

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

**ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA REFORMA AL CODIGO CIVIL,
DECRETO LEY 106, MEDIANTE EL DECRETO 39-2008 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA, RESPECTO A LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ÁCIDO
DESOXIRRIBONUCLEICO ADN**



EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011

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

**ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA REFORMA AL CODIGO CIVIL,
DECRETO LEY 106, MEDIANTE EL DECRETO 39-2008 DEL CONGRESO DE LA
REPÚBLICA, RESPECTO A LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ÁCIDO
DESOXIRRIBONUCLEICO ADN**

TESIS

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

Por

EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, octubre de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMENTÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente	Lic. Luis Efrain Guzmán Morales
Vocal I	Lic. Gustavo Adolfo Barreno Queme
Secretario	Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal

Segunda Fase

Presidente	Licda. Ileana Nohemí Villatoro Fernández
Vocal I	Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Secretario	Lic. Elmer Erasmo Belbeton Morales

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



LIC. HUGO ALFREDO BAUTISTA DEL CID
6ª. Av. 6-41 interior, zona 2, San Marcos
Tel. 59595458

Guatemala 8 de abril de 2010

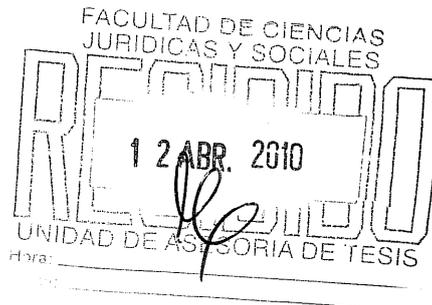
Licenciado

Marco Tulio Castillo Lutín

Jefe de la Unidad Asesora de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedí a ASESORAR el trabajo de tesis del estudiante EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA, intitulado "ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, MEDIANTE EL DECRETO 39-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, RESPECTO A LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO ADN". Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente:

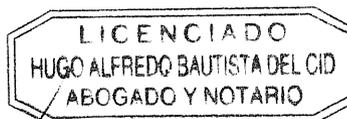
- a. Contenido científico y técnico de la tesis: considero que el tema investigado por el bachiller Eddy Gabriel Paz Laparra, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, ya que en el mismo se enfoca desde la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la prueba del Ácido Desoxirribonucleico ADN.
- b. Metodología y técnicas de investigación utilizadas: la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos: analítico, sintético, deductivo e inductivo. En lo concerniente a las técnicas de investigación el sustentante aplicó la observación, la entrevista y las técnicas de investigación documentales, comprobándose con ello que se hizo uso de la recolección de bibliografía actualizada.



- c. Redacción: la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión de tal forma que sea comprensible al lector y usuario, de las instituciones relacionadas con la práctica de la prueba del Ácido Desoxirribonucleico ADN.
- d. Cuadros Estadísticos: el presente trabajo de investigación, no incluye cuadros estadísticos, porque la temática desarrollada no ameritó su inclusión.
- e. Contribución científica: el aporte científico que el tema investigado por el sustentante brinda, es hacer que el gobierno de Guatemala busque la manera de agenciarse de fondos para que existan en el país laboratorios estatales que realicen pruebas biológicas de Ácido Desoxirribonucleico ADN, a un costo bajo.
- f. Conclusiones y recomendaciones: las conclusiones y recomendaciones son acertadas y oportunas, reflejan el conocimiento del tema investigado, y que al ser acatadas se espera obtener resultados positivos que contribuyan a proporcionar la información adecuada especialmente en el altiplano del país, acerca de la reforma realizada al Código Civil, Decreto Ley 106, para que las madres solteras de dichas comunidades sepan que ahora ya pueden exigir el reconocimiento de sus hijos.
- g. Bibliografía utilizada: cabe destacar que la bibliografía utilizada es reciente, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en la investigación realizada.

En definitiva, el contenido de trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis considerando conveniente la impresión del mismo previo DICTAMEN del señor revisor, para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

Sin otro particular, me suscribo como su atento y seguro servidor.



Lic. Hugo Alfredo Bautista Del Cid

Asesor de Tesis

Colegiado 8,361

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) VIVIAN ANABELLA ALVAREZ ARÉVALO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA, Intitulado: "ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS, DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, MEDIANTE EL DECRETO 39-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, RESPECTO A LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO ADN".

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


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

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.





LICDA.VIVIAN ALVAREZ ARÉVALO

Av. Ref. 12-01, zona 10, edificio Reforma Montufar, Oficina 1302

Tel. 42191010

Guatemala 23 de febrero de 2011

Licenciado

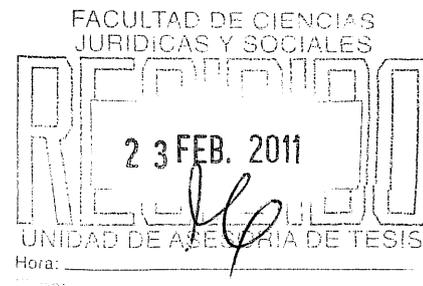
Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad Asesora de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa jefatura como REVISORA DEL TRABAJO DE TESIS, del bachiller EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA, para lo cual emito el dictamen siguiente:

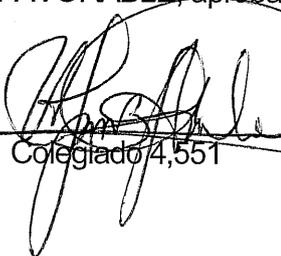
- a. Del título de la investigación: el estudiante Paz Laparra, sometió a mi consideración la tesis intitulada "ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, MEDIANTE EL DECRETO 39-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, RESPECTO A LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO ADN", para la asesoría respectiva. Examinando el tema se llegó a la conclusión tanto de la suscrita como del estudiante, que se encuentra adecuado en forma técnica, jurídica y científicamente.
- b. Opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis: de la revisión practicada al trabajo de tesis relacionado, se puede extraer que el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, en virtud de haberse utilizado dichos aspectos al desarrollarse la investigación del caso.
- c. Respecto de la metodología y técnicas de investigación utilizadas: para el desarrollo del presente trabajo se utilizaron métodos y técnicas, adecuadas para este tipo de investigación, siendo estos: analítico, sintético, deductivo e inductivo y así como técnicas bibliográficas y documental, para la



- indagación respectiva, todo con el propósito de facilitar el desarrollo investigativo, haciendo trabajo de campo más práctico y efectivo con la aplicación de dichos instrumentos.
- d. De la redacción utilizada: se observó que en toda la tesis se utilizaron y emplearon técnicas y redacción, ortografía y gramática adecuadas para este tipo de trabajos, así como fondo y forma según lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española.
 - e. Respecto de la contribución científica: se puede observar que el trabajo desarrollado, observa el contenido científico que para este tipo de actividad se requiere, pues del estudio de todo el contexto se puede hacer notar que el gobierno de Guatemala debe de agenciarse de fondos para que existan en el país laboratorios estatales que realicen pruebas biológicas de Ácido Desoxirribonucleico ADN, a un costo bajo.
 - f. De las conclusiones y recomendaciones: el tema investigado de acuerdo a las conclusiones y recomendaciones son acertadas y oportunas, reflejan el conocimiento del tema investigado, y que al ser acatadas se espera obtener resultados positivos que proporcionen la información adecuada especialmente en el altiplano del país, acerca de la reforma realizada al Código Civil, Decreto Ley 106, para que las madres solteras de dichas comunidades sepan que ahora ya pueden exigir el reconocimiento de sus hijos.
 - g. De la bibliografía utilizada: finalmente se constató que en el desarrollo y culminación del informe final de la tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros, por lo que a mi criterio son aceptados.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias de la suscrita revisora, derivadas del examen del trabajo en los términos anteriormente expuestos e individualizados, y por las razones ya expresadas, al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis relacionado, realizado por el bachiller Eddy Gabriel Paz Laparra y en consecuencia darse la opinión que el mismo merece, debiendo continuar su trámite administrativo legal correspondiente, a efecto se emita la orden de impresión y se señale día y hora para la discusión en el correspondiente examen público. En tal virtud emito DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Atentamente:


Colegiado 4,551

Vivian Alvarez Sereval
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta y uno de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDDY GABRIEL PAZ LAPARRA, Titulado ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY 106, MEDIANTE EL DECRETO 39-2008 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, RESPECTO A LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA BIOLÓGICA DEL ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO ADN. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

DEDICATORIA



A DIOS:

Por ser nuestro creador, amparo y fortaleza cuando más lo necesitamos.

A MIS PADRES:

Edízar Gabriel Paz López y Silvia Nicolasa Laparra Hernández, porque gracias a su apoyo y consejo he llegado a realizar la más grande de mis metas. La cual constituye la herencia más valiosa que pude recibir.

A MIS HERMANOS:

Greis Zeleny, Robin Edízar, Herberth Eduardo, Edna Fabiola, Carmen Madahí y Mario David, Paz Laparra, gracias por estar conmigo y apoyarme siempre, los quiero mucho.

A MIS ABUELOS:

Gabriel Paz (QEPD), Refugio Laparra (QEPD), Aurora López (QEPD), y Lorenza Hernández, por ser el ejemplo para salir adelante y por los consejos que han sido de gran apoyo para mi vida y crecimiento.

A MIS FAMILIARES:

Por su apoyo incondicional que me dieron en las distintas etapas de mi vida.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. La familia.....	1
1.1. Definición.....	1
1.1.1. Naturaleza jurídica.....	2
1.1.2. Evolución histórica.....	6
1.1.3. Clases de familia.....	8
1.2. El derecho de familia.....	12
1.2.1. Definición.....	12
1.2.2. Naturaleza jurídica.....	13
1.2.3. Características.....	14
1.2.4. División del derecho de familia.....	16
1.2.5. El estado de familia.....	17
1.3. Actos jurídicos familiares.....	19
1.3.1. Definición.....	19
1.3.2. Clases de los actos jurídicos familiares.....	19
1.4. El título del estado de familia.....	20
1.4.1. Definición.....	20
1.4.2. Título de estado y prueba de estado.....	20
1.5. Posesión de estado.....	21

1.5.1.	Definición.....	21
1.5.2.	Elementos.....	21
1.6.	Parentesco.....	27
1.6.1.	Definición.....	27
1.6.2.	Clases.....	27
1.6.3.	Efectos civiles.....	28
1.6.4.	Efectos penales y procesales.....	29

CAPÍTULO II

2.	Matrimonio.....	33
2.1.	Etimología.....	33
2.2.	Definición.....	34
2.3.	Naturaleza jurídica.....	35
2.4.	Clases de matrimonio.....	36
2.5.	Sistemas matrimoniales.....	38
2.6.	Unión de hecho.....	43
2.6.1.	Definición.....	43
2.6.2.	Sociedad paterno filial.....	43
2.7.	Aspectos generales para lograr una definición de filiación.....	44
2.7.1.	La filiación legítima.....	49
2.7.2.	La filiación ilegítima.....	56
2.7.3.	El reconocimiento voluntario.....	58

CAPÍTULO III

3.	Las pruebas en los procesos de estado.....	65
3.1.	Genética.....	65
3.2.	Las pruebas no biológicas.....	66
3.3.	Las pruebas biológicas.....	67
3.4.	Cotejo de ADN como medio de prueba en los juicios de paternidad y filiación.....	81
3.4.1.	Importancia de las pruebas biológicas en la inclusión o exclusión de la paternidad y la identidad biológica.....	81
3.4.2.	Proposición de la prueba pericial.....	84
3.4.3.	Procedimiento para el nombramiento de expertos.....	85
3.4.4.	Exámenes biológicos.....	86
3.4.5.	El informe pericial.....	87
3.4.6.	Valoración de la prueba pericial.....	88
3.4.7.	Credibilidad de los análisis.....	89
3.4.8.	Obligatoriedad al sometimiento de las pruebas.....	89
3.5.	Derecho a la identidad o verdad biológica.....	91

CAPÍTULO IV

4.	Aspectos positivos y negativos de la reforma al Código Civil mediante el Decreto número 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, respecto a la admisión de la prueba biológica del Acido Desoxirribonucleico (ADN).....	93
4.1.	La prueba del ADN en Guatemala.....	93

4.1.1. Proceso.....	97
4.2. Juicios de paternidad y filiación.....	99
4.2.1. Determinación legal de la filiación.....	99
4.2.2. Ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal.....	99
4.2.3. Especialidades en materia de procedimiento y prueba.....	100
4.2.4. Determinación y prueba de filiación.....	101
4.2.5. La presunción de paternidad del marido.....	102
4.3. Medidas cautelares.....	102
4.4. Aspectos positivos de la reforma al Código Civil.....	102
4.4.1. El ADN encaminado a una paternidad responsable.....	106
4.5. Aspectos negativos de la reforma al Código	111
CONCLUSIONES.....	113
RECOMENDACIONES.....	115
ANEXO.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN



La inquietud de realizar la presente investigación surgió debido a que un grupo importante de la población guatemalteca lo constituyen las mujeres y las madres solteras, pero también un grupo de hombres que ignoran su responsabilidad en la guardia y cuidado de los hijos ya que antes no existía la posibilidad de probar la paternidad de estos en los juicios de paternidad y filiación; situación que cambió con la reforma al Código Civil, mediante el Decreto 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, respecto a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico (ADN).

El problema en la prueba de ADN en los juicios de paternidad y filiación, es que todavía no es accesible para los interesados, ya que únicamente el laboratorio de la Universidad Mariano Gálvez es quien las realiza y el precio no está al alcance de cualquier persona.

Con el presente análisis se pretende demostrar que el referido Decreto tiene aspectos positivos y negativos, siendo uno de los negativos que el INACIF no cuenta todavía con su propio laboratorio y el valor de la prueba aún es muy caro para la clase trabajadora; pero en lo positivo se debe tomar en cuenta que ya no es tan fácil negar la paternidad del niño.

La tesis quedó contenida en cuatro capítulos, de los cuales el primero trata todo lo relacionado a la familia, al derecho de familia y el parentesco; el segundo sobre el



matrimonio, la unión de hecho, naturaleza y sistemas, así como la filiación y reconocimiento; el capítulo tres sobre las pruebas en los procesos de estado y el cotejo del ADN como medio de prueba en los juicios de paternidad y filiación; y por último el cuarto capítulo sobre los aspectos positivos y negativos de las reformas al Código Civil .

En la redacción de los cuatro capítulos de que consta la presente se utilizaron los métodos de investigación analítico, al tener contacto con toda la información bibliográfica de diversos autores; el método sintético al resumir y concretar la información que realmente se consideró importante incluir en la redacción del informe final; el método deductivo al analizar el problema general y posteriormente especificando el tema que ocupaba la investigación; y, finalmente se aplicó el método inductivo el cual sirvió para analizar el problema específico y posteriormente realizar conclusiones generales. También se utilizó la técnica bibliográfica en el análisis de la doctrina de autores nacionales y extranjeros.

La mujer guatemalteca es la beneficiada con esta reforma, ya que a través de ella se demuestra claramente la paternidad y filiación del menor; y para el Estado la atención posterior de este tema para impulsar un fondo específico para la creación de un laboratorio para estos fines en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses.



CAPÍTULO I

1. La familia

Por considerar que es la doctrina más acertada, a continuación se expondrán las principales teorías del tratadista español Federico Puig Peña, sobre la familia, su definición, naturaleza, función, evolución y sobre el denominado derecho de familia.

1.1. Definición

Aún en la actualidad no hay una definición delimitada de familia. La ley no da una definición precisa de ella, por consiguiente para lograr definirla se buscan 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 vínculo entre padres e hijos excepcionalmente, existe por la adopción).

Vidal Taquini la define como: "Familia 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".¹

¹ Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Tomo V. Pág. 17.

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 miembros 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”.²

1.1.1. Naturaleza jurídica

La familia es una agrupación natural por excelencia, pero además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas. Al hablar del aspecto natural de familia se refiere especialmente a los vínculos biológicos, que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen aún en el acercamiento de la pareja que da el principio a toda la organización.

La religión, las costumbres y la moral influyen también de manera decisiva en este ámbito. La familia es un organismo ético antes que jurídico y de esta disciplina derivan los preceptos esenciales que sirven de punto de partida a la ley, la cual suele incorporárselos transformándoles en preceptos jurídicos.

Esto trae como consecuencia un fenómeno característico del derecho de la familia, como secuela del cual se tropieza, frecuentemente con la observancia de preceptos, no

² *Ibid.* Pág. 18.



legislados, pero si reconocidos por los usos y costumbres. Sus disposiciones surgen muchas veces de la realidad social; el Estado interviene para fortalecer los vínculos, garantizar la seguridad y la estabilidad de las relaciones y dirigir y disciplinar el conjunto del complejo ente familiar. Pero para llegar a una justa apreciación no debe olvidarse nunca que la ley no es la única norma reguladora; es por ello que a continuación se presentan los principales criterios que existen para determinar la naturaleza jurídica de la familia:

- **La familia como persona jurídica**

Quienes sustentan este criterio afirman que la familia representa una persona jurídica, aduciendo que la misma posee bienes (tales como por ejemplo, el bien de la familia y los sepulcros), y que los jefes de familia actúan como sus voceros y representantes.

Si se analiza el anterior criterio se puede notar que no tiene fundamentos serios para comprenderlo, basta recordar que la familia no tiene capacidad jurídica, y no puede adquirir derechos ni contraer obligaciones.

Entonces la familia debe ser considerada como una institución típica, sumamente importante, quizás la más importante de todas, ya que representa en esencia la base elemental de la organización de toda la sociedad.



- **La familia como institución jurídica**

Admite que la familia es una institución en sentido objetivo, que debe realizar funciones especiales; la transmisión de la vida y de la cultura. Entendiendo como tal a la familia en sentido ontológico, que viene a ser una institución en sentido sociológico.

El derecho mediante principios propios, organiza con carácter normativo y sistemático la realidad ontológica, erigiendo en instituciones jurídicas el matrimonio, la filiación, la adopción, etcétera.

La familia es la institución histórica y jurídica de más hondo arraigo a través de las distintas etapas de la civilización. Constituye uno de los grupos sociales que satisfacen los profundos intereses personales del hombre y de la sociedad en conjunto. Como núcleo natural del desarrollo colectivo es la base de la solidaridad y de la ayuda mutua.

Por ello, juega un papel decisivo en el progreso del Estado y en el fortalecimiento de la comunidad. Surge, o como producto del convenio matrimonial, o al margen de éste.

- **La familia como órgano jurídico**

La familia se presenta como agregado de formación natural y necesaria, que en este carácter se coloca junto al Estado, pero es anterior y superior a él. Si bien reconoce que la familia no es persona jurídica, afirma que se trata de un organismo jurídico; carácter



que estaría dado por la circunstancia de que entre los miembros de la familia no habría derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a uno de sus miembros a quien la ley se la confiere.

Entonces se trataría de una organización de caracteres jurídicos similares a los del Estado. En éste habría relación de interdependencia ente los individuos y sujeción de ellos al Estado; en la familia, las relaciones jurídicas serían análogas, diferenciándose sólo en que la sujeción es al interés familiar.

Estos argumentos han sido rechazados por la mayoría de los doctrinarios, puesto que ese paralelismo entre el Estado y la familia conduce a una abstracción de esta última, en la cual los poderes se deshumanizan y despersonalizan, ante un hecho social y concreto como la familia.

En conclusión, se puede decir que la familia es el núcleo social fundamental basado en vínculos consanguíneos y de descendencia; formado por sujetos singulares cuya posición jurídica está determinada y cualificada por la pertenencia a este grupo.

La familia es una institución de naturaleza jurídica y el Estado, al reglamentarla en sus diferentes aspectos, no está creando, sino reconociendo su verdadera importancia como organismo primogénito del Estado.



1:1.2. 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).

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".³ Siendo sus elementos: el vínculo biológico y el vínculo jurídico.

³ **Ibid.** Pág. 19.

a) **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.

b) **El vínculo jurídico:** “Es elemento secundario del vínculo familiar, por cuanto su existencia depende de la del vínculo biológico, ya que jamás puede crearlo pero es decisivo para legalizarlo”.⁴ El vínculo jurídico prevalece sobre el vínculo biológico, por más que se encuentre condicionado a él ya que lo califica.

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

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, por ejemplo: la filiación.

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

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

⁴ *Ibid.* Pág. 20.

Ejemplos: 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.

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

1.1.3. Clases de familia

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



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

En Guatemala el derecho de familia está básicamente contenido en el Código Civil, Ley de Adopciones, Ley del Registro Nacional de las Personas, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y los Convenios Internacionales de Derechos de la Mujer, la Niñez y la Adolescencia, que al haber sido aprobados son ley en la república.

- **Funciones de la familia**

En cualquier sociedad: "La familia es una estructura institucional destinada a hacer que se realicen determinadas tareas".⁵

- **La función de la regulación sexual**

La familia es la principal institución por medio de la cual las sociedades organizan y satisfacen los deseos sexuales de sus individuos. La mayoría de las sociedades ofrecen salidas sexuales alternativas. Todas las sociedades esperan que la mayor parte de la relación sexual tenga lugar entre personas a quienes las normas establecidas definen como mutuamente accesibles. La mayoría de las sociedades no solamente cuentan con

⁵ **Ibid.** Pág. 22.



una conducta sexual permitida, sino que la han institucionalizado. La han definido como una actividad correcta y útil, y han elaborado una serie de acuerdos institucionales que la convierten en algo sin riesgo o prejuicios; puesto que gozan de una total aprobación social, no implica temor, vergüenza o desgracia. En tales sociedades, la estructura familiar y los ordenamientos de vida suelen ser de un tipo en el que un niño más no representa ningún tipo de carga o inconveniente. La experiencia sexual prematrimonial puede ser una preparación útil para el matrimonio en una sociedad en la que esté institucionalizada. En la sociedad guatemalteca no lo está.

- **Función reproductora**

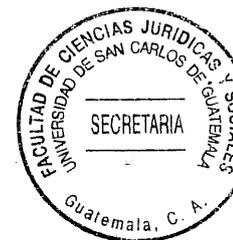
Toda sociedad depende de la familia, ya que es la encargada de reproducir sus miembros.

- **Función socializadora**

Todas las sociedades dependen de la familia para la socialización de niños en adultos, que pueden desempeñar con éxito las funciones que socialmente les sean encomendadas.

- **Función afectiva**

El hombre necesita encontrar una respuesta íntima entre sus semejantes, o importa



cuáles sean sus necesidades. La familia satisface la necesidad de compañerismo.

- **Función status**

Al ingresar en una familia, un individuo hereda una serie de status. Se le adscriben diversos status en el marco familiar -edad, sexo, orden de nacimiento, etcétera. “La adscripción de la familia de un niño determina en gran parte la oportunidad que dispondrá en su vida”.⁶

- **Función económica**

“La familia constituye en muchas sociedades, la unidad económica básica. Sus miembros trabajan juntos, como un equipo y comparten juntos el producto de sus esfuerzos”.⁷

- **Función protectora**

La familia ofrece a sus miembros un cierto grado de protección económica, material y psicológica.

⁶ **Ibid.** Pág. 23.

⁷ **Ibid.** Pág. 26.



- **La cambiante familia**

La familia ofrece un claro ejemplo de interrelación de las instituciones, donde los cambios que se producen en su seno, reflejan los cambios en las otras instituciones con las que se unen.

- **Cambiante estructura familiar**

La familia guatemalteca ha disminuido de tamaño. Son raras las familias de doce hijos del siglo pasado; hablando de la capital se podría asegurar que la natalidad ha disminuido. En cambio en el interior de la república no se ha llegado a culturizar lo suficiente para limitar la natalidad.

1.2. El derecho de familia

1.2.1. Definición

“El derecho de familia está integrado por el conjunto de reglas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares”.⁸ 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

⁸ **Ibid.** Pág. 29.



que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etcétera). El interés familiar limita las facultades individuales.

“El derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y de orden patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto, es presidir la organización, vida y disolución de la familia”.⁹

Hay que tomar en cuenta que durante siglos la familia se ha revelado como una realidad orgánica, constituida por la unión íntima y jerarquizada, de un grupo extenso de personas, y también como una comunidad de los bienes pertenecientes a ella, dotada de una vida específica de alcance colectivo, en la cual se absorbe casi totalmente la actividad particular de los individuos así reunidos. En otros términos la familia constituye, bajo esta forma o fusión de personas y de bienes absorbiéndose en un todo, reglas de orden personal y de orden patrimonial.

1.2.2. Naturaleza jurídica

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho de familia es una subrama del derecho civil; sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama

⁹ **Ibid.** Pág. 28.



autónoma del derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarla autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

“Varios países han recogido legislativamente este cambio doctrinario dictando un Código de Familia (aparte de un Código Civil). Ése ha sido el caso de Argelia, Bolivia, Cuba, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Marruecos, Panamá, México (en algunos estados de la federación), Polonia y Rusia, entre otros”.¹⁰

Además, y por similares consideraciones, desde hace varios años diversos Estados han creado judicaturas especializadas en esta materia, denominadas comúnmente juzgados o tribunales de familia.

1.2.3. Características

- **Contenido moral o ético:** Esta rama jurídica habitualmente posee normas sin sanción o con sanción reducida y obligaciones (o más propiamente deberes) fundamentalmente incoercibles. Por ello no es posible obtener el cumplimiento forzado de la mayoría de las obligaciones de familia, quedando entregadas al sentido ético o a la costumbre (una importante excepción es el derecho de alimentos).

¹⁰ **Ibid.** Pág. 31.

- **Regula situaciones o estados personales:** Es una disciplina de estados civiles (de cónyuge, separado, divorciado, padre, madre, hijo, etcétera) que se imponen erga omnes (respecto de todos). Además, dichos estados pueden originar relaciones patrimoniales (derechos familiares patrimoniales), pero con modalidades particulares (diversas de aquéllas del derecho civil), pues son consecuencia de tales estados y, por tanto, inseparables de ellos.

- **Predominio del interés social sobre el individual:** Esta rama posee un claro predominio del interés social (o familiar) en sustitución del interés individual. Ello genera importantes consecuencias:

a. Normas de orden público

Sus normas son de orden público, es decir, son imperativas e indisponibles. No se deja a la voluntad de las personas la regulación de las relaciones de familia; sin perjuicio que tal voluntad sea insustituible en muchos casos (como en el matrimonio o la adopción), pero sólo para dar origen al acto (no para establecer sus efectos).

b. Reducida autonomía de la voluntad

Como consecuencia de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad (base del derecho civil) no rige en estas materias. En general, se prohíbe cualquier estipulación

que contravenga sus disposiciones. Una importante excepción la constituyen las normas sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio.

c. Relaciones de familia

En esta disciplina, a diferencia del derecho civil (donde prima el principio de igualdad de partes), se originan determinadas relaciones de superioridad y dependencia o derechos-deberes, especialmente entre padres e hijos (como la patria potestad), aunque la mayoría de los derechos de familia tienden a ser recíprocos (como es el caso del matrimonio).

1.2.4. División del derecho de familia

“El derecho de familia, es decir, la parte del derecho civil, que preside, como se sabe, la organización de la familia y que define, en su seno, el estado de cada uno de los componentes, comprende tres órdenes de materia: Primero: Derecho patrimonial; su aplicación al estado de esposos; Segundo: Derecho del parentesco por consanguinidad y filiación; y Tercero: Derecho del parentesco por afinidad. Estas tres partes tienen como razón que el estado de familia de una persona es susceptible de presentar tres aspectos: estado de esposos, estado de pariente consanguíneo y estado de pariente por afinidad”.¹¹

¹¹ *Ibid.* Pág. 29.



1.2.5. El estado de familia

- Definición

La ubicación o emplazamiento que a un individuo corresponde dentro de un grupo social, se denomina status. “A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas, o aun por la ausencia total de tales vínculos, como ocurre en el caso del soltero”.¹²

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

- 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).

¹² **Ibid.** Pág. 31.

- Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto erga omnes, para ejercer los derechos que de él derivan.
- Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ejemplo: El estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.
- Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.
- Imprescriptibilidad: El transcurso del tiempo no altera el estado de familia ni tampoco el derecho a obtener el emplazamiento (sin perjuicio de la caducidad de las acciones de estado, como por ejemplo la del Artículo 258 del Código Civil, referido a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, destinada a consolidar el estado de familia).

“El estado de familia es inherente a la persona. No puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra persona que no sea su titular. No puede ser transmitido mortis causa. No pueden subrogarse los acreedores del sujeto en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores (por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos)”.¹³

¹³ *Ibid.* Pág. 34.



1.3. Acto jurídico familiar

1.3.1. Definición

“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”.¹⁴

“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”.¹⁵

1.3.2. Clasificación de los actos jurídicos familiares

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

¹⁴ **Ibid.** Pág. 32.

¹⁵ **Ibid.** Pág. 33.

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

1.4. El título de estado de familia

1.4.1. Definición

“Esta definición tiene dos acepciones. 1) 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. 2) Causa o título de un determinado emplazamiento. Se alude al título en sentido material o sustancial”.¹⁶

1.4.2. Título de estado y prueba del estado

El estado de familia se prueba con el título formalmente hábil (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 (prueba supletoria).

¹⁶ **ibid.** Pág. 34.



1.5. Posesión de estado

1.5.1. Definición

“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”.¹⁷

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

1.5.2. 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

¹⁷ **Ibid.** Pág. 40.



fuera tratado como hijo por éste y que fuera tenido por hijo por los miembros de la comunidad. “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”.¹⁸

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.

Rectificación de actas

Las acciones de estado no deben confundirse con las que simplemente tienden a rectificar actas del Registro Civil del Registro Nacional de Personas, 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.

¹⁸ *ibid.* Pág. 43.



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 (aquéllas 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

Características especiales: 1) Limitaciones al principio de disposición, 2) la sujeción a la vía del proceso de conocimiento, 3) el litisconsorcio pasivo necesario, 4) la intervención de la Procuraduría General de la Nación como parte en el proceso.

Según el principio de disposición procesal en la acción de estado, 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. 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 compondores.



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 desistimiento puede ser total o parcial. El desistimiento total es del proceso o de un recurso que afecte la esencia del asunto; y el parcial solamente de un recurso, incidente o excepción sobre puntos que no dan fin al proceso y sobre una prueba propuesta. Según lo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil.

El 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.

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 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”.¹⁹ 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. Artículo 115 del Código Procesal Civil y Mercantil.

En algunos procesos el allanamiento es inadmisibile. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la parte demandada se allanare en los juicios de divorcio.

Conciliación

La legislación guatemalteca en los juicios ordinarios establece a la conciliación como una etapa de los mismos, al regular que los tribunales podrán de oficio o a instancia de parte, citar a conciliación a las partes en cualquier estado del proceso.

Es de suma importancia mencionar que los casos de paternidad y filiación se tramitan en la vía ordinaria.

¹⁹ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. Pág. 40.



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 aquél que hubiese tenido el principal interés en oponerse al progreso de la acción, por ejemplo, el padre en una acción de filiación”.²⁰

Teoría de la autoridad relativa

En principio, la autoridad de cosa juzgada de las sentencias de estado es, como la de todas las sentencias, relativas; es decir, que la cosa juzgada sólo tiene lugar entre partes, y no frente a tercer

²⁰ **ibid.** Pág. 44.



1.6. Parentesco

1.6.1. Definición

“Es la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción”.²¹

El Artículo 190 del Código Civil, regula: "La ley reconoce el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, el de afinidad dentro del segundo grado y el civil que nace de la adopción. Los cónyuges son parientes pero no forman grado”.

Se puede concluir que parentesco es el vínculo legal que existe entre dos o más personas ya sea por consanguinidad o afinidad.

1.6.2. Clases

Para poder entender lo expuesto anteriormente es importante mencionar las clases de parentesco que existen según el ordenamiento jurídico vigente en el país y éstas son:

²¹ Puig Peña Federico. **Ob. Cit.** Pág. 377.



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”.²²

Parentesco por afinidad

“Es el que vincula o liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro”.²³

Parentesco civil

“Existe entre adoptante/s 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)”.²⁴

1.6.3. 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.

²² **Ibid.** Pág. 379.

²³ **Ibid.** Pág. 380.

²⁴ **Ibid.** Pág. 381.



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 mismo. Según lo regulado en los Artículos 88 y 89 del Código Civil. A su vez confiere derecho a ejercer la tutela y la curatela legítima según lo regulado en los Artículos 299 y 301 del Código Civil.

1.6.4. 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, corrupción y prostitución, abuso deshonesto). Como eximente de responsabilidad (hurto, defraudaciones y en el caso del encubrimiento).

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



Grado

“Es el vínculo entre dos individuos, formado por la generación. Es el vínculo o relación determinado por la generación biológica (entre ascendientes y descendientes hay tantos grados como generaciones)”.²⁵

Línea

“Es la serie no interrumpida de grados, o sea de generaciones biológicas. La línea también se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por una ascendencia común, aunque cada cual pertenezca a distintas ramas (caso de los parientes colaterales)”.²⁶

Tronco

Es el ascendiente común de dos o más ramas. Aquél de quien, por generación, se originan dos o más líneas (descendientes), las cuales, por relación a él, se denominan ramas.

Estirpe

Raíz y tronco de una familia o linaje.

²⁵ **Ibid.** Pág. 382

²⁶ **Ibid.** Pág. 383.



Cómputo del parentesco por consanguinidad

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

- a) Línea recta.** Se llama línea recta descendente, a la serie de grados o generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes. Se llama línea recta ascendente, a la serie de grados o generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes. En la línea recta, ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones.
- b) Línea colateral.** Se establece por la relación existente entre consanguíneos determinada por un ascendiente común o tronco. Los grados se cuentan también por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Los hermanos están en segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos en el cuarto, etcétera.

En conclusión de las anteriores acotaciones se puede mencionar que cualquiera que sea la definición que se considere más aceptable de la familia, es innegable que a través de los siglos y en las actuales sociedades, avanzadas o más o menos avanzadas, ha tenido y tiene una singular importancia como centro o núcleo, esto en



base a un criterio generalizado de todas aquellas sociedades políticas y jurídicamente organizadas. No cabe duda que la familia juega un papel muy importante, no sólo en el sentido anteriormente indicado, sino en un cúmulo de actividades y relaciones jurídicas del individuo, derivadas en gran medida de su situación familiar. En tal virtud el derecho de familia no es menos importante tomando en cuenta que sus normas tienden a proteger a la familia y específicamente a los menores de edad que necesitan del cuidado, atención, alimentación, calzado, vestuario, atención médica y educación.

CAPÍTULO II



2. El matrimonio

2.1. Etimología

“Es un criterio casi general hacer deducir la palabra matrimonio (y la latina matrimonium) de las voces, matris y munium (madre y carga o gravamen) dando a entender que por esta institución se ponen de relieve la carga, el cuidado que la mujer ha de tener sobre los hijos. Las primeras legislaciones en efecto, decían, con frase feliz, que todo lo referente al matrimonio se proyecta sobre los deberes y cargas maternas, pues el niño es, antes del parto, oneroso; doloroso, en el parto, y después del parto, gravoso”.²⁷ (sic).

“El matrimonio hace relación a la maternidad, es decir, a la continuación de la especie humana, a través de la generación, sublimada por el perfume exquisito que da a la unión la puesta en manos de la divinidad, por sobreestimación que ocasiona la ratificación del acto por la ley, y por la entrega plena y perfecta de dos vidas en todas sus facetas y aspectos para dar realidad y cumplimiento a los fines transcendentales del matrimonio, sobre todo a lo que concierne al cuidado y educación de los hijos”.²⁸

²⁷ *Ibid.* Pág. 385.

²⁸ España Portillo, Nery Salvador. *Ley de Desarrollo Social, juicio de filiación y el Ácido Desoxirribonucleico (ADN) encaminados a obtener una paternidad responsable.* Pág. 25.



2.2. Definición

No cabe duda que el basamento del matrimonio está integrado por la unión espiritual y corporal de un hombre y una mujer, para alcanzar el fin supremo de la procreación de la especie. Es necesario agregar una nota que marque diferencias más específicas, inmediatamente surge en tal orientación que han de descartar los juristas: la legalidad, el matrimonio es pues, de acuerdo con ésta, la unión de un hombre y una mujer consagrada por la ley. Pero este criterio formal de los juristas resulta frío y sin apenas sabor cuando de la institución del matrimonio se trata.

Otros autores definen al matrimonio: “Como la completa comunidad de vida entre un hombre y una mujer jurídicamente reconocida”.²⁹

“El matrimonio es una alianza exclusiva entre un hombre y una mujer, que abarca todo el ser, cuerpo, alma y espíritu, es para toda la vida y puede disolverse únicamente por la muerte de uno de los dos”.³⁰

“Es una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con el ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a los hijos y auxiliarse entre sí”. Artículo 78 del Código Civil.

²⁹ Muñoz, Ismael. **Como restaurar la familia**. Pág. 21

³⁰ **Ibid.** Página. 22.



2.3. Naturaleza jurídica

“En el aspecto estrictamente jurídico se plantea el problema de determinar cuál es la propia naturaleza del matrimonio. Una primera doctrina que se puede llamar tradicional, entiende que el matrimonio no es, ni más ni menos, que un contrato, dado que lo forma el consentimiento de dos contrayentes y recibe en su ser lo trazos jurídicos más salientes de la institución contractual”.³¹

Esta teoría se injerta en la tesis de los canonistas, quienes siempre han sostenido que el matrimonio es en todo caso un contrato y; además, inseparablemente, cuando se trata del matrimonio de los bautizados un sacramento. Pero si bien tiene entronque canónico la tesis contractualista, lo cierto es que la doctrina de la naturaleza contractual del matrimonio en su aspecto estrictamente jurídico ha sido precisamente definida por los teorizantes del liberalismo, quienes apoyándose en esta naturaleza han propugnado siempre la exclusiva competencia del Estado en materia matrimonial. Las consecuencias de la consolidación del matrimonio como un contrato han sido, en primer término, la reafirmación de la tesis del matrimonio civil y, en segundo lugar, la doctrina del divorcio quoad vinculum, pues si las nupcias han sido contraídas con el consentimiento de las partes, lógicamente el disenso de ellas puede destruirlas.

³¹ Puig Peña Federico. **Ob. Cit.** Pág. 390.



La doctrina moderna ha tratado de calar más hondamente en la naturaleza intrínseca del matrimonio. Fruto de este empeño es la tesis, que ha sido recibida con singular favor, según la cual el matrimonio debe ser considerado como una institución.

2.4. Clases de matrimonios

Matrimonio canónico y civil

El primero, caracterizado por la nota de sacramentalidad, es celebrado ante el sacerdote eclesiástico y con arreglo a los ritos y formalidades de la legislación de la iglesia. El segundo, es el celebrado ante el funcionario del Estado y de acuerdo a lo establecido en las leyes de este orden.

Matrimonio rato y consumado

Se dice que el matrimonio es simplemente rato cuando no se ha seguido la cópula carnal, y es consumado cuando se ha seguido la unión de los cuerpos entre los contrayentes. Esta división tiene particular importancia en el matrimonio canónico a los efectos de la disolución pues el consumado, no es dable, en cambio el rato es posible en algunos casos. En el matrimonio civil esa distinción no tiene tanta importancia y sólo opera como prueba de la impotencia a los efectos de la nulidad.



Solemne y no solemne

“El matrimonio solemne o público es el matrimonio tipo o sea, el celebrado ante la autoridad civil o eclesiástica bajo las formas o requisitos que los ordenamientos respectivos establecen. Junta a éste, la figura del matrimonio no solemne llamado también secreto o de conciencia, en el cual por circunstancias especialísimas, se celebran las nupcias reservadamente permaneciendo así hasta que los cónyuges quieren darle publicidad. Antes de la reforma tridentina se conocía también como matrimonio no solemne (el llamado matrimonio clandestino) al que pertenecía el famoso matrimonio a juras, en el que se manifestaba el consentimiento sin las solemnidades prescritas. Este matrimonio tuvo extraordinario auge durante la Edad Media, pero por hacer difícil a la distinción con el concubinato por la imprecisión que infundía a la condición de los hijos, y finalmente a las condiciones desastrosas que en ocasiones daba lugar a la falta de actuación de la doctrina de los impedimentos, empezó a ser perseguido, primero por la legislación civil, y después por la canónica a partir del Concilio de Trento”.³²

Válido y nulo

El matrimonio válido es aquél que, celebrado conforme a las prescripciones legales, se ha contraído sin ningún impedimento dirimente. El matrimonio válido es además lícito cuando no existe tampoco impedimento ni falso requisito alguno ni ilícito. Matrimonio

³² Muñoz, Ismael. **Ob. Cit.** Pág. 30.



nulo es el opuesto al válido, y puede ser notorio o conocido, si es notoria la nulidad de mismo, o punitivo si esa nulidad es desconocida para ambas partes o una de ellas.

Ordinario y extraordinario

El primero, llamado también regular es aquél en el cual se han observado todas las formalidades y requisitos que las leyes establecen; el segundo, es aquél en el que se dispensa el cumplimiento de alguna formalidad sustancial o; por el contrario, se exigen mayores requisitos que en el ordinario. Se señalan como matrimonios extraordinarios: el celebrado en inminente peligro de muerte, el matrimonio por poder, el de los militares, el contraído a bordo de los buques de guerra o mercantes.

Matrimonios iguales y morganáticos

Esta distinción se asienta en la diferente condición de las personas de los contrayentes, y en realidad, puede decirse que apenas si tiene transcendencia en el derecho.

2.5. Sistemas matrimoniales

Se entiende por tales los diferentes criterios de organización legal, establecidos y practicados en los distintos países para reputar válidamente celebrado un matrimonio.



El matrimonio, origen natural y legal de la familia, es y ha sido considerado de muy distintos modos en las diversas legislaciones y de ahí la gran variedad de sistemas matrimoniales.

Al principio, y en tanto en el mundo regido por los principios de la legislación occidental, existió una unidad de pensamiento y creencia, tan sólo se planteó al legislador el problema de que si el matrimonio debía ser un acto exclusivamente privado, sin forma ad solutionem, como lo eran en general los demás actos jurídicos; o por el contrario y en atención a la extraordinaria importancia que el acto del matrimonio revestía, debía establecerse una forma oficial e indubitada en su celebración.

Lo cierto es que los matrimonios primitivos, hasta el derecho romano, se celebraron con un ritualismo exagerado, pero ya en los últimos tiempos de este derecho se marcha decididamente hacia un nuevo criterio de libertad, bastando para que existiera el matrimonio la affectio maritalis y, en virtud del principio consensus facit nuptias, el matrimonio quedaba válidamente constituido por la sola voluntad de los contrayentes, sin requisito de forma alguno. Estos matrimonios a juras reducían ciertamente el número de uniones ilegales pero favorecían la bigamia, no permitían el debido juego de los impedimentos matrimoniales y, sobre todo producían grandes dudas acerca del estado de los esposos y de la condición de los hijos que nacieran de tales uniones. Por ello, a mediados de la Edad Media, surgió una fuerte reacción a favor del ritualismo, y la iglesia, sin dejar de reconocer que la esencia del matrimonio radica en el consentimiento y que los ministros del mismo son los contrayentes, que exigió a partir del Concilio de

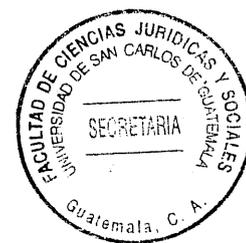
Trento una forma o rito solemne y, en este sentido, se orientan el Decreto No Temere del 2 de agosto de 1907 y el Código de Benedicto XV. Sin embargo, resuelto este primer problema, pronto surge otro no menos importante: matrimonio canónico o matrimonio civil.

La reforma protestante ataca con saña la sacramentalidad del matrimonio y su nefasto influjo hace que se llegue a formar, incluso en Estados tradicionalmente católicos; una legislación matrimonial estatal, a lo que contribuyó no poco la tesis de la Escuela del Derecho Natural; racionalista de la separación del contrato del sacramento, que, impulsada por el espíritu liberal de la revolución; determinó la implementación del matrimonio civil, como obligatorio en signo evidente de lucha contra el poder de la iglesia.

Los sistemas matrimoniales en la actualidad se pueden sintetizar en los siguientes:

a) Sistema del matrimonio como acto privado

Pese a haberse superado, como ya se vio en este período histórico, se mantiene el sistema del matrimonio sólo consensus en Escocia, Estados Unidos de América (que admiten junto a matrimonios regulares celebrados ante un miembro del clero o de la justicia, los irregulares o clandestinos, de carácter puramente consensual) y en el derecho mahometano.



b) Sistema de la forma exclusiva religiosa

Con arreglo a este sistema que rigió en España hasta la Ley del Matrimonio Civil de 1870, no se admitía más matrimonio que el celebrado ante la iglesia (o, si a caso, ante las confesiones evangélicas); en la actualidad rige en la Ciudad del Vaticano desde 1929 y en algunas repúblicas sudamericanas, singularmente en el Perú.

c) Sistema de la forma exclusiva civil

Se refiere al criterio que establece el matrimonio civil como obligatorio para todos los ciudadanos del Estado, que como se mencionó se originó en la Revolución Francesa, si bien se pueden apuntar otros antecedentes en la legislación protectora de Cromwell. De Francia se extendió a los Estados del Norte de Europa y de aquí paso a América donde quedó implantado en algunas repúblicas del Centro y del Sur.

d) Sistema mixto

Las variedades del sistema mixto son las siguientes:



Sistema del matrimonio civil facultativo

“Con arreglo al mismo los interesados pueden casarse a su elección ante un ministro religioso o ante un funcionario de Estado”.³³ Se considera este sistema como un triunfo de la tolerancia, fue establecido en los países bajos cuando extinguida la dominación española, se impuso por la iglesia protestante a título de represalia, el matrimonio ante los sacerdotes reformados.

Ello produjo un estado de malestar que llevó al establecimiento del matrimonio civil facultativo; permitiéndose a los súbditos elegir entre el matrimonio civil y el celebrado ante un sacerdote evangélico.

Sistema del matrimonio civil para el caso de necesidad

“Consiste este sistema en que el Estado reconociendo como forma normal la religiosa, admite no obstante el matrimonio civil sólo para aquellos que no profesen la religión de que se trata, que generalmente es la religión oficial”.³⁴ Este sistema era el vigente en los Estados alemanes, antes de 1875; se admite, con ciertas variantes, en Australia; se reconoce en Noruega y es el que se puede llamar tradicional en España. Se llama también matrimonio de disidentes.

³³ España Portillo, Nery Salvador. **Ob. Cit.** Pág. 35.

³⁴ **Ibid.**



2.6. Unión de hecho

2.6.1 Definición

“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. No es unión de hecho la unión sexual circunstancial o 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”.³⁵

El matrimonio aparente es la situación de dos personas no casadas que viven como marido y mujer, haciéndose pasar por tales.

El Código de Napoleón omitió todo tratamiento legislativo de la unión de hecho y las consecuencias que de ésta pueden derivarse. Esta es la línea legislativa adoptada en el país, aunque con algunas excepciones. Ejemplos:

2.6.2. Sociedad paterno filial

El amplio núcleo del derecho de familia se encuadra en un complejo de relaciones jurídicas que se pueden dividir en:

³⁵ **Ibid.** Pág. 24.



- Relaciones familiares en sentido estricto
- Relaciones familiares en sentido amplio
- Relaciones cuasifamiliares

“Las relaciones familiares en sentido estricto hacen referencia al grupo familiar en su más pura acepción y que en los modernos tiempos queda circunscrito, como fin de un proceso de desintegración de la gran familia primitiva, a los padres con sus hijos; a ellos se reduce la entidad familia cuyas relaciones por ende, se refieren a las existentes entre los cónyuges y las paterno-filiales a las que se referirá en este apartado”.³⁶

Las relaciones familiares en sentido amplio abarcan todas las relaciones de parentesco, de influencia decisiva en materia de sucesiones y por último las cuasifamiliares se hallan constituidas por la situación de tutela y por el complejo de relaciones que de la misma se derivan.

2.7. Aspectos generales para lograr una definición de filiación

La definición de filiación hoy presenta dificultades que tradicionalmente no se conocían al mismo tiempo que temas antes debatidos por la doctrina parecen haber desaparecido.

³⁶Muñoz, Ismael. **Ob. Cit.** Pág. 33.



Ello porque mientras la ciencia descubre la forma de determinar la paternidad casi con certeza, los sistemas de inseminación artificial que esta misma ciencia desarrolló ponen a los legisladores y juristas frente a un panorama complejo.

Hasta no hace muchos años la definición jurídica de filiación trataba de acercarse a la realidad biológica, pero como simultáneamente no había forma de determinar ésta con exactitud; el derecho se había limitado a establecer ciertas reglas a partir de las cuales determinaba la filiación incluso sin admitir prueba en contrario.

Si bien por lo general la filiación jurídica coincidía con la biológica, no siempre era así. La introducción de la adopción como institución social aceptada e incorporada a la realidad jurídica, hizo que la función social y la responsabilidad que conlleva la paternidad-maternidad sea revalorizada.

Pierde así la filiación biológica parte de su importancia a favor de aquellos que están dispuestos a acoger al hijo como tal, aunque no lo fuere de sangre. El Estado preocupado por lograr una familia para la niñez desamparada trata entonces de proteger no sólo al niño sino a los padres adoptivos.

Con las nuevas investigaciones que permiten en algunos casos determinar casi con certeza la filiación de los individuos, la situación experimenta un nuevo cambio. Adquieren valor de principio casi universal el de permitir la búsqueda de la verdad biológica los argumentos que se le anteponían; apuntando hacia el respeto por el

matrimonio, la estabilidad familiar, la paz social, que han sido dejados a un lado por considerar que hay un derecho primordial: el reconocimiento del origen genético

Plateada así la cuestión se abren dos posibilidades: O se trata de dar una definición de filiación omnicomprendiva, en sentido de que abarque todas las clases de filiación, o se regula la filiación en forma tradicional y; separadamente, bajo otras reglas la fecundación artificial en todos sus aspectos.

“En primer lugar, porque la tendencia a la equiparación de las filiaciones parece ser una imposición del mundo actual. En segundo lugar, porque una diferente filiación puede hacer olvidar con facilidad que los seres humanos todos ellos, tienen iguales derechos no importa cual haya sido su origen”.³⁷

Definición de filiación

“Surge de la procreación un lazo natural, la generación, que traducida al plano jurídico, da lugar a un instituto que delimita con particulares contornos las relaciones entre procreantes y procreados”.³⁸ Este instituto es la filiación, de subida transcendencia dado que regulariza el estado civil del agregado humano que integrará el cuerpo político.

“La filiación es el nombre jurídico que recibe la relación o sociedad natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra. Ahora bien, al traducirse al campo

³⁷ **Ibid.** Pág. 36.

³⁸ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 27.



del derecho ese hecho natural de la generación viene a producir consecuencias de particular relieve, puesto que esa traducción no es un mera tautología sino que una verdadera investidura que da origen a la creación de un estado, más o menos perfecto según los casos y circunstancias”.³⁹

“La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”.⁴⁰

Se puede definir la filiación, relación o unión paterno-filial como: “Aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”.⁴¹

De esta definición se pueden deducir las diferencias siguientes:

La filiación es propiamente un estado

Es decir una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados; un entrecruce de derechos y obligaciones entre estos y el resto del grupo familiar amplio, y sobre todo una configuración especialísima del individuo ante la sociedad y la ley.

³⁹ **Ibid.** Pág. 28.

⁴⁰ **Ibid.** Pág. 49

⁴¹ **Ibid.** Pág. 378.

Ese estado deviene perfecto y completo en la filiación legítima, pues el derecho pone siempre sus ojos de favor en el matrimonio y sus consecuencias naturales, y a él y sobre él dirige y ordena toda normativa legal. Es menos perfecto en la filiación natural, pues ya no se ocasiona el complejo de aquellas relaciones o lo que es lo mismo, que el mundo jurídico circundante del hijo simplemente natural aparece más reducido que el del hijo legítimo, lo mismo en los derechos en vida que en la vocación sucesoria.

No existe en la filiación condenada por el adulterio, incesto o en la reprobada por la condición religiosa del procreante un verdadero estado respecto del hijo que nace de esta unión; pues el orden jurídico no puede conceder investidura y posición social a una consecuencia cuyo antecedente resulta particularmente reprochado en la ley y en la conciencia. Por eso, en buenos términos no debe hablarse de filiación ilegítima no natural, como se viene haciendo por la doctrina; sin embargo, por suponer una especial condición de vida que alguna vez produce algún derecho, aun a fuerza de reconocer la impropiedad se seguirá haciendo uso del término filiación ilegítima pero siempre recordando que, así como en los anteriores casos se está en presencia de verdaderos estados, aquí no es posible hablar de tales.

Este estado supone siempre una investidura legal

Si en cuanto hecho natural la filiación se da siempre y a todas las personas, cuando se habla de filiación como consecuencia jurídica, no valen más que aquéllas que así han sido declaradas por el derecho. No hay pues filiación sin una declaración de la ley que



así lo determine, declaración legal que se hace in género, a virtud del juego de los presupuestos, presunciones y declaraciones que el derecho consigna, deduce o recoge.

Está fundamentalmente asentado este estado en la relación natural de procreación

No hay, por ende, una filiación legal sin una situación de hecho de filiación preexistente. Solamente a través del recurso de la adopción se podrá obtener una situación semejante; pero con sus líneas específicas y particulares, que ya el mismo derecho se encarga de consignar.

Lo anteriormente relacionado hace llegar a la conclusión que la diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales sólo se mantiene en cuanto a las formas para establecer la paternidad.

2.7.1. La filiación legítima

Como se ha dicho el derecho ampara y protege, dirigiendo hacia ella una mirada de favor, la llamada filiación legítima, estructuración acabada de la relación que surge entre padres e hijos, en el marco normal y legal de la vida. Esta protección tiene un doble fundamento: el asiento de la relación en las más puras normas de la moral cristiana y en el convencimiento de que sólo bajo su amparo se satisfacen plenamente las exigencias que suscita la formación de los hombres en su aspecto físico, intelectual y

ético. Sólo la familia legítima puede, en efecto, constituir con perfección la escuela de virtudes del honor, del respeto hacia los demás, en ella se forman los ciudadanos pacíficos y laboriosos, y adquiere el hombre el bagaje necesario para poder marchar por sí solo, en adelante, por el recto camino que trazan las leyes de la convivencia social.

Lo anterior exige pues, delimitar con precisión cuáles son los presupuestos de esta primordial relación paterno-filial. En las leyes se describe más o menos explícitamente esta trilogía básica: el lazo matrimonial de los procreantes, la concepción y el nacimiento dentro de la vida del matrimonio y la atribución inconfundible de la generación al marido y a la mujer.

El lazo matrimonial de los padres

Hasta que la institución del matrimonio con los rasgos típicos de la civilización de occidente, no se clavó en lo más profundo de la sociedad humana, no fue posible verificar un destaque pronunciado de la filiación legítima. Fue sólo a partir de ese momento histórico cuando la palabra legitimidad pudo ponerse con claros caracteres al frente de esa relación paterno-filial, permitida e impulsada dentro de la institución que vino a la vida, entre otros designios, para dar cumplimiento y eficacia al mandato del redentor. No es posible, por tanto, hablar de filiación legítima sino es engarzando el hecho natural de la generación en la órbita del matrimonio, que así actúa de soporte fundamental para delimitar su naturaleza.



La concepción y el nacimiento dentro de la vida del matrimonio

Cuando la fase inicial de la generación (la concepción) y la final de la misma (el nacimiento) se sitúan cronológicamente, sin ambages de ninguna especie dentro de la vida del lazo matrimonial, se tiene legitimidad propia sensu que se califica propia o normal. Pero el matrimonio no corta en pedazos la vida del hombre; solamente delimita en apartados solemnes, el incesante camino de su vida. Por eso el derecho concede al matrimonio una fuerza de proyección espléndida, para atraer hacia sí los procesos de gestación, antecedentes y subsiguientes, siempre que sean inmediatos a su línea de iniciación o de fin. Aquí surge ya otra legitimidad que por no actuar sus dos polos de comienzo o terminación dentro de las legítimas nupcias, se califica de impropia, dado que la legitimidad sólo se predica en virtud de una presunción reforzada de la ley.

Finalmente, por los misterios de la generación, en los que el derecho no puede penetrar más que a tientas, es posible que, paralelamente a la institución matrimonial, se vuelquen sobre la generación situaciones extrañas que hagan dudar sobre la precisión de su frente. Entonces, surge un tercer estado, que se denomina legitimidad imprecisa, aunque puede quedar alojada dentro del matrimonio o en situaciones ajenas a él. El derecho no dice de momento, su última palabra, sino que establece el predicado a posteriori si, surgido el conflicto de paternidades, se origina un debate sobre el particular.



Atribución inconfundible de la generación al marido y la mujer

“Aunque el matrimonio sea la base de la legitimidad y aunque se verifique la concepción o el parto dentro de su égida, ello no es bastante. Es preciso, además, que el origen necesariamente bilateral de la generación se deba a la unión fisiológica del marido y la mujer. Ello será lo normal, y, por tanto, el derecho descansa confiado en este tercer elemento verificando una deducción rigurosa, apoyándose para ello en la psicología humana y en las costumbres propias de la civilización. Corren en efecto, a favor de la paternidad del marido la presunción positiva de contacto y la negativa de infidelidad, el padre siempre es *quae nuptiae* demostrant (presumiblemente el padre sin necesidad de demostrarlo). Por lo que respecta a la esposa también tiene a favor una doble circunstancia: que la mujer al casarse no tiene porque ocultar el hecho de la generación, y que sólo a través de móviles egoístas y crueles, que integran en la mayoría de los casos un delito, una madre oculta el nacimiento o cambia o sustituye su hijo por un niño de otro”.⁴²

Este es, pues, el tercer elemento de la legitimidad, que no requiere prueba específica porque el derecho lo deduce. Si acaso la realidad de la vida demostrara lo contrario, después de comprobación rigurosa se verificaría un desplazamiento de aquella condición.

Para resumir lo expuesto, se puede distinguir una legitimidad propia basada en la concepción y nacimiento dentro del matrimonio, una legitimidad impropia basada en la

⁴² *Ibid.* Pág. 380.



concepción inmediatamente anterior al matrimonio o al nacimiento inmediatamente después a la disolución de éste y una legitimidad imprecisa que es aquella que, teniendo su origen en un matrimonio intercedente, comprende también una situación colateral al mismo tiempo que determina un conflicto de paternidades.

A continuación se estudiarán cada una de ellas por separado:

a) Legitimidad propia

Constante matrimonio, legalmente celebrado, los hijos legítimos con legitimidad propia son concebidos y nacidos dentro de la vida del matrimonio, sin que haya cuestión de ninguna especie respecto a los límites cortos o máximos del embarazo. Esta legitimidad propia es la que produce todas las consecuencias exactas de la legitimidad. Para ella no hay vacilación ni duda de ninguna especie en orden a los efectos, y sobre todo, al cumplimiento de los deberes que la paternidad supone, toda vez que en ella se parte de la existencia del matrimonio justamente celebrado. El hecho del nacimiento dentro de las justas nupcias es claro y puede ser comprobado directamente.

b) Legitimidad impropia (presunción legal de paternidad)

Se sabe cómo la legitimidad propiamente dicha se caracteriza por la concepción y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y por ende, los concebidos o nacidos, fuera de él no pueden en buena teoría merecer la consideración de legítimos. Sin embargo, el

derecho, por un proceso de política civil, concede la condición de legítimos a algunos hijos cuyo nacimiento o concepción solamente tuvo lugar en el matrimonio, en base a la que se le ha llamado legitimidad impropia, que en efecto puede referirse a la fase inicial o a la final del matrimonio.

c) Legitimidad imprecisa (conflicto de paternidad)

“El sistema de presunciones que, en orden a la concepción establece la ley si bien en principio delimita perfectamente los presupuestos normales de legitimidad, puede sin embargo dar lugar a situaciones de conflicto en las que se pueden presentar agudos caracteres de imprecisión”.⁴³

Acciones

Acción de reclamación de estado

Si el hijo legítimo, no obstante poseer en su persona los presupuestos propios de la legitimidad, ve que su estado y condición no es acreditado legalmente, por mala fe o injuria de sus padres, tiene a su favor la llamada acción de reclamación de estado, con el fin de que quede comprobado su estado civil. Ello puede suceder porque el hijo no haya sido inscrito con la condición de legítimo o porque ha sido inscrito como de

⁴³ **Ibid.** Pág. 55.



padres desconocidos o; finalmente, porque haya sido inscrito como hijo legítimo de otro matrimonio.

La acción de reclamación de estado, en cualquiera de los anteriores supuestos, compete sólo al hijo, dado el carácter personal que tiene y puede ejercitarla durante toda su vida, en atención a que el estado civil es un bien imprescriptible.

Acción de impugnación del estado de filiación legítima

La condición de hijo legítimo por legitimidad propia está firmemente garantizada por el derecho, con el fin de rodear al matrimonio y a su descendencia de todos los atributos que la ley acentúa en el sentido de protección. En principio, pues, la posición del hijo legítimo es inatacable, pero como puede suceder que no sea propiamente hijo de su padre o siéndolo no reúna en su condición los requisitos propios de la legitimidad; el derecho tiene que arbitrar un posible recurso para deshacer en su caso, la legitimidad aparente.

Derechos de los hijos legítimos

“Son hijos legítimos los que disfrutan de un modo pleno y perfecto del estado de filiación derivada de la estructuración acabada que surge entre padres e hijos en el

marco moral y legal de la vida y son estos hijos los que merecen una mirada de favor del derecho que los ampara y protege”.⁴⁴

2.7.2. La filiación ilegítima

“Se entiende por relación paterno filial ilegítima en sentido amplio, aquélla que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las justas nupcias”.⁴⁵ Pero esta procreación extramatrimonial es susceptible, a su vez, de ser situada en dos planos distintos: un plano de absoluta ilegitimidad y otro de ilegitimidad atenuada, llamada ésta así por la posibilidad que encierra de transformarse en una situación más legítima a los ojos de la ley.

La primera se establece en relación con los hijos ilegítimos que no tiene la condición legal de naturales; la segunda es la que afecta a los hijos naturales propiamente dichos. Pero estos pueden a su vez encontrarse en una triple situación.

El cuadro de las filiaciones que la ley establece no siempre ha sido el mismo. Desde luego el criterio de la filiación única es posible entreverlo más en los pueblos de la más remota antigüedad, en los que se practicaba la unión sexual en formas de promiscuidad absoluta, la poliandria o la poligamia. También este criterio de la filiación única sin distinción entre los hijos legítimos y los ilegítimos, constituye una aspiración de algunas

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 377.

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 378.



doctrinas extremistas, que sueñan con que en la ley no figure nada más que una condición de los hijos.

Pero fuera de aquel apunte histórico que pertenece a la noche de los tiempos y de esa aspiración extrema de algunas corrientes utópicas que han dejado empero, profundas huellas en las actuales legislaciones, van muchos siglos de civilización en los que el legislador ha trazado un cuadro de filiaciones de muy diversa intensidad jurídica.

El criterio de diversidad nació seguramente desde el comienzo de los matrimonios individuales, aunque es necesario consignar que junto a él contribuyeron a la consignación de las diferentes clases de hijos otras causas, como la misma diversidad matrimonial, las ideas imperantes sobre la situación jurídica de las personas y las circunstancias que rodean al acto sexual de la procreación. En la actualidad, la segunda causa ha desaparecido pues sólo queda la ilegitimidad proveniente de la condición eclesiástica del progenitor; así como la distinción nacida de las diferentes fuerzas jurídicas de algunos matrimonios.

Sólo resulta en definitiva, pues, asentada la catalogación sobre el mismo matrimonio (hijos legítimos, hijos naturales propiamente dichos) o sobre las negruras delictivas o reprobables que rodean el acto sexual origen de la procreación (hijos ilegítimos, en quienes no concurre la condición legal de naturales). Poco puede moverse el legislador a este aspecto, pues aunque quisiera borrar la distinción, se opondrá constantemente el

sentido ético y jurídico de las gentes, que siempre han distinguido y distinguen al hijo nacido de las justas nupcias y al concebido en relaciones sexuales fuera del matrimonio.

Lo que si ya se hace patente en generalidad de legislaciones es la mejora paulina de la condición de los hijos extramatrimoniales y en base principalmente a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, hecha en París en 1948, llegan a equipararse todos los hijos en las formas constitucionales.

2.7.3. El reconocimiento voluntario

“El deber de reconocimiento es una obligación que, en todo momento, surge de la ley natural, de los dictados de la moral y en ciertas circunstancias de las prescripciones del derecho”.⁴⁶

“Se entiende por reconocimiento aquella declaración hecha por ambos padres (o por uno de ellos aisladamente) por cuya virtud acreditan que una persona es hija suya, siempre que ello se haga en las condiciones y formas prescritas por la ley”.⁴⁷ Puede por ende, el reconocimiento ser hecho por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, dado el carácter eminentemente individual del reconocimiento.

Según la legislación vigente el reconocimiento voluntario se puede hacer de las siguientes formas:

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 379.

⁴⁷ España Portillo, Nery Salvador. **Ob. Cit.** Pág. 33.



- a) En la partida de nacimiento por comparecencia ante el Registrador Civil
- b) Por acta especialmente ante el mismo Registrador
- c) Por escritura pública
- d) Por testamento
- e) Por confesión judicial

En los últimos tres casos debe presentarse al Registrador Civil testimonio o certificación del documento en que conste el reconocimiento; para su inscripción y anotación de la partida de nacimiento respectiva.

Elementos personales y formales del acto de reconocimiento

Los elementos personales del reconocimiento son dos: el padre o la madre reconocientes (o ambos de modo conjunto) y el hijo conocido. Sobre las condiciones de capacidad de uno y otro, en el derecho tiene el siguiente orden:

Sujeto activo del reconocimiento

Nada dicen las leyes, y en general las extranjeras, sobre la capacidad que ha de tener la persona que verifica el reconocimiento de un hijo; pero la doctrina calando hondamente en los designios de la institución, ha formulado el principio general, por cuya virtud no puede exigirse al autor del mismo más condición de capacidad que la necesidad para

saber lo que ha hecho. Se estudiará este principio desarrollándolo en los apartados siguientes:

a) Menor de edad

La doctrina discutió sobre el reconocimiento llevado a cabo por un menor de edad. Aparentemente, y de modo certero, se manifestó que siendo la incapacidad del menor un presupuesto legal de carácter general, no es dable excluirla si no es por un precepto específico en contrario; y como quiera que las leyes no consignan como sucede en otros menesteres que el menor queda habilitado para esa operación jurídica, dicho está que debe seguir vigente la regla de incapacidad. A la misma vez razones de orden moral se impusieron y se decía que el menor puede ceder a un momento de irreflexión; téngase en cuenta que en los primeros años de la adolescencia se muestra el temperamento del hombre complaciente por naturaleza, y se deducirá la inconveniencia de conceder al menor capacidad para reconocer. Pero esos argumentos no tienen la virtud de convencer, si el menor es incapaz debe comparecer al acto su representante legal, lo cual choca con la significación jurídica del reconocimiento que es un acto de confesión y por ende personalísimo. Por lo que respecta a la predisposición a la complacencia, tampoco tiene ello poder suasorio (relativo a la persuasión) máxime teniendo en cuenta la facilidad que se puede después anular por el ejercicio de la acción de impugnación.



b) Mujer casada

La mujer casada o unida puede adoptar al hijo o hija de su conyugue o pareja sin necesidad de obtener el certificado de idoneidad según lo regulado en el Decreto Número 77-2007 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Adopciones

c) Dementes o incapaces

Si está en completo estado de enajenación no podrá ser admitido el reconocimiento que haga. Pero ¿y en los intervalos lúcidos? No existe problema cuando el reconocimiento tiene lugar a través de la forma testamentaria. El problema surge cuando el enfermo mental en intervalo lúcido pretende reconocer en documento público. Se discutió mucho la cuestión entre los comentaristas franceses; pero en general la doctrina se pronunció por la tesis afirmativa del intervalo de lucidez. La casación apoyó el criterio, sosteniendo que las prohibiciones legales estaban más bien dirigidas contra los bienes que contra los actos personales, y no debe poner la ley obstáculos a la reparación si se quiere, de un acto civil, o por lo menos de una obligación natural.

d) Pródigos

¿Podrá el pródigo reconocer? Así lo entiende la doctrina; en primer lugar porque este acto de voluntad no queda prohibido en los preceptos legislativos, y en segundo término, porque la incapacidad del pródigo se refiere por regla general, a la administración de sus

bienes, no a determinaciones extrañas a la misma, que pueden ser exponente de una simple reparación moral. La cuestión sin embargo es discutida.

e) Sujeto pasivo del reconocimiento

Sólo pueden ser reconocidos los hijos que tengan la condición de hijos naturales.

Se estudiarán ahora las situaciones en que puede encontrarse el sujeto pasivo del reconocimiento:

Reconocimiento del aún no concebido

No se encuentra regulado en ninguna normativa el que pueda ser reconocido un hijo natural por medio de escrito antes de la concepción.

Concebido pero no nacido

Respecto de la madre no suscita problema el reconocimiento del hijo antes de su matrimonio, en cuanto al reconocimiento anticipado del padre, parece que contrasta con la idea de que este acto debe referirse siempre a un individuo ciertamente determinado; y mientras que no haya tenido lugar el nacimiento del hijo, no puede el hombre referirse con suficiente certidumbre ese hijo a sus relaciones con la madre.



Hijos vivos

Este es el reconocimiento normal, y sólo se distingue según el hijo sea menor o mayor de edad a los efectos de la aportación de su conocimiento.

Hijos ya fallecidos

El reconocimiento de los ya fallecidos suscitó cuestiones de gran importancia. El problema surgió porque por regla general, estos reconocimientos tardíos se hacían con el único fin de obtener la herencia del fallecido, pero como podían intervenir móviles buenos la doctrina se fue inclinando hacia la admisibilidad. También surgió una postura intermedia, partidaria de un reconocimiento limitado, ya que sólo negaban a los padres el derecho a suceder a un hijo tardíamente reconocido.

El matrimonio es una institución importante, puesto que es la principal fuente de la institución familiar y ésta a su vez es la célula de la sociedad, de lo cual resulta y se comprende que el estudio de aquél, es sumamente interesante y valioso desde el punto de vista teórico-práctico. Actualmente, la sociedad atraviesa por una crisis que repercute en el terreno social y moral. El índice de divorcios es cada vez más elevado y se da principalmente en parejas a las que se podía haber orientado mejor acerca de lo que es el matrimonio. No sólo es el alto índice de divorcios lo que pone sobre alerta la existencia de la institución matrimonial, sino también la existencia de las figuras que bien



podrían llamarse paramatrimoniales, como los son el amasiato, la unión libre y el concubinato.

CAPÍTULO III



3. Las pruebas en los procesos de estado

3.1. Genética

El rápido avance de las ciencias médicas y de las investigaciones en el área genética, es hoy casi redundante destacarlo. No sólo en las publicaciones especializadas sino en cualquier revista dirigida al público en general se pueden hallar noticias cada vez más frecuentes y asombrosas de todo lo que en este campo de la ciencia sucede.

Es importante señalar que en el terreno específicamente jurídico no han sido los civilistas, ni los familiaristas, quienes más se han ocupado de este tema. Mucho más se ha hecho desde el campo del derecho comercial, donde los países se han preocupado en realizar acuerdos y convenios internacionales sobre las investigaciones genéticas, la posibilidad de patentamiento de los seres vivos, etcétera.

La importancia que han adquirido estas pruebas resulta hoy clara en las cuestiones referentes a la investigación de la paternidad.

En efecto, estas pruebas solían tener importancia en las impugnaciones de paternidad, ya que su resultado era en su origen, casi únicamente para acreditar la imposibilidad de



relación biológica. Se sostenía así que era una prueba excluyente de paternidad, pero no servía para demostrarla.

Posteriormente, un mayor conocimiento del material genético y su transmisión en los seres humanos fue llevando a la posibilidad cada vez más real de demostrar la paternidad. Por supuesto estas pruebas no excluyen otras, siguen vigentes en las acciones de filiación las diferentes pruebas posibles; y así los testigos, documentos, etcétera, continúan siendo válidas y el juez seguirá utilizando las presunciones derivadas del sentido común y de lo que habitualmente sucede.

3.2. Las pruebas no biológicas

El hecho de que el presunto padre haya mantenido relaciones sexuales con la madre en el período de la concepción y ello esté suficientemente acreditado a criterio del juez, alcanzará para que, si no hay elementos de prueba que desvirtúen esa filiación se haga lugar a la acción.

Esas relaciones sexuales se pueden acreditar con testigos, elementos indiciarios, etcétera. Y como en cualquier otro proceso, el juez dictará sentencia según el grado de convencimiento que esos elementos lleven a su ánimo.

La acción de filiación no es un proceso médico, si bien es necesario demostrar que aquél a quien se atribuye la paternidad es realmente quien engendró al hijo. Eso no quiere decir que la prueba tiene que ser una prueba médica.

“La solución tradicional del derecho según la cual padre era quien había mantenido relaciones sexuales con la madre a la época de la concepción sigue siendo válida”.⁴⁸

Por supuesto, es posible que las pruebas biológicas descarten totalmente la paternidad o la afirmen terminantemente; en cuyo caso el juez no podrá prescindir de ellas si considera que son confiables y no le dejan margen de duda, pero nada obsta a que el juez sentencie sin la producción de probanzas de este tipo.

3.3. Las pruebas biológicas

No se pretende encontrar en lo antes expuesto una detallada explicación médica de los diferentes sistemas; ello pertenece al campo de la medicina, y no al del derecho, así como los médicos no deben invadir el ámbito de la ciencia jurídica, es necesario no pretender competencia sobre una disciplina ajena.

Pero es preciso que abogado y juez entiendan el sistema que van a utilizar los expertos para poder evaluarlo y determinar cuál es el eventual margen de discrecionalidad que

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 225.

pueden dejar para saber cuál es su obligatoriedad en el proceso, porque ignorarlo sería tanto como ignorar la ciencia.

a) Los sistemas más comunes

La utilización de pericias médicas para demostrar la posibilidad o imposibilidad de la paternidad biológica es conocida en derecho hace muchos años. A continuación se citarán algunos de los sistemas más comunes y para ello se señalarán dos grandes grupos de prueba biológica.

Las que se basan en la transmisión de enfermedades hereditarias y anomalías constitucionales y las que se fundan en la herencia biológica de caracteres normales, estas últimas a su vez pueden ser variadas según se trate de caracteres morfológicos, psíquicos, fisiológicos y; particularmente, los físico-químicos (dentro de éstas se encuentran la de los grupos sanguíneos, tradicionalmente la más importante).

Las pruebas basadas en los caracteres patológicos no han tenido mayor aceptación porque no se cumplen las leyes de Mendel en su transmisión o probablemente porque no se conoce bien el mecanismo de su herencia. Pero no es posible descartar su importancia frente a futuros descubrimientos.



La prueba heredobiológica o antropomorfológica

Se basa en que los principales caracteres morfológicos se transmiten, según las leyes mendelinas, al hijo, de la madre y el padre. “El experto valorará caracteres tales como la nariz, forma y color de ojos, forma del paladar, etcétera, que, por supuesto, dependerán de un alto grado del subjetivismo de quien realiza el estudio”.⁴⁹

También forma parte de las pruebas heredobiológicas la prueba de la columna vertebral, prueba que tuvo gran aceptación en Alemania y que en la actualidad goza de poca credibilidad.

b) Las pruebas hematológicas

El descubrimiento por Landsteiner alrededor de 1900, de los antígenos del sistema eritrocitario permitió la primera división inmunológica de los glóbulos rojos, denominando al sistema ABO.

“Se dice que una partícula es antigénica cuando no puede ser introducida en el individuo que no la tiene ya que desencadena reacciones inmunológicas de rechazo y la formación de anticuerpos”.⁵⁰

⁴⁹ Lledó Yagüe, Francisco. **Acciones de filiación**. Pág. 4.

⁵⁰ **Ibid.** Pág. 226.



Posteriormente, en la década de 1930 se descubrió el factor antigénico Rh y denominó Rh positivos a los individuos que lo presentaban.

Estos descubrimientos permitieron a su vez advertir que de los grupos sanguíneos existentes en los padres, sólo podían generarse individuos de ciertos grupos y nunca de otros. Ello posibilitaba, conociendo el grupo de la madre y del hijo, saber si el de este último era compatible con el del padre alegado. Que así se diera no indicaba aún que éste fuera el padre, pero si no lo era, se sabía con certeza que no podía ser el padre.

Su sentido de prueba claramente negativa para algunos casos no dejaba dudas, pero aún no permitía afirmar ninguna paternidad. Los conocimientos continúan ampliándose y aparecen los sistemas M.N.Sa., Kell, Kidd y Duffy. En 1952, Jean Dausset descubre los primeros antígenos de histocompatibilidad cuyo sistema se denominará H.L.A. lo cual permitió que a él y a sus colaboradores se les otorgara el Premio Nobel de Medicina.

c) El H.L.A. (Human Lymphocyte Antigen)

Es preciso aclarar que las investigaciones de ninguna manera tenían por objeto la identificación genética con fines jurídicos, la finalidad estaba dirigida a la búsqueda y conocimiento que permitían evitar los rechazos de trasplantes orgánicos en seres humanos. Pero poco después se advirtió que esto era también aplicable en las

investigaciones de filiación y de allí a su utilización por el derecho no hubo más que un paso.

El descubrimiento en sí consistió en advertir que en el sexto par cromosómico de todas las células nucleadas del ser humano había un conjunto de partículas antigénicas codificadas. Ese conjunto denominado genotipo, está dividido en dos partes, cada una de las cuales se denomina haplotipo y es invariable.

En principio los haplotipos de cada individuo tienen que coincidir uno con el de su madre y otro con el de su padre. “Según con la frecuencia con el que el haplotipo paterno pueda darse en el fenotipo, denominación que se da a las posibilidades matemáticas de combinación de genes en cada haplotipo para una población dada”.⁵¹ Será más o menos alta la posibilidad de que el padre alegado sea o no el padre de ese individuo.

Se advierte claramente que siendo enorme la cantidad de genes, las combinaciones posibles de ellos son muy numerosas. Es así que el resultado de la prueba depende de un doble análisis matemático; por un lado, que la cantidad de antígenos sea numerosa para dar amplitud al estudio y su resultado y; por otro lado, que las tablas que hayan determinado la frecuencia con que ese haplotipo se repite en la población sean altamente confiables.

⁵¹ G. H. Airson de Glinberg. **El Sistema de Histocompatibilidad Sanguínea H.L.A.** Pág. 34.

d) Aproximación al ADN



Antecedentes históricos

La información genética de todos los organismos vivos se halla contenida en una sustancia química de alto peso molecular denominada Ácido Desoxirribonucleico (ADN) y cuyo nombre tiene un contexto histórico ya que se descubrió en el núcleo de la célula.

En 1944 los importantes experimentos de Avery, del Instituto Rockefeller, demostraron que los ácidos nucleicos purificados eran capaces de inducir cambios genéticos en las bacterias, siendo por tal razón considerados los componentes esenciales del material hereditario. Wilhelm Roux fue el primero en reconocer que el mismo estaba contenido en pequeñas estructuras celulares llamadas cromosomas.

En 1956 Tijo Levan, Ford y Hamerton, determinaron que el número correcto de los cromosomas del hombre era de 46. Los llamados autosomas son 44 y dos cromosomas sexuales, XX en la mujer y XY en el hombre. El cromosoma es transmitido por el padre a sus hijos y contiene la información genética que conduce al embrión hacia la masculinidad.



“La estructura del ADN fue establecida en 1953 por Walson y Crick, los cuales fueron galardonados por este descubrimiento tan trascendental con el Premio Nobel de Medicina en 1962”.⁵²

i) Definición

“Se trata de una larga molécula que forma una doble hélice y es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética”.⁵³

El ADN es una macromolécula que está constituida por tres sustancias distintas: un azúcar (la desoxirribosa), fosfatos (el ácido fósforico) y una base nitrogenada cíclica que puede ser púrica (adenina o guanina) o pirimidínica (timina o citosina). La unión de la base nitrogenada (citosina, adenina, guanina o timina) con la desoxirribosa forma un nucleósido; éste, uniéndose al ácido fosfórico, da un nucleótido, la unión de los nucleótidos entre sí en enlace diester da el polinucleótido; en este caso el Ácido Desoxirribonucleico.

Estructuralmente la molécula del ADN se presenta en forma de dos cadenas helicoidales enrolladas alrededor de un mismo eje (imaginario); las cadenas están unidas entre sí por las bases que están constituidas en pares y unidas mediante puentes de hidrógeno. Los apareamientos son siempre adenina-timina y citosina-guanina.

⁵² Chieri, Primarosa y Eduardo A. Zannoni, **Prueba del ADN**. Pág. 5.

⁵³ **Ibid.** Pág. 6.

“El ADN, es el soporte físico que contiene toda la información genética de un organismo, definiéndose como gen, cada una de las porciones de su molécula que se pueden traducir en una proteína”.⁵⁴

ii) Replicación del ADN

“Es la capacidad que tiene el ADN de hacer copias o replicas de sí mismo”.⁵⁵ Este proceso es fundamental para transferencia de la información genética de generación en generación. Las moléculas se replican de un modo semiconservativo. La doble hélice se separa y cada una de las cadenas sirve de molde para la síntesis de una nueva cadena complementaria. El resultado final son dos moléculas idénticas a la original.

iii) Clases de ADN

“El ADN es el constituyente básico de la cromática (cromosoma) nuclear en las células eucarióticas, pero también existe en pequeña cantidad en las mitocondrias y cloroplastos”.⁵⁶

Comúnmente, su estructura tridimensional posee giro hacia la derecha (B-ADN, dextrogiro) que es la forma más estable y ocasionalmente posee giro hacia la izquierda

⁵⁴ España Portillo, Nery Salvador. **Ob. Cit.** Pág. 62.

⁵⁵ **Ibid.** Pág. 63.

⁵⁶ Chieri, Primarosa. **Ob. Cit.** Pág. 7.

(z-ADN, levógiro). Acorde a las evidencias sólo una pequeña parte del ADN constituye genes (menos del 10%).

Pedro Di Lella en su libro Paternidad y Pruebas Biológicas asegura que existen diferentes tipos los cuales se pueden dividir en:

- a) **ADN de copia única:** (el 57% del total) formados por segmentos de aproximadamente 1000 pares de nucleótidos de longitud, una pequeña parte de este ADN contiene los genes.

- b) **ADN repetitivo:** (el 20%) son unidades de aproximadamente 300 pares de nucleótidos que se repiten en el genoma unas 10 veces (unidades de repetición). Se intercalan con el ADN de copia única.

- c) **ADN satélite:** altamente repetitivo, 28% son unidades cortas de pares de nucleótidos que se repiten en el genoma. Son característicos en cada especie y pueden ser separados por centrifugación. Constituyen la heterocromatina y no se le conoce función.

Son de dos tipos fundamentales las bases púricas (por ser derivadas de la purina, de dos anillos heterocíclicos) y las bases pirimídicas (por ser derivadas de la pirimidina de un solo anillo).

“Dichas bases son cinco, pero en realidad sólo cuatro aparecen en el ADN. Las bases púricas presentes son la adenina y guanina. Las bases pirimidicas son la citosina y la timina (el uracilo-que sería el quinto- es característico del ARN).

El ADN debe contener información útil biológicamente y que puede transmitirse sin alteraciones. Por lo tanto, debe permitir su duplicación para permitir el paso de célula a célula y de generación en generación. Por otra parte, debe ser capaz de producir materia viva (proteínas) a partir de dicha información, deberá ser capaz de variar, ocasionalmente, para favorecer los cambios evolutivos y de adaptación.

La función principal del ADN es la de mantener, a través de un sistema de claves (código genético), la información necesaria para que las células hijas sean idénticas a las progenitoras (información genética). Este proceso se almacena en la secuencia de las bases (aparentemente aleatorias), que tiene una disposición que es copiada al ARN para que en el ribosoma sintetice determinada proteína. Este proceso es también denominado dogma central de la biología molecular.

Por medio de los mecanismos de recombinación y mutaciones se obtienen las variaciones necesarias para sus adaptaciones y evoluciones, aunque en algunos casos estos pueden ser dañinos.

El núcleo dirige las actividades de la célula y en él tienen lugar procesos tan importantes como la autoduplicación del ADN o replicación, antes de comenzar la división celular, y

la transacción o producción de los distintos tipos de ARN, que servirán para la síntesis de proteínas.

La estructura de un determinado ADN está definida por la secuencia de las bases nitrogenadas en la cadena de nucleótidos, residiendo precisamente en esta secuencia de bases la información genética del ADN. El orden en que aparecen las cuatro bases a lo largo de una cadena en el ADN es; por tanto, criterio para la célula ya que este orden es el que constituye las instrucciones del programa genético de los organismos. Conocer esta secuencia de bases, es decir, secuenciar un ADN equivale a descifrar su mensaje genético".⁵⁷

iv) Aspectos poblacionales de la prueba del ADN

Si dos muestras de tejido humano tienen patrones diferentes de ADN, eso determina que vienen de dos personas distintas. Si en cambio, presentan patrones iguales, existen dos posibilidades:

- a) Que las muestras pertenezcan a la misma persona o a un gemelo idéntico.
- b) Que la muestra pertenezca a dos personas distintas, pero donde las regiones investigadas del ADN para determinar los patrones del mismo, son iguales.

⁵⁷ Di Lella, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas**. Págs. 23-24.



Para la comprobación de estas dos posibilidades se usan las estadísticas poblacionales con el objeto de estimar la fracción de personas dentro de la población que presenten esta particular combinación de patrones genéticos.

v) Genética poblacional

Desde un punto estrictamente genético puede decirse que una población se caracteriza por la distribución genética que ésta posee. A su vez, lo que concierne a la genética poblacional es la distribución de los alelos dentro de ella, así como los factores que mantienen o modifican estas frecuencias.

La posibilidad de que un perfil genético pudiera presentarse en otra persona, es calculado a través de un relevamiento en la población de individuos no relacionados, con el fin de crear un banco de datos en donde se determinen las frecuencias alélicas; o sea, el número de veces que se presenta un alelo determinado en la población en general, con respecto a la totalidad de los alelos contados.

Se puede concluir entonces, que es de suma importancia, para el procedimiento adecuado de los exámenes de paternidad, que los laboratorios tengan en cuenta la selección típica de genes marcadores determinados por el análisis estadístico poblacional, de la región o país de los examinados.



Cálculo de la probabilidad en la prueba de la paternidad

El gran avance que ha supuesto el análisis del ADN tendrá una utilidad limitada, si no se acompaña de un claro entendimiento de la evaluación bioestadística de la prueba y si no está realizada con tal rigor.

Práctica de la prueba

La prueba biológica de paternidad se realiza analizando los marcadores genéticos moleculares que son polimórficos y de herencia mendeliana simple; en donde para cada marcador, todos los individuos poseen dos alelos, uno heredado de la madre y el otro del padre.

Cuando un marcador genético es muy frecuente dentro de una población dada, se dice que es poco polimorfo; por lo tanto, para esa finalidad no es considerado un buen marcador.

Interpretación de la prueba

El valor final de la prueba es un resultado comprendido entre cero (no es el padre) y uno (es el padre). Usualmente el valor es próximo a uno, expresado en porcentaje (100%) el máximo, 100% no es alcanzable y sólo es una tenencia.



En la mayoría de los países europeos, los peritos –con intención de ayudar a los abogados a interpretar los resultados- adjuntan en el informe los predicados verbales de Hummel, dando por probada una paternidad con valores superiores a 99.73%; aunque en la actualidad se espera interpretar la cifra a 99.99%.

Varias jurisprudencias europeas han tomado en cuenta lo elaborado por Hummel, realizando una escala compuesta de distintos niveles de probabilidades, determinados por un porcentaje expreso en números.

Los resultados de las pericias biológicas destinadas a la determinación de la paternidad arrojan resultados; medidos en valores de probabilidad, que superan generalmente el 90% y llegan hasta un 99.9%. Los resultados menores del 90% se consideran irrelevantes para la prueba de la paternidad.

La precisión y exactitud de esta prueba se puede demostrar con tres consideraciones:

- a) En el ámbito de un punto porcentual de 98.9% a 99.9% se otorgan tres gradaciones al valor de probabilidad: paternidad prácticamente acreditada, altamente probable y muy probable; con ello se expresa que cada centésima juega un papel determinante en el valor probatorio del informe pericial.
- b) En un caso concreto, si el valor de probabilidad de una determinada prueba biológica es de 99.994% significa que hay que contar con un margen de error de

0.006%. Esto implica que el juez se equivocaría en la decisión de establecer la paternidad de un hombre, una vez en 16,667 oportunidades.

- c) Valores de probabilidad de paternidad inferiores al 90% no son considerados en la tabla; por lo tanto, en estos casos el juez ni siquiera podría considerar la paternidad como probable.

3.4. Cotejo del ADN como medio de prueba en los juicios de paternidad y filiación

Ha sido un gran avance en la legislación guatemalteca la inclusión de la prueba de ADN como medio de prueba en los juicios de paternidad y filiación; puesto que ahora resulta más sencillo comprobar y determinar si la persona que se señala en el juicio es verdaderamente el padre del niño que la reclama.

3.4.1. Importancia de las pruebas biológicas en la inclusión o exclusión de la paternidad y la identidad biológica

Es conveniente y necesario identificar al padre biológico de un niño ya sea por cuestiones emocionales, económicas, herencias, etcétera; en la actualidad la tecnología ha dado pasos agigantados para facilitar el saber quien es el padre de un niño determinado y esto ha sido a través de la prueba del ADN; la cual permite establecer la paternidad con una muy alta probabilidad, cuyo valor va más allá de cualquier duda razonable.



En todo proceso judicial las evidencias son determinantes para que el juez tome la decisión correcta. En el ámbito de los procesos de familia, donde el tema de filiación es el punto de controversia, las evidencias que comúnmente eran empleadas eran meramente de tipo circunstancial. Fotos, cartas, testigos de la relación de la pareja, que eran medios probatorios, que permitían afirmar que el supuesto padre y la madre del menor se conocían. Ninguna de ellas, sin embargo, constituía prueba de las relaciones sexuales de estos, y menos aún, que como resultado de las mismas, se hubiera producido la concepción del hijo.

En varios países de Latinoamérica, desde los años noventa, los laboratorios incorporaron la prueba del ADN a los procesos judiciales. Además de los procesos de filiación y juicio de alimentos, la prueba de ADN sirvió para resolver casos de violación, identificación de restos humanos y cualquier otro caso donde el tema de identidad fuera el punto medular del proceso.

Si bien la prueba del ADN constituye una pericia bastante sofisticada, es muy importante que abogados, jueces y fiscales, comprendan los fundamentos de esta pericia. Ello les permitirá cuestionar el valor de la misma y saber si lo que se muestra en un proceso se ajusta a los estándares internacionales que las leyes exigen.

¿En qué se basa la prueba de ADN? En un principio muy simple como son las leyes de la herencia genética que fueron postulados de Gregor Mendel a fines del siglo XIX. Las características finas de cada individuo son determinadas por los genes. El conjunto de



estos genes constituye el material genético de la persona y cada gen contribuye a una característica del individuo. El conjunto de características determina la identidad única de cada persona. Las leyes de Mendel afirman que cada individuo que resulta de la producción sexual hereda material genético de cada uno de los progenitores en proporciones iguales. Esto implica que cada una de sus células, posee información genética por duplicado; una proveniente de su madre y otra de su padre.

Cuando una persona tiene hijos aportará a cada uno de ellos la mitad del material genético de ella y la otra mitad será donada por su pareja. Es decir, que a su hijo, le podrá llegar por azar, ya sea el material genético de su abuelo o de su abuela, pero no de ambos abuelos de manera simultánea. Como los genes están distribuidos en 23 pares de cromosomas por persona, entonces las combinaciones posibles de herencia genética hacia los hijos son casi infinitas.

Este fenómeno biológico sustenta la identidad única de cada persona. No hay dos personas iguales en el mundo, salvo los gemelos univitelinos, quienes se originan de una célula, la que posteriormente se dividió en dos seres poco después de la fecundación. Estos casos son muy poco frecuentes.

La tecnología empleada en la prueba del ADN consiste en realizar un muestreo del material genético del supuesto padre y obtener un patrón genético expresado en valores numéricos. Luego se compara el patrón genético obtenido por el muestreo del material

genético del niño o niña cuya filiación está en cuestión. El resultado de la comparación permite establecer si existe o no vínculo de filiación.

Tomando como base las leyes de Mendel, se debe esperar que si el supuesto padre es verdaderamente el padre biológico del menor; entonces existirá una coincidencia plena en todos los marcadores genéticos analizados. De lo contrario, si no existe tal vínculo biológico no mostrará igualdad numérica entre ambos.

Con una sola locus donde existan coincidencias, no es posible afirmar la paternidad. Se requiere el análisis de un número mayor de loci (palabra que es plural de locus).

3.4.2. Proposición de la prueba pericial

En la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, ya se han introducido innovaciones sustanciales, consistentes en la aceptación expresa de las denominadas pruebas biológicas para la determinación de la paternidad. En Guatemala, fue hasta el año dos mil ocho cuando entró en vigencia el Decreto número 39-2008, del Congreso de la República de Guatemala, Paternidad, ADN para la Filiación; que se abrió la puerta a la prueba del ADN en los juicios de paternidad y filiación

Desde la entrada en vigencia de la reforma al Código Civil por medio del Decreto número 39-2008; en los juicios de investigación de una presunta filiación, los juzgadores tienen la posibilidad de recurrir a pruebas periciales de carácter científico que se

pronuncian directamente sobre la existencia o no del vínculo biológico alegado o impugnado.

En el caso de que la prueba sea propuesta por la parte a quien interesa rendir prueba de expertos, ésta expresará en su solicitud, en forma clara y precisa, los puntos sobre los cuales deberá versar el dictamen.

Con ello se busca al verdadero padre y no a uno presumible que cumpla las obligaciones de tal. En esa medida, el juez no puede negarse a decretar una pericia biológica a petición de parte ni podría excepcionarse de decretarla de oficio, que prometa arrojar resultados decisivos para la cuestión debatida.

Sin embargo, se presenta la duda de cuántos informes periciales deba recoger el juez para cumplir con este mandato legal y si debe seguir algún orden para recabar las pruebas biológicas.

3.4.3. Procedimiento para el nombramiento de expertos

De acuerdo al Artículo 165 del Código Procesal Civil y Mercantil, en cuanto al dictamen de expertos, cada parte debe designar un experto y el juez un tercero para el caso de discordia, a no ser que los interesados se pusieren de acuerdo respecto al nombramiento de uno solo.



En caso de que hubiera discrepancia, el juez tiene la facultad de nombrar un tercero para el caso de discordia y de solicitar un nuevo informe pericial biológico.

“La prueba del Ácido Desoxirribonucleico (ADN); deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarla en cualquier institución de carácter pública o privada, nacional o extranjera especializada en dicha materia;” 2do. párrafo del Artículo 2 del Decreto 39-2008, Paternidad, ADN para la Filiación.

3.4.4. Exámenes biológicos

Judicial

El examen biológico judicial es aquél que es practicado por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, el cual por ser una institución estatal, necesitará para funcionar solamente el Acuerdo por medio del cual fue creado y contar con la acreditación correspondiente para que los informes realizados por sus expertos surtan sus efectos legales.

El Instituto Nacional de Ciencias Forenses proporciona la ventaja de un servicio médico legal, haciéndole más fácil a los jueces la labor de darle un valor probatorio más certero a los dictámenes rendidos por los peritos; puesto que ellos al rendir sus dictámenes, lo harán llenando los requisitos y observancias que estipulen necesarias y suficientes el Organismo Judicial.



Extrajudicial

La toma de muestras es realizada por un laboratorio idóneo, con plena identificación de los examinados (cédula de identidad, firma, huella digital e incluso fotografía). En este caso el informe de laboratorio tiene en principio el valor probatorio de un instrumento privado.

No obstante, las partes en juicio ordinario de filiación pueden citar a declarar como testigos a quien realizó el examen en el laboratorio y/o a quien firmó el respectivo informe. En tal caso, dichos testimonios podrán, junto con otras pruebas y de conformidad con el numeral 5º. del Artículo 221 del Código Civil, confirmar la filiación o no.

3.4.5. El informe pericial

El informe pericial debe ser lo más claro e informativo posible, para evitar problemas de comunicación entre los profesionales en medicina y los profesionales en derecho; porque no se debe dejar de considerar que profesionalmente manejan diferentes términos.

El informe que se presente al juez deberá llenar todos y cada uno de los requisitos regulados en la ley; para que así cumpla con su objetivo y no quede duda de la veracidad y confiabilidad del mismo.



“Los expertos entregarán su dictamen por escrito, con legalización de firmas concurriendo al Tribunal a ratificarlo,” 1er. párrafo del Artículo 169 del Código Procesal Civil y Mercantil.

3.4.6. Valoración de la prueba pericial

El valor probatorio en juicios de filiación de un examen biológico practicado por el Instituto Nacional de Ciencias Forenses o por otro laboratorio; debe ser el de un informe judicial de peritos. Los tribunales deberán apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Para que el informe tenga valor probatorio, es necesario acreditar que el origen auténtico de las muestras que cubre; proviene directamente de los examinados, mediante certificación oficial.

Estos exámenes deben repetirse o complementarse si no llegan a resultados concluyentes. Si el resultado no es plenamente satisfactorio, el laboratorio puede señalar en su informe el porcentaje de certeza que estima o calcula; lo cual no producirá plena prueba positiva o negativa de paternidad por sí solo, sino una presunción que el juez deberá cotejar con otras pruebas, según el valor que le asigne, conforme a su sana crítica.



3.4.7. Credibilidad de los análisis

La identificación humana es un proceso sumamente complejo que puede centrarse en cualquier componente de la persona; desde los más trascendentales hasta los biológicos. En la práctica se buscan sistemas comunes a todas las personas, con capacidad de estandarización y contra peritación. Estas cualidades las cumplen sobradamente los análisis de ADN.

3.4.8. Obligatoriedad al sometimiento de las pruebas

Se debe hacer una distinción entre los procesos penales y civiles, porque si bien es cierto puede ser que en los dos se trate de determinar la paternidad de un menor; las circunstancias y consecuencias tienden a ser diferentes.

En el ámbito civil, según lo regulado en el numeral 5º. del Artículo 221 del Código Civil la negativa, de quien estuviese obligado a realizarse la prueba del ADN se tendrá por prueba de paternidad, salvo prueba en contrario.

Mientras tanto en el ámbito penal hay controversia basada en el principio de auto-incriminación, habiendo dos posturas al respecto. Una de ella en base a la auto-incriminación, la cual permite la negación a la extracción; la otra, mayoritaria, que sobrepone el interés colectivo, entendiendo que el interés general es superior al

particular y; por lo tanto, no admite la negativa a la extracción de la muestra para realizar el análisis.

La doctrina disiente de la negativa que ha de darse por demandada. La opinión más aceptada sobre las condiciones legítimas para negarse a la prueba biológica, concluye diciendo que resulta imperativa su utilización en los casos dudosos de paternidad y dejando manifiesta que las legislaciones vigentes deberían proporcionar al juez los medios suficientes para cumplir el mandato de hacer posible la práctica de la prueba biológica.

El único remedio para obligar a la prueba biológica de manera eficiente ha sido el considerar la negativa como una "ficta confessio", sometiendo la negativa a tal prueba como una sanción al demandado de poder ser tenido por confeso, teniendo efectos importantes en cuanto a la declaración de paternidad.

Guatemala se une a otros países, puesto que hay que indicar que la doctrina jurisprudencial sobre la negativa a la práctica de las pruebas biológicas se encuentra legalizada; cuando se indica que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá a los tribunales declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se ha obtenido por otros medios.



3.5. Derecho a la identidad o verdad biológica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Artículo 18 consagra el derecho al nombre y a los apellidos de los padres, o al de uno de ellos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus Artículos 7 y 8 contiene la protección para el niño en lo que hace a su derecho a conocer a sus padres, a permanecer bajo la protección de estos y a no ser separado arbitrariamente o contra su voluntad, a un nombre y a la preservación de su identidad.

La persona debe conocer su identidad o por lo menos saber que puede conocerla. El concepto de identidad comienza en el inicio de la vida; sin embargo, toma clara definición recién cuando es conocida. La recepción del principio de veracidad biológica pretende asegurar a toda persona el derecho a conocer su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que le corresponde a su realidad biológica.

En todo juicio de filiación está comprendido no sólo el interés privado sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona; el derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo.



Es dable destacar la relevancia que tiene en la actualidad la prueba biológica de ADN en los juicios de filiación debido a que permite establecer con certeza la realidad del vínculo biológico. Esta prueba se ha convertido en uno de los procedimientos técnicos de mayor relevancia en nuestros días, por su rigor científico.

Es tal su importancia en los casos de paternidad discutida o ignorada, que la propia ley establece una sanción en caso de negativa a someterse a los exámenes y análisis, consistente en el indicio contrario a la posición sustentada por el renuente que en definitiva constituye una verdadera presunción legal en contra del mismo. Ello ha sido interpretado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de manera pacífica. En relación con el grado de certeza de esta prueba, en casos de inclusión (que sea el verdadero padre o hijo), la exactitud de esta técnica permite alcanzar un porcentaje del 99,999%; es decir, que el resultado es concluyente y de esta manera es aceptado y aplicado por los jueces en sus resoluciones. Las aplicaciones del análisis de ADN para la determinación de paternidad son variadas, pero en general y en la práctica se reducen a los casos de paternidad discutida o ignorada.

CAPÍTULO IV



4. Aspectos positivos y negativos de la reforma Código Civil, mediante el Decreto número 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, respecto a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico (ADN).

4.1. La prueba del ADN en Guatemala

Hasta muy recientemente, estudios de paternidad a través del análisis de ADN eran tema de ficción. Su elevado costo y escasez de laboratorios especializados restringía el uso de pruebas de ADN a situaciones de extrema necesidad, como casos policiales o de investigación médica. Para asuntos familiares y judiciales, el encargo de un análisis biológico de paternidad resultaba sumamente costoso en tiempo y dinero.

Gracias a los espectaculares avances de la biología y genética molecular, los análisis de ADN para determinar paternidad, maternidad y otros niveles de parentesco son cosa de rutina. La prueba de ADN se encuentra hoy disponible para el público en general, ya sea para confirmar una sospecha, presentar pruebas en un juicio o simplemente satisfacer la curiosidad. Por necesidad o curiosidad, las pruebas de filiación por ADN están al alcance.

Actualmente, existen métodos de determinación de paternidad tan sofisticados que no requieren el uso de muestras de sangre como fuente de ADN. Mediante el uso de un



palillo recubierto con algodón que se frota suavemente en la pared interna de la mejilla se obtiene una muestra apropiada para realizar la prueba de ADN. El ADN extraído de las células de la cavidad bucal es tan bueno como el de la sangre para realizar un estudio de ADN para paternidad.

Utilización

Actualmente el ADN, constituye un portador de información genética y dentro de las distintas áreas del derecho es una prueba, por medio de la cual un infante puede beneficiarse o un supuesto delincuente obtener su libertad.

La identificación genética como parte del estudio de la prueba dio inicio, en especial con los indicios físicos y entre ellos, los rastros clasificados por su naturaleza, tales como huellas, manchas y/o sustancias, síntomas, señales, marcas, residuos y partículas.

La identificación genética viene auxiliando a la justicia. Ella se basa en lo que los especialistas denominan marcadores genéticos, primeramente fueron los grupos sanguíneos, luego las enzimas y proteínas sanguíneas y últimamente el ADN.



Ventajas de esta tecnología

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

Las razones que llevan a realizar un estudio de ADN para determinar la paternidad son muy diversas. Habitualmente pueden separarse en dos tipos básicos de motivaciones

Razones personales

Dudas acerca de la paternidad cuando la pareja es reciente, o cuando la pareja ha pasado por una separación temporaria. También se realizan estudios de ADN para confirmar la paternidad biológica en casos de adopción.

Razones judiciales

La prueba de paternidad es un eficaz medio de prueba para resolver cuestiones que han llegado a juicio; como disputas por hijos ilegítimos, divorcio, custodia, derechos de visita, herencia o adopción. También suele requerirse en ciertos casos de inmigración, seguros médicos, beneficios de seguro social, y hasta para resolver casos de intercambios de recién nacidos en hospitales.



Hacer una prueba de paternidad no es una decisión fácil de tomar. Es por ello que el resultado de la prueba no debe dar lugar a ningún tipo de duda. La confianza en la veracidad del resultado es vital.

No hay duda de que el costo del estudio será un factor a considerar. Los costos de una prueba típica pueden llegar hasta cerca de 600 dólares americanos.

La prueba de ADN para comprobar quién es el padre biológico de un niño se puede realizar en Guatemala; ya no es necesario enviar la muestra al exterior. La Universidad Mariano Gálvez cuenta con un laboratorio que ofrece entregar los resultados en una semana.

El Congreso de la República de Guatemala aprobó el pasado 23 de julio de 2008 el Decreto número 39-2008, que obliga a los hombres a someterse a pruebas para comprobar la paternidad de un niño. Si el resultado es negativo, la mujer que demandó el test deberá pagarlo.

“Quisimos ser los pioneros en el manejo de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) en el país. Nadie ofrece localmente pruebas de paternidad. Contamos con una metodología estandarizada que sólo se usa en instituciones como el FBI”.⁵⁸ explica Eyda Mendía de Campollo, directora del laboratorio de bioquímica de la Universidad Mariano Gálvez.

⁵⁸ www.universidadmarianogalvez.edu.gt. **Laboratorio clínico**. (Guatemala, 7 de julio de 2009).



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

El laboratorio universitario comenzó a funcionar en 2004 para uso docente, y en mayo de 2008 abrió sus puertas al público. Ha atendido alrededor de 150 personas, ya que la prueba de paternidad requiere la presencia de la madre, el hijo y el presunto padre; ha realizado 60 pruebas.

4.1.1. Proceso

La prueba de paternidad suele determinarse a través de la extracción de sangre, pero en el caso de una para uso forense, la muestra puede variar entre un extracto de saliva, célula, tejido, hueso, semen o cabello.

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

⁵⁹ explica Mendía de Campollo.

⁵⁹ **Ibid.**



Antes de comenzar el proceso, en un espacio conocido como área blanca -un laboratorio libre de polvos e impurezas-, se preparan los reactivos para la identificación de ADN.

Cuando los químicos están listos, se deben seguir cuatro pasos: extracción, amplificación, cuantificación y secuenciación del ADN. Este proceso dura una semana y tiene un costo entre US\$400 y US\$800. El único requisito que exige el laboratorio es que la persona se pueda identificar plenamente, y si es para uso jurídico debe existir un requerimiento formal.

“Esta factura no puede ser trasladada al seguro de salud. De acuerdo con Mario Mendizábal, de la Asociación Guatemalteca de Instituciones de Seguros (AGIS), la prueba de paternidad no entra en la categoría de riesgo que goza de cobertura, por tratarse de un aspecto legal”.⁶⁰

El equipo de la Universidad Mariano Galvez también trabaja en la identificación de perfiles genéticos para las personas que fallecen fuera y cuyos familiares desean darles sepultura en el país.

⁶⁰ Ibid. 8/07/2009.

Según Mendía de Campollo, en el futuro proyectan colaborar con institutos de criminología: “Estamos en proceso de establecer algunas líneas de cooperación con ellos, y esperamos en el futuro poder apoyarlos”.⁶¹

Existen en el mercado pruebas más económicas que emplean métodos de menor complejidad con niveles de precisión menores, pero éstas no son recomendables.

4.2. Juicios de paternidad y filiación

4.2.1. Determinación legal de la filiación

Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada.

4.2.2. Ejercicio de las acciones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal.

Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en el Artículo 14 del Código Civil, que correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal.

⁶¹ **Ibid.** 9/04/2009.



¿A quién se demanda?

En estos procesos serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos.

4.2.3. Especialidades en materia de procedimiento y prueba

- En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. Esto según lo regulado en el Artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, ya que la vía del proceso es la ordinaria y en este Artículo se establecen los requisitos que debe contener cualquier demanda.
- En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad mediante la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros cientos veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia. Artículo 200 del Código Civil.



- Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo. Esto de conformidad con lo regulado en los Artículos 203, 211, 223 del Código Civil.
- La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios. Según lo regulado en el Artículo 221 numeral 5º. del Código Civil.

4.2.4. Determinación y prueba de la filiación

La determinación de la filiación (paternidad o maternidad), tiene efectos retroactivos, lo que indica que, tales efectos parecen ligados a la determinación legal de la filiación, señalando oficialmente quién o quiénes son los progenitores, desde el momento en que nació el hijo.

La prueba se acredita con la inscripción en el Registro Civil del Registro Nacional de Personas, por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado.



4.2.5. La presunción de paternidad del marido

El Código Civil establece en el Artículo 199 que se presumen hijos del marido, los nacidos después del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

4.3. Medidas cautelares

Con respecto a esto en el Artículo 12 de la Ley de Tribunales de Familia se regula: “Los Tribunales de Familia tienen facultades discrecionales. Deberán procurar que la parte más débil en las relaciones familiares quede debidamente protegida...”

Cuando el Juez considere necesaria la protección de los derechos de una parte, antes o durante la tramitación de un proceso, puede dictar de oficio o a petición de parte toda clase de medidas precautorias, que se ordenarán sin más trámite y sin necesidad de prestar garantía”.

4.4. Aspectos positivos de la reforma Código Civil

Tuvieron que pasar muchas décadas para que en Guatemala se promulgara la reforma del Código Civil en relación a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) en los juicios de paternidad y filiación; misma que ha venido



a complementar diferentes ordenamientos jurídicos que buscaron con anterioridad lograr una conciencia social fomentando la paternidad responsable; a continuación se hará una pequeña reseña de uno de estos ordenamientos jurídicos por considerarse importante para lograr establecer los aspectos positivos y negativos que trajo consigo la reforma del Código Civil; por medio del Decreto número 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, denominado: Paternidad, ADN para la Filiación. (Ver anexo).

En el dos mil uno la extrema pobreza que se vivía en Guatemala y el lograr distintos factores como por ejemplo: una paternidad responsable, una maternidad responsable, igualdad de derechos entre hombres, mujeres, niños y niñas, propició la creación del Decreto número 42-2001 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Desarrollo Social.

El gobierno basó su creación en el siguiente fundamento teórico. La Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “El Estado protege la vida humana desde su concepción, así como la libertad, todos los seres humanos deben considerarse libres e iguales en dignidad y derechos, así como el hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil tienen iguales oportunidades y responsabilidades”.

Proteger a la familia social, jurídica y económicamente, es un deber del Estado y para ello promoverá su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos. Los derechos fundamentales



del ser humano son: Educación, salud, trabajo y asistencia social, y la obligación del Estado, de garantizarlos es de acuerdo a la Constitución Política de la República de Guatemala. La condición para que las personas accedan a una mejor calidad de vida se basa en el desarrollo social, económico y cultural de la población. Están obligados a proporcionar el desarrollo social, económico y tecnológico: El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional, previniendo la contaminación del medio ambiente y tendiente a mantener el equilibrio ecológico. Para lograr lo anterior, se hace necesario generar una política integrada de desarrollo que tenga planes y programas a medio y largo plazo. La salud reproductiva debe considerarse como prioridad dentro de las acciones tendientes a promover la salud de la mujer. Compromisos relacionados con la población y desarrollo del Estado de Guatemala que adquirió el país en los Acuerdos de Paz así como en convenios internacionales.

El objeto de la Ley de Desarrollo Social fue la creación de un marco jurídico que permitiera fomentar los procedimientos legales y de políticas públicas para llevar a cabo la promoción, planificación, coordinación, ejecución, seguimiento y evaluación de las acciones gubernamentales y del Estado; encaminadas al desarrollo de la persona humana en los aspectos social, familiar, humano y su entorno, con énfasis en los grupos de atención especial.

En el capítulo III de la Política de Desarrollo Social y Población se establecen objetivos básicos y fundamentales de la Ley de Desarrollo Social, los cuales se encuentran



comprendidos del Artículo 10 al Artículo 16 pero es el Artículo 15 en el cual se pondrá más atención, pues establece lo siguiente:

“Artículo 15. Paternidad y Maternidad Responsable. La Política de Desarrollo Social y Población considerará, promoverá e impulsará, programas y acciones para garantizar el ejercicio libre y pleno de la paternidad y maternidad responsable, entendidas éstas como el derecho básico o inalienable de las personas a decidir libremente y de manera informada, veraz y ética, el número y espaciamiento de sus hijos e hijas, el momento para tenerlos, así como el deber de los padres y madres en la educación y atención adecuada de las necesidades para su desarrollo integral; para tal efecto el Estado fortalecerá la salud pública, la asistencia social y la educación gratuita”.

De acuerdo a lo citado anteriormente, se puede deducir que no tendría que haber irresponsabilidad en la maternidad y paternidad; pero cómo se podía cumplir ésta si en muchas ocasiones resultaba prácticamente imposible comprobar la paternidad de un menor en el juicio de paternidad y filiación por no admitirse la prueba de ADN, este problema se patentizaba más fuerte en las áreas rurales del país; específicamente en las áreas del altiplano.

La Ley de Desarrollo Social protege especialmente a los grupos siguientes, según lo regulado en el Artículo 16 de la misma:

“Artículo 16. Sectores de especial atención. Para efectos de la presente Ley, se considera como grupos o sectores que merecen especial atención en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de la Política de Desarrollo Social y Población, a los siguientes:

1. Indígenas
2. Mujeres
3. Áreas precarias
4. Niñez y adolescencia en situación de vulnerabilidad
5. Personas adultas mayores
6. Discapacitados
7. Población migrante
8. Otros grupos”.

La legislación guatemalteca brinda una atención especial tanto a mujeres como a los niños y adolescentes, ya que conoce el grado de vulnerabilidad que tienen estos grupos dentro de una sociedad. Situación que se refleja en cada proceso en el cual la mujer pide el reconocimiento de su hijo por medio de la paternidad y filiación.

4.4.1. El ADN, encaminado a una paternidad responsable

En Centro América, fue Costa Rica el pionero en instaurar un procedimiento más informal para solicitar las declaratorias de paternidad, se admitió como prueba fundamental el examen de marcadores genéticos, se permitió la declaratoria



administrativa de paternidad, esto si el padre no se apersonaba en el proceso; además el padre que se oponía a asumir su paternidad perdía la patria potestad.

El licenciado Cristian Chinchilla Monge, remitió a la página legal de internet de la Universidad Florencio del Castillo, un artículo sobre una ley que tituló Detalles sobre la Ley Responsable, indicando lo siguiente: “Por Ley 8101, del veintisiete de abril del dos mil uno, se ha publicado en la Gaceta No. 81, la ley que vino a revolucionar una de las ramas del Derecho Privado, como la materia de familia; esto en cuanto a la filiación de los menores habló de la Ley de Paternidad Responsable”.⁶² (sic).

Esta ley ha llenado satisfactoriamente las expectativas de los legisladores que la impulsaron con gran acierto. Esta normativa pretende brindarle a las madres un proceso más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial, que se encuentra colapsado, esto a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional.

En el pasado para que una madre soltera pudiera optar por los derechos básicos de un niño; es decir, establecer una filiación con su progenitor, alimentación o derecho a heredar, tenía que esperar meses incluso años para hacer valer estos derechos.

Hoy en Costa Rica mediante la Ley en mención, la madre simplemente declara ante el Registro Civil quien es el padre del menor y automáticamente transcurrido el plazo y de

⁶² www.universidadflorenciocastillo. **Detalles ley de paternidad responsable**. (Guatemala, 2 de julio de 2009).

no haber oposición del presunto padre, el niño quedará con los apellidos de éste. O bien cuando, el hombre no se presenta a la prueba del ADN los menores podrán gozar de todos los derechos ya citados, como alimentación, educación, recreación, asistencia médica, vestido y el más importante, el establecimiento de una filiación.

La citada ley sólo tiene efectos a futuro, es decir, sólo es aplicable a niños y a niñas que hayan nacido posterior a su vigencia y a pesar de las bondades de la misma no es posible el efecto retroactivo en cuanto al modo de inscripción y reconocimiento de los menores ante el Registro Civil. Esto no significa que las madres cuyos hijos aún no gozan del beneficio de una filiación no tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos. En estos casos la madre deberá contar con la asistencia de un abogado que plantee formalmente el procedimiento ante los tribunales de familia del lugar donde resida.

Lamentablemente, implementar una Ley de Paternidad Responsable en Guatemala, similar a la de Costa Rica, resulta un tanto complejo por las condiciones culturales, sociales y económicas que existen actualmente en el país, siendo éstas las siguientes:

- a) El Seguro Social u otra institución gubernamental en Guatemala no cuenta con Laboratorio de ADN para poder realizar las pruebas en forma gratuita, por consiguiente su costo es muy elevado.



- b) Las mujeres guatemaltecas generalmente son pobres, analfabetas, sumisas, indígenas.
- c) Guatemala es un país pobre y con población que vive en extrema pobreza.
- d) La tasa de natalidad es alta por embarazos no deseados
- e) El número de niños no reconocidos por su padre es alto.

De acuerdo a lo anteriormente citado, se puede concluir que mediante la reforma realizada al Código Civil, Guatemala dio un gran paso para lograr reducir el número de niños que no cuentan con el reconocimiento de su progenitor; puesto que ahora las madres solteras ya pueden solicitar la prueba del ADN, que si bien es cierto tiene un costo alto, éste resulta mínimo en comparación a lograr probar la paternidad del menor.

Con la realización de la presente investigación se logró determinar que existen muchas posturas y opiniones en relación a los aspectos positivos que trajo consigo la reforma del 106 Código Civil mediante el Decreto número 39-2008 del Congreso de la República de Guatemala, respecto a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico ADN las cuales conducen a hacer las siguientes conclusiones:

- a) La medida constituye un avance para la población, pues la paternidad irresponsable es uno de los factores que más preocupan.



- b) La reforma trajo consigo el aumento de las demandas de paternidad y filiación en los diferentes tribunales de familia de todo el país; pues ahora se tienen más posibilidades de demostrar la paternidad del menor en un tiempo relativamente corto.
- c) Una vez ya reconocido el menor, las madres solteras pueden solicitar una pensión alimenticia mediante un juicio oral, para lograr así el apoyo económico del progenitor y brindarles mejores condiciones de vida a los menores de edad.
- d) Con la aprobación de la reforma, que incluye la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico; inicia un cambio en Guatemala, porque los padres van a empezar a reconocer su responsabilidad.
- e) La reforma establece que si el presunto padre se negare a someterse a la práctica de dicha prueba, ordenada por juez competente, su negativa se tendrá como paternidad, salvo prueba en contrario. Gracias a ello cada día son más los padres de familia que se acercan a los tribunales sin el auxilio de un abogado a reconocer a sus hijos.
- f) Mediante esta reforma se dignifica a las madres solteras que hasta hoy habían sido las encargadas de velar por la guardia y cuidado de los menores; puesto que ellas eran las únicas que se preocupaban por garantizarles un futuro.



4.5. Aspectos negativos de la reforma al Código Civil

Asimismo, en el transcurso de la investigación se logró determinar que existe tan sólo un aspecto negativo en relación a la reforma del Código Civil, en cuanto a la admisibilidad de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico ADN en los juicios de paternidad; y es la falta de instituciones estatales que realicen dicha prueba, ya que esto tiene como consecuencia un alto costo en la realización de la misma.

Actualmente, el Instituto Nacional de Ciencias Forenses (INACIF), envía la orden para ese tipo de pruebas a la Universidad de Granada, España, y puede tardar en regresar al país de un mes a un año. Eso depende del tipo de análisis que se requiere.

Entonces, las autoridades estatales deben atender este tema en cuanto al fortalecimiento del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, para implementar en él un laboratorio estatal que realice esta prueba; asegurando así una mayor rapidez en la realización de la misma y por ende en la declaratoria de filiación.

Además es de suma importancia que las autoridades estatales se acerquen a las diferentes áreas rurales del país; específicamente en las zonas del altiplano, para darles a las madres solteras de estas localidades la información concerniente a la reforma realizada al Código Civil, puesto que se pudo comprobar que en muchas de estas zonas las madres solteras desconocen la misma, persistiendo así el problema de la paternidad irresponsable.



CONCLUSIONES



1. En Guatemala muchos niños y niñas no son reconocidos por el padre, lo que les ocasiona no sólo problemas económicos sino que también problemas psicológicos y morales por no tener el apellido del padre.
2. La prueba de ADN demuestra claramente la paternidad y filiación de un menor lo que viene a ser un medio irrefutable para el padre irresponsable; pero aún así no ha tenido el éxito esperado porque el precio que se paga por la misma es muy costoso, si se toma en cuenta que la mayoría de la población es de escasos recursos.
3. El Instituto Nacional de Ciencias Forenses no cuenta todavía con laboratorio propio para realizar pruebas de ADN, lo que significa pérdida de tiempo en un juicio de filiación, mientras tanto el menor afectado no puede reclamar alimentos.
4. Existen áreas rurales específicamente en el altiplano en las cuales aún se desconoce todo lo concerniente a la admisión de la prueba biológica del del ADN y todas las ventajas de ésta; es por ello que en estos lugares prevalecen los menores que no son reconocidos por sus progenitores.
5. Si bien la prueba del ADN constituye una pericia bastante sofisticada, es muy importante que abogados, jueces y fiscales, comprendan los fundamentos de esta pericia.



RECOMENDACIONES



1. Todo niño tiene derecho a ser reconocido por su progenitor; por lo que el Estado de Guatemala tiene que concientizar a todos sus habitantes sobre la paternidad responsable, que conlleva no sólo una obligación económica sino que también el proporcionar amor y cuidado a los hijos.
2. Al aceptar la prueba biológica del ácido desoxirribonucleico se dio un gran paso positivo como ya se mencionó, es por ello que el gobierno de Guatemala debe buscar la manera de agenciarse de fondos, solicitando el apoyo internacional necesario a manera que existan en el país laboratorios estatales que realicen la mismas para lograr bajar su costo.
3. En el presupuesto estatal ha de destinarse un fondo específico para la creación de un laboratorio en el Instituto Nacional de Ciencias Forenses de Guatemala; el cual sería el encargado de realizar las pruebas de ADN dentro de los procesos de paternidad y filiación a manera de lograr acelerar el desarrollo de los mismos.
4. Al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social corresponde realizar campañas masivas en el altiplano del país para dar a conocer en cada lugar lo relacionado a la prueba de ADN, así como la admisibilidad de ésta en los procesos de paternidad y filiación.



5. Al Estado le concierne dar capacitaciones que permitan fortalecer los fundamentos de la pericia del ADN a los jueces, abogados y fiscales, ya que ello les permitirá cuestionar el valor de la misma y saber si lo que se muestra en un proceso se ajusta a los estándares internacionales que las leyes exigen.



ANEXO

Reforma el Código Civil, respecto a la admisión de la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-

DECRETO NÚMERO 39-2008

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA



CONSIDERANDO:

Que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común, debiendo garantizar el desarrollo integral de la persona, así como legitimar que el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades y que la Constitución Política de la República establece la protección a la familia promoviendo su organización sobre la base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable, así como la protección a menores, protegiendo la salud física, mental y moral; debiéndoles garantizar su derecho a la alimentación, salud, educación, seguridad y previsión social.

CONSIDERANDO:

Que los elementos establecidos para que se declare judicialmente la paternidad son insuficientes, poco determinantes y limitativos, puesto que pareciera que sólo si se dan los elementos detallados en el artículo objeto de la reforma, se puede justificar, probar y declarar la paternidad en la vía judicial, sin estimar los avances científicos en la materia.

CONSIDERANDO:

Que el juicio ordinario para reconocimiento de paternidad constituye un proceso largo y desgastante, sobre todo para la mujer, que en muchos casos afronta un litigio vergonzoso, e incluso para el menor por lo que, algunas veces prefiere no recurrir a la vía judicial, dejando de esta forma en desamparo emocional y económico a los menores de parte de sus padres, siendo por lo tanto, la prueba de ADN, idónea para estos procesos con un 99.99% de certeza, cumpliendo de esta forma con la aplicación de la ley en forma pronta y cumplida y no sometiendo a las madres a juicios que menoscaban su dignidad y la de sus hijos.



POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL, DECRETO LEY NÚMERO 106 DEL JEFE DE GOBIERNO

Artículo 1. Se reforma el artículo 200, el cual queda así:

"Artículo 200. Prueba en contrario. Contra la presunción del artículo anterior no se admiten otras pruebas que la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico (ADN), así como haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia."

Artículo 2. Se adiciona el numeral 5°. al artículo 221, el cual queda así:

"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.

La prueba del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-, deberá ser ordenada por juez competente, pudiendo realizarse en cualquier institución de carácter pública o privada, nacional o extranjera especializadas en dicha materia. Este medio de prueba, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley para su admisibilidad. En juicios de impugnación de paternidad o maternidad, será admisible en iguales condiciones y circunstancias, la prueba molecular genética del Ácido Desoxirribonucleico -ADN-."

Artículo 3. Vigencia. El presente Decreto entrará en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

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

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL VEINTITRÉS DE JULIO DE DOS MIL OCHO.



Arístides Baldomero Crespo Villegas
Presidente en Funciones

José Roberto Alejos Cámara
Secretario

Baudilio Elinohet Hichos López
Secretario

PALACIO NACIONAL: Guatemala, veintidós de agosto del año dos mil ocho.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

COLOM CABALLEROS
Francisco Jiménez
Ministro de Gobernación

Carlos Larios Ochaita
Secretario General
de la Presidencia de la República

BIBLIOGRAFÍA



- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala.** 1t., 1vol. 1ª. Guatemala: Ed. Reimpresión, 1983.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 5t., 14ª. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 1979.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco.** 1 vol. Guatemala: Ed. Magna terra, 1999.
- CHIERI, Primarosa y Eduardo A. Zannoni. **Prueba del ADN.** Buenos Aires: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1999.
- DELGADO CASTELLANOS, Heidy Pamela. **Procedimiento de Diligenciamiento e Incorporación del Informe Pericial de Paternidad en base al cotejo de ADN a los Juicios de Filiación Extramatrimonial.** Guatemala: (s.e.), 2006.
- DI LELLA, Pedro. **Paternidad y pruebas biológicas.** Buenos Aires: Ed. Depalma, 1999.
- ESPAÑA PORTILLO, Nery Salvador. **Ley de Desarrollo Social, juicio de filiación y el Ácido Desoxirribonucleico (ADN) encaminados a obtener una paternidad responsable.** Guatemala: (s.e.), 2004.
- G. H. Airson de Glinberg. **El sistema de histocompatibilidad sanguínea H. L. A.** Bogota: Ed. Panamericana, 2000.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. **Acciones de filiación.** Costa Rica: Ed. Continental S. A., 2001.
- MUÑOZ, Ismael. **Como restaurar la familia.** México: Ed. Limusa S. A., 2000.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español. Tomo V** 3ª. ed. Revisada y puesta al día. Madrid, España: Ed. Pirámides, S. A., 1976.



RUIZ GRIJALVA, René Oswaldo. **Análisis de Reconocimiento y la Necesidad de Regular la Prueba de ADN y que se Establezca como Causa para Declarar la Paternidad y Filiación la Negativa para Someter a dicha Prueba en los Procesos de Familia.** Guatemala: (s.e.), 2003.

www.universidadflorenciocastillo. **Detalles ley de paternidad responsable.** (Guatemala, 2 de julio de 2009).

www.universidadmarianogalvez. **Laboratorio clínico.** (Guatemala, 7 de abril 2009).

Legislación:

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

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

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

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

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

Ley de Adopciones. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 77-2007, 2007.

Ley de Desarrollo Social. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 42-2001, 2001.

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

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

Paternidad, ADN para la Filiación. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 39-2008, 2008.