienes aportados al matrimonio por los contrayentes o adquiridos durante el mismo, pertenecen al patrimonio conyugal y se dividirán por mitad al disolverse el matrimonio.

Regímenes de separación.

No confieren a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. “El matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, que siguen perteneciendo al cónyuge adquirente: cada cual adquiere para sí y administra y dispone de lo adquirido.”<sup>72</sup> Cada cónyuge responde por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, en principio, por esa responsabilidad.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra la separación absoluta en el Artículo 123 del Código Civil. En el régimen de separación absoluta cada cónyuge conserva la propiedad y administración de los bienes que le pertenecen y será dueño exclusivo de los frutos, productos y accesiones de los mismos.

Serán también propios de cada uno de los cónyuges los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuviere por servicios personales o en el ejercicio del comercio o industria.

---

<sup>72</sup> **Ídem.** Pág. 310.



Regímenes de participación.

“No existen estrictamente bienes comunes o gananciales sino que cada cónyuge es exclusivo propietario de los que adquiere durante el matrimonio”<sup>73</sup>. Funciona como el régimen de separación, pero al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte, se reconoce a cada uno de los ex cónyuges, o al supérstite, el derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro hasta igualar los patrimonios de ambos.

El Código Civil guatemalteco indica sobre la comunidad de gananciales en el Artículo 124, “que el marido y la mujer conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los que adquieren durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros”; pero harán suyos por mitad, al disolverse el patrimonio conyugal los bienes siguientes:

Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes;

Los que se compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y

Los que adquiera cada cónyuge con su trabajo, empleo, profesión o industria.

---

<sup>73</sup> Ídem. Pág. 311.



Regímenes legales y convencionales.

La ley puede imponer un régimen legal único, forzoso, o, en cambio, puede prever que, antes de la celebración del matrimonio, los contrayentes adopten mediante convención prematrimonial uno de varios regímenes patrimoniales. Los sistemas que admiten los llamados regímenes convencionales prevén, de todos modos, un régimen legal supletorio a falta de convención prematrimonial al respecto. Es decir, si los esposos no se adhieren a ninguno de los regímenes que prevé la ley, se someten al que ella establece supletoriamente.

El Código Civil, contempla en el Párrafo V, los regímenes económicos del matrimonio y de las capitulaciones matrimoniales, indicando “el Artículo 116. El régimen económico del matrimonio se regula por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los contrayentes antes o en el acto de la celebración del matrimonio.”

Asimismo, el Artículo 117 de la citada ley indica que “las capitulaciones matrimoniales son los pactos que otorgan los contrayentes para establecer y regular el régimen económico del matrimonio.”

Regula el Artículo 118 del cuerpo legal indicado que “son obligatorias las capitulaciones matrimoniales en los casos siguientes:

Cuando alguno de los contrayentes tenga bienes cuyo valor llegue a dos mil quetzales;



Si alguno de los contrayentes ejerce profesión, arte u oficio, que le produzca renta o emolumento que exceda de doscientos quetzales al mes;

Si alguno de ellos tuviere en administración bienes de menores o incapacitados que estén bajo su patria potestad, tutela o guarda; y

Si la mujer fuere guatemalteca y el varón extranjero o guatemalteco naturalizado.”

El Artículo 119 del Código Civil establece que “las capitulaciones matrimoniales deberán constar en escritura pública o en acta levantada ante el funcionario que haya de autorizar el matrimonio. El testimonio de la escritura o la certificación del acta, se inscribirán en el Registro Civil, una vez efectuado el matrimonio; y también en el Registro de la Propiedad, si se afectaren bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.”

El Artículo 120 del Código Civil regula que hay que tomar en cuenta y “son nulas y se tendrán por no puestas, las cláusulas del convenio que contravengan las disposiciones de la ley, o restrinjan derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí o con respecto a los hijos.”

Y el Artículo 121 del Código Civil preceptúa que las capitulaciones deberán comprender:



La designación detallada de los bienes que tenga cada uno de los cónyuges al contraer matrimonio;

Declaración del monto de las deudas de cada uno; y

Declaración expresa de los contrayentes sobre si adoptan el régimen de comunidad absoluta, el de separación absoluta, o el de comunidad de gananciales; o con las modalidades y condiciones a que quieran sujetarlo.

Es importante mencionar que las capitulaciones pueden modificarse o bien alterarse como regula el Artículo 125 del cuerpo legal indicado. Los cónyuges tienen derecho irrenunciable de alterar las capitulaciones matrimoniales y adoptar otro régimen económico del patrimonio conyugal, durante el matrimonio.

La modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá hacerse por medio de escritura pública que se inscribirá en los registros respectivos, y sólo perjudicará a tercero desde la fecha de la inscripción.

Se encuentra además el régimen subsidiario, contenido en el Artículo 126 del citado Código. A falta de capitulaciones sobre los bienes se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de comunidad de gananciales.

Se regula además los bienes propios de cada cónyuge en el Artículo 127 del Código Civil. No obstante lo establecido en los artículos anteriores, son bienes propios de



cada cónyuge los que adquiera por herencia, donación u otro título gratuito, y las indemnizaciones por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o enfermedades, deducidas las primas pagadas durante la comunidad.

Convenciones matrimoniales: “Son los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sea adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen. El objeto de estas convenciones varía según las regulaciones de cada derecho positivo”<sup>74</sup>

### **3.4. Disolución del régimen**

La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges. También por ausencia con presunción de fallecimiento, por separación personal y por divorcio vincular.

Ausencia con presunción de fallecimiento: Tiene que pasar una determinada cantidad de años desde la fecha de la muerte presunta o bien otra cantidad de años desde el fallecimiento del ausente. La disolución solo puede pedirla el cónyuge. Después de la disolución, la liquidación la puede pedir los herederos también. El nuevo matrimonio del cónyuge también produce la disolución.

---

<sup>74</sup> Ídem. Pág. 313.



Existen supuestos en los que, manteniéndose el vínculo matrimonial, a la disolución de la sociedad conyugal sigue un régimen de separación de bienes supuestos: separación personal, concurso de hecho de la convivencia matrimonial y el nombramiento de un tercero como curador de uno de los cónyuges.

Concurso o mala administración: Dado que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los generales por él adquiridos, la ley actúa como una medida de carácter preventivo ante la administración de un cónyuge que perjudica el patrimonio ganancial.

“La separación de hechos de los cónyuges no disuelve la sociedad conyugal, si existe abandono de uno de los cónyuges, el otro puede demandarlo y pedir la separación de bienes, probando el abandono, para recobrar la independencia matrimonial en lo relativo a la gestión de sus bienes y en las futuras adquisiciones.”<sup>75</sup> La sentencia retrotraerá sus efectos al momento de notificación de la demanda en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal.

Abandono de hecho: Es la interrupción unilateral e injustificada de cohabitación por parte de un cónyuge, es decir, se tienen en cuenta las circunstancias del abandono. El cónyuge que dejó el hogar común debido a conducta culpable del otro, está legitimado para promover la demanda de separación de bienes.

---

<sup>75</sup> Ídem. Pág. 315



En caso de que uno de los esposos tenga un curador, un tercero, el otro cónyuge puede pedir la separación de bienes.

Divorcio vincular y separación personal: La sentencia disuelve la sociedad conyugal y la disolución retrotrae sus efectos al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges.

Tanto en el juicio donde se solicita el divorcio como en el de separación de bienes y en la separación personal, cualquiera de los cónyuges puede solicitar al juez medidas precautorias para evitar que el otro realice actos de administración o disposición de bienes que puedan dañarlo. Las medidas precautorias destinadas a asegurar los derechos del cónyuge dentro de la sociedad conyugal, deben trabarse sobre bienes gananciales de la administración del otro, ya que ningún derecho tendrá a participar sobre los propios de éste. Sólo podrá pedir medidas precautorias sobre bienes propios del otro cónyuge como acreedor.

Sociedades con terceros: Si el demandado participa en sociedades constituidas con terceros, y la participación es ganancial, se admiten medidas para salvaguardar los derechos del cónyuge peticionante.

Acción de fraude: Cualquiera de los esposos podrá argüir de fraude cualquier acto o contrato realizado por el otro en conformidad con lo que está dispuesto respecto a los hechos en fraude de los acreedores. “Cada cónyuge tiene amplia facultad de



administración y disposición de los gananciales de su masa. Los actos que realiza un cónyuge no pueden ser atacados por el otro a menos que haya fraude<sup>76</sup>.

La simulación es la forma a la que recurre más frecuentemente un esposo para defraudar al otro. Por ejemplo simular ventas de bienes que en realidad siguen en su haber.

La sentencia de fraude revoca el acto, si el adquirente fue a título gratuito, o a título oneroso pero de mala fe, volviendo el bien a la masa ganancial del demandado. Si el adquirente del bien a título oneroso es de buena fe, esto no será posible.

Liquidación: Desde la disolución las masas se mantienen tal cual son al momento de dicha disolución, para, después del trámite de liquidación, partir los mismos bienes que había en aquel momento. Después de la disolución ya no rige la libre administración y disposición que había en la sociedad conyugal. Cada cónyuge estará obligado a rendir cuentas al otro por los actos que realiza.

La administración de cada masa ganancial continúa en manos del mismo cónyuge administrador, durante la liquidación de la sociedad conyugal.

---

<sup>76</sup> Aragonés, Pedro. **Derecho Civil I**. Edit. Aragón. Pág. 156.



Producida la separación de hecho: El culpable de ella no tendrá derecho de participar cuando se liquide la sociedad conyugal, en los bienes gananciales que aumentaron el patrimonio del no culpable con posterioridad a la separación. Si ambos fueron culpables de la separación de hecho, ninguno de ellos participa en los bienes que obtiene con posterioridad el otro.

“La liquidación comprende trámites para liquidar los saldos de cada masa de gananciales, para realizar luego la partición. Estos trámites son: inventario de bienes gananciales, pago de deuda de cada cónyuge ante terceros, dilucidación del carácter ganancial o propio de algunos bienes, determinación de las recompensas que se adeuden entre sí las masas gananciales y las masas propias, estimación del valor de los bienes comunes.”<sup>77</sup>

Formas de la liquidación: Se puede hacer en forma privada. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública, las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión.

Los convenios sólo pueden ser celebrados después del momento en que queda disuelta la sociedad conyugal; en un juicio contradictorio de separación personal o divorcio, sólo podrán celebrarse con posterioridad a la sentencia que determina dicha disolución, no obstante tener ésta carácter retroactivo.

---

<sup>77</sup> **Ídem.** Pág. 169.



Es posible que los cónyuges hayan atribuido en el convenio, carácter propio a un bien que en realidad es ganancial, o viceversa; frente a esto, y atacado en ese aspecto el convenio, pidiéndose la nulidad de lo acordado por el error que contiene, se han diseñado dos soluciones jurisprudenciales: se ha considerado que se trata de un error y en consecuencia, tratándose de un vicio del consentimiento, procede la nulidad de ese aspecto del convenio. Pero también se ha sostenido jurisprudencialmente que esta atribución no es sino un aspecto transaccional del convenio, y que esa atribución de un carácter distinto del que le correspondía forma parte del negocio de los cónyuges, y en tanto este sea válido conforme con la época en la que se realizó, no cabe declarar la nulidad de lo acordado.

Los acreedores sólo pueden actuar contra los bienes propios o gananciales de la administración del deudor. Los pasivos de los cónyuges, por el hecho de la disolución no se confunden, y en cambio cada esposo debe atender a su pasivo con sus bienes propios y gananciales de su masa; lo que queda como saldo líquido de gananciales de la masa del marido y de la masa de la mujer, después de que cada uno pagó sus deudas, es lo que se suma para ser repartido por mitades.

Facultades de los terceros acreedores. “Los acreedores de los cónyuges pueden oponerse a que se haga partición privada. También pueden exigir que se separen los bienes necesarios para atender sus créditos, cuando existe un convenio entre esposos.”<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Ídem. Pág. 173



Alimentos: Los alimentos que un esposo pasa al otro durante el juicio de divorcio se suman a los bienes que se le adjudican al que los recibió.

### **3.5. Causales de separación personal**

#### **Causas subjetivas o culpables**

Adulterio.

Es la unión sexual de un hombre o una mujer casados con quien no es su cónyuge.

Tentativa contra la vida de uno de los cónyuges o de los hijos.

Tentativa: comienzo de ejecución de un delito.

Instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos.

Injurias graves

Para su apreciación el juez considerará la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. Injuria: toda ofensa, menoscabo, afrenta, de un cónyuge hacia el otro.

Abandono voluntario y malicioso.

Es el incumplimiento del deber de cohabitación.



## **Causales de separación personal o divorcio imputables a ambos cónyuges.**

La antijuricidad de la conducta de un cónyuge no justifica la del otro. En ese caso el juez atribuirá culpabilidad a ambos esposos. Es el principio de incompensabilidad de agravios, el cual tiene excepciones.

Matrimonio desquiciado: Además de obtenerse el divorcio por presentación conjunta, éste puede ser demandado invocando solamente la separación de hecho habida entre los cónyuges, y ya no es necesaria la invocación del desquicio matrimonial.

### **3.6. El juicio de separación personal**

En el juicio de separación personal o de divorcio, la falta de contestación de la demanda o la rebeldía, no son suficientes para que se dicte la sentencia en base a las causales invocadas. Será menester que el cónyuge que alegó los hechos, produzca la prueba de su existencia.

Con respecto a las causas de divorcio o de separación personal, rige el principio de amplitud probatoria, en el sentido de que todos los medios de prueba son admisibles a los efectos de acreditar las causas invocadas, prueba confesional, cartas misivas, otras pruebas documentales, prueba testimonial, prueba pericial. No es posible



decretar el divorcio en base a la prueba de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvencción, ni invocados.

Podrá decretarse la separación personal a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años de separación de hecho. Es causa de divorcio vincular la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años.

La separación de los cónyuges sin voluntad de unirse se erige en un supuesto objetivo en que procede decretar la separación personal o el divorcio, y no requiere el análisis de los hechos o las causas que llevaron a los cónyuges a interrumpir su convivencia. El hecho objetivo es que dejaron de cohabitar.

El elemento subjetivo en el juicio: La culpa en la separación. Cualquiera de los cónyuges puede sostener que si bien es cierto el hecho objetivo de la separación, es el otro esposo el culpable de ella, sea porque abandonó el hogar, forzó a su cónyuge, con injurias o inconducta, a alejarse del hogar y así romper la convivencia. Esto puede alegarlo tanto el actor como el demandado.



### 3.7. Divorcio o separación personal por presentación conjunta

Los cónyuges pueden manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y peticionar, según sea el caso, su separación personal o el divorcio vincular. “Condiciones sustanciales para su procedencia: que al día de la presentación de los cónyuges hayan transcurrido el tiempo mínimo legal exigido, que ambos cónyuges manifiesten que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, que ambos cónyuges soliciten la separación personal o el divorcio vincular según sea el caso, y que el juez, en la primera audiencia se persuada de que las causas que los cónyuges le exponen, son suficientemente graves como para decretar la separación personal o el divorcio, y por supuesto, que no haya logrado la reconciliación de los esposos en ninguna de las dos audiencias”<sup>79</sup>.

Forma de la presentación: Debe exigirse la presentación conjunta de ambos cónyuges, los que se limitan a manifestar que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común.

Tramite de la presentación conjunta: Presentada la demanda, el juez debe fijar una audiencia para oír a los cónyuges y procurar conciliarlos. Las manifestaciones que se

---

<sup>79</sup> Griraldi, Olsen A.. **Lógica del Proceso Judicial**. Edit. Córdoba. Pág. 204.



hagan no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecen personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si en la primera audiencia los cónyuges se reconcilian, el juez homologará lo acordado y ordenará sin más trámite el archivo del expediente. Pero si no se logra la reconciliación y además el magistrado considera que existen causas graves que hacen imposible la vida en común, entonces fija una segunda audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Allí las partes deberán manifestar personalmente o por apoderado con mandato especial si han arribado a una reconciliación. Si los cónyuges no se han reconciliado, el juez debe decretar la separación o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves.

Acuerdos con la presentación conjunta: “La demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: tenencia y régimen de visitas de los hijos, atribución del hogar conyugal, régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces.”<sup>80</sup> También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal.

Alimentos acordados: En el curso de este proceso, los alimentos que los cónyuges acuerdan a favor de uno de ellos, están fundados en el vínculo conyugal. Siempre se trata de una manifestación del deber de asistencia entre esposos.

---

<sup>80</sup> Ídem. Pág. 285



Facultades del juez: El juez podrá objetar total o parcialmente estos acuerdos cuando a su juicio, ellos afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos.

Demanda y reconvención de separación personal y de divorcio vincular: Basadas, cada cual, en causas iguales o diversas. Puede ocurrir que en un juicio contencioso, uno de los cónyuges demande la separación personal y el otro reconvenga por divorcio vincular, o a la inversa. La ley dispone que si uno de los cónyuges demanda por separación personal, podrá ser reconvenido por divorcio vincular, y si demanda por divorcio vincular podrá serlo por separación personal. Aunque resulten probados los hechos que fundaron la demanda o reconvención de separación personal, se declarará el divorcio vincular si también resultaron probados los hechos en que se fundó su petición.

La sentencia y sus efectos de orden personal y patrimonial en relación a los cónyuges y los hijos. Conversión en divorcio vincular.

Si la separación personal o el divorcio vincular se obtienen por presentación conjunta, los efectos quedan regulados por los acuerdos a que hayan llegado los cónyuges. En todo lo demás, la sentencia que decreta la separación personal o el divorcio vincular no atribuye culpa a uno o ambos cónyuges, de modo que se está dentro del ámbito de los efectos del divorcio decretado sin atribución de culpabilidad. El juicio de separación personal o divorcio vincular debe tramitarse por la vía ordinaria.



En los juicios de separación personal o de divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos. El allanamiento del demandado no es suficiente para que prospere la acción, pues se trata del reconocimiento de los hechos.

“El Código Procesal establece la improrrogabilidad de la competencia, salvo la territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales si existe conformidad de las partes y la prórroga no se hace a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República.”<sup>81</sup>

Cuando sucede la muerte de uno de los cónyuges, se produce la disolución del vínculo matrimonial. Así también, la acción de separación personal o de divorcio vincular caduca con el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Atribución de la vivienda: Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal o ser reintegrado a él. La atribución de la vivienda constituye una medida precautoria.

Tenencia de los hijos y régimen de visitas: El juez deberá decidir a quién corresponde la guarda de los hijos. Si los padres acuerdan mediante convenio cuya homologación judicial solicitan, a quién se otorgará la guarda y además el régimen de visitas, el juez

---

<sup>81</sup> Ídem. Pág. 276



lo homologará, salvo que advierta un manifiesto perjuicio para el menor. No mediando convenio, tales cuestiones serán resueltas por el juez.

Alimentos y litis expensas: Corresponde al juez disponer la fijación de los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiera recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio.

Alimentos provisionales después de la sentencia: Cuando se tratase de alimentos fijados a favor de alguno de los cónyuges durante la sustanciación del juicio de divorcio, y recayese sentencia definitiva decretándolo por culpa de aquel o de ambos, la obligación del alimentante cesará de pleno derecho. Si la sentencia no declara la culpabilidad del alimentado, los alimentos provisionales se convierten en definitivos y deberán seguir abonándose.





## CAPITULO IV

### 4. Filiación

“La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos. La filiación es el vínculo que une al hijo con el padre y con la madre.”<sup>82</sup>

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 puede ser vista 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

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

---

<sup>82</sup> Ortíz Nuñez, Jose Antonio. **Manual de Derecho Civil I**. Edit. Brisas. Pág. 133.



Existen dos sistemas teóricos para establecer la filiación:

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.

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:

Los procedimientos constitutivos o impugnativos.

El estado civil filial constituido.

Los derechos y deberes atribuidos al estado civil. Además, tiene un fuerte carácter 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”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup>Idem. Pág. 135



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.

#### **4.1. 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:

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.

Mediante la vieja y conocida 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.

Que se esté determinada la maternidad de la madre. <sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> Ídem. Pág. 139.



Mediante el acto de reconocimiento de la progenitura, paterna o materna: Este constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona. Cada legislación tiene sus propios límites de procedencia, pero existe una tendencia a que tenga cada vez menos límites.

Mediante sentencia firme: Este caso es aplicable para adopciones, o para reclamaciones de paternidad. La sentencia también se inscribe en el Registro Civil, con el fin de dar publicidad a un hecho que tiene importantes consecuencias frente a terceros.

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.”<sup>85</sup> Esta forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso.

---

<sup>85</sup> Aragonés, Pedro. **Derecho Civil I**. Edit. Aragón. Pág. 112



## 4.2. 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:

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.

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.

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.

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*.



### 4.3. 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, es decir 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 o negocial 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”<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Ídem. Pág. 117.



#### 4.4. 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”<sup>87</sup>.

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 contra dicha inscripción. La notificación no es necesaria cuando la mujer es casada y es el marido el que inscribe al hijo.

---

<sup>87</sup> Ídem. Pág. 119



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.”<sup>88</sup> 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,

---

<sup>88</sup> Liebman, Enrico Tulio. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Edit. Ejez. Pág. 123



y en caso contrario, se presume que es hijo del segundo marido. Todo está sujeto a prueba en contrario.

#### **4.5. Determinación de la 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.”<sup>89</sup>

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 interviene 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.

---

<sup>89</sup> Ídem. Pág. 129.



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, la fiscalía 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.



#### 4.6. Las pruebas biológicas

“Las pruebas biológicas consisten en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo”<sup>90</sup>.

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 Ácido Desoxirribonucleico. 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.

---

<sup>90</sup> De la Plaza, Manuel. **Derecho Procesal Civil**. Edit. Revista de Derecho Privado. Pág. 74.



“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.”<sup>91</sup> 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.

#### **4.7. Aspectos procesales**

El juicio se 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.

---

<sup>91</sup> Arzuello, Jerónimo. **Ciencias de la Salud**. Edit. Prado. Pág. 327.



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.



#### **4.8. 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 para 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.”<sup>92</sup>

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.

---

<sup>92</sup> Liebman, Enrico Tulio. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Edit. Ejez. Pág. 168



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.”<sup>93</sup> El adoptado tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

---

<sup>93</sup> Ídem. Pág. 173



## CAPÍTULO V

### **5. Análisis de inconstitucionalidad de la imposición de la prueba molecular genética del ácido desoxirribonucleico –ADN- en el reconocimiento de paternidad.**

#### **5.1. De la Inconstitucionalidad**

La Constitución Política de la República de Guatemala, es una norma cualitativamente distinta, ya que de la misma deriva todo el ordenamiento jurídico, por ende, en nuestro país no pueden crearse normas jurídicas que la contradigan, en virtud que la Constitución fue creada para trascender, permanecer y prevalecer sobre cualquier otra normativa que contradiga el contenido de la misma, cumpliendo así con el principio de rigidez de la norma constitucional.

En ese sentido Kelsen afirmó que el ordenamiento jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos estratos. En la legislación guatemalteca se comparte el pensamiento de Kelsen al contemplarse en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala la jerarquía constitucional. Así mismo, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado al respecto al indicar: “...*Dentro de los principios fundamentales que informan al Derecho guatemalteco, se encuentra el de supremacía*



*o super legalidad constitucional que significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como ley suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado constitucional de Derecho. Esta super legalidad constitucional se reconoce, con absoluta precisión en tres artículos de la Constitución Política de la República: el 44...el 175... y el 204.” (Gaceta No. 34, página No. 2, expediente No. 205-94, sentencia 03 de noviembre de 1994).*

En ese sentido ningún ordenamiento legal puede contradecir la normativa y principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, obligándose a los mismos legisladores a crear normativas sujetas a lo estipulado en la Carta Magna. Al respecto se ha pronunciado la propia Corte de Constitucionalidad al indicar lo siguiente: “... debe respetarse en la gradación de leyes que integra nuestro sistema legal en el que, teniendo como pináculo la ley suprema, a ésta le siguen las leyes constitucionales y luego las ordinarias, que admiten también, en atención a la votación –calificada y simple- que ha merecido en el Congreso, advertir la prevalencia de unas – generalmente leyes orgánicas – frente a las restantes, cuando entre ellas se denuncie colisión...”. (Gaceta No. 57, expediente No. 1048-99, sentencia 02-08-00)

Con lo anteriormente indicado queda evidenciado que el Congreso de la República de Guatemala, órgano facultado para legislar, según el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala, se ve obligado a crear normas apegadas a los principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, existen normativas que se ven afectadas al contrariar lo



anteriormente indicado, lo que trae como consecuencia que una persona se vea afectada en los derechos amparados por la carta magna.

Cuando esto ocurre se está ante una norma contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala, es decir se está ante una normativa de carácter inconstitucional.

En el sistema jurídico guatemalteco el control directo de la constitucionalidad de las leyes es lo que la Constitución ha instituido como Inconstitucionalidad de Leyes, para el efecto y *“Partiendo del principio inexcusable, en los Estados de Derecho, de la supremacía de la Constitución (v.), se han de reputar como inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de sus normas o las contradigan”*.<sup>94</sup> En consecuencia, la supremacía de la Constitución Política de la República de Guatemala sobre cualquier otra ley, es indiscutible y la misma Carta Magna en su artículo 44 señala que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones, pues las que violen o tergiversen sus mandatos, son nulas *ipso jure*.

Cuando este supuesto ocurre se hace necesario el planteamiento de Inconstitucionalidad, la cual puede suscitarse de dos formas: como una inconstitucionalidad con carácter general o bien como una inconstitucionalidad en caso concreto. La inconstitucionalidad con carácter general es aquella que surge cuando una normativa es contraria a los principios y derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que se solicita, a través de un

---

<sup>94</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico**. Edit. Heliasta Pág. 618



procedimiento establecido en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que sea expulsada total o parcialmente del ordenamiento jurídico guatemalteco; mientras que una inconstitucionalidad en caso concreto es aquella que invoca cada individuo dentro de un caso particular, por considerar que la aplicación de alguna normativa puede venir a afectarlo frente a sus derechos contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En el caso objeto de análisis se considera procedente el planteamiento de una Inconstitucionalidad con carácter general en virtud de considerar que la prueba de Ácido Desoxirribonucleico –ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO –ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO -ADN--- es contraria a los principios y derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala como más adelante se analizará.

## **5.2. De la paternidad**

Previamente a entrar a analizar la Paternidad como figura jurídica, es preciso precisar la importancia de la familia dentro de la sociedad, esto con el objeto de lograr establecer el papel que juega la misma dentro de la familia.

En ese sentido, el vocablo familia ofrece varios significados, uno con carácter general con que se designa *“al conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y*



*afines*”.<sup>95</sup> Otro un poco más limitado, con el que se llama al grupo de personas vinculadas entre sí por parentesco, que viven juntas, bajo la autoridad de una de ellas; o también el “*conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, dirección y dependencia económica del jefe de la casa.*”.<sup>96</sup> Y otro, en sentido estricto, con que se designa el parentesco más próximo y cercano: el grupo formado por el padre, la madre y los hijos comunes. Esta acepción, con alguna variante es la que ha alcanzado la categoría de sentido jurídico, que se puede traducir como “*el conjunto de personas unidas por el matrimonio y por los vínculos de parentesco*”. Derivado de los conceptos anteriores se puede deducir que la importancia de la familia radica en que es la cédula fundamental de la sociedad, al respecto, el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “**Protección de la familia.** *El Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos.*”. Precepto constitucional a través del cual se contempla la igualdad de derechos y la paternidad responsable.

Es preciso señalar que la paternidad es entendida como la “*relación parental que une al padre con el hijo y que puede ser legítima, cuando está concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente.*”<sup>97</sup> Sin embargo, en innumerables ocasiones la paternidad es puesta en tela de juicio ante los órganos

---

<sup>95</sup> **Ídem.** Pág. 534

<sup>96</sup> **Ídem.** Pág. 537

<sup>97</sup> **Ídem.** Pág. 745



jurisdiccionales por considerar que ésta se ve afectada al no responder económicamente los padres sobre sus hijos, escabullendo en muchas ocasiones dicha responsabilidad en negar la paternidad.

Ante esta situación, surge una reforma al Artículo 221 del Código Civil, por medio de la cual es permitido solicitar llevar a cabo la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- para poder establecer la paternidad; sin embargo, con dicha reforma se violan flagrantemente los artículos 4, 5, 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud que dentro de dicha reforma se determina que la negativa del supuesto padre a someterse a realizar dicha prueba hará presumir por cierto la posición contraria, situación que pone en riesgo los derechos establecidos en la Carta Magna, en virtud que a través de ésta reforma no se le está dando la opción al hombre de someterse a la realización de la prueba de ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO -ADN- o no, sino que tácitamente se ve obligado en virtud que si no la realiza se tiene por aceptado, violando así lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Constitución.

Sin embargo, para entrar a analizar el por qué se considera que dicha reforma es de carácter inconstitucional es preciso establecer que se entiende por Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, al respecto se procede a indicar lo siguiente:



### 5.3. DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO

“El **ácido desoxirribonucleico**, frecuentemente abreviado como **ADN** y también **DNA**, del inglés *DeoxyriboNucleic Acid*, es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, siendo el responsable de su transmisión hereditaria”.<sup>98</sup>

Desde el punto de vista químico, el Ácido Desoxirribonucleico -ADN- es un polímero de nucleótidos, es decir, un polinucleótido. Un polímero es un compuesto formado por muchas unidades simples conectadas entre sí, como si fuera un largo *tren* formado por *vagones*. En el Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, cada *vagón* es un nucleótido, y cada nucleótido, a su vez, está formado por un azúcar, la desoxirribosa, una base nitrogenada (que puede ser adenina→*A*, timina→*T*, citosina→*C* o guanina→*G*) y un grupo fosfato que actúa como enganche de cada *vagón* con el siguiente. Lo que distingue a un *vagón* (nucleótido) de otro es, entonces, la base nitrogenada, y por ello la secuencia del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- se especifica nombrando sólo la secuencia de sus bases. La disposición secuencial de estas cuatro bases a lo largo de la cadena (el ordenamiento de los cuatro tipos de *vagones* a lo largo de todo el *tren*) es

---

<sup>98</sup> Arzuello, Jerónimo. **Ciencias de la Salud**. Edit. Prado. Pág. 472.



la que codifica la información genética: por ejemplo, una secuencia de **Ácido** Desoxirribonucleico -ADN- puede ser *ATGCTAGATCGC...* En los organismos vivos, el **Ácido** Desoxirribonucleico -ADN- se presenta como una doble cadena de nucleótidos, en la que las dos hebras están unidas entre sí por unas conexiones denominadas puentes de hidrógeno.

“Para que la información que contiene el **Ácido** Desoxirribonucleico -ADN- pueda ser utilizada por la maquinaria celular, debe copiarse en primer lugar en unos *trenes* de nucleótidos, más cortos y con unas unidades diferentes, llamados ARN. Las moléculas de ARN se copian exactamente del **Ácido** Desoxirribonucleico -ADN- mediante un proceso denominado transcripción. Una vez procesadas en el núcleo celular, las moléculas de ARN pueden salir al citoplasma para su utilización posterior. La información contenida en el ARN se interpreta usando el código genético, que especifica la secuencia de los aminoácidos de las proteínas, según una correspondencia de un triplete de nucleótidos (codón) para cada aminoácido. Esto es, la información genética (esencialmente: qué proteínas se van a producir en cada momento del ciclo de vida de una célula) se haya codificada en las secuencias de nucleótidos del **Ácido** Desoxirribonucleico -ADN- y debe traducirse para poder ser empleada. Tal traducción se realiza empleando el código genético a modo de diccionario. El diccionario "secuencia de nucleótido-secuencia de aminoácidos" permite el ensamblado de largas cadenas de aminoácidos (las proteínas) en el citoplasma de la célula.”<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> **Ídem.** Pág. 484



Las secuencias de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- que constituyen la unidad fundamental, física y funcional de la herencia se denominan genes. Cada gen contiene una parte que se transcribe a ARN y otra que se encarga de definir cuándo y dónde deben expresarse. La información contenida en los genes se emplea para generar ARN y proteínas, que son los componentes básicos de las células, los "ladrillos" que se utilizan para la construcción de los orgánulos celulares, entre otras funciones.

Funciones biológicas: “Las funciones biológicas del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- incluyen el almacenamiento de información (genes y genoma), la codificación de proteínas (transcripción y traducción) y su autoduplicación (replicación del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-) para asegurar la transmisión de la información a las células hijas durante la división celular.”<sup>100</sup>

Genes y genoma: “El Ácido Desoxirribonucleico -ADN- se puede considerar como un almacén cuyo contenido es la información (mensaje) necesaria para construir y sostener el organismo en el que reside, la cual se transmite de generación en generación. El conjunto de información que cumple esta función en un organismo dado se denomina genoma, y el Ácido Desoxirribonucleico -ADN- que lo constituye, Ácido Desoxirribonucleico -ADN- genómico”<sup>101</sup>.

La información genética de un genoma está contenida en los genes, y al conjunto de toda la información que corresponde a un organismo se le denomina genotipo. Un gen es una unidad de herencia y es una región de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- que

---

<sup>100</sup> Ídem. Pág. 491

<sup>101</sup> Ídem. Pág. 502



influye en una característica particular de un organismo (como el color de los ojos, por ejemplo). Los genes contienen un "marco de lectura abierto" que puede transcribirse, además de secuencias reguladoras, tales como promotores y enhancers, que controlan la transcripción del marco de lectura abierto.

Del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- como medio de prueba: La Prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- es la prueba más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares. La prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- prueba o refuta la paternidad en todos los casos. Cada informe de la prueba de la paternidad indica claramente si:

El hombre sometido a la prueba es excluido, y por lo tanto no puede ser el padre biológico del niño.

El hombre sometido a la prueba no es excluido. Los datos estadísticos en el informe establecen que él es el padre biológico.

Para poder realizar esta prueba es necesario que el padre se someta a una serie de exámenes en donde debe de presentar muestras biológicas. Las muestras biológicas que se requieren para realizar las pruebas de paternidad con Ácido Desoxirribonucleico -ADN- pueden ser de saliva (recomendada), sangre o pelo con bulbo, entre otras. La colección sin dolor del espécimen está disponible en la mayoría



de los casos. Se requiere solamente muestras de la sangre en casos complejos del parentesco. El uso de una esponja de la mejilla en el interior de la boca de recoger muestras de la célula es un procedimiento simple que se puede demandar para obtener la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- y tiene la misma confiabilidad que una muestra de la sangre.

Entre los tipos de pruebas de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- para poder determinar el parentesco encontramos:

Estatus no oficial, no admisible en la justicia, esta prueba se realiza para la tranquilidad de la familia, pero no podrá ser utilizada para propósitos legales.

Resultados Oficiales admisibles en órganos jurisdiccionales cuando son necesarios para propósitos legales y son requeridos a petición de parte o bien a través de un Juez dentro de un proceso judicial.

Es preciso señalar que una prueba de paternidad es aquella que tiene como objeto probar la paternidad, esto es determinar el parentesco ascendente en primer grado entre un individuo y un hombre, presunto padre. Los métodos para determinar esta relación han evolucionado desde la simple convivencia con la madre, la comparación de rasgos, Tipo de sangre ABO, análisis de proteínas y antígenos HLA. Actualmente la prueba idónea es la prueba genética basándose en polimorfismo en regiones STR.

“La prueba de paternidad genética se basa en comparar el Ácido Desoxirribonucleico -ADN- nuclear de ambos. El ser humano al tener reproducción sexual hereda un alelo de la madre y otro del padre. Un hijo debe tener para cada locus un alelo que



provenza del padre. Esta comparación se realiza comparando entre 13-19 locus del genoma del hijo, del presunto padre y opcionalmente de la madre, en regiones que son muy variables para cada individuo llamadas STR (Short Tandem Repeat).<sup>102</sup>

Para determinar estadísticamente la exactitud de la prueba, se calcula el índice de paternidad, el cual determina la probabilidad que no exista una persona con el mismo perfil de alelos entre su raza. La cantidad de locus es determinada por la cantidad de marcadores genéticos que limitan los locus utilizados, a mayor cantidad de marcadores mayor exactitud. Con el uso de 15 marcadores se puede tener exactitudes de alrededor de 99,999%. Sin embargo esta exactitud puede aumentar según la ocurrencia de alelos extraños en cada individuo.

Cuando no se cuenta con muestras del presunto padre, se puede obtener un índice de paternidad utilizando muestras de los padres paternos. También es posible obtener muestras de prenatales mediante procedimiento de amniocentesis y vellosidades coriónicas.

Existen pruebas de paternidad con fines informativos o pruebas de paternidad con fines legales. Las pruebas legales requieren validación de la identidad y custodia de las muestras. **En varios países la interpretación legal de varios derechos constitucionales señala que se tiene que tener consentimiento voluntario de muestra para pruebas de Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, sin embargo, este supuesto no se da en Guatemala, situación que trae como consecuencia crear una reforma legal que es nula de pleno derecho por contradecir el marco**

---

<sup>102</sup> **Idem.** Pág. 563



**constitucional al pretender tener la negativa al sometimiento de dicha prueba del supuesto padre como aceptación tácita de su supuesta paternidad.**

En el impacto social debemos decir que la tendencia actual ha colocado el tema en una esfera muy explosiva, explicable por el aumento de las pruebas genéticas, que se hacen antes del nacimiento.

#### **5.4. De la inconstitucionalidad del Artículo 221 numeral 5 del Código Civil Guatemalteco**

El artículo 221 numeral 5° del Código Civil, Decreto Ley 106 establece: “**Casos en que puede ser declarada la paternidad.** La paternidad puede ser judicialmente declarada: 5°. Cuando el resultado de la prueba biológica, del Ácido Desoxirribonucleico –ADN- , determine científicamente la filiación con el presunto padre, madre e hijo. Si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como prueba de la paternidad, salvo prueba en contrario.”. Como se puede observar el espíritu de la normativa anteriormente transcrita evidencia un ambiente de protección al vínculo y concepto de familia regulado en el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Guatemala; sin embargo, en su último párrafo el precepto del Código Civil indicado contradice el ordenamiento legal guatemalteco al indicar que la negativa del supuesto padre al sometimiento de la prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- va a ser tomada como presunción de su supuesta paternidad, contraviniendo de esta manera lo establecido en los artículos 3, 4, 5 y 12 de la Carta Magna en virtud de lo siguiente:



El artículo 3 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece:

*Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.*”. Por su parte, el artículo 4 del mismo cuerpo legal establece: *“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”*. Así mismo el artículo 5 de dicho cuerpo legal regula: *“Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe, no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma.”*. Y por último, el artículo 12 del mismo cuerpo legal estipula: *“La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.”*.

Como se puede observar la normativa constitucional guatemalteca, es clara al precisar que es deber del Estado la protección a la vida e integridad de la persona, y que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no prohíbe, por lo que, de seguir lo preceptuado por la reforma contenida en el artículo 221 numeral 5 del Código Civil se estaría violando flagrantemente los artículos 3, 4, 5 y 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, privándosele de su libertad al presunto padre al no permitírsele la elección para decidir o no el sometimiento de la persona a la prueba de



Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, dejándolo en un plano de desigualdad ante la ley y ante la sociedad, no solamente porque esta presunción aplica únicamente al padre, sino porque deja a la madre en una postura privilegiada por la ley, violando por ende el derecho de defensa y el principio del debido proceso contemplado y amparado no solamente por la Constitución Política de la República de Guatemala, sino por la legislación civil guatemalteca, en virtud que de existir la negativa al sometimiento de dicho medio de prueba se estaría resolviendo prácticamente el proceso debido a que se tienen por ciertas las peticiones formuladas por la parte contraria.

Es evidente que todo ser humano tiene derecho a saber su origen, sin embargo, para tener certeza del mismo no pueden crearse normativas en las cuales se tergiversen los derechos individuales de otras personas, situación que hace inconstitucional, y por ende, nula de pleno derecho toda aquella normativa que contradiga los preceptos establecidos en la Constitución, tal y como lo establece el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala al indicar: ***“Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El Interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”*** Dicho precepto constitucional garantiza no solamente la inviolabilidad a los derechos inherentes del ser humano, sino que todas aquellas normas que disminuyan, restrinjan o tergiversen dichos derechos son nulas de pleno derecho, es decir, deben quedar fuera del



ordenamiento legal, situación que deja en evidencia que, al pretenderse aplicar lo estipulado en el numeral 5° del artículo 221 del Código Civil guatemalteco se está incumpliendo con lo estipulado en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud que están siendo violados los artículos 3, 4, 5 y 12 del mismo cuerpo legal al pretenderse obligar de manera tácita a una persona a someterse a una prueba que de no llevarse a cabo se tiene por ciertas las aseveraciones de la parte contraria, acto que evidencia el estado de indefensa y violación al debido proceso al que se somete a un individuo.



## CONCLUSIONES

- 1) El derecho civil establece principios, obligaciones y derechos tutelados a través de legislación guatemalteca, regulando facultades y derechos individuales que forzosamente deben de estar apegados a los principios contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- 2) La familia es una institución típica y sin duda la más importante de todas, es la base de toda civilización radicando su importancia en el desarrollo integral de los miembros que la conforman.
- 3) El matrimonio, como base fundamental de la sociedad, es una institución creada por el Código Civil y amparada por la Constitución Política de la República de Guatemala, por medio de la cual se busca preservar uno de los fines principales del Estado como lo constituye la familia.
- 4) La filiación es el vínculo fundamental en las relaciones familiares, debido a que con ésta se determina la relación inmediata del padre o la madre con el hijo, produciendo con ello efectos de derecho.
- 5) La prueba de Ácido Desoxirribonucleico -ADN- tiene por objeto determinar la paternidad del padre puesta en tela de juicio; sin embargo, la misma se convierte en inconstitucional al vedar principios de libertad, igualdad y derecho de defensa establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.





## RECOMENDACIONES

- 1) Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala legisle en materia civil apegada a los principios contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como a las fuentes del Derecho Civil, haciéndose menester la expulsión del ordenamiento legal guatemalteco de toda aquella normativa que no se encuentre apegada a los principios de derecho.
- 2) Se debe fomentar la injerencia de Estado para velar por el cumplimiento de las responsabilidades y deberes en las potestades familiares cumpliendo así con los deberes y principios establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- 3) Con el fin de preservar los principios establecidos en la Carta Magna, se hace necesario que el Estado busque preservar la importancia del matrimonio a través de un programa de concientización social impartido a la juventud guatemalteca por medio del cual se les haga ver la importancia y el impacto social que tiene el matrimonio en la sociedad guatemalteca.
- 4) Se hace necesario crear normativa apegada a principios de derecho que permita determinar de una manera fehaciente el vínculo de filiación entre padre e hijo, sin que se vulnere los derechos de ambas partes.



- 5) La Corte de Constitucionalidad debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 221 numeral 5° del Código Civil, con el fin que sea expulsado del ordenamiento legal guatemalteco por ser contrario a principios contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**, Tomo I y II, Buenos Aires. 1942
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. **Derecho procesal civil, teoría general del proceso**. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado, Lima, 1,959.
- ARAGONESES, Pedro. **Proceso y derecho procesal, Madrid**, Editorial Aguilar, 1960
- BUZAID, Alfredo. **Despacho saneador** tomada de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Civil, Año 1967, N°. 03, Madrid. En: El Saneamiento Procesal. El Juez en el Proceso. Compilador Juan Morales Godo. Editorial Palestra, Lima 1998
- CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. traducido de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1,961. **estudios sobre el proceso civil**, Editorial Bibliográfica Argentina, 1,945 Buenos Aires **instituciones de derecho procesal civil**. Buenos Aires E.1,962., Tomo I
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoría general del derecho**, Trad. de Francisco Javier Osset. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1995. **instituciones de Derecho procesal civil.**, Tomo I, México, Uteha, 1952; Arte del derecho, Buenos Aires EJEA, 1,956 **"Instituciones del proceso civil"**. Buenos Aires: EJEA.1973. Vol I. Trad. De la 5ta. Edición italiana por Sentis Melendo.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **"Instituciones de derecho procesal civil"**, Volumen I, **Conceptos fundamentales, la doctrina de las acciones**, Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición: México D.F. 1,989.



**"Principios de derecho procesal civil"**, Tomo . I ,3ra. Edición., trad. de José Casáis y Santaló, Madrid, Instituto Editorial

CARRION LUGO, Jorge. **Análisis del código procesal civil tomo I**. "La Facultad de Derecho en San Marcos", Universidad Nacional Mayor de San Marcos", 1991 Editorial San Marcos. **"Tratado de derecho procesal Civil"**, Volumen I y II, Editorial Jurídica Grijley, 1998.

CALMON DE PASSOS, J.J., **Comentarios al código de proceso civil**, tomo III. São Paulo, Editorial Forense.

COUTURE, Eduardo J. **"Fundamentos de derecho procesal civil"**, Buenos Aires Ediciones Depalma, 1,958. 3ra. Edición **"Estudios de derecho procesal civil"** Tomo II, EDIAR, Buenos Aires, 1949. **"Introducción al estudio del proceso civil"** Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1,978.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. **"Acción y pretensión, derecho de Contradicción y excepciones"**, en Revista de Derecho Procesal, número 11, Bogotá. 1966. **"Compendio de derecho procesal teoría general del proceso"**. Tomo I. Décimo Tercera Edición, Biblioteca Jurídica DIKE Colombia, 1993. **"Nociones generales del derecho procesal"**, I, Aguilar **"Acción y pretensión"**, **"Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones"**, en Revista de derecho procesal, número 11, Bogotá. 1966.

EGUILUZ JIMÉNEZ, Juan y Magno SALCEDO, Carlo En **"Apuntes de derecho"** Revista de investigación jurídica. Año III, Nº. 01. Lima, mayo de 1993.

FERRERO COSTA, Augusto. **"Las excepciones en el derecho procesal civil"**, Lima 1972.



FAIREN GUILLÉN, Víctor. **"Doctrina general del derecho procesal"**.  
Hacia una teoría y ley procesal generales. Librería Bosch, Ronda  
Universal 11. Barcelona. 1,990.

GRIRARDI, Olsen A., **"Lógica del proceso judicial."** Diálogo del  
Derecho. Editorial Córdoba, Segunda Edición. Córdoba. 1,992.

GOZAINI, Oswaldo Alfredo. **"Teoría procesal de la legitimación"**, L.L  
1989

GOMEZ ORBANEJA. **Derecho procesal civil**, I. con HERCE, Madrid,  
1979

GUASP, Jaime **"Derecho procesal civil"**, Madrid, Institutos de  
Estudios Políticos, 1,961."La pretensión procesal". Civitas, Madrid 1985.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **"Manual de derecho procesal civil"**. Editorial EJEZ.  
Bs As. 1976, Traducción de Sentis Melendo.

MONTERO AROCA Juan **"La Legitimación en el proceso civil:** Intento de  
aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre el".  
Editorial Civitas, S. A., primera edición, |,994. "El nuevo proceso civil: Ley  
1/2000" Valencia 2,000. "Introducción al derecho jurisdiccional peruano",  
Primera Edición, Editorial ENMARCE E.I.R.L, Julio 1999,

MANUEL DE LA PLAZA, **Derecho procesal civil** español Tomo I,  
3ra.Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951

MICHELI, Gian Antonio . **Curso de derecho procesal civil**, Tomo I, Buenos  
Aires Editorial Ejez, 1970.



MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Principios de derecho procesal civil**, tercera Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 1,988.

MONROY GALVEZ, Juan. **"Relación jurídica sustantiva y relación procesal"**

En la separata del PROFA - Programa de Formación de Aspirantes. de la Academia de la Magistratura, Módulo 4: Derecho Civil y Procesal Civil, "Temas del Proceso Civil". Studium, Lima, 1987. "Introducción al Proceso Civil, Temis-De Civil, Temis - De Belaunde & Monroy. Bogorá. 1996.

MORALES GODO, Juan. **"El saneamiento procesal: El juez en el proceso, fundamentos doctrinarios"**, Compilador, Palestra Editores, Instituto de Investigación y defensa del derecho de acceso a la justicia, Lima, 1,998.

MORELLO, Augusto Mario. **"La legitimación: homenaje al profesor doctor Lino Enrique Cornejo"**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1,996.

ALCALA ZAMORA, Niceto Y CASTILLO, **Proceso, auto composición y Defensa**. Contribución al estudio de los fines del proceso México D.F., Editorial Imprenta Universitaria, 1,947,

ALCALA Niceto - ZAMORA Y CASTILLO. Estudios de la teoría general e historia del proceso, México, 1974

PEYRANO, Jorge W. **"Derecho procesal civil"** de acuerdo al C.P.C. peruano Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro. **"Metodología de la investigación jurídico Social"**, 1ra. Edición, 1,991.

TICONA POSTIGO, Víctor. **"El debido proceso y la demanda civil"**, 2da.



Edición, 2 tomos, Rodhas, Lima, 1999."Las Condiciones de la Acción y el Nuevo Código Procesal Civil". En: Revista Jurídica del Perú. Octubre - diciembre 1995. Año XLV. N°. 04.

ROCCO Hugo. **Tratado de derecho procesal civil**, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1,969

VESCOVI, Enrique. **"Teoría general del proceso"**, segunda Edición, Editorial Editorial Temis S.A., Santa Fé de Bogotá - Colombia, 1,999.

VON BULOW, Oscar. **La teoría de las excepciones procesales y los Presupuestos** procesales. Buenos Aires, EJE, 1,964.

#### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente 1985.

**Código Civil.** Decreto Ley 106, Peralta Azurdia, Enrique, jefe de gobierno de la Republica de Guatemala. 1963

**Código Procesal Civil.** Decreto 107, Peralta Azurdia, Enrique, jefe de gobierno de la Republica de Guatemala.

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

**Código Procesal Penal.** Congreso de la República de Guatemala decreto número 51-92, 1994

**Ley del Registro Nacional de las Personas y sus Reformas. Decreto**  
Número 90- 2005. Del Congreso de la República.

