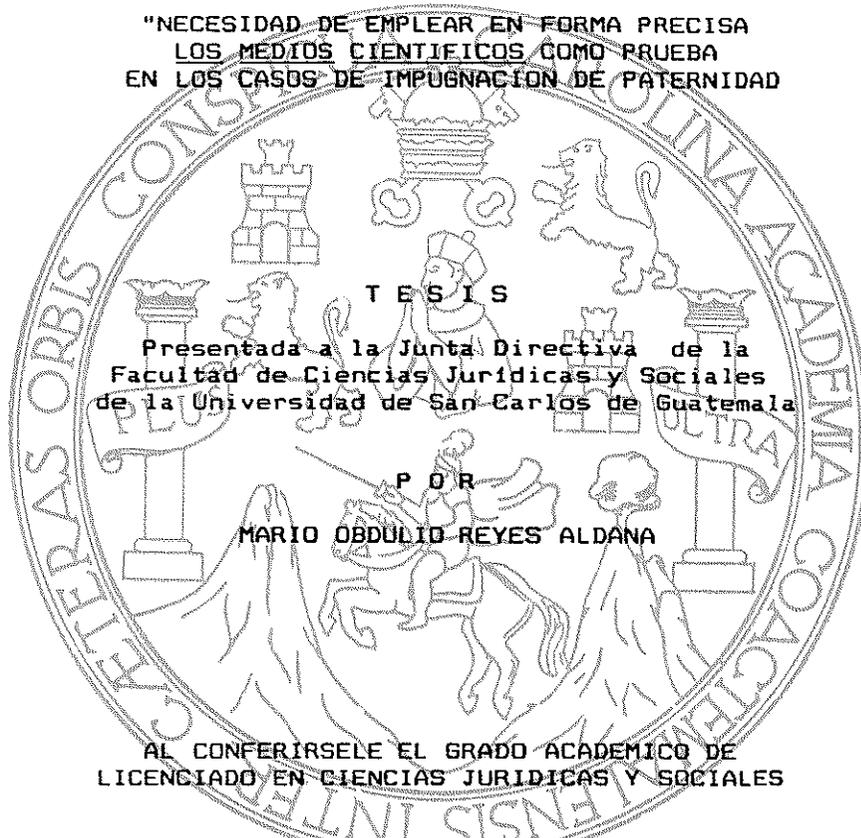


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"NECESIDAD DE EMPLEAR EN FORMA PRECISA
LOS MEDIOS CIENTIFICOS COMO PRUEBA
EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD



TESIS

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

P O R

MARIO ABDULIO REYES ALDANA

AL CONFERIRSELE EL GRADO ACADÉMICO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y LOS TÍTULOS PROFESIONALES DE
ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, AGOSTO DE 1995.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

39
(30803)
C-4

JUNTA DIRECTIVA DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

SECRETARIO	LIC. CARLOS HUMBERTO MANCIO BETHANCOURT
VOCALES	
VOCAL I.	LIC. LUIS CESAR LOPEZ PERMOUTH
VOCAL II.	LIC. JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
VOCAL III.	LIC. ROOSVELT GUEVARA PADILLA
VOCAL IV.	BR. EDGAR ORLANDO NAJARRO VASQUEZ
VOCAL V.	BR. CARLOS LEONEL RODRIGUEZ FLORES
SECRETARIO	LIC. CARLOS HUMBERTO MANCIO BETHANCOURT

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

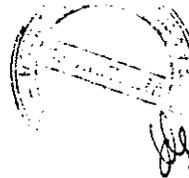
SECRETARIO en funciones)	LIC. MARIO ESTUARDO GORDILLO GALINDO
EXAMINADOR	LIC. RONALD MANUEL COLINDRES ROCA
EXAMINADOR	LIC. HECTOR ANIVAL DE LEON VELASCO
EXAMINADOR	LIC. ROOSVELT GUEVARA PADILLA
SECRETARIO en funciones)	LIC. OSCAR HUGO MENDIETA ORTEGA

NOTA : "Unicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis" (Articulo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



Maura Ofelia Paniagua Corzantes
Abogado y Notario

Oficina: 10a. Avenida 12-42, Zona 1 - Apto. 22 y 23 - Teléfono: 514217 -- Guatemala, Guatemala, C. A.



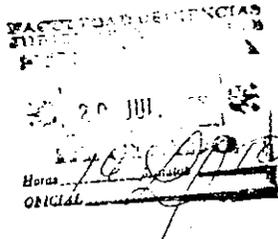
2329-95

Guatemala, 19 de Julio de 1,995.

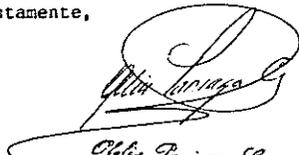
Señor Decano:

De conformidad con la resolución emitida por ese Decanato, fui designada asesora de tesis del bachiller MARIO OBDULIO REYES ALDANA quien desarrolló el tema "NECESIDAD DE EMPLEAR EN FORMA PRECISA LOS MEDIOS CIENTIFICOS, COMO PRUEBA EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD."

El trabajo reviste una gran importancia, dentro del derecho procesal, pues viene a demostrar que a través de la prueba científica el vacío existente en cuanto a la forma de probar la paternidad es más viable; el tema fue desarrollado en forma muy profesional, el autor puso mucha dedicación y empeño en el mismo, estimo que el contenido constituye un aporte valioso para los estudiosos del derecho, por lo que felicito al autor. Habiéndose cumplido los requisitos del Reglamento respectivo, emito Dictamen FAVORABLE y considero que el trabajo debe ser aprobado, previa discusión en examen público.



Atentamente,

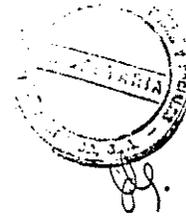

Ofelia Paniagua Corzantes
ABOGADO Y NOTARIO

SEÑOR DECANO
LICENCIADO JUAN FRANCISCO FLORES JUAREZ
FACULTAD DE CIENCIAS DE JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Edif. Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, veintiuno de julio de mil novecientos noventa
y cinco.-----

Atentamente pase al Lic. JOSE LUIS AGUILAR MENDEZ, para -
que proceda a revisar el trabajo de tesis del Bachiller -
MARIO OBDULIO REYES ALDANA y en su oportunidad emita el -
dictamen correspondiente.-----

alht



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



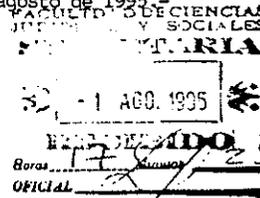
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



2479-95

Guatemala, 1 de agosto de 1995.

Lic. Juan Francisco Flores Juárez
Decano de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho:



Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que, por resolución de esa Decanatura, se me designó como Revisor de Tesis del Bachiller MARIO OBDULIO REYES ALDANA, quien elaboró el trabajo intitulado: "NECESIDAD DE EMPLEAR EN FORMA PRECISA LOS MEDIOS CIENTÍFICOS COMO PRUEBA EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD".

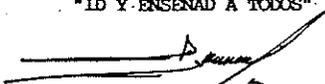
El trabajo de Tesis presentado, se encuentra a mi juicio bien concebido y toca aspectos por demás interesantes como lo son entre algunos, el Parentesco, la Filiación, la Paternidad, resaltándose en especial, los Medios Científicos de Prueba en aquellos casos en los cuales se Impugna la misma, destacándose entre estas, la Prueba Hematológica y la Prueba del DNA, llegando a conclusiones sumamente valiosas y a constituir el trabajo, en un aporte bibliográfico para los estudiosos del Derecho Procesal.

En consecuencia se comparte los conceptos vertidos por la Asesora de Tesis, en el sentido de que el trabajo presentado cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento Técnico Profesional y Público de Tesis.

En tal virtud, emito DICTAMEN FAVORABLE, para que el trabajo en mención pueda ser discutido en el Exámen Público de Tesis, previo a la obtención del Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos Profesionales de Abogado y Notario.

Sin otro particular me suscribo del Señor Decano deferentemente,

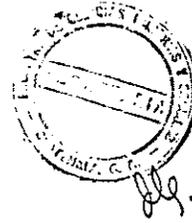
"DÉJEME Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. ~~Luis~~ Luis Aguilar Méndez
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

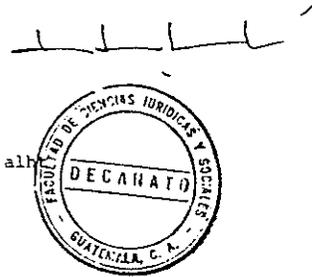


FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, tres de agosto de mil novecientos noventa y -
cinco. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller MARIO OBDULIO
REYES ALDANA intitulado "NECESIDAD DE EMPLEAR EN FORMA PRE
CISA LOS MEDIOS CIENTIFICOS COMO PRUEBA EN LOS CASOS DE IM
PUGNACION DE PATERNIDAD". Artículo 22 del Reglamento para
Exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis. -----



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DEDICATORIA :

A: DIOS Y A LA VIRGEN MARIA.

A MI MADRE: FELISA ALDANA REYES DE CABRERA

A MI PADRE: LIC. FRANCISCO REYES IXCAMEY

A MIS HERMANAS: KHRISSTIAN LUCIA CABRERA ALDANA
ASTRID CELESTE CABRERA ALDANA

A MIS ABUELOS: VALENTINA REYES DE ALDANA
EULALIO ALDANA
FRANCISCO REYES REYES

A EL ESPOSO DE MI MADRE MARIO CRISTIAN CABRERA LARA

A: LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE GUATEMALA

I N D I C E :

INTRODUCCION	i
I. GENERALIDADES.	
A) PARENTESCO	1
A-1) PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD	2
A-2) PARENTESCO POR AFINIDAD	2
A-3) PARENTESCO CIVIL	3
A-4) PARENTESCO ESPIRITUAL	3
A-5) SISTEMA PARA COMPUTAR EL PARENTESCO	4
A-6) REGULACION LEGAL DEL PARENTESCO	4
B) FILIACION.	6
B-1) MATERNIDAD Y PATERNIDAD	7
B-2) FILIACION LEGITIMA	8
B-3) FILIACION ILEGITIMA	8
B-4) FILIACION NATURAL	9
B-5) FILIACION ILEGITIMA NO NATURAL	9
B-6) FILIACION LEGITIMADA	9
B-7) FILIACION ADOPTIVA	10
B-8) REGULACION LEGAL DE LA FILIACION	10
B-9) FILIACION MATRIMONIAL	11
B-10) FILIACION CUASIMATRIMONIAL	11
B-11) FILIACION EXTRAMATRIMONIAL	11
B-12) FILIACION ADOPTIVA	11
C) PATERNIDAD.	13
C-1) PROHIBICION ABSOLUTA DE LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD	14
C-2) PROHIBICION DE LA INVESTIGACION CUANDO CONCURRAN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS EN LOS PADRES	15
C-3) PROHIBICION DE LA INVESTIGACION CUANDO LA PRUEBA EN QUE SE APOYA NO ES DE LAS QUE LA LEY ESTABLECE	15
C-4) SISTEMA DE LA LIBERTAD ABSOLUTA	15
C-5) DERECHO GUATEMALTECO	16

II. CAUSAS QUE MOTIVAN A IMPUGNAR LA PATERNIDAD

A)	INTRODUCCION	19
	A-1) EL SISTEMA ABIERTO	19
	A-2) EN EL SISTEMA CERRADO	20
	A-3) EL CODIGO CIVIL GUATEMALTECO	21
B)	FALTA DE CONVIVENCIA CONYUGAL	22
	B-1) DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR FALLECI- MIENTO DEL CONYUGE	23
	B-2) DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO	23
	B-3) EFECTOS DE LA RECONCILIACION ENTRE LOS CONYUGES	24
	B-4) AUSENCIA DECLARADA DEL MARIDO	25
C)	IMPOSIBILIDAD DE ACCESO A LA MUJER	25
	C-1) COMPRESION DE LA IMPOSIBILIDAD DE ACCESO	26
	C-2) INTERPRETACION DE LA IMPOSIBILIDAD DE ACCESO	27
D)	ADULTERIO E INFIDELIDAD DE LA MUJER Y OCULTA- CION DEL PARTO	28
	D-1) ADULTERIO DE LA ESPOSA	29
	D-2) OCULTACION DEL PARTO	30
E)	IMPOTENCIA DEL MARIDO	31
F)	CONFLICTO DE PATERNIDADES	32
	F-1) CONFLICTO ENTRE UNA PATERNIDAD MATRI- MONIAL Y UNA EXTRAMATRIMONIAL	34
	F-2) SEPARACION DE HECHO DE LOS CONYUGES	35
	F-3) CONVIVENCIA DE LA ESPOSA CON OTRO HOMBRE	35
	F-4) AUSENCIA DE TITULO DE ESTADO DE HIJO MA- TRIMONIAL	35
G)	RECONOCIMIENTO DE UN HIJO POR UN TERCERO	36
	G-1) EN RELACION CON EL MARIDO	37

III. LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD Y
LOS SUJETOS TITULARES DE ESA PRETENSION

A)	QUE ES LA ACCION	39
	A-1) ACCION Y JUSTICIA	41
	A-2) ACCION Y DERECHO	42
	A-3) ACCION Y PRETENSION	42
	A-4) ACCIONES PUBLICAS Y PRIVADAS	43
	A-5) ACUMULACION DE ACCIONES	44
B)	QUE ES IMPUGNACION	44
	B-1) PODER DE IMPUGNAR	45
	B-2) OBJETO IMPUGNABLE	45
	B-3) ACTOS IMPUGNATIVOS	45
C)	LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD	46
D)	SUJETOS TITULARES DE LA ACCION	48
	D-1) IMPUGNACION HECHA POR EL PADRE, ESPOSO O MARIDO	48
	D-2) IMPUGNACION HECHA POR LA MADRE	50
	D-3) IMPUGNACION HECHA POR EL HIJO	51
	D-4) IMPUGNACION HECHA POR UN TERCERO INTE- RESADO LEGITIMAMENTE	53

IV. MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA
EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD

A)	QUE ES PRUEBA	55
	A-1) CONCEPTO DE PRUEBA	56
	A-2) OBJETO DE LA PRUEBA	57
	A-3) LA CARGA DE LA PRUEBA	59
	A-4) PROCEDIMIENTO PROBATORIO	60
	A-5) VALORACION DE LA PRUEBA	63

B)	LOS MEDIOS CIENTIFICOS	66
C)	LA PRUEBA HEMATOLOGICA Y LA PRUEBA DEL D N A EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD	67
	C-1) LA PRUEBA HEMATOLOGICA	67
	C-2) EL SISTEMA D N A	71
V.	PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD.	
A)	JURISDICCION Y COMPETENCIA	81
B)	TERMINO LEGAL PARA ACCIONAR LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD	85
C)	LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD Y EL JUICIO QUE LE CORRESPONDE	87
D)	PROCEDIMIENTO	89
VI.	EFFECTOS QUE PUEDE PROVOCAR LA IMPUGNACION DE PATERNIDAD	
A)	EFFECTOS SOCIALES Y FAMILIARES	97
B)	EFFECTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS	101
C)	SINTESIS DE LOS EFFECTOS	102
-	CONCLUSIONES	105
-	BIBLIOGRAFIA	107

I N T R O D U C C I O N :

La finalidad de ésta investigación, tiene un propósito especial que es coadyuvar en, un tema tan controversial como lo es; La Paternidad, y principalmente cuando ésta se desea impugnarla, por las diferentes causas o motivos que en éste trabajo se describen, la importancia radica en lo difícil que resulta probarla, si no se utilizan los medios de prueba idóneos en estos casos.

El objetivo principal de ésta tesis, es el demostrar la eficacia que tendría la aplicación de los diferentes métodos científicos, que existen para demostrar la paternidad, y que legalmente pueden ser utilizados, por aquellas personas, que son titulares de la acción y que tienen ese derecho para hacerlo valer ante el órgano jurisdiccional, ya sea para que se les excluya a éstos de la paternidad que se les imputa.

Considerando necesario tratar en el primer capítulo sobre aspectos doctrinarios en forma general sobre, los que es el Parentesco, la filiación y la paternidad, ya que constituyen, fuente informativa para la comprensión del tema investigado.

Luego en el capítulo segundo, se hace un estudio de las causas que motivan a impugnar la paternidad, en el que descansan los supuestos, por los cuales, las personas que se consideren afectadas puedan invocarlas, a efecto de poder impugnar la paternidad ya sea porque se le este adjudicando, o bién porque haya asumido dicha responsabilidad una persona que no le correspondía, por no ser él, el padre de la criatura.

En el capítulo tercero, se habla sobre la Acción de Impugnación de la Paternidad y los sujetos titulares a esa pretensión, es decir quienes son los que por derecho les corresponden impugnar la paternidad.

La Importancia del capítulo cuarto, radica en el análisis de los Medios Científicos de Prueba en los casos de Impugnación de la paternidad, indicando, que dentro de la prueba Científica, existen diferentes clases de métodos para comprobar la paternidad, teniendo como resultados que unos tengan más posibilidades de certeza que otros, tal como lo demostramos en ésta investigación, dichos medios tienen un solo fin, el de poder ayudarnos a resolver con la mayor seguridad, los asuntos relacionados con la PATERNIDAD, ya que en estos casos, no es suficiente el aportar como prueba, la declaración testimonial, la aportación de determinados documentos, la declaración de parte, etcétera. Sino que necesitamos de un medio de prueba idóneo que contenga, respuestas de gran credibilidad a los intereses de las partes y actualmente, el único que nos puede dar esa certeza, es LA PRUEBA CIENTIFICA a través de sus diferentes métodos que actualmente existen, por medio del análisis de los componentes de LA SANGRE, la que se utiliza para la realización de ésta prueba que es donde encontramos un universo de grandes respuestas a esas dudas.

En los capítulos quinto y sexto, indicaré cual es el procedimiento procesal a seguir cuando se desea impugnar la paternidad, en qué vía debe seguirse, ante qué órgano jurisdiccional debe interponerse y los efectos que va a producir la sentencia, en la vida del hijo.

Este trabajo, no hubiera sido posible concluirlo, sin la colaboración de: El especialista en Genética; Doctor, JULIO RAFAEL CABRERA VALVERDE, Doctor FRANCISCO ALBERTO VIAU DAVILA. y de los LABORATORIOS DE CRIMINALISTICA DE LA POLICIA NACIONAL, dirigidos por la licenciada jefe de ese departamento; Licenciada en Biología NIDIA HERNANDEZ a quienes agradezco su interés, para la realización de ésta investigación y permitir que sea una realidad.

Siendo mi mejor deseo el poder brindar, una investigación de beneficio, tanto a la facultad de CIENCIA JURIDICAS Y SOCIALES de la UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, como a los Abogados y todas las personas ligadas al derecho.

Esperando que esta investigación contribuya bastante al estudio y comprensión sobre lo que se refiere, a los MEDIO DE PRUEBA CIENTIFICA que existen ya sea, para probar y determinar la paternidad, para IMPUGNARLA ó solicitando su declaratoria.

C A P I T U L O : I .

G E N E R A L I D A D E S :

A) PARENTESCO:

El parentesco en sentido estricto hace referencia a la comunidad de sangre, es decir, a la **CONSANGUINIDAD** o parentesco de Consanguinidad, que liga a las personas que descienden unas de otras o bien de un antepasado común.

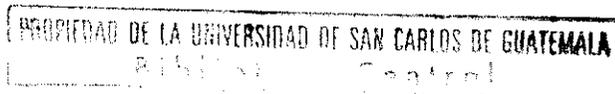
Pero en un sentido más amplio se llama también parentesco al vínculo del matrimonio, que existe entre cada cónyuge y los parientes del otro, parentesco que se denomina de **AFINIDAD**.

También, por ficción de la ley, existe parentesco por virtud de la adopción entre el adoptante y adoptado denominándosele parentesco **CIVIL**.

Dentro del derecho Cánico se conoce también el llamado Parentesco **ESPIRITUAL**, procedente de los sacramentos del Bautismo y Confirmación. (Beltrán de Heredia "Parentesco" Vol.IV Pág.385).

El concepto del parentesco fue ampliándose paralelamente al desarrollo del derecho. Antiguamente, el nexa sanguíneo era determinante: Por Ejemplo, se definía al parentesco como "LA RELACION O CONEXION QUE HAY ENTRE PERSONAS UNIDAS POR LOS VINCULOS DE LA SANGRE" (Escriche, Diccionario. Cit. Pág. 1380.). Sin perjuicio de reconocerse tangencialmente otras clases del mismo (El civil y El espiritual).

Según Rojina Villegas, "El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de



consecuencias de derecho" (Villegas Rojina Tomo II vol.I Pág.187.).

De los conceptos expuestos se infieren las distintas clases de parentesco generalmente admitidas, de las cuales una sola de ellas no tiene mayor relevancia para el derecho. En el orden resultante de la importancia que de los preceptos legales se advierte en cuanto a esta materia, puede decirse que las distintas clases de parentesco son:

A-1) PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD:

Generalmente definido como el que existe entre personas unidas por los vínculos de la sangre, o sea entre las personas que descienden unas de otras, o que sin descender una de otra proceden de una misma raíz o tronco, aclarándose que "Los que descienden uno de otro son los ascendientes y descendientes: los que descienden de una misma raíz son los hermanos tíos, sobrinos, primos, Etc., los cuales se llaman colaterales" (Escriche, Diccionario. Cit., Pág.1386.).

Para Rojina Villegas, "El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común" y aclara el concepto citando a PLANIOL: "La serie de parientes que descienden uno de otra, forman lo que se llama una línea. Es este el parentesco directo; se representa por medio de una línea recta yendo de uno de los parientes al otro, cualquiera que sea el número de intermediarios. En cuanto al parentesco que une a dos personas que descienden de un autor común, se llama parentesco colateral; su representación gráfica forma un ángulo; los dos parientes ocupan la extremidad inferior de los lados, y el autor común el vértice. Por tanto, los parientes colaterales no se hayan en la misma línea, forman parte de dos líneas diferentes, separadas a partir del autor común, el cual representa el punto de bifurcación; las dos líneas se prolongan a cada uno de los lados, explicando esto la expresión "COLATERAL" cada uno de los parientes está, con relación al otro, en una línea paralela a la suya collateralis". (Puig. Peña. Vol.II Pág. 188 T.I Ob.Cit.).

A-2) PARENTESCO POR AFINIDAD:

Es un parentesco resultante del matrimonio, que la ley reconoce entre uno de los conyuges, y los parientes del otro

y viceversa.

Con cierta imprecisión terminológica Puig Peña dice, que esta clase de parentesco "SE ORIGINA POR LA UNION QUE EXISTE ENTRE UN CONYUGE Y LOS PARIENTES DEL OTRO" (Puig Peña, T.I. Vol. III.Pág.182 Ob.Cit.).

Del parentesco por afinidad sólo surgen determinantes y restringidos efectos jurídicos, como, por ejemplo, el constituir impedimento absoluto para contraer matrimonio; no produce efectos en cuanto a la obligación alimenticia salvo entre los cónyuges o al orden de sucesión intestada.

A-3) PARENTESCO CIVIL:

Se le denomina también parentesco por adopción debido a que nace en razón de la misma. tienen necesariamente, los alcances y efectos que cada legislación le reconoce. "El parentesco civil escribe Puig Peña es el originado por la adopción, haciéndose parientes en virtud de ella el adoptante y el adoptado, y éste y la familia del adoptante" (Ibidem).

En Guatemala, conforme a lo dispuesto en el código Civil dice:

artículo 229 "...el parentesco que se establece entre adoptante y adoptado no se extiende a los parientes de uno y otro."

artículo 235 "El adoptante no es heredero legal del adoptado, pero éste si lo es de aquél."

artículo 237 "El adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca..."

A-4) PARENTESCO ESPIRITUAL:

También llamado parentesco religioso, se crea por administración de los sacramentos del Bautismo y Confirmación y se hacen parientes por él, el ministro del sacramento y la persona que lo recibe, los padres y los padrinos. (IBIDEM).

Esta clase de parentesco, no está reconocida por la legislación de Guatemala, aunque se reconoce en las relaciones sociales como una unión espiritual, no tan acentuada respecto al ministro religioso y quien recibe los

expresados sacramentos, como entre éste y padrinos y padres.

A-5) SISTEMA PARA COMPUTAR EL PARENTESCO:

Por la claridad y precisión con que se desarrolla el tema, se cita a Puig Peña, quien primero se refiere a la forma en que se computa el parentesco por las líneas y los grados.

LINEA ES LA SERIE DE PERSONAS QUE PROCEDEN DE UN MISMO TRONCO.

GRADO ES LA DISTANCIA QUE MEDIA ENTRE DOS PARIENTES.

La línea puede ser:

RECTA, CONSTITUIDA POR LA SERIE DE PERSONAS QUE PROCEN UNA DE OTRAS POR VINCULOS INMEDIATOS DE GENERACION; Y

COLATERAL, QUE COMPRENDE LA SERIE DE PERSONAS QUE AUN SIN ESTAR ENGENDRADAS ENTRE SI, PROCEDEN TODAS DE UN MISMO TRONCO.

La Línea Recta puede ser Ascendente y Descendente, según que desde la persona de que se trate se suba al tronco común o se baje hasta el último descendiente.

La Colateral puede ser Igual o Desigual, según que los parientes comprendidos en ella disten o no los mismos grados del tronco común.

Los sistemas de computación del parentesco son dos: EL CIVIL y EL CANONICO, aunque en la línea recta no haya discrepancia entre ellos, supuesto que en ambos rige la regla TANTOS SON LOS GRADOS COMO LAS GENERACIONES, la diferencia está, pues, en la línea colateral. En el sistema de computación CIVIL se hace subiendo al tronco común y luego descendiendo. (Ibidem).

A-6) REGULACION LEGAL DEL PARENTESCO:

El código reconoce expresamente tres clases de parentesco" El de CONSANGUINIDAD, dentro del cuarto grado; El de AFINIDAD, dentro del segundo grado; y. El CIVIL, que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el

adoptado; dispone, además, que los cónyuges son parientes, pero no forman grado (Artículo 190 del Código Civil).

artículo 193 "El parentesco se gradúa por el número de generaciones; cada generación constituye un grado."

artículo 194 "La serie de generaciones o grados procedentes de un ascendiente común forma línea."

artículo 195 "La línea es Recta, cuando las personas descienden unas de otras. y Colateral ó Transversal, cuando las personas provienen de un ascendiente común, pero no descienden unas de otras."

artículo 196 "En la línea recta, sea ascendente o descendente, hay tantos grados como generaciones, sin incluirse la del ascendiente común."

artículo 197 "En la línea Colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, subiendo desde la persona cuyo parentesco se requiere comprobar hasta el ascendiente común y bajando desde éste hasta el otro pariente."

artículo 198 "El parentesco de afinidad se computa del mismo modo que el de consanguinidad, y concluye por la disolución del matrimonio."

Para comprender con mayor claridad las disposiciones del código, que son las generalmente aceptadas por códigos de otros países, conviene citar a MESSINEO: "--El parentesco es contemplado por la ley especialmente con referencia del modo de computar sus grados--".

El Grado está constituido por una generación, o sea por la situación que deriva del hecho de que una persona ha nacido de otra (engendrado, respecto del engendrante).

En la Línea Recta, el computo se realiza calculando el número de las personas (entre las cuales se quiere establecer el grado de parentesco), excluyéndose el ascendente (TRONCO).

Así entre padres e hijos, media un grado de parentesco; porque entre ellos, media UNA GENERACION, o porque se trata

de dos personas, pero el tronco debe excluirse del conjunto; ellos son entre si parientes en primer grado. El abuelo y el nieto exfilio (hijo del hijo) son entre si parientes en segundo grado, porque entre ellos median dos generaciones, o porque se trata de tres personas, pero el tronco debe excluirse del conjunto, etc. Adviertase que, usualmente se llaman sobrinos (también) el engendrado por el hermano o por la hermana de una determinada persona (nepos ex fratre, o ex sorore, para distinguirlos del nepos ex filio). En la línea Colateral, el cómputo se realiza a base del número de las personas engendradas, contándolas remontándose de uno de los dos parientes (respecto de las cuales se quiere establecer el grado de parentesco) hasta el ascendiente (tronco común) y descendiente de éste hasta el otro pariente, excluido el ascendiente común...; así el tío y el sobrino son parientes en tercer grado; los primos son parientes en cuarto grado; los hermanos son parientes en segundo grado, etc. en la línea Colateral no existe un parentesco por bajo del segundo grado; en otras palabras, no existe un parentesco en línea Colateral de primer grado, mientras que lo hay en línea recta de primer grado. El vínculo de parentesco, considerado como hecho natural de descendencia y comunidad de sangre, no tiene límites.

Sin embargo, la ley considera jurídicamente relevante el parentesco por lo regular, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad en Guatemala; solamente para efectos particulares. Ciertamente, cuando se consideran dos generaciones no inmediatas, o bien las relaciones entre colaterales, se advierte que el vínculo familiar se afloja; no existe por lo regular la misma intensidad de afecto entre abuelo y nieto o viceversa, que entre hijo y padre o viceversa, de la misma manera que no existe entre hermanos con la misma intensidad que entre progenitores e hijos. Es que el vínculo familiar es uno solo e irrepetible, y cada descendiente tiene a formarse una familia propia, en la que el vínculo nuevo es advertido con más intensidad que el antiguo. El parentesco no se extingue por muerte de uno de los dos parientes porque viene de la naturaleza (descendiente o comunidad de sangre). --" (Planiol - Ripert, Traité élémentaire de Droit Civil, Paris 1948, Pág.454.).

B) FILIACION:

En sentido muy amplio, afirman Planiol - Ripert que la

filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivalente a relación inmediata del padre o madre con el hijo; de aquí, que la relación de filiación se denomine **PATERNIDAD** o **MATERNIDAD**, según se considere del lado del padre o de la madre; y por lo tanto, concluye dicho autor, que **LA FILIACION** puede definirse como: **LA RELACION QUE EXISTE ENTRE DOS PERSONAS DE LAS CUALES UNA ES EL PADRE Y LA OTRA ES LA MADRE DE LA OTRA.** (Planiol- Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris 1948, T.I. Pág.1280).

Si bien es cierto la anterior observación, como la procreación es obra del padre y de la madre, es evidente que si la relación de paternidad o maternidad, aisladamente considerada, nos muestra la relación de filiación entre el padre o la madre y el hijo, una consideración completa de la relación de filiación deberá comprender tanto la paternidad como la maternidad, y por tanto será una noción más compleja, que podríamos definir como la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y la otra es la madre de la primera.

Conforme a esta consideración completa de la relación de filiación descubrimos en la misma un doble elemento, maternidad y paternidad. En principio, parece evidente que ambos elementos deberían y podrían probarse para poder afirmar la existencia de una relación completa de filiación. La maternidad resultará del hecho del parto de una mujer y la identidad del nacido de aquel parto con el que pretenda demostrar su relación de filiación respecto a la misma.

La paternidad: **DEBERA PROBAR QUE UN HOMBRE DETERMINADO HA SIDO EL AUTOR DEL EMBARAZO DE LA MADRE**, por lo que es natural que la Paternidad presuponga que se conoce, salvo el caso de confesión de paternidad sin revelar el nombre de la madre.

B-1) MATERNIDAD y PATERNIDAD:

Son pues, los dos elementos en que se basa la relación de filiación, en virtud de un vínculo estable entre el padre y la madre, que transforman la unión sexual en unión de vidas, en matrimonio, considerándose esa unión estable como el medio más adecuado para el cumplimiento de los fines de la crianza y educación de los hijos.

De lo anteriormente dicho, se produce la necesidad de distinguir o diferenciar la relación de filiación, según se

haya producido en el seno de una unión estable entre hombre y mujer, es decir, dentro del matrimonio o fuera del mismo. Clasificación que obliga a hablar de relaciones de filiación o clases de filiación, aunque físicamente todas ellas sean idénticas, puesto que no lo son los supuestos sociales en que han surgido. (Cicu, La Filiación, Pág.16,s.).

Así pues, se distingue entre la filiación procedente de matrimonio a la que se denomina LEGITIMA, y la procedente de uniones no matrimoniales, o ILEGITIMAS. Ahora bien, dentro de la filiación ilegítima, es posible que se llegue a la situación legal de la legítima, en virtud de ciertos hechos con eficacia legitimadora, por lo que se habla entonces de filiación legítima. Finalmente, junto a la filiación basada en la procreación, legítima o no, la ley admite la posibilidad de crear una relación de filiación ficticia o puramente Civil, derivada del instituto de la ADOPCION, hablándose, por tanto, también de filiación ADOPTIVA.

Una vez establecida la relación de filiación, tenemos sus diversas manifestaciones como son: -FILIACION LEGITIMA,
-FILIACION NATURAL, -FILIACION ILEGITIMA NO NATURAL,
-FILIACION LEGITIMA, -FILIACION ADOPTIVA.

B-2) FILIACION LEGITIMA:

Conforme a lo anteriormente indicado sobre la relación de filiación en general, la filiación legítima es la procedente del matrimonio, es decir, la procreada dentro del matrimonio. Se basa, pues, en la concepción dentro del matrimonio, y su prueba resulta de la circunstancias o presupuestos de la misma como; El matrimonio de los padres; concepción durante el matrimonio: Maternidad o filiación del hijo respecto de la esposa; Identidad del hijo con el nacido de la esposa; Paternidad o filiación del hijo respecto del marido.

B-3) FILIACION ILEGITIMA:

Al hablar de las clases o relaciones de filiación en general, ya decíamos que considerándose por las legislaciones que el medio más idóneo de producirse la relación de filiación es el matrimonio, la relación de filiación habrá de dividirse ante todo, en filiación procedente del matrimonio y no procedente del mismo, denominándosele a la primera LEGITIMA y a la segunda ILEGITIMA. ahora bien, dentro de la

filiación ilegítima, existe a su vez una gran diferencia según que proceda de uniones entre personas no unidas en matrimonio, pero que podían haber estado casadas o por el contrario procedan de personas que si estaban casadas ni podían haberlo estado por la existencia de algún impedimento matrimonial. Surge así la diferencia entre la filiación Ilegítima Natural y la filiación Ilegítima no Natural, distinción de gran importancia porque la regulación de los derechos de los hijos naturales y de los no naturales son completamente distintos, como lo demuestra el que solamente la filiación natural pueda ser objeto de Legitimación. Por ello hemos de estudiar sucesivamente la filiación Natural, la filiación Legítima, basada en la anterior, y la filiación no natural.

B-4) FILIACION NATURAL:

Es natural la habida de padres que podían haber estado casados al tiempo de la concepción, se comprende que el concepto de filiación natural resulte de un doble requisito uno de carácter negativo (concepción fuera del matrimonio) y otro positivo (posibilidad de estar casados los padres al tiempo de la concepción). Por tanto podemos definir la filiación Natural como: LA HABIDA POR PADRES QUE NO ESTANDO CASADOS, PODIAN HABER CONTRAIDO MATRIMONIO AL TIEMPO DE LA CONCEPCION DE SU HIJO.

B-5) FILIACION ILEGITIMA NO NATURAL:

Decíamos al hablar de la filiación natural que ésta resultaba de una nota negativa (procreación fuera del matrimonio y otra positiva (posibilidad de que los padres se hubiesen casado al tiempo de la concepción); pues bien, la filiación ilegítima no natural se define tan sólo de un modo negativo, en efecto la filiación ilegítima no natural: ES AQUELLA ENGENDRADA POR QUIENES NI ESTABAN CASADOS NI PODIAN ESTARLO AL TIEMPO DE LA CONCEPCION, POR OPONERSE A ELLO UN IMPEDIMENTO.

B-6) FILIACION LEGITIMADA:

Por virtud de la legitimación los hijos fuera de matrimonio reconocidos por el padre, se equiparan totalmente a los legítimos en virtud del matrimonio de los padres, o

adquieren un estado familiar, cuando sean legitimados por concesión soberana. Por tanto, a través de la legitimación se logra una equiparación de la filiación natural a la legítima. Vienen restringida la legitimación a los hijos ilegítimos naturales ya que se basa en el reconocimiento que no pueda tener lugar más que respecto a éste, excluyéndose por consiguiente los ilegítimos no naturales.

La institución de la legitimación procede del Derecho Romano, que conoció las dos formas aludidas, por subsiguiente matrimonio por lo que esta sigue siendo, la forma ordinaria o normal de proceder a la legitimación.

B-7) FILIACION ADOPTIVA:

La adopción es "UN ACTO SOLEMNE, SOMETIDO A LA APROBACION DE LA JUSTICIA, QUE CREA ENTRE DOS PERSONAS RELACIONES ANALOGAS A LAS QUE RESULTARIAN DE LA FILIACION LEGITIMA", se trata por tanto de un vínculo, creado a imitación del producido por la generación. Su fundamento ha sido diverso a través de la historia. En las civilizaciones en que la familia tiene un carácter político y religioso, como sucedía en Roma y en Extremo Oriente, la adopción ha sido empleada para que no desaparezca el grupo familiar y el culto a los antepasados. Por el contrario, cuando las relaciones familiares tiene tan sólo un fundamento moral, la adopción ha decaído, pues no se le ha dado la atención e importancia que merece la misma.

B-8) REGULACION LEGAL DE LA FILIACION:

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

Razones que enmarcan en las antiguas organizaciones sociales y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindara distintas clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país, por ejemplo, según la ley francesa la filiación puede ser: Legítima (hijo nacido de padre y madre casados); Natural simple (hijo de personas no casadas, pero que hubieran podido casarse válidamente al tiempo de la concepción); Natural Adulterina (si uno o ambos de los padres estaban casado con otra

persona); Incestuosa (hijo de padres que son entre si parientes con cierto grado, circunstancia que no les permite celebrar el matrimonio); Adoptiva (resultante de la adopción). La legislación española reconoce más o menos las mismas clase de filiación (Planiol - Ripert, Ob.Cit. T.II Pág.557) La legislación Civil de Guatemala se aparta completamente de esas clasificaciones. Por lo que conforme a las disposiciones del Código Civil puede afirmarse que dicha ley reconoce las siguientes clases de filiación;

B-9) FILIACION MATRIMONIAL:

La del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable, según el Artículo 199 del Código Civil.

B-10) FILIACION CUASIMATRIMONIAL:

La del hijo nacido dentro de la unión de hecho debidamente declarada y registrada. Artículo 182. c.c.

B-11) FILIACION EXTRAMATRIMONIAL:

La del hijo procreado fuera del matrimonio o de la Unión de Hecho no declarada y registrada, Artículo 209.c.c.

B-12) FILIACION ADOPTIVA:

La del hijo que es tomado como hijo propio por la persona que lo adopta. Artículo 228.c.c.

Respecto a las expresiones filiación y paternidad que el código emplea conjuntamente, opina Puig Peña que existe el problema de determinar si estos dos términos son correlativos o tiene cada uno substantividad de concepto y contenido, opinando que algunos autores, como Cicu y Planiol, se fija sólo en el término filiación, como si alrededor de la condición de hijos debiera construirse toda la teoría del estado civil, y que otros, por el contrario, se fijan sólo en la adquisición de la paternidad, según el criterio denominado clásico, de ahí las expresiones consignadas en las leyes, como la investigación de la paternidad, prueba de la

paternidad, y por último la tendencia a ver los dos términos en una relación sumada, como la del código español que tiene el epígrafe de la paternidad y filiación al igual que el de GUATEMALA, cree dicho autor que todo no es más que cuestión de palabras, pues se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, ya que una supone y lleva consigo la otra el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre; en una punta de la relación paternofamiliar están los padres y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos, y por ello se llama filiación; ambos términos son correlativos y tiene ante el marco legal una participación absoluta en sus consecuencias jurídicas. (Puig Peña Nueva Enciclopedia Jurídica. T.IX Pág,802).

C) PATERNIDAD:

Es la calidad de padre, vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo. Escriche, expresa "QUE LAS PALABRAS PATERNIDAD Y FILIACION, INDICAN CALIDADES CORRELATIVAS; ESTO ES, LA CALIDAD DEL PADRE, Y ESTA LA CALIDAD DE HIJO. LA PATERNIDAD Y LA FILIACION SE DA DE TRES MANERAS:

1. NATURALES Y CIVILES, con respecto al padre y a los hijos nacidos de legítimo matrimonio;
2. NATURALES SOLAMENTE, con respecto al padre y a los hijos nacidos fuera de matrimonio;
3. SOLAMENTE CIVILES, con respecto al padre y a los hijos adoptivos." (Escriche, "La Anotación y Reconocimiento del hijo" T.I, Pág. 231.).

La paternidad, es de difícilísima prueba, para indicar cual es el padre de un hijo, y como es indispensable el orden social que conste una calidad de tan importantes consecuencias, se ha elegido, a falta de indicios ciertos y seguros, la presunción más próxima a la prueba, es la del matrimonio; de modo que el hijo concebido durante que tal estado civil tiene por padre al marido de su madre. Esta presunción legal se apoya tanto en la cohabitación de los esposos como en la fidelidad que se tienen prometida, y no puede atarce sino en ciertos casos. Más cuando no media matrimonio, COMO PODRA PROBARSE LA PATERNIDAD Y LA FILIACION? de dos maneras; por la declaración del padre, y por el concubinato de éste con la madre.

Influido por los perjuicios de su época y por la falta

de proceso científico en algunas materias, no es de extrañar que a Escriche se le escapara algún medio de orientación en cuanto a la paternidad como el procedente del método del análisis Genético, si bien ofrecen tan solo una prueba negativa en el caso más concreto; es decir que determinada persona no es el padre de la otra, no obstante, en algunos casos esto constituye la prueba plena, de lo cual hablaramenos más ampliamente en un capítulo especial más adelante, sobre los medios de prueba científica que se pueden utilizar para los efectos de impugnación de la paternidad.

La paternidad es uno de los presupuestos de la legitimidad, en la cual la ley acoge la presunción de paternidad, según la cual se presume padre al marido de la madre. El fundamento de la citada presunción de paternidad descansa, según la generalidad de la doctrina en los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges. Pero como la una y la otra pueden faltar, la ley permite que contra la presunción de paternidad se de la prueba en contra, teniendo por tanto, dicha presunción carácter JURIS TANTUM, si bien se limitan los medios de prueba, dice, en efecto nuestro código dice "CONTRA ESTA PRESUNCION NO SE ADMITIRA OTRA PRUEBA QUE LA DE LA IMPOSIBILIDAD FISICA DEL MARIDO PARA TENER ACCESO CON SU MUJER EN LOS PRIMEROS CIENTO VEINTE DIAS DE LOS TRESCIENTOS QUE HUBIESEN PRECEDIDO AL NACIMIENTO DEL HIJO".

El legislador, que considera como plazo mínimo de gestación, según hemos visto, los ciento ochenta días, admite, lógicamente, que si en los ciento veinte días primero de los trescientos que precedieron al nacimiento el marido no pudo tener acceso con su mujer el hijo no fué concebido por obra de aquél, y por tanto se le permite que pruebe SU NO PATERNIDAD. Dicha prueba ha de demostrar precisamente la imposibilidad física del marido ya aludida. PERO QUE SE ENTIENDE POR TAL IMPOSIBILIDAD FISICA? el código no lo determina, algunos autores hablan solamente de la impotencia y de la ausencia, pero otros no limitan dichas causas, opinión que no parece más fundada, ya que el código no determina claramente las causas de tal imposibilidad. (Castán Derecho Civil, T.IV. Pág,90.6ta.ed.).

La acción de la investigación de la paternidad o reconocimiento FORZOSO, aquella facultad que tienen los hijos ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que ésta sea declarada por los mismos, imponiendo a los padres las consecuencias legales derivada de la relación PATERNO-FILIAL. No se trata, por ende, de indagar una paternidad sino meramente de pedir que se declare por los tribunales la relación de filiación existente en la

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

naturaleza, pero desconocida o negada por los padres. No es buscar a ciegas un padre, dice DE DIEGO, sino IMPONER EL RESPETO A UNA RELACION QUE EXISTE Y SANCIONARLA A FIN DE QUE PRODUZCA LOS EFECTOS QUE LE SON PROPIOS. En rigor, tampoco se trata de un reconocimiento forzoso, sino de que los tribunales declaren la existencia de una filiación desconocida o menospreciada por los padres; por ello, consideramos muchos más exacta y expresiva la denominación "DECLARACION JUDICIAL DE LA FILIACION NATURAL" que Espin Cánovas, utiliza en su manual.

Dice un autor, el problema tan pavoroso en el derecho moderno de la investigación de la paternidad no se discutió ni planteó en los derechos históricos; en primer lugar, porque la existencia del concubinato hacía cierta la filiación natural y en segundo término, porque eran muy escasos los derechos atribuidos a los hijos legítimos. (Castro Pérez. Investigación de la Paternidad, Madrid, 1950. Pág. 53).

En el derecho canónico se admitió todo medio de prueba de paternidad, en que el hijo natural podía obligar al padre a que el reconociera, recurriendo a la fama pública, y esto aunque la madre declarase lo contrario. Constituía plena prueba de paternidad, en algunos lugares, el juramento de la madre en el momento del parto; Pero esa presunción no producía otro efecto que el de condenar al pago de los gastos del parto y primeros alimentos del niño al hombre que la parturienta aseguraba era el tutor de su preñez, pero no bastaba para establecer la paternidad del demandado.

Con el fin de precisar las posturas que existen en la doctrina moderna tenemos las tesis siguientes:

C-1) PROHIBICION ABSOLUTA DE LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD:

Este sistema se entronca con la doctrina de la convención y se nutre de los mismos argumentos que esgrimía la doctrina revolucionaria. Modernamente se ha razonado por algún autor, con frases del más puro estilo literario, refiriéndose sobre todo a la imposibilidad de probar la paternidad. El argumento del temor a los escándalos también ha sido muy manejado. Finalmente, se pone de manifiesto el grave perjuicio que para la filiación legítima podría suponer la investigación de la paternidad.

C-2) PROHIBICION DE LA INVESTIGACION CUANDO CONCURRAN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS EN LOS PADRES:

Este sistema es más generoso que el anterior y admite en principio la investigación de la paternidad, excluyéndola tan sólo cuando concurren determinadas circunstancias, que envuelven una gran dificultad para poder apreciar aquella. Estas circunstancias quedan referidas ya a la época en que se ejercita el derecho cuales son el estar casado el presunto padre o haber fallecido o ya a la época de la concepción, cuando se esta ligado uno de los padres por el lazo conyugal, o el ser parientes en grado no dispensable, o haber yacido dos o más varones con la madre al tiempo de la concepción. En la línea marcada por este sistema se orientan los Códigos alemán y suizo, los código francés e italiano, así como algunos hispanoamericanos.

C-3) PROHIBICION DE LA INVESTIGACION CUANDO LA PRUEBA EN QUE SE APOYA NO ES DE LAS QUE LA LEY ESTABLECE:

Es frecuente en las legislaciones señalar las pruebas que se pueden admitir por los tribunales, cuando se haya de investigar la paternidad; estas pruebas, por lo general se reducen a la documental del padre o a la posición de estado. Volveremos sobre este tema al hablar sobre la prueba en la paternidad.

C-4) SISTEMA DE LA LIBERTAD ABSOLUTA:

Este sistema, sostenido por las doctrinas más avanzadas, encuentra su apoyo no en razones jurídicas, sino principalmente sociales. Sus teorizantes afirman acertadamente que si los hijos naturales han nacido por voluntad de sus padres, justo es que éstos contribuyan a reconocer su estado, máxime cuando los hijos no reconocidos carecen de toda educación en los primeros años de su vida y vienen, por tanto, a constituir uno de los más grandes peligros sociales, formando en gran escala entre los delincuentes.

Este reconocimiento a la situación privilegiada de los hijos legítimos, no puede dar lugar a grandes abusos, siempre que se establezcan reglas que ordenen rigurosamente la investigación de la paternidad y se sancione con gran rigor el chantaje, el ánimo de injuriar y los torpes intereses

inconfesables. Por estas razones el aludido sistema ha tenido favorable acogida en los códigos argentino y venezolano. (DIEZ-PICAZO, "La filiación en el derecho Civil ADC, 15.Pág.81.1962.).

C-5) DERECHO GUATEMALTECO:

El régimen que el código Civil establece en orden a la investigación de la paternidad, es un sistema Mixto permisivo limitado, puesto que restringe los medios de prueba, tal como lo señalan los artículos; 221 y 222, en los cuales se enumeran casos muy cerrados para investigar la paternidad.

Como en los siguientes numerales del artículo 221;

Numeral 1o. En éste se habla sobre la existencia, de cartas, escritos, o documentos en donde se reconozca la paternidad. Considerandose éstos no suficiente, porque siempre habrán documentos, en los cuales su procedencia puede ser dudosa, y esto implicaría la duda sobre la legitimidad de adjudicar la paternidad a determinada persona.

Numeral 4o. en éste último numeral que habla sobre la convivencia maridable del padre con la madre en la época de la concepción, también hay duda, porque un hombre puede unirse a una mujer cuando ésta ya haya quedado embarazado, sin ser éste el responsable de tal embarazo, por lo tanto la ley no contempla tal circunstancia, en este sentido, que no puede ser el padre biológico de dicha criatura, por el simple hecho de estar conviviendo con la madre, cometiendo un grave error si se declarara por esa circunstancia porque no es prueba suficiente.

Ahora bien lo que nos dicen los numerales del artículo 222, es más que todo sobre la presunción de paternidad, a lo cual se podría agregar, que ésta gozaría de prueba en contrario, es decir que debe quedar establecida por medios de pruebas idóneas; que determinada persona no es el padre de la criatura, o bien lo contrario que si lo es, y así será declarado. Pero dicho artículo no es

explicito en tal sentido y deja muchas dudas al respecto por esa razón se dice que el derecho Civil en cuanto a la investigación de la paternidad es muy limitado o restringido.

Es decir que el artículo anteriormente mencionado debería quedar, relacionado con lo que dice el artículo 200 del código Civil que dice:

"Contra la presunción del artículo anterior, es decir lo que dice el artículo 199, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia".

Por lo tanto se dice que la paternidad, hasta la presente fecha ha sido y seguirá siendo un tema muy complejo de determinar a ciencia cierta, que persona es o no es el padre del hijo procreado por la madre, ya que las pruebas que se aporten deben ser muy específicas y que no nos dejen duda alguna, por lo que en los capítulos posteriores hablaremos más detenidamente, sobre las causas que motivan a impugnar dicha paternidad y la forma del poder probar la paternidad, tal vez no a un 100 por ciento pero si con un porcentaje muy elevado y que pueda dar mejores indicios al juzgador, al momento de emitir su fallo definitivo, para no causar ninguna injusticia tanto a la persona que se le adjudicara la paternidad como al dejar al hijo sin padre.

C A P I T U L O : I I .

CAUSAS QUE MOTIVAN A IMPUGNAR LA PATERNIDAD:

A) INTRODUCCION:

Universalmente, se ha consagrado la presunción de que el marido de la madre es el padre del hijo que aquélla ha concebido durante el matrimonio, igualmente se concede en todos los ordenamientos la posibilidad de aniquilar la presunción legal cuando ésta entre en contradicción con la realidad. En éste punto, se abren diversos caminos que han dado lugar, esencialmente a dos sistemas (Rivero Hernández, Nomenclatura Clasificatoria. Pág.420.). uno llamado ABIERTO en el cual se acude a formulaciones de tipo general, donde la exclusión de la paternidad se basa en la prueba de que el marido no puede ser el progenitor del nacido, es decir, no se pone límites a la indagación cuando se trata de probar la falta de nexo biológico; el otro denominado CERRADO En el cual se prevén taxativamente los supuestos de hechos a verificar para que decaiga la presunción legal.

A-1) EL SISTEMA ABIERTO:

Ha sido seguido, entre otros por el código Alemán que concreta la idea en los siguientes términos "...Si según la circunstancias es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra del marido..." (Art.1591); El código Civil Suizo "...El actor debe establecer que el marido no es el padre..."; El código Austriaco con la reforma de 1977 "...La presunción de paternidad del marido puede caer si se prueba que el hijo no ha sido engendrado por aquel..." (art.138); El código de familia de Bolivia "...El marido debe demostrar por todos los medios que no puede ser el padre del mismo..."; El código Civil Frances reforma de 1972 "...El marido podrá desconocer al hijo en justicia si justifica mediante hechos

apropiados que el no puede ser el padre..." (art.312). Rivero Hernández, quien comenta al indicar que deberá probarse la no cohabitación marital o, si hubo tal, que el hijo no ha nacido de ella. Para la demostración de la infecundidad el proyecto receta la prueba del grado de madurez del nacido, la HEREDO-BIOLOGICA y la de los grupos sanguíneos.

Los textos señalados no descartan la rigurosidad en la verificación de la no paternidad pero las circunstancias que deben acreditarse a tal fin no son definidas por el ordenamiento, y EL JUEZ ES QUIEN DEBE VALORARLAS DE ACUERDO CON LAS PRUEBAS PRESENTADAS.

Dentro del sistema abierto, se pueden incluir aquellas legislaciones DONDE NO SE PREVEEN REGLAS PARTICULARES PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD DEL MARIDO Y, POR TANTO, NO HAY LIMITACIONES PARA ACREDITAR AQUEL NO ES EL PADRE DEL NACIDO (Commo Law Inglés, Estados Unidos, código Japonés. Etc.).

A-2) EN EL SISTEMA CERRADO:

El juez carece de libertad de apreciación: los modos en que se debe probar la no paternidad están predeterminados en la ley. Es el criterio seguido por la mayor parte de los códigos elaborados en el siglo pasado y que adoptaron el modelo napoleónico. Empero, dentro de esta orientación se hallan variantes que convierten el sistema, pese a la explicitación de causas determinadas, en una estructura amplia donde prácticamente quedan cubiertas todas las posibilidades fácticas que imposibilitan la paternidad del marido. Es el criterio que siguen algunos ordenamientos modernos.

Ejemplo de esta técnica jurídica, el código de Familia de Costa Rica de 1974, donde establece que en contra de la presunción "Es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época que tuvo lugar la concepción del hijo..." (art.70). Ambos factores de no cohabitación o de infecundidad, son suficientes para abarcar todas las hipótesis de imposibilidad: ausencia, separación, impotencia Coendi, impotencia Generandi, entendiéndose implícitamente que la falta de relaciones sexuales o la infecundidad sanguínea. Esta facultad surge en forma expresa, donde se acepta la prueba de los grupos sanguíneos u otros marcados genéticamente para demostrar la no paternidad. Se agrega que el adulterio no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo, pero si prueba que

lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquier otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad (Trejo Gerardo y Arqueda, Carlos, Código de Familia San José Costa Rica. 1976.). Esta regla es, en rigor innecesaria, pues puede subsumirse dentro del concepto de AUSENCIA DE COHABITACION FECUNDA CON EL MARIDO, a la cual se refiere la primera parte del precepto.

El código Civil Italiano, reformado por la ley de 1975, continúa con el sistema de hipótesis determinadas, pero amplía notablemente las posibilidades de demostrar la no paternidad del marido. El concepto de " imposibilidad física de cohabitación de los esposos durante la época de la concepción" (Art.235). Es decir, se sustituye una imposibilidad de carácter abstracto por la prueba concreta de la falta de unión sexual entre los cónyuges; por ello, pese a mantenerse la convivencia durante el período de concepción, puede prosperar la impugnación si se ha constatado la falta de relaciones íntimas entre los esposos. Se mantiene, al igual que en el texto anterior, la causal de impotencia del marido en todas sus reformas (art.235 inc. 2o.). Si la mujer ha cometido adulterio ha ocultado al esposo su gravidez y el nacimiento del hijo, el marido puede en cualquiera de los dos casos probar que el nacido presenta características genéticas o registra grupos sanguíneos incompatibles con las del presunto padre, o cualquier otro hecho tendiente a excluir la paternidad. (art.235. inc.3o.). La reforma ha suprimido el requisito de la ocultación de parto o embarazo para que el adulterio tenga eficacia a los efectos de admitir la prueba de la no paternidad. Actualmente, dadas cualesquiera de ambas condiciones, adulterio u ocultación de parto puede acreditarse por todos los medios que el marido no es padre del nacido. (Alficchiaro, A. y otros Derecho Civil, T,II Pág.62.). Sin embargo, como puede observarse, se requiere la verificación de alguno de los dos extremos para que funcione la prueba biológica excluyente de la paternidad. Esta última no es suficiente por sí misma para que prospere la acción de impugnación. Este criterio ha sido criticado por la doctrina porque dentro de la óptica de la reforma, búsqueda de la concordancia de la verdad legal con la biológica, no se comprende tal exigencia. Pese, entonces a la apertura en la enunciación de los supuestos cuya prueba descarta la paternidad, se aprecian aún restricciones en la materia.

A-3) EL CODIGO CIVIL GUATEMALTECO:

Se manifiesta de ésta forma:

artículo 200 "CONTRA LA PRESUNCION DEL ARTICULO ANTERIOR, NO SE ADMITE OTRA PRUEBA QUE LA DE HABER SIDO FISICAMENTE IMPOSIBLE AL MARIDO TENER ACCESO CON SU CONYUGE EN LOS PRIMEROS CIENTO VEINTE DIAS DE LOS TRESCIENTOS QUE PRECEDIERON AL NACIMIENTO, POR AUSENCIA, ENFERMEDAD, IMPOTENCIA O CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA"

En nuestro código encontramos otra norma que hace alusión a la **IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD** al indicarnos:.

artículo 201 " EL NACIDO DENTRO DE LOS CIENTO OCHENTA DIAS SIGUIENTES A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO, SE PRESUME HIJO DEL MARIDO SI ESTE NO IMPUGNA SU PATERNIDAD ..."

artículo 203 "EL MARIDO NO PUEDE IMPUGNAR LA PATERNIDAD DEL HIJO CONCEBIDO O NACIDO DURANTE EL MATRIMONIO, ALEGANDO EL ADULTERIO DE LA MADRE, AUN CUANDO ESTA DECLARE EN CONTRA DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO, SALVO QUE SE LE HUBIERE OCULTADO EL EMBARAZO Y EL NACIMIENTO DEL HIJO EN CUYO CASO SI PODRA NEGAR LA PATERNIDAD PROBANDO TODOS LOS HECHOS QUE JUSTIFIQUEN LA IMPUGNACION ..."

artículo 204 "LA ACCION DEL MARIDO NEGANDO LA PATERNIDAD DEL HIJO NACIDO DE SU CONYUGE, DEBERA INTENTARSE JUDICIALMENTE DENTRO DE SESENTA DIAS ..."

Como podemos observar en nuestro ordenamiento jurídico es un método casuista en cuanto a los casos en que es posible obtener el desplazamiento de la paternidad, pero considero que debería enumerar claramente o ampear las causas por las cuales se puede Impugnar la Paternidad, por lo que en éste capítulo hablaremos sobre las causas que considero son fundamentales para que el marido puede invocarlas ante el órgano jurisdiccional y solicitar la Impugnación de Paternidad.

B) FALTA DE CONVIVENCIA CONYUGAL:

Se señalan diversas clases de interrupción de la

relación conyugal, desde las provocadas por la desarmonía entre los esposos hasta aquellas otras disociaciones originadas por la ausencia o muerte del conyuge; también queda incluido el caso de separación derivado de la anulación del vínculo matrimonial. El conjunto de posibilidades que presenta la falta de convivencia entre los esposos respecto a la presunción de la paternidad.

B-1) DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR FALLECIMIENTO DEL CONYUGE:

El plazo máximo de duración del embarazo aceptado por nuestra ley es de trescientos días, se presume entonces que el hijo es del esposo que ha fallecido salvo prueba en contrario, pero si el hijo nace después de los trescientos días de la muerte del cónyuge y es inscrito pese a lo expuesto se tendrá como hijo de matrimonio, es decir, ostenta tal calidad de acuerdo con el título de estado, se podrá desconocer la paternidad con la sola prueba de la fecha del fallecimiento del cónyuge cotejada con la fecha de nacimiento del hijo. Con lo que se puede asegurar que la preñez superó el término de trescientos días, lo cual, como ya se ha señalado impedirá un emplazamiento acorde con la verdad biológica. Por lo que el hijo quedará como Extramatrimonial al haber nacido fuera del término que establece la ley es decir no fue concebido durante el matrimonio.

B-2) DISOLUCION DEL MATRIMONIO POR DIVORCIO:

En caso de divorcio, si la mujer después de su separación definitiva o provisoria, tuviera algún hijo nacido después de los trescientos días desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido o sus herederos tiene derecho a negar la paternidad a menos que se probase que hubo reconciliación privada de los esposos, que no se hizo constar documentalmente.

Pero para que no opere la presunción de la paternidad del marido, debe darse:

- a) EXISTENCIA DE UN JUICIO DE DIVORCIO O NULIDAD DE MATRIMONIO;
- b) NACIMIENTO DEL HIJO DESPUES DE LOS TRESCIENTOS DIAS DESDE QUE LA SEPARACION TUVO LUGAR;

Calculando dicho plazo a partir de la separación de los cónyuges, o bien de carácter judicial ya sea de la naturaleza definitiva proveniente de una **SENTENCIA DE DIVORCIO, NULIDAD DE MATRIMONIO** o naturaleza **PROVISORIA** decretada por el órgano jurisdiccional.

Ya que si los esposos no solicitaron su separación provisoria, los trescientos días habrían de considerarse recién a partir de la separación definitiva, o sea, desde que se encuentre firme la sentencia de Divorcio. Se señala que sólo cuando los cónyuges promueven demanda de divorcio viviendo aún ambos en el domicilio conyugal, el juez decreta la separación provisoria o sea lo que lo denominamos como **SUSPENSIÓN DE LA VIDA EN COMUN**, de los esposos, a pedido de alguno de ellos. En la mayor parte de los procesos de divorcios Voluntarios, los esposos resuelven en forma amigable su separación personal y el modo en que la misma ha de concretarse, particularmente cuando la demanda es iniciada por presentación conjunta. En todos estos casos que se requiera una separación judicial, habrá que atenerse a la separación definitiva surgida de la sentencia de divorcio.

B-3) EFECTOS DE LA RECONCILIACION ENTRE LOS CONYUGES:

La presunción de la paternidad del marido subsiste si se prueba que medió reconciliación privada al tiempo de la concepción. Sobre esta cuestión se observan dos tendencias. En una no es necesaria la reanudación de la vida conyugal, siendo suficiente el encuentro circunstancial de los esposos, o sea, la unión sexual de los mismos, para que renasca la presunción en la otra, la reconciliación debe importar la efectiva reiniciación de la convivencia. LLAMABIAS JORGE J. sostiene que sólo el recomienzo de la vida en común con la asunción de los derechos deberes matrimoniales hace renacer la presunción de la paternidad del marido. Si, por el contrario, se trata de una unión de hecho circunstancial, subsiste la presunción de ilegitimidad, debiendo el interesado probar que la concepción es producto de dicha unión. (Llamabias, J.J. Separación de hecho de los Cónyuges. No.4 Pág.872.).

Se considera que la presunción de la paternidad frente al hijo nacido después de los trescientos días de la separación, habiendo demanda de divorcio o nulidad de matrimonio, sólo resurge si se reinicia la vida conyugal, circunstancia ésta que borra los efectos que sobre la presunción ha tenido la promoción de tales juicios. Para que opere nuevamente, debe darse el presupuesto que la funda; la

vida en común de los cónyuges durante la época de la concepción. Se trata del retorno a las mismas condiciones que la justifican.

Empero, es menester considerar el compartimiento de muchas parejas cuando se separan, las cuales mantiene relaciones sin recomenzar la convivencia de modo abierto y público: perdura un vínculo constante e íntimo, pese a no vivir bajo el mismo techo. La experiencia indica que, frecuentemente, después de la separación y en pleno trámite de divorcio, los cónyuges intentan una aproximación para ensayar sus posibilidades de unión. En estos casos, el contacto estable y exclusivo que pueden guardar los esposos convertiría en razonable la operatividad de la presunción de la paternidad del marido. Es decir, probado este tipo de relación, pese a la falta de vida en común, podría renacer la suposición legal. En definitiva, la interpretación de la expresión RECONCILIACION PRIVA, incide en la distribución de la carga de la prueba y en los hechos a verificar. Conforme a aquella corriente que estima suficiente la unión ocasional incidental para el resurgimiento de la presunción de la paternidad, a la cual el hombre deberá probar que no es él padre del hijo que esta por nacer, por existir una demanda de divorcio o una declaración judicial o que este, nació después de los trescientos días de la separación de los cónyuges.

B-4) AUSENCIA DECLARADA DEL MARIDO:

En el caso del declarado ausente con presunción de fallecimiento, los herederos pueden desconocer la paternidad del marido, basándose en un mero cotejo de fechas; sin embargo, si tal acción no es ejercida, el hijo nacido después de los trescientos días computados a partir del primer día de la ausencia e inscrito como matrimonial, conserva dicho carácter. Se ha observado, con razón, que este criterio atenta contra el principio de verdad biológica, pues extiende el alcance de la presunción de la paternidad. Sólo la negación de paternidad del marido por parte de los herederos permite al tercero, padre biológico, un reconocimiento que de otro modo le estaría vedado si el hijo hubiera sido inscrito como matrimonial.

C) IMPOSIBILIDAD DE ACCESO A LA MUJER:

(art.200.c.c.). "... no se admite otra prueba que la de

haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquiera otra circunstancia...".

La imposibilidad de acceso a la mujer por parte del marido es considerada como razón suficiente para desconocer la paternidad de aquél, pues de la misma se infiere la ausencia de relación sexual entre los esposos y, consiguientemente, que el cónyuge de la madre no puede ser el autor de la procreación. Esta era la causa más certera de la cual se podía deducir, a la época de la Codificación, la no paternidad del marido.

C-1) COMPRENSION DE LA IMPOSIBILIDAD DE ACCESO:

La imposibilidad de acceso ha sido calificada en función de elementos de índole FÍSICO-MORAL. Son dos los tipos de situaciones que se aceptan con esta significación impeditiva. Una de carácter externo, referida al alejamiento de los cónyuges, medido en distancia o espacio a recorrer, y otra de índole interna, relativa a las condiciones biológicas que obstruyen la unión sexual de los cónyuges: IMPOTENCIA COENDI, enfermedad, etc. Dentro de la primera categoría se han mencionado circunstancias como la prisión del marido, su movilización militar, la internación en un establecimiento hospitalario, estados éstos que obstaculizan la relación entre los esposos con la misma fuerza el alejamiento geográfico.

En una primera etapa se interpretaba que la distancia entre los esposos debía de ser tal magnitud que resultara infranqueable en el período de la concepción. Se desecha la acción de desconocimiento de la paternidad del marido si los esposos viven en la misma ciudad o a corta distancia, y así se aduce que sería peligroso aceptar esta causal si el espacio que separa a los cónyuges pudiera ser recorrido en horas. El alejamiento debe existir sin la posibilidad de un acercamiento momentáneo. Ejemplo de que la mujer viva en el continente americano y el hombre en el asiático, no pudiese cualquiera de ellos recorrer el espacio que los separaba, el cual se requiere días.

La consideración del elemento subjetivo en la cohabitación fué el próximo paso que contribuyó a dar mayor

amplitud a la imposibilidad de acceso. Se comprendió que ésta no implicaba sólo una remisión a la leyes de la naturaleza de carácter Físico-Biológico, sino que también debían ser consideradas las pautas normales de compartamiento. Si los esposos vivían en la misma ciudad, pero se hallaban separados de hecho, o la mujer vivía en concubinato con otro hombre, pese a no existir distancia geográfica entre ellos, la práctica social revelaba que aquellas circunstancias constituían casos de **IMPOSIBILIDAD MORAL** que hacían inverosímil la cohabitación entre los cónyuges. Valorar la imposibilidad a nivel exclusivamente físico era olvidar que la relación sexual tiene un componente intencional que requiere determinadas condiciones psicológicas. En Francia, frente al texto anterior, se sostuvo que la noción espacial de alejamiento debe ceder su lugar a una noción humana y subjetiva, sin medir la distancia o sin considerar si ella ha sido o no franqueada. Este criterio es el que ha llevado a una parte de nuestra doctrina a valorar, como hemos visto, la separación de hecho como una hipótesis de la imposibilidad de acceso. (Carbonnier J. Los Valores Morales y Espiritual en el Matrimonio, Pág,206 Cap.VI.).

C-2) INTERPRETACION DE LA IMPOSIBILIDAD DE ACCESO:

Carácter histórico del concepto de imposibilidad. LA **IMPOSIBILIDAD** es definida por la Real Academia Española como "LA FALTA DE POSIBILIDAD PARA EXISTIR UNA COSA O PARA HACERLA". En el caso, la imposibilidad estaría dada por uno ó varios hechos que obstaculizan la cohabitación de los esposos en la época de la concepción, de lo cual deduce la ley que el marido no puede ser padre del hijo concebido por su mujer.

La Imposibilidad, de acuerdo con la significación referida, está íntimamente conectada con la categoría de Posibilidad, tratadas ambas en un mismo contexto. El avance que esta última experimenta en función del desarrollo científico y Técnico, hace decrecer concomitantemente la dimensión de la Imposibilidad. El progreso constituye un proceso de ampliación de lo posible que, al mismo tiempo, representa una reducción de lo que hasta ahora se ha dicho se consideraba imposible. Se deduce entonces, que la categoría de Imposibilidad tiene carácter histórico y que su contenido varía con el transcurso del tiempo. Por ejemplo, la mera distancia física que separa a los esposos no puede tener el mismo alcance que hace un siglo. En aquel momento podía resultar imposible que los esposos se reunieran durante el

D-2) OCULTACION DEL PARTO:

Debemos recordar que ésta es explicada como una actitud deliberada de la mujer para disimular el hecho. Se ha sostenido, por ello, que no es suficiente acreditar el silencio, sino que es menester, además, que su callar se encuentre inspirado en el propósito de tener al marido en la ignorancia, es decir, el mutismo debe estar alentado por el convencimiento de que no está encinta por obra del marido, lo cual hace presumir igual seguridad por parte de éste al no haber tenido relaciones con su mujer durante la época de la concepción.

Al restar trascendencia al signo visible de un proceso de ocultación, se entra en una zona subjetiva de carácter riesgoso. La tarea del juez, ha dicho Carbonnier, es siempre interpretar la psicología de la mujer. (Carbonnier, J., *Jurisprudencia Francesa*. Pág.217.). En un caso de la jurisprudencia francesa, se señaló, por ejemplo, que el silencio de la esposa parecía obedecer al temor de una explosión de cólera del marido pues habiendo manifestado su propósito de no asumir la carga del hijo, le hubiera impuesto, seguramente, maniobras abortivas a su mujer. La ocultación de parto, agrégase, no se refiere a la ignorancia del marido, sino que se relaciona con la simulación de la mujer, el cuidado que ha puesto para engañar sobre su estado, antes o después del nacimiento del niño, importando poco el éxito o fracaso de la actitud. (IBIDEM,).

El silencio de la mujer -ya lo hemos puntualizado- ha sido objeto de una específica valoración cuando los esposos se encontraban separados de hecho. En este caso, el mero silencio de la esposa es suficiente para que se configure la ocultación. Así como la mujer divorciada que se creyera embarazada está en el deber de denunciar su estado al juez o al marido. El mismo deber pesa sobre la mujer separada de hecho, por lo que si no cumple con tal obligación ha de concluirse que incurre en tácita ocultación del embarazo respecto del marido.

La ocultación de parto ha sido también inferida no únicamente de silenciar conscientemente lo que debiera decirse, sino de comportamientos públicos que asumen este significado como, por ejemplo, cuando la madre inscribe al nacido como hijo de ella y de un tercero o como de madre soltera y padre desconocido. Vemos aquí, que se intenta superar el marco esencialmente voluntarista de este recaudo, apareciendo éste satisfecho con actos objetivos demostrativos de una situación irregular.

Las consideraciones precedentes nos lleva a compartir el criterio de los autores que rechazan el requisito de la ocultación de parto como exigencia necesaria para que funcione el desconocimiento en base al artículo 203.c.c. Sostiene, y con peso, que esta exigencia hace que la filiación del hijo dependa de un acto potestativo de la madre, ya que es suficiente para impedir la **IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD**, que la madre continúe la convivencia sin disimular su embarazo. Carbonnier denomina este cuadro "**HIPOTESIS CINICA DE FILIACION ADULTERINA**" (Ibidem,). Y en un fallo se llega a afirmar de esta manera se convalida una situación de dudosa moralidad.

No cabe duda de que esta condición se opone al carácter público que tienen las normas relativas al estado de las personas. Le basta a la esposa comunicar intencionalmente el embarazo y posterior nacimiento del niño, para que por un acto de su exclusivo arbitrio, que paralizada la acción de contestación de estado; de esta manera, se desvaloriza la trascendencia de la relación **PATerno-FILIAL** y la necesidad de que el emplazamiento jurídico coincida con la realidad biológica. Bossert, observa que el requerimiento de la ocultación de parto podría ser reemplazado por la exclusión sanguínea entre el nacido y el marido de la madre. La intención del legislador, alega, al imponer la exigencia de ocultación de parto, ha sido la de despejar con tal comportamiento la duda respecto de la paternidad que nace de la conducta adúltera de la esposa y por tal razón es lícito pensar -cuando ha habido adulterio pero no imposibilidad de acceso con el esposo- que la incertidumbre puede definirse **POR MEDIOS CIENTIFICOS** que no existían en la época del codificador. (Bossert, G. El Régimen de impugnación de la paternidad legítima.1978-C-974. Pág.982.).

El examen de este recaudo del artículo 203 ha permitido nuevamente visualizar la inconveniencia de causales de desconocimiento de la paternidad limitadas y estrictamente condicionadas.

E) IMPOTENCIA DEL MARIDO:

La causal de Impotencia del marido es mencionada por el ordenamiento en el:

artículo 200 "...NO SE ADMITE OTRA PRUEBA QUE LA DE HABER SIDO FISICAMENTE IMPOSIBLE AL MARIDO TENER ACCESO CON SU CONYUGE...POR AUSENCIA

ENFERMEDAD, IMPOTENCIA O CUALQUIER OTRA CIRCUNSTANCIA".

Se ha dicho que el impotente no puede invocar su propia torpeza; si con conciencia de su propio defecto fue al matrimonio ocultando su inhabilidad y ha convertido a la esposa en víctima, agregando otro autor, cómo permitirle la invocación de aquella causa para negar su paternidad y hace la deshonra de su mujer. (García Goyena, Florencio. Motivos y comentarios del Código Civil español, Madrid 1982.).

Esta fundamentación es criticada con justicia, ya que, en primer término el marido puede ser de buena fe y, aunque no lo fuera, no tiene relación su conducta con la sanción de imponerle la paternidad de hijos que con certeza no son suyos. Presumiblemente, acota Rivero Hernández al comentar una norma similar en el derecho español, el codificador actuó influido por el derecho francés, donde por razones históricas se desechó la impugnación de paternidad basada en la impotencia natural: son los procesos de la época intermedia, que dieron lugar a ruidosos escándalos debido a la prueba pública que debía hacerse ante los parlamentos. (IBIDEM,).

La inconveniencia de la norma comentada ha tratado de ser remediada por la doctrina y jurisprudencia a través de una diversa comprensión del texto actual. Machado, expresa que si el marido prueba el adulterio, la impotencia anterior puede agregarse como prueba concurrente para dar la convicción a los magistrados de que el hijo es del marido. (Machado O. Comentario de la Familia. Pág.127.). Para otros autores la Impotencia anterior constituye UNA CAUSA DE IMPOSIBILIDAD DE ACCESO, y por tanto, sería elemento coadyuvante de su prueba, o de la del adulterio y ocultación de parto. Aduce que la única impotencia a qu alude la regla es la absoluta, ya que la relativa no excluye la buena fe del marido y, por otra parte, también podría ser invocada la impotencia.

La Impotencia, en cualquiera de sus formas, en cuanto imposibilita la relación sexual o impide que la misma sea fecunda, es indudablemente una causa certera de NO PATERNIDAD.

F) CONFLICTO DE PATERNIDADES:

Dados los plazos durante los cuales tiene eficacia la presunción de paternidad, o sea, desde los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, hasta los

trescientos días siguientes a su disolución o la separación de los cónyuges, se puede producir el conflicto entre dos presunciones de paternidades cuando antes de que transcurran los trescientos días siguientes ya sea al fallecimiento de su marido o a la efectiva separación, anulación de matrimonio o divorcio, la mujer contrajese nuevas nupcias, naciese dentro de dicho plazo un hijo. En este caso, legalmente podría atribuirse la paternidad tanto al primer marido, por haber transcurrido aún los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio, como al segundo marido, ya que a partir de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio opera la presunción de paternidad respecto a dicho segundo marido, e incluso si el nacimiento tuvo lugar durante los primeros ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio.

Se han sostenido varios criterios para resolver esta cuestión, entre los que citamos los siguientes;

- a) Atribución de la paternidad al segundo marido, ya que el nacimiento ocurrió en su matrimonio;
- b) Que ambas presunciones coexisten limitándose mutuamente, sistema seguido por el Código alemán;
- c) Que ambas presunciones se eliminan o neutralizan recíprocamente, debiendo resolver los tribunales según los casos. (Espin Canovas Diego, Derecho Civil Español, T.IV. Pág.270.).

Creemos que el carácter absoluto de las presunciones establecidas para resolver el conflicto entre dos paternidades matrimoniales puede llevar a emplazamientos contrarios a la verdad biológica y, por ende, conducir a situaciones injustas.

Si el hijo nace dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio y antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, se supone gestado por el primer marido de la madre, colocando de esta manera al hijo en un conflicto de carácter legal. Sin embargo, desde el punto de vista biológico, el niño puede ser tanto hijo del segundo marido si ha nacido a los 181 días desde la celebración del matrimonio, como si el parto hubiera tenido lugar a los 179 días del enlace. Incluso, pese al nacimiento de la criatura dentro de los 180 días del posterior matrimonio, aquélla pudo haber sido engendrada por el segundo marido sin ser adulterino; empero no se admite el reconocimiento de este último, no obstante su concepción posterior a la disolución o anulación del primer matrimonio.

(Rivero Hernández, Los conflictos de paternidades en Derecho Comparado y Derecho Español, Barcelona 1971.).

Igualmente la presunción establecida en el Art.207.c.c. es factible que contradiga la verdad biológica, porque es posible la concepción del hijo durante el primer matrimonio como dentro del segundo. Es cierto que existe una probabilidad más fuerte de que la paternidad corresponda al posterior marido, pero ello no implica la certeza que deriva del carácter absoluto de la suposición legal.

En caso de conflicto, las presunciones establecidas por la ley sólo tendrán que servir para determinar la carga de la prueba. Si el hijo ha nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primer matrimonio, y antes de los 180 días de la celebración del segundo,

artículo 207 "Si disuelto un matrimonio, la madre contrajere nuevas nupcias dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero. Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. Contra estas presunciones es admisible la prueba a que se refiere el artículo 200.

La decisión judicial, resolverá la controversia de acuerdo con las probanzas arrimadas, asignándose particular importancia a las pruebas biológicas (grado de madurez del nacido, hematológica, hereditaria, etc.).

F-1) CONFLICTO ENTRE UNA PATERNIDAD MATRIMONIAL Y UNA EXTRAMATRIMONIAL:

Es sabido que la ruptura matrimonial, como ya hemos visto, se manifiesta con frecuencia en la comunidad como una mera separación de hecho entre los cónyuges, sin proceso alguno que formalice tal estado. Nos interesa indagar el conflicto que puede surgir en este supuesto, cuando la esposa, tras el cese de la convivencia, inicia vida marital con otro hombre de cuya unión nace un hijo que es inscrito y

reconocido por aquel. El vástago que nace de la relación extramatrimonial tiene, por una parte, un vínculo filial proveniente del acto jurídico familiar de reconocimiento; sin embargo, por la otra, la presunción de la paternidad del marido subsiste, si el esposo de la madre no promueve acción de desconocimiento de su paternidad y triunfa en su pretensión.

Los elementos que integran el supuesto son:

- a) Separación de hecho de los cónyuges durante la época de concepción del nacido;
- b) Unión de la esposa con otro hombre e hijo engendrado de esa unión; y
- c) Ausencia de título de estado de hijo matrimonial.

F-2) SEPARACION DE HECHO DE LOS CONYUGES:

La mera separación de hecho entre los cónyuges no tiene fuerza suficiente para hacer cesar la presunción de la paternidad del marido, y sólo sirve para una pretensión de desconocimiento de paternidad, pero, de no tener lugar esta acción, la suposición de la ley mantiene todo su vigor, y los niños concebidos por la esposa durante la separación tienen por padre al marido.

F-3) CONVIVENCIA DE LA ESPOSA CON OTRO HOMBRE:

La mujer, tras la ruptura de la relación conyugal, concibe un hijo como resultado de su vínculo con otro hombre. El niño goza de la posesión de estado frente a su progenitor es criado educado por estos y lleva el apellido del padre que lo ha reconocido. No tiene, pues posesión de estado respecto del marido de la madre.

F-4) AUSENCIA DE TITULO DE ESTADO DE HIJO MATRIMONIAL:

El título de estado ha sido definido como "El instrumento o conjunto de instrumentos de los cuales resulta el estado de familia de una persona y que conforman la prueba legalmente establecida para acreditar el estado" (Belluscio, Augusto C., Derecho de Familia, Depalma. Bs. As., 1974.T.I.

Pág.71.). Determina, pues, la posición jurídica que ocupa una persona en la familia.

El título de estado de hijo matrimonial se halla constituido por la partida de matrimonio de los cónyuges y el acta de nacimiento donde aquéllos aparecen como padres de la criatura, si el nacimiento es inscrito como hijo de madre soltera y de un tercero que lo reconoce, no se encuentra emplazado como hijo matrimonial, aun cuando la progenitora fuera en realidad mujer casada al tiempo de la concepción. El estado de familia que ostenta, la posición que tiene en la sociedad, es de hijo EXTRAMATRIMONIAL. Prueba de ello es que, si quisiera lograr su emplazamiento como hijo legítimo, es decir, si pretende hacer valer la presunción PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT... y colocarse de ese modo como hijo del marido, deberá promover una acción de reclamación de estado en la cual puede acreditar su filiación por todos los medios de prueba. (Ibidem). Con mayor razón, tampoco existen un título de estado de hijo matrimonial, si el nacido se halla registrado como hijo de padre reconociente y de madre desconocida. En ambos supuestos, el hijo se encuentra emplazado como EXTRAMATRIMONIAL, en virtud del acto voluntario de reconocimiento de otro hombre que no es el marido, dándole la existencia de un nexo biológico, y que tiene validez y vigencia para todos hasta tanto no se produzca el correspondiente desplazamiento, o sea, mientras una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no hubiera aceptado la IMPUGNACION O NULIDAD, salvo que el marido de la madre intentara la IMPUGNACION DE DICHO RECONOCIMIENTO. El estado de familia de hijo EXTRAMATRIMONIAL trae aparejada, pues, la posibilidad de ejercer todos los derechos-deberes que nacen del mismo hasta que no se establezca como verdadera una filiación diferente.

G) RECONOCIMIENTO DE UN HIJO POR UN TERCERO:

La presunción de paternidad del marido persiste respecto del hijo concebido por la esposa durante el matrimonio, aún cuando el nacido no tuviera a su favor un título de estado de hijo matrimonial. La presunción legal no se halla sujeta a la forma de inscripción y se mantiene pese al reconocimiento de un tercero, y si no tiene posesión de estado en relación con el marido, tales circunstancias tendrán que influir en la operatividad de la presunción. La razón es clara, cuando el nacimiento de un hijo de mujer casada se declara regularmente, debe suponerse que las relaciones entre los cónyuges se desenvuelven normalmente y esta normalidad

constituye, precisamente, la base de aquella presunción. Si por el contrario, el nacido es inscrito como extramatrimonial por reconocimiento de UN TERCERO, ya sea que la madre figure como mujer soltera o no aparezca en el acta, esa forma de registro despierta serias dudas acerca de la paternidad del marido.

G-1) EN RELACION CON EL MARIDO:

Si el hijo se encuentra como Extramatrimonial por hallarse inscrito y reconocido POR UN TERCERO, el marido de la madre no tiene la obligación de desconocer su paternidad pues su calidad de padre no surge de la inscripción realizada. Se ha considerado que el título de estado de hijo legítimo es, precisamente, uno de los requisitos necesarios para promover la acción de Impugnación de Paternidad ya que, si el título no existe, es al hijo a quien compete la acción de reclamación de estado -como ya se ha visto-, pudiendo el marido en dicho proceso probar alguna de las causas que hacen cesar la presunción.

En una desición judicial se sostuvo que la inexistencia de título de estado de hijo legítimo, eximía al marido de su necesidad de desconocer la paternidad pero, al mismo tiempo, se puntualizó que en ese supuesto la presunción de su paternidad se mantenía y el hijo debía probar, para reclamar su filiación extramatrimonial -como se aspiraba en el caso- "hechos reveladores de la falta de paternidad del marido". (Busso Eduardo. Anotaciones de Código Civil, Buenos Aires, 1978.). O sea que pese a aducirse la subsistencia de la presunción frente a la ausencia de título de hijo matrimonial, aquélla no operó en forma automática, ya que se admitió la prueba de su no funcionamiento.

G-2) EN RELACION CON EL TERCERO RECONOCIENTE:

El marido, lejos de desconocer su paternidad, puede tomar una posición activa frente al tercero reconociente e iniciar una acción de reclamación de estado, fundado en la presunción PATER IS EST., para hacer valer su condición paterna. Igualmente es posible la impugnación del reconocimiento por otros interesados basados en que el acto es ineficaz porque la madre ha sido mujer casada al tiempo de la concepción y, en consecuencia, ha funcionado la presunción de paternidad del cónyuge de la madre.

Se han adoptado diversos criterios de solución:

A) Se tiene en cuenta la jerarquía de las filiaciones; su aplicación significará que por fuerza debe caer el reconocimiento de un tercero, sin que este último pueda demostrar que tal acto responde a la verdad biológica y que en el caso se han dado circunstancias que tornan inoperante la presunción de paternidad del marido;

B) El interés individual del hijo; en esta concepción, se tiene una visión funcional de la relación PATERNO-FILIAL y estimase que el hijo es el centro de gravedad para resolver el conflicto. La paternidad elegida, será, pues la que esté en mejores condiciones para servir dichos interés;

C) Se valora el elemento cronológico, aun cuando no se le considera decisivo, o sea, se proponen diversas soluciones según el momento en que se ha producido el reconocimiento del tercero;

D) Finalmente, se ha utilizado el principio científico-biológico para decidir la contienda; la paternidad puede hoy determinarse con certeza mediante la prueba de incompatibilidad de grupos sanguíneos, u otros que de la misma sangre se deriven como los son los factores genéticos, lo cual permite descartar a algunos de los pretendientes si se emplea toda la batería de marcadores Genéticos o, en su defecto, a falta de exclusión, establecer junto con la PRUEBA BIOLOGICA quien de ellos tiene mayor probalidades de ser el padre del hijo concebido por la madre.

C A P I T U L O : I I I .

LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
Y LOS SUJETOS TITULARES A ESA PRETENSION.

A) QUE ES LA ACCION:

La Acción es "EL PODER JURIDICO QUE TIENE TODO SUJETO DE DERECHO, DE ACUDIR A LOS ORGANOS JURISDICCIONALES PARA RECLAMAR LA SATISFACCION DE UNA PRETENSION".

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: NEMO JUDEX SINE ACTORE.

Es por esta circunstancia que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o se la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución.

La acción aparece definida todavía en alguna legislaciones americanas. Se dice, por ejemplo, que "ACCION ES EL MEDIO LEGAL DE PEDIR JUDICIALMENTE LO QUE ES NUESTRO O SE NOS DEBE". Una definición de esa índole, no puede satisfacer las exigencias del derecho procesal moderno. (Celso De actionibus. Trad. esp. Madrid, 1980. T.IV. Pág.474.).

Aparte de la impropiedad técnica que supone incorporar una definición al derecho positivo, deben hacerse a su

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

respecto dos observaciones. Por un lado, que el concepto de la Acción como medio legal, correcto en sí mismo, confunde acerca de su naturaleza: ésta no es tan sólo REMEDIUM JURIS, sino un poder jurídico autónomo que puede concebirse desprendido del derecho material sobre lo nuestro o lo que se nos debe. Por otro lado, que la definición no alcanza a comprender las acciones de mera declaración, en las cuales no se reclama nada que nos pertenezca o que nos sea debido, sino una pura declaración apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica. Tampoco abarca las acciones preventivas y algunas constitutivas.

Corresponde, en consecuencia, prescindir de estas definiciones contenidas en las leyes y examinar el tema de la acción tal como surge del conjunto de normas del derecho positivo.

Siguiendo la huella del derecho romano, la doctrina consideró tradicionalmente que la acción y el derecho eran una misma cosa. Se llegó a decir que la acción era el derecho en movimiento, o el derecho elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra.

Esta concepción se mantuvo en la doctrina europea, hasta mediados del siglo pasado; y en nuestro continente hasta comienzos del presente.

La sinonimia de ACCION Y DERECHO ha sido relativamente fácil de superar; no ha ocurrido otro tanto, en cambio, con la sinonimia entre ACCION y PRETENSION, ya que en último término la ACCION ES EL PODER JURIDICO DEL ACTO DE HACER VALER LA PRETENSION. Pero en éste punto se halla la base misma de nuestras observaciones.

En ese plano podemos distinguir:

- a) el derecho;
- b) la pretensión de hacer efectivo mediante la demanda judicial; la pretensión no es, por supuesto, un derecho autónomo, sino un simple hecho;
- c) la acción, o sea, el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción.

Como bien se comprende, estas tres diferentes manifestaciones del derecho van siempre reunidas.

Supongamos, por ejemplo, que el derecho (por ejemplo un crédito) no existe, porque el deudor ha pagado ya a un

mandatario del acreedor. Este ignora el pago porque el mandatario lo ha ocultado.

Acontece, simplemente, que aún sin derecho, la pretensión existe, ya que el actor se considera sinceramente asistido de razón. Se tratará, sin duda de una pretensión infundada, que rechazará oportunamente la sentencia. La pretensión es, pues, sólo un estado de la voluntad jurídica; no es un poder jurídico.

La acción, es como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aun cuando no se ejerza efectivamente.

De la misma manera que todo individuo, en cuanto tal, tiene el derecho de recibir asistencia del estado en caso de necesidad, tiene también derecho de acudir a los órganos de la jurisdicción, para pedirles su ingerencia cuando la considere procedente. Esa facultad es independiente de su ejercicio; hasta puede ejercer sin razón, como cuando la invoca y pretende ser amparado por el estado, aquel que no se halla efectivamente en estado de necesidad o aquel cuyo crédito ya se ha extinguido porque el pago hecho al mandatario era válido.

Tratemos, ahora, de fijar el alcance de este poder jurídico.

A-1) ACCION y JUSTICIA:

Esta consideración inicial conduce naturalmente el espíritu hacia el carácter público de la acción, en cuanto a su finalidad inmediata. La acción no procura solamente la satisfacción de un interés particular (UTI SINGULO), sino también la satisfacción de un interés de carácter público (uti civis). Es muy significativo que desde dos terrenos distintos se haya podido afirmar que el ciudadano que promueve la acción desempeña una función pública, en cuanto procura la vigencia efectiva del derecho en su integridad. El carácter público de la acción otorga naturalmente un acentuado carácter público al derecho procesal. Pero esto no significa que todas las leyes procesales sean de orden público, problema éste completamente distinto del que aquí se estudia.

A-2) ACCION y DERECHO:

El derecho y la acción se presentan, entonces, en una unión no siempre fácil de separar. El derecho CASO POR CASO de la justicia primitiva no permite distinguir con claridad en qué se diferencian una y otra cosa, ya que el derecho mismo no aparece hasta el momento en que la inspiración divina lo indica al juzgador. La misma formación histórica del derecho romano ofrece un claro ejemplo de un sistema jurídico sin derecho subjetivo. El derecho no existe; sólo existe la acción. Durante una larga etapa de este proceso, la **ACTIO** fue considerada el derecho mismo. En nuestros tiempos, el derecho comunista y el derecho nacional socialista volvieron hacia la idea de una justicia dictada en consideración a exigencias políticas de oportunidad. El derecho angloamericano se apoya todavía en amplia medida, sobre esta misma concepción.

La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo ocurre que este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera ilegítima; no usa de su derecho, sino que abusa de él como lo ha tenido que reconocer ampliamente la doctrina. Pero el uso impropio de la acción no debe desorientar a quien desee reconocer su naturaleza. Cuando más, debe obligarle a distinguir entre el derecho y las consecuencias injustas o perjudiciales de su ejercicio.

A-3) ACCION y PRETENSION:

La pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. Entre otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica.

Pero la pretensión no es la acción. La Acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada. Es por eso que algunos autores han preferido borrar de su léxico el equívoco vocablo acción y acudir directamente a pretensión. Es ésta una actitud muy lógica y prudente, que podría seguirse si no mediante la necesidad de dar contenido a un vocablo de uso secular.

Tanto el lenguaje de la ley como el lenguaje de la doctrina están impregnados de la aparente sinonimia de ambos

vocablos. (Estellita, Apuntes de Miranda, Comentarios, T.I. Pág. 132.). En la mayor parte de los casos, las teorías jurídicas elevadas sobre la acción lo han sido sobre la pretensión y, particularmente, sobre la pretensión fundada. Rara vez abarcan la pretensión infundada. También es frecuente el equívoco de la acción con el llamado derecho a demandar.

Se ha dicho, entonces, que la doctrina que configura la acción como un derecho genérico de obra confunde aquélla, la acción, con el derecho de demandar, que es un derecho diferente.

Si la acción y el derecho a demandar son dos poderes jurídicos diferentes, entonces tendríamos tres órbitas del derecho: lo que llamamos derecho material (por ejemplo la paternidad) la acción (por ejemplo la impugnación) y el derecho a demandar en juicio (por ejemplo la facultad de interponer la demanda impugnación de paternidad).

Pero desde este punto de vista, las cosas no son así, El derecho a demandar (*rectius*: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción. Todo sujeto de derecho tiene, como tal, junto con sus derechos que llamamos, por comodidad de expresión; materiales o sutanciales (En ejemplo, la impugnación de Paternidad), su poder jurídico de acudir a la jurisdicción. Denominamos acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar no es sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso civil se halla regido por la máxima *nemo iudex sine actore*. La acción civil se hace efectiva mediante una demanda en sentido formal, y ésta no es sino el ejercicio de aquélla.

No se cree que quede, dentro de la estructura del derecho, luego de haber distinguido entre el derecho material y el derecho procesal de acción, sitio para un tercer derecho, que no sería otra cosa que la acción puesta en ejercicio.

A-4) ACCIONES PUBLICAS y PRIVADAS:

La distinción entre acciones públicas y privadas no corresponde ni al derecho, ni a la pretensión, ni al proceso, corresponde a la iniciativa de la demanda.

Por acción pública se entienden aquellas que son promovidas por los órganos de poder público, normalmente los

agentes del Ministerio Público, se trata en casi la totalidad de los casos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de acciones penales.

Por acciones privadas se entiende, por oposición a las anteriores, a aquellas en las cuales la iniciativa corresponde a los particulares, y sólo éstos pueden conducir las adelante.

A-5) ACUMULACION DE ACCIONES:

Con arreglo a todo cuanto queda expuesto, resulta útil subrayar que el instituto coincidió con el nombre de acumulación, no es sino:

- a) Una acumulación de varias pretensiones en una misma demanda; o
- b) Una acumulación de varios procesos en uno solo, para ser decididos todos en una misma sentencia.

(Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Mexico, D.F. Pág. 57 a la 88.).

B) QUE ES IMPUGNACION:

Según Guillermo Cabanellas, dice "SON TODOS LOS ACTOS DE LA PARTE CONTRARIA QUE PUEDEN SER OBJETO DE DISCUSION ANTE LOS TRIBUNALES, COMO A LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE NO SON FIRMES Y CONTRA LAS CUALES CABE ALGUN RECURSO". "TAMBIEN ES AQUELLO QUE SE PUEDE COMBATIR, REFUTAR, OBJETAR, CONTRADECIR". No reconoce voluntariamente, la eficacia jurídica de un acto o la actitud de otro. Declarar que en el fondo o en la forma; algo no se ajusta a derecho, desconocer una interpretación por estimarla, errónea o abusiva. Solicitar la revocación o nulidad de una resolución o medida. (Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Buenos Aires Argentina).

El vocablo "IMPUGNACION" ha adquirido ya ubicación propia dentro del Derecho Procesal, aunque no siempre los códigos y leyes regularadores del procedimiento lo caractericen de la misma manera y le den idéntico o similar contenido. Nos permite satisfacer un propósito práctico de evitar inútiles desarrollos previos sobre los diversos

sentidos y aplicaciones de la voz "IMPUGNACION", tanto en los variados sectores de la realidad como en las otras disciplinas jurídicas. El estudio de la Impugnación debe ubicarse dentro del mas amplio campo de los actos procesales, no sólo por ser una especie o tipo de estos en cuanto se manifiesta en la mecánica jurídica, sino también porque como poder surge en cuanto si existe la posibilidad de un cumplimiento anormal o injusto de esos actos.

La impugnación debe referirse al poder y actividad de las partes, tendiente a conseguir la revocación sustitución o modificación de un acto concreto, por considerársele incorrecto, que produce agravio en atención a su injusticia, o a la anormalidad en su cumplimiento.

B-1) PODER DE IMPUGNAR:

Lo referente al poder nos coloca frente a la consideración estática de la institución, y se resuelve mirando al sujeto a quien se atribuye y al objeto sobre el cual recae. Esto da lugar a lo que se suele llamar en doctrina "Impugnabilidad subjetiva" e "impugnabilidad objetiva", según desde el punto de vista de la persona con calidad de impugnante o del acto que puede ser impugnado.

Desde otro punto de vista, podría decirse que este poder de impugnar se muestra como una sujeción facultativa, es decir de ejercicio nesario para conseguir la satisfacción de un interes defendido.

B-2) OBJETO IMPUGNABLE:

Desde un punto de vista objetivo y considerada la cuestión en forma abstracta, puede decirse que son impugnables los actos susceptibles de ser revocados, modificados o sustituidos; pero en concreto, han de ser impugnables los actos que por la ley puedan ser permitidos de conformidad con cada legislación. Para que un acto sea impugnabile, debe atribuírsele un vicio o error en su estructura formal.

B-3) ACTO IMPUGNATIVO:

El poder que se ejercita mediante la actividad del

sujeto impugnante, y con ella se provoca el procedimiento de IMPUGNACION. Dicho acto consiste en una actividad reflejada en forma de instancia de parte y que legalmente se muestra en el planteamiento de un recurso, de un incidente o de una demanda. El primero tiene por objeto impugnar una resolución judicial. El segundo se plantea cuando se impugna un acto parroquial por considerársele nulo o contrario a lo que en derecho corresponde. El tercero de la demanda o acción impugnativa, se muestra en casos excepcionales como en el presente trabajo LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. El acto impugnativo, por lo tanto es obrar por el sujeto legitimado, en procurar la extinción, sustitución o reforma a un acto, por estimarlo adverso a sus intereses.

El elemento volitivo dentro del acto impugnativo es la (declaración, manifestación, petición) es la expresión de voluntad del titular, por la cual demanda que el acto impugnado se extinga, modifique o sustituya. Y el Elemento Intelectivo (motivación, fundamentación) es el razonamiento lógico jurídico justificante de la petición, y consiste en una serie de argumentos tendientes a rebatir los motivos del acto impugnado si los tuviere o a convencer en favor de su petición.

C) LA ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD:

La acción de impugnación de la paternidad puede tender a la negación de alguno de los supuestos en que descansa la legitimidad, de la concepción dentro del matrimonio y la paternidad. En todo caso presupone esta acción la existencia de un título de estado, acta de nacimiento a través de dicha acción. Pero según cuál sea el presupuesto que se va a impugnar tiene la acción peculiares matices.

En efecto, la impugnación de la concepción dentro del matrimonio, resulta de la concepción fuera de los plazos mínimos y máximos previstos como de posibilidad de duración de la gestación, o sea, desde los ciento chenta días siguientes a la celebración del matrimonio hasta los trescientos siguientes a la disolución o separación de los cónyuges. o bien por las causas aquí enunciadas en el capítulo II. La impugnación de la paternidad no es para atacar en si la presunción, sino propiamente la concepción dentro del matrimonio POR OBRA DEL MARIDO.

No es posible poner a prueba por vía directa la vigencia de la presunción de que el marido es el padre de los hijos

concebidos por su esposa durante el matrimonio, es decir que lo que se supone y coincide con el comportamiento real de los sujetos, normalmente, cuando se mantiene la convivencia conyugal, la mujer respeta el deber de fidelidad y los hijos por ella gestados tienen por padre al marido.

El marido separado de hecho de su mujer durante la época de concepción del niño, ni siquiera imaginará la necesidad de desconocer al hijo que aquélla engendró y que no le es atribuido, menos si un tercero lo ha reconocido y asumido la responsabilidad paterna; no debe olvidarse que en los sectores sociales que tiene menos contacto con el derecho, disminuye la percepción normativa; el sujeto imagina las reglas de acuerdo con lo que es habitual en el contexto social y, normalmente, si una pareja conviviente tiene un hijo, lo natural es su reconocimiento e inscripción por el progenitor. Se observa como normal que los hijos de un matrimonio que lleva una convivencia regular resulten hijos del marido, pero dejan de considerarlo así cuando se reputa al marido padre de los hijos engendrados por la mujer después de la separación de los cónyuges. Por otra parte, aún conociendo el esquema legal, provocan dudas en los interesados para promover una ACCION cuyo resultado seguramente será negativo.

Para completar el conjunto de posibilidades que explican la INACCION JUDICIAL, debemos señalar, también que ella puede deberse a la propia decisión de los interesados, quienes no desean que asuma estado público la verdadera condición filial del nacido. De esta manera, la esposa oculta que el niño es fruto de sus relaciones con otro hombre, el marido conociendo la situación perdona el proceder de la esposa, es previsible que estos supuestos se den con mayor frecuencia cuando la relación matrimonial continúa y precisamente en virtud de la permanencia del vínculo, es que el marido no desconoce su paternidad, que el hijo acepte como padre al que lo ha educado y le ha dado todo lo necesario para subsistir y lo reconozca como tal, y que un tercero interesado y que tiene el derecho de Accionar no lo haga por cualquier motivo o razón.

El mayor número de litigios obedece, cuando por la separación de cuerpos o física de los esposos, la mujer se une a otro hombre sin haberse divorciado y que de esta unión nace un hijo el cual debe ser desconocido por el esposo, a quien le asistiría el derecho de la Acción de Impugnación de la Paternidad, por no ser el padre del niño ya que subsistiría la presunción de la paternidad del marido de la madre respecto del hijo concebido por estar durante la vigencia del connubio. (Diego Espin Canovas, Derecho Civil

Español, Madrid, T.IV. Pág. 277 a la 281).

Podemos decir entonces, que la ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD, es un derecho que le asiste a determinadas personas titulares de la acción, de acudir al organo Jurisdiccional, para, que se desconozca judicialmente la paternidad del marido o del esposo, es decir desconocer la Filiación legitima que posee un hijo frente al padre, por considerarse perjudicados en sus intereses, siendo los legitimados para hacerlo, el mismo esposo o marido, la madre, el hijo o un tercero interesado, debiendo éstos, que fundamentar y probar las causas o causa que lo motivan a impugnar la paternidad.

D) SUJETOS TITULARES DE LA ACCION:

Según nuestro Código Civil en el;

Artículo 214 dice "...EL PADRE O LA MADRE QUE NO INTERVINO EN EL ACTO, ASI COMO EL PROPIO HIJO O UN TERCERO INTERESADO LEGITIMAMENTE, PUEDE IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO DENTRO DE LOS SEIS MESES A CONTAR DEL DIA EN QUE TAL HECHO FUERE CONOCIDO POR ELLOS. SI EL HIJO FUERE MENOR DE EDAD, PUEDE CONTRADECIR EL RECONOCIMIENTO DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE A SU MAYORIA".

Según el código, la legitimación podrá ser impugnada por lo que se crean perjudicados en sus derechos. Cuando se otorge a favor de los que no tengan la condición legal de ser hijos legitimos.

D-1) IMPUGNACION HECHA POR EL PADRE, ESPOSO O MARIDO:

Según la doctrina dice que el marido es el único que puede valorar los alcances de la conducta infiel de la esposa y por muchas razones perdonar, asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por la mujer y no será permitido a terceros interfieran en su resolución, el marido es el que está en mejores condiciones para apreciar la situación creada, La paternidad es una cuestión íntima y de personal convicción y, en consecuencia, únicamente el esposo de la madre está en condiciones de saber si la presunción de la ley es o no fundada, la acción se ha establecido en el sólo

interés del marido; y como jefe de familia, al esposo le corresponde resolver si conviene hacer conocer la verdadera situación del nacido. Esta razón ha llevado a algunos autores a sostener que, pese a ser posible probar hoy científicamente que el marido no es el padre de la criatura, el interés por la verdad debe ceder ante el de la familia y del hijo interés este que el esposo puede apreciar soberanamente. (Mazeaud, Henri y Leon, y Mazeaud, Jea, Lecciones de Derecho Civil, Europa-América, Buenos Aires 1989. Vol III).

A los fundamentos expuesto, que se ha desarrollado a partir de la figura del marido, se agregan otros que explican su derecho exclusivo a desconocer la paternidad, por la imposibilidad para la madre o el hijo de entablar una acción de tal naturaleza. Ya que por lo general es el marido o esposo que entabla la demanda de Impugnar la paternidad, para tal efecto deben probarse las causales de impugnación.

En el criterio generalizado de conceder al marido mientras viva la exclusiva facultad de desconocer su paternidad, va atenuándose en el derecho moderno en función de nuevas valoraciones que ahora se estiman preponderantes. La experiencia demuestra que en situaciones donde el matrimonio como realidad vital ha desaparecido por la separación de sus componentes, existe un interés legítimo de los otros partícipes de la relación filial y aún de terceros, para obtener un emplazamiento jurídico acorde con la verdad biológica.

El código de Familia de Costa Rica si bien la acción de Impugnación de su paternidad sigue perteneciendo al marido, cuando se trata de un hijo nacido después de los 300 días de la separación de hecho de los cónyuges, siempre que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido, tal hijo es considerado extramatrimonial como ya hemos visto, y esta declaración, debe ser por vía del proceso correspondientes.

En el código de Familia de Bolivia pone en cabeza del marido la acción de desconocimiento de paternidad, pero cuando el hijo resulte haber sido concebido durante la separación judicial o aún de hecho de los esposos, se admite el reconocimiento de un tercero, siempre que el hijo tenga la posesión notoria de estado frente al reconociente. Esto quiere decir que el nacido se halle emplazado como hijo del marido, pero no goce de la posesión de estado frente a éste, sino respecto del tercero, dicho tercero puede discutir la paternidad del esposo, como paso previo al reconocimiento del niño.

Actualmente en nuestro medio, el esposo o marido cuando entabla una demanda de Impugnación de paternidad, lo hace generalmente por dos motivos, por el adulterio de la esposa o porque ésta vive con un tercero, y cuando nace la criatura no puede reconocerlo o para que dicho hijo goce de lo posesión notario de estado, es decir que, quede como hijo legítimo entre la esposa y con el tercero que ella convive maridablemente. Pero en cambio, cuando impugna la paternidad por adulterio el caso es diferente porque aquí la esposa asegura que el hijo que ha concebido es del esposo y no admite que un tercero lo reconozca sino que debe hacerlo el esposo, lo cual el marido no lo haría porque sabe perfectamente que el hijo no es de él como se pretende hacer creer. Por esa razón Impugna la paternidad para lo cual deberá aportar las pruebas necesarias en la cual fundamenta la causal de impugnación.

Por lo regular en un alto porcentaje es el marido quien en realidad por ser él afectado en un 100%, es quien impugna la paternidad, en los diferentes juzgado de Familia de la ciudad de Guatemala, las diferentes demandas de Impugnación eran presentadas por el propio padre, esposo o marido, en el que no querían asumir la paternidad de un hijo que según ellos nunca habían engendrado, por diferentes causas ya que cada uno tenía sus motivos y sus propios fundamentos.

D-2) IMPUGNACION HECHA POR LA MADRE:

Según como dice el artículo 214 en su parrafo tercero la madre puede solicitar al organo jurisdiccional la impugnación de la paternidad, ya que como suele suceder en nuestro medio y como se ha visto en varias demandas de esta clase de juicios, argumenta siempre la madre que la persona que aparece como padre de su hijo no lo es, ya que el verdadero padre es otra persona, y que este tercero que lo reconoció lo hizo sin consentimiento de ella, a sabiendas que le podía perjudicar tanto a ella como a el hijo concebido.

En la ley francesa mantiene la acción exclusiva del marido para impugnar la paternidad del hijo pero este privilegio, en forma semejante a los ordenamiento mencionados, cede ante los casos en que se ha producido la ruptura matrimonial y el hijo no tiene posesión de estado filial respecto del marido. De esta manera, la ley concede a la MADRE el derecho de impugnar la paternidad de su cónyuge, o a los fines de obtener la legitimación del hijo cuando después de la disolución del matrimonio decide

contraer nuevo enlace con el verdadero padre de la criatura. La acción en tal caso, se dirige contra el marido y sus herederos, y debe ser promovida por la progenitora y el nuevo cónyuge dentro de los 6 meses siguientes, además se ha abierto el camino para que otros interesados puedan discutir la paternidad marital cuando el hijo ostenta el título de estado de hijo matrimonial, pero no goza de la posesión de estado frente al marido de la madre.

En la ley italiana, ha modificado en forma sustancial el sistema, y confiere la acción de Impugnación de la paternidad del marido, no sólo a éste, sino también a la MADRE al hijo que ha alcanzado la mayoría de edad.

En el estudio de casos judiciales ha evidencia que, efectivamente, existen situaciones donde sólo se registra el interés de la madre, para que se produzca el desplazamiento de la paternidad del marido, prueba de ello es que se han promovido demandas de impugnación de paternidad por la madre, evidenciando una necesidad que el hijo sea reconocido por su verdadero padre biológico y no por otro a quien no le corresponde la paternidad.

Mucho se ha dicho que la madre muchas veces se abstiene de impugnar la paternidad del que aparece como padre de su hijo para evitarse problemas sociales inclusive familiares, a parte del daño psicológico que le produciría a su hijo si éste ya esta en una edad de entender y comprender el problema aunque la misma ley faculta al hijo de impugnar la paternidad cuando sea mayor de edad. Se dice que puede tener problemas sociales y familiares, porque se dudaría de la honorabilidad y honradez de la mujer, en cuanto a quien es el verdadero padre de la criatura, y máxime si esta casada el hijo no fué concebido dentro del matrimonio, si no que fue por una relación extramatrimonial, por tal motivo la madre se abstiene de impugnar la paternidad, aunque actualmente esta clase de comentarios ya no le importan a la mujer y acude al organo jurisdiccional e impugna la paternidad para no estar atada a una persona que no le corresponde la paternidad del hijo que ella tiene.

D-3) IMPUGNACION HECHA POR EL PROPIO HIJO:

El propio hijo puede impugnar la paternidad del que aparece como padre de éste ya que en nuestra legislación lo permite:

artículo 214 "siempre y cuando sea mayor de edad, y si

en caso fuere menor podrá hacerlo dentro del año siguiente a su mayoría".

Cuando es el hijo quien acciona, la impugnación de la paternidad muchas veces es para lograr un emplazamiento como hijo extramatrimonial, muchas veces para obtener derechos hereditarios, en la sucesión de su presunto padre extramatrimonial.

Si la norma concede al marido el derecho de desconocer su paternidad, esto no implica que el hijo haga lo propio de poder indagar quien es su verdadero padre y desconocer al que ha tenido como padre al momento de impugnar dicha paternidad, pero resultaría inconcebible que un hijo legítimo negara esa condición con los beneficios que ella implica, para convertirse en un individuo sin padre ni parientes. Por tal razón la acción del hijo debe estar muy bien fundamentada para pedir o accionar la impugnación de la paternidad.

No obstante se considera que el hijo se encuentra legitimado para obrar. Borda dice, si bien estima que se trata de una hipótesis excepcional, acepta que el hijo puede intentar negar una falsa paternidad y descubrir la real, sostiene que la acción del hijo procede en los mismos supuestos en que se le concede al padre. Por lo que el hijo tendrá derecho a la impugnación si el título no se ajusta a la realidad biológica, para luego reclamar el vínculo que le corresponde. (Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia, Perrot. 5ta Ed., 1989. Pág. 234). Llamabías, refiriéndose a una situación particular, -LA FECUNDACION IN VITRO-, admite la acción del hijo para impugnar la paternidad, si se empleó semen de un tercero, como paso previo para reclamar el reconocimiento forzado de la paternidad extramatrimonial de quien verdaderamente lo engendró, siempre que promueva la acción dentro del tiempo establecido por la ley al llegar a la mayoría de edad. (Llamabías, Jorge J., Anotaciones de Derecho Civil, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1990. -LA FECUNDACION HUMANA "IN VITRO" ED.T.79, pág.891.)

En el contexto del ordenamiento Español al igual que el nuestro, ha considerado que el hijo puede impugnar la paternidad para que este pueda reclamar una filiación distinta, o la que el considera que efectivamente le pertenece.

En el proyecto Belga de 1980, la paternidad puede solicitarse por el marido, la madre y HIJO no se habla de un plazo para poder solicitarse.

En la ley Colombiana de 1968 dispone que el hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido y la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal. De esta acción conocerá el juez de menores cuando el hijo fuere menor de 16 años de edad con audiencia al marido y de la madre, o sus herederos si ya ellos hubieren fallecido, salvo que en la demanda se acumule la acción de paternidad natural, caso en el cual conocerá del juicio el juez civil competente por vía ordinaria.

También en el código civil Suizo habla que el hijo puede impugnar la paternidad, desde el momento que los esposos han cesado en su vida en común.

Se debe tomar en cuenta el interés del hijo, para resolver las diversas causales que pueden presentarse sobre cual es la verdad biológica de su procedencia, quién es su verdadero padre? cuáles son sus raíces? es muy complejo el de determinar la paternidad de un hijo, porque puede ser que un padre que si es el verdad renuncie a esa obligación por ser beneficiosa para él, o muchas veces no desea desconocer a quien ha creado y educado como si fuera hijo de éste. Por lo que consideramos que la madre es una fuente principal de la verdad para que el hijo sepa quién es su verdadero padre.

D-4) IMPUGNACION HECHA POR UN TERCERO INTERESADO LEGITIMAMENTE:

Para hablar de un tercero interesado en poder impugnar la paternidad, nuestra legislación dice:

artículo 214 "...un tercero interesado legitimamente puede impugnar la paternidad..."

artículo 205, "podrán asimismo impugnar la filiación, si el hijo fuere póstumo, o si el presunto padre hubiere fallecido antes de que transcurriera el plazo señalado en el artículo anterior. Los herederos deberán iniciar la Acción dentro de sesenta días, contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia".

Se puede establecer, que nuestra legislación únicamente

admite a los herederos del padre fallecido como terceros interesados para impugnar la paternidad, de lo cual podemos darnos cuenta que un interesado podría ser el verdadero padre del hijo concebido por la madre, es decir a quien verdaderamente le correspondería asumir el rol legal de padre, pero nuestra legislación no es clara en tal sentido, ya que el verdadero padre puede accionar la impugnación de la paternidad del supuesto padre, para luego reconocerlo como su hijo, como por ejemplo cuando la madre es casada y esta vive maridablemente con un hombre que no es su esposo y procrean a un hijo, legalmente este es hijo del esposo no del que convive con la madre, pero por problemas personales la madre admite que asuma la responsabilidad con el que es su esposo como padre de la criatura concebida y niega la paternidad del verdadero progenitor, aquí en este caso el tercero sería el hombre que convivió con la mujer y que tendría derecho de pedir al órgano jurisdiccional la impugnación de la paternidad, por ser éste el verdadero padre, claro que tendrá que probarlo plenamente para establecer lo que esta fundamentando en su demanda, por lo que considero que este podría ser un tercero legítimamente interesado.

C A P I T U L O : I V .

MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

A) QUE ES PRUEBA?

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

La prueba es, en todo caso, una experiencia, una operación, un ensayo, dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición. En ciencia, probar es tanto la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto es la forma por la cual se demuestra la aseveración de un hecho ya sea de la pretensión del actor o la oposición del demandado.

En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la pruebas es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La Prueba Civil es, normalmente, en comprobación, demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio. La prueba Civil se parece a la prueba matemática: una operación destinada a demostrar la verdad de otra operación.

Los problemas de la prueba consisten en saber: - 1o. Qué es la prueba; - 2do. Qué se prueba; - 3ero. Quién prueba; - 4to. Cómo se prueba; - 5to. Qué valor tiene la prueba producida;.

EN OTROS TERMINOS:

El primero de esos temas plantea el problema del

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

Concepto de la prueba;

El segundo, el objeto de la prueba;

El tercero, la carga de la prueba;

El cuarto, el procedimiento probatorio;

El último, la valoración de la prueba.

Estos son los problemas generales de la prueba civil por debajo de ellos se encuentran todos los relativos al estudio particular de cada uno de los medios de prueba: y según nuestro Código Procesal Civil y Mercantil menciona cuales son estos medios:

Artículo 128. "Son medios de prueba:

1. DECLARACION DE LAS PARTES.
2. DECLARACION DE TESTIGOS.
3. DICTAMEN DE EXPERTOS.
4. RECONOCIMIENTO JUDICIAL.
5. DOCUMENTOS.
6. MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA.
7. PRESUNCIONES.

A-1) CONCEPTO DE PRUEBA:

Los hechos y los actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso.

Pero como el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones. Es menester comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción a su respecto.

Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, UN MEDIO DE VERIFICACION DE LAS PROPOSICIONES QUE LOS LITIGANTES FORMULAN EN EL JUICIO. (Dellepiane, Nueva Teoría de la prueba. Pág. 17).

La prueba Civil NO ES UNA AVERIGUACION, quien leyere las disposiciones legales que la definen como tal, recibiría la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad, sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los

litigantes. En el sistema vigente no le esta confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez del orden penal; A tal punto el juez civil no es un investigador, que el reconocimiento del demandado detiene toda actividad de averiguación que pudiera cumplir el juez.

Pero puede afirmarse, a modo de resumen sobre el concepto de la prueba en material civil, Que por tal se entiende un método jurídico de verificación de las proposiciones de las partes. El convencimiento del juez depende, en el derecho vigente, en manera muy especial, de la actividad probatoria de las partes. Más que a un método científico de investigación, la prueba civil se asemeja, como se ha dicho, a la prueba matemática; es una operación de verificación de la exactitud o el error de otra operación anterior.

A-2) OBJETO DE LA PRUEBA:

El tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta: QUE SE PRUEBA, QUE PRESUPUESTOS DEBEN SER PROBADOS.

La teoría del objeto de la prueba procura, señalar cuáles son las proposiciones de las partes que deben probarse y cuáles no requieren demostración.

Pero cuando el intérprete ha fijado con la mayor exactitud posible los puntos que quedan dentro de la actividad probatoria y lo que quedan fuera de ella, encuentra a su paso una regla de carácter general cuyo sentido requiere una nueva apreciación.

El precepto complementario en materia de objeto de la prueba es el de que si bien sólo requieren demostración los hechos controvertidos y no se admitirá prueba, en ningún caso, sobre los hechos que no son objeto de ella, las que no pertenezcan (al litigio) serán irremisiblemente desechadas de oficio al dictarse sentencia.

La importancia de la solución que se adopte, radica en que ambas fórmulas entrañan peligros de verdadera consideración dentro del desenvolvimiento del juicio. De elegirse la primera de ambas soluciones, creando la posibilidad de que el juez rechace de plano la prueba que considere innecesaria, se crea el grave riesgo del prejuizgamiento; el juez, guiándose por impresiones

superficiales, sin un conocimiento real y profundo del asunto, privaría a una de las partes de demostrar la exactitud de sus afirmaciones. Más de una vez, la jurisprudencia ha rechazado esta solución apoyándose en tales argumentos. Pero si se adopta la solución contraria, se consagra la posibilidad de que los litigantes aporten al juicio un cúmulo de pruebas inapropiadas, inútilmente costosas, hasta ofensivas del derecho del adversario o de la propia autoridad de la justicia; se adjudicaría, así, el juez, dentro de esta etapa del juicio, un papel pasivo e inerte, impropio de su función.

Para abordar el estudio de este problema es menester anticipar una cuestión de lexico.

En este sentido corresponde distinguir la pertinencia de la admisibilidad de prueba.

Prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba impertinente, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Un prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la dúplica por el demandado, es prueba impertinente. También lo es la que versa sobre hechos que han sido aceptados por el adversario. Se trata, como se ve, de la aplicación apropiada de los principios del OBJETO de la prueba, que acaban de exponerse. (Alcalá Zamora y Castillo, la prueba mediante fama pública T.46, Pág. 20).

Al contrario, de prueba admisible o inadmisible se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los MEDIOS aptos para producirla. Así puede sostenerse que es prueba inadmisible, por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado; la prueba de documentos que debió haberse presentado con la demanda y no se presentó; En estos casos, como se ha dicho, no se halla en juego la pertinencia o impertinencia de la prueba, sino la idoneidad del medio utilizado para producirla.

Lo que la norma legal en estudio posterga para el momento de la sentencia es la apreciación de la pertinencia o impertinencia de la prueba; no su admisibilidad.

Propuesta una prueba aparentemente impertinente, no corresponde debatir IN LIMINE sobre su incorporación o su

alejamiento del proceso. El juez debe postergar siempre esa calificación para la sentencia definitiva y las partes durante el periodo correspondiente hacerlas valer.

A-3) LA CARGA DE LA PRUEBA:

Delimitando con arreglo a los principios expuestos el campo del OBJETO de la prueba, abordar el tema de la CARGA supone un paso más adelante, tendiente a saber quién prueba; Cuál de los sujetos que actúan en el juicio (el actor, el demandado) debe producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate.

Se trata, sin duda, del problema más complejo y delicado de toda esta materia. La doctrina se debate hace siglos frente a los problemas de este punto, que afectan no sólo los principios doctrinales, sino también la política misma de la prueba.

El tema de la carga de la prueba pertenece a un época del derecho pasada definitivamente, se ha abandonado la solución consagrada todavía en nuestro código, de repartir de antemano la actividad probatoria entre las parte.

El principio general de la carga de la prueba puede resumirse en dos preceptos:

- a) En materia de obligaciones, el actor prueba los hechos que suponen la existencia de la obligación;
- b) En materia de hechos y actos jurídicos, tanto el actor como el demandado prueban sus respectivas proposiciones;

Por virtud del primer principio, el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada; el demandado triunfa con quedarse quieto, porque la ley no pone sobre él la carga de la prueba.

El mismo principio, desde el punto de vista del demandado, es el siguiente: Si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, debe entonces a su vez, producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación; y si no lo hace, pierde. En el juicio de impugnación de paternidad, el actor dice que no es, él padre de la criatura concebida. ese actor tiene la carga de la prueba; debe demostrar que efectivamente no es el padre

de dicha criatura. Si no lo prueba, la parte demandada, aun quedándose quieta, gana el juicio. ahora bien si la parte demandada, afirma que no es cierto lo que dice el actor y que efectivamente el es el padre de la criatura. Entonces para no sucumbir la parte demandada, debe producir toda la prueba de los hechos que justifiquen tal afirmación y si no la produce pierde.

La carga de la prueba se reparte entonces entre ambos litigantes, porque ambos deben deparar al juez la convicción de la verdad de cuanto dicen. Los hechos no probados se tiene por no existentes, ya que no existe normalmente, en el juicio civil dispositivo, otro medio de convicción que la prueba suministrada por las partes. El juez realiza a expensas de la prueba producida, una especie de reconstrucción de lo hechos, descartando aquellos no han sido objeto de demostración; y sobre ellos aplica el derecho.

Por eso en nuestro ordenamiento legal dice:

Artículo 126. CARGA DE LA PRUEBA, Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretenda algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. (Código Procesal Civil y Mercantil).

A-4) PROCEDIMIENTO PROBATORIO:

COMO SE PRUEBA?

Se concibe, en un sentido lógico, que toda la actividad que desarrollan en el juicio las partes y el juez, se realice de manera libre, es decir, como una aportación de pruebas absolutamente abierta en cuanto a su forma y desenvolvimiento. Pero también se concibe que, por el contrario, la prueba sea reglamentada otorgando tan sólo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal.

Como nuestro derecho se ha pronunciado por esta última solución, el tema del procedimiento de la prueba consiste, pues, en saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida.

En este sentido el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos; en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. Así, todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc., constituye el tema general del procedimiento probatorio. Por otro lado, el funcionamiento de cada medio de prueba, Declaración de las partes; Declaración de testigos; Dictamen de expertos; Reconocimiento Judicial; Documentos; **MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA**; Presunciones; constituyen el aspecto particular del problema.

Dadas las modalidades de procedimiento que caracterizan a cada medio de prueba, cuya importancia es muy considerable pero cuyo desarrollo requeriría más espacio que el corresponde.

Los instantes que, en el transcurso del juicio, se refieren a la actividad probatoria son cuatro; (Lessona, *Tería de las pruebas*. T.1. Pág. 176).

- 1.- OFRECIMIENTO.
- 2.- PETICION.
- 3.- DILIGENCIAMIENTO.
- 4.- VALORIZACION

El ofrecimiento de prueba es, en nuestro derecho, un anuncio de carácter formal: no se admitirá prueba, dice la ley, en ningun caso sobre lo principal del asunto, de hechos que no se hayan articulado y cuya prueba no se haya ofrecido en la demanda y su contestación, o en la réplica y dúplicado en las causas que se sustancien en los escritos. Los litigantes afirman los hechos y anuncian su propósito de demostrar la verdad de éstos. El requisito queda satisfecho con las simples palabrabas "ofrezco prueba", consignadas en los escritos de demanda o de contestación.

El segundo momento de la prueba es el de la PETICION. ó solicitud de admisión de uno o varios medios de prueba, responde al concepto de que la prueba se obtiene siempre por mediación del juez. Este es el intermediario obligado en todo el procedimiento, y no existe posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la

participación del juez. Es a él a quien se formulan las respectivas solicitudes y él quien ordena a los agentes de su dependencia las medidas requeridas para la producción de diversas pruebas.

Si el actor o el demandado quisieran llevar al juicio como prueba, los medios científicos, como en el tema tratado (la impugnación de la paternidad), deberá ser expertos en la materia quienes determinaran los mismos y el juez los calificará.

Esa fiscalización se refleja, especialmente, sobre las siguientes cuestiones:

- A) Sobre la oportunidad de la producción, dado que pueden ser rechazadas **IN LIMINE** las peticiones de prueba formuladas luego de vencido el término probatorio o sin tiempo material para producirlas;
- B) Sobre la admisibilidad del medio elegido para producir la prueba;
- C) Sobre la regularidad del procedimiento utilizado para hacer llegar al juicio un determinado medio de prueba, pues aunque el medio de prueba utilizado sea idóneo (documentos, testigos, prueba científica, Etc.), pueden no serlo las formas utilizadas para hacer llegar esos medios probatorios al expediente.

No existe, en cambio, como se ha visto, una verificación **IN LIMINE** sobre la conveniencia o utilidad de las pruebas pedidas. Esa fiscalización no se efectúa en el momento de la petición, sino en el momento de la sentencia.

El tercer momento de la prueba es el **DILIGENCIAMIENTO**. Formulada la solicitud por la parte y accedida la petición por el juez, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación material al expediente.

El diligenciamiento de la prueba de testigos consiste en señalar el día y hora para la recepción de los medios de prueba, como Ejem. la declaración de testigos, recibir su declaración registrándola en un acta, incorporar materialmente esa acta al expediente, Etc. El diligenciamiento de la prueba de peritos consiste en la forma de convocar a las partes para una audiencia, proceder a la designación de los técnicos, señalar los punto de decisión, recaba la aceptación de los peritos designados, y así sucesivamente, lleva adelante el conjunto de trámites y

formas requeridas para la incorporación de ese medio de prueba al juicio. De la misma manera ocurre con los documentos.

Si se deseara dar un concepto general de esta fase del procedimiento probatorio, podría resumirse diciendo que el **DILIGENCIAMIENTO, DE UNA PRUEBA CONSISTE EN EL CONJUNTO DE ACTOS PROCESALES QUE ES MENESTER CUMPLIR PARA TRASLADAR HACIA EL EXPEDIENTE LOS DISTINTOS ELEMENTOS DE CONVICCION PROPUESTOS POR LAS PARTES.**

A-5) VALORACION DE LA PRUEBA:

El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: **QUE EFICACIA TIENE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA ESTABLECIDOS EN EL DERECHO POSITIVO?**

Ya no se trata de saber que es en si misma la prueba, ni sobre que debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercer los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el juez debe expedir.

Pero ese tema de la determinación de la eficacia concreta de la prueba es, a su vez, tan amplio, que reclama un desdoblamiento de las diversas cuestiones que en él va implícitas. Se hace necesario entonces, abordar varios puntos.

Tales son, principalmente los relativos a la determinación de la **naturaleza jurídica** de las normas que regulan la apreciación de la prueba; la **disponibilidad** de los medios de prueba y los diversos sistema de valoración.

Por su **Naturaleza Jurídica**, la doctrina ha considerado más de una vez, que las normas que rigen la apreciación de la prueba no son de derecho procesal, sino de derecho material, ya que ellas fijan la suerte del derecho de las partes interesadas, aun con anterioridad al proceso. La razón que se da habitualmente en favor de la tesis de que los temas de la eficacia de la prueba son de derecho material y no de derecho procesal, radica en la supuesta exigencia de la estabilidad de las convenciones, en la necesidad de contar de antemano con una prueba preconstituida y de la eficacia a **PRIORI** de ciertos negocios jurídicos. Se procura, asimismo, llegar a la consencuencia de que la eficacia de la prueba queda fuera del principio de aplicación inmediata, que es característico de las leyes procesales.

Es claro que cuando el legislador instituye una norma para regular la eficacia de los actos jurídicos a modo de SOLEMNIDAD, esa norma no se apoya solamente en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como formando parte de su esencia, por razones de política jurídica, el legislador instituye determinado medio de prueba (la identificación; el análisis de la sangre), lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio.

La Disponibilidad de los medios de Prueba, los textos legales enumeran habitualmente los medios de prueba. en nuestro derecho adjetivo los encontramos en:

- Artículo 128:**
- 1o. Declaración de las partes.
 - 2o. Declaración de testigos.
 - 3o. Dictamen de expertos.
 - 4o. Reconocimiento judicial.
 - 5o. Documentos.
 - 6o. MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA
 - 7o. Presunciones.

La disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba que no han sido objeto de previsión especial, es uno de esos problemas en que aparecen con más claridad ciertos contrastes del derecho con la vida.

Por una lado, se ha sostenido que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador, y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de la verdad, (Ricci, Delle, Proceso Civil y comercio, Sao Paulo 1975, T.II Pág. 46). Pero frente a esa conclusión, no apoyada en razones convincentes, se puede comprobar que los repertorios de jurisprudencia se llenan día a día de antecedentes que reflejan la admisión de prueba no previstas especialmente en las disposiciones de la ley civil o procesal. La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, EL ANALISIS DE LA SANGRE EN LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Puede admitirse, pues en conclusión que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos, siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio.

Existen diversos sistemas de valoración de la prueba, entre las cuales estan las llamadas pruebas legales y las

llamadas pruebas libres o de libre convicción.

Pruebas Legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.

Este régimen de pruebas legales no ha sido excluido de nuestros Códigos y en algunos de ellos subsiste con singular acentuación.

Por ejemplo el principio de que el instrumento público hace plena prueba en ciertos aspectos; el de que la confesión lisa y llana también es plena prueba, en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba;

Cuando el juez debe decidir con arreglo a la SANA CRITICA, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

En cuanto a la Libre Convicción, debe entenderse por tal aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el juez adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. La libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que podrían extraerse de la prueba producida, esta no tiene que apoyarse en hechos probados; puede por su saber privado; no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori, basta que el juez afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida. (Baños, La apreciación de la prueba en el derecho procesal. Buenos Aires 1984. Pág. 123).

En conclusión el sistema de libre convicción es sólo adaptable a ciertas materia muy especiales, o al jurado popular, no parece ser aplicable al proceso civil; en los Estados Unidos se aplica sin que se perciba reacción importante contra él.

La sana Crítica que domina el común de nuestros códigos es, sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del juez podría conducir en el método de la libre convicción tomado en un sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, por lo tanto el método de la Sana Crítica satisface plenamente las exigencias del proceso Civil moderno.

B) LOS MEDIOS CIENTIFICOS:

Nuestra regulación procesal no permanece ajena a este movimiento de incorporación de otros medios de prueba. El Código Procesal Civil y Mercantil establece que:

Artículo 191 "DE OFICIO O A PETICION DE PARTE, PUEDEN DISPONERSE CALCOS, RELIEVES, REPRODUCCIONES Y FOTOGRAFIAS DE OBJETOS, DOCUMENTOS Y LUGARES. ES PERMITIDO ASIMISMO, PARA ESTABLECER SI UN HECHO PUEDE O NO REALIZARSE DE DETERMINADO MODO, PROCEDER A LA RECONSTRUCCION DEL MISMO. SI EL JUEZ LO CONSIDERARE NECESARIO, PUEDE PROCEDERSE A SU REGISTRO EN FORMA FOTOGRAFICA O CINEMATOGRAFICA. EN CASO DE QUE ASI CONVINIERE A LA PRUEBA, PUEDE TAMBIEN DISPONERSE LA OBTENCION DE RADIOGRAFIAS, RADIOSCOPIAS, ANALISIS HEMATOLOGICOS U OTROS Y, EN GENERAL, CUALESQUIERA EXPERIMENTOS O PRUEBAS CIENTIFICAS.

En los casos en que se registren hechos valiéndose de medios científicos, éstos deben aportarse al proceso en forma que no pueda dudarse de su autenticidad.

La última norma del código en relación a esta materia, se refiere a dos aspectos: el de la apreciación de los medios científicos y el de los gastos que ocasione su producción. En cuanto al primer aspecto, se comprende que no siempre estará el juez en capacidad de apreciarlos adecuadamente, sin el concurso de expertos. Por ello, se establece lo siguiente:

Artículo 193. "EL JUEZ, SI LO CONSIDERARE NECESARIO PARA APRECIACION DE ESTA PRUEBA, PODRA REQUERIR DEL DICTAMEN DE EXPERTOS. LOS GASTOS QUE OCASIONE LA RENDICION DE MEDIOS CIENTIFICOS DE PRUEBA, SERAN A CARGO DE QUIEN LOS PROPONGA".(Código procesal Civil y Mercantil).

De todas maneras debe recordarse que no estamos en presencia de una prueba con valor tasado y que en consecuencia, el juez puede apreciar los diferentes medios científicos de prueba, aportados al proceso, conforme a las reglas de la sana crítica.

Finalmente, en materia de gastos, dispone el párrafo último del artículo 193 ya mencionado que los gastos serán a cargo de quien los proponga. Se entiende, desde luego, que cuando el juez pida el dictamen de expertos para la mejor apreciación de los medios científicos llevados al proceso, el pago de los mismos es conforme a la prueba de expertos.

**C) LA PRUEBA HEMATOLOGICA, Y
LA PRUEBA DEL SISTEMA " D N A "
EN LOS CASOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD:**

El estudio de los factores sanguíneos, así como el método más moderno en genética del sistema "DNA", que ocupa hoy en día el lugar más importante en las ciencias biológicas, es el de conocer el desarrollo de la genética humana y que permita conocer, la forma en que se transmiten hereditariamente. En éste trabajo nos proponemos a dar una información sumaria, de los dos métodos de prueba que se pueden realizar y aportar como medios de prueba al juicio de impugnación de paternidad. Nos interesa, esencialmente poner de manifiesto ambos métodos científicos de prueba, para poder llegar al grado de asegurar, de que tan ciertas son las posibilidades de que una persona pueda o no ser el padre de determinada criatura, veamos entonces el desarrollo de ambos medios científicos de prueba.

C-1) LA PRUEBA HEMATOLOGICA:

Los accidentes producidos en las transfusiones sanguíneas llevaron al descubrimiento de que los glóbulos rojos de los seres humanos poseen diferentes estructuras,

razón por la cual no en todos los casos son intercambiables. Se verificó que los hematíes de la sangre contienen en su superficie sustancias específicas denominadas antígenos o factores de grupo que pueden diferir de una persona a otra y que persisten inmodificables a lo largo de toda la vida. La cantidad de antígenos reconocidos ha sido numerosa, pero sólo enunciaremos los principales.

Sistema Sanguíneo ABO: Landsteiner, en el año de 1901, descubrió en la sangre la existencia de dos antígenos distintos que se denominaron A y B pueden manifestarse en los hematíes en forma separada (A) o (B), de manera conjunta (AB) o faltar ambos (O). De ahí surgen los cuatro grupos conocidos: A, B, AB, y O. El modo de transmisión de tales antígenos, el que tiene lugar de acuerdo las leyes mendelianas, fue conocido en 1924, en base a las mismas se elaboraron cuadros de paternidades posibles o imposibles según los factores encontrados en el hijo, la madre y el presunto padre. Por ejemplo,

- 1o. Un progenitor AB no puede tener hijos grupo O;
- 2o. Un progenitor O no puede tener hijos grupo AB;
- 3o. Si un hijo presenta grupo A o grupo B al menos uno de sus progenitores debe presentar el mismo grupo;

(los sistema de los grupos sanguíneos clásicos son: ABO, Rh, MNSs, Duffy, Kell y Kidd, que se usan de rutina en pruebas de paternidad, permiten sólo alcanzar una probabilidad acumulada de alrededor del 66% de exclusión de un presunto padre).

GRUPO SANGUINEO ABO (tabla 4-1)

fenotipo	genotipo
AB	AB
A	AO AA
B	BO BB
O	OO

RESULTADOS DE CRUZAMIENTOS EN SISTEMA ABO
(tabla 4-2)

tipo de cruce	hijos posibles			
	O	A	B	AB
O x O	+	--	--	--
O x A	+	+	--	--
O x B	+	--	+	--
O x AB	--	+	+	--
A x A	+	+	--	--
A x B	+	+	+	+
B x B	+	--	+	-
A x AB	--	+	+	+
B x AB	--	+	+	+
AB x AB	--	+	+	+

MARCADORES USADOS EN PRUEBAS DE PATERNIDAD
(tabla 4-3)

sistema	fenotipos	genotipos	probabilidades de exclusión por cada sistema (%)
ABO	4	6	17
Rh	8 (tripletas)	36	25
MNSs	9	10	30
Duffy	3	3	18.5
Kell	2	2	4
Kidd	2	2	6

Sistema Sanguíneo M y N: en 1927 Landsteiner y lograron ubicar dos nuevos factores sanguíneos denominados M y N que se reconocen en los hematíes de todas las personas y que han permitido clasificar los tipos sanguíneos en tres: tipo M, tipo N y tipo MN. Su transmisión hereditaria se realiza con independencia del sistema sanguíneo ABO y autoriza a formar, igualmente, tablas de paternidades posibles o imposibles.

Sistema sanguíneo "P": se observan dos categorías: tipo P positivo cuyos glóbulos rojos tiene el factor P y tipo P negativo que no lo contiene.

Sistema sanguíneo Rhesus: en 1940 se descubrió un nuevo elemento, el factor Rh. Desde el punto de vista genético está constituido por tres caracteres: C, D y E. Los distintos tipos de Rh que se encuentran dependen de la presencia o ausencia del gen D (D Rh positivo; o ausencia de D: Rh negativo). Dentro del mismo sistema se encontraron otros factores con los cuales se elaboraron también clasificaciones sanguíneas.

Sistema Kell-Cellano: en 1946 Coombs y sus colaboradores reconocieron la presencia de un antígeno que recibió el nombre de Kell. Este factor es muy raro y se comprobó que sólo existe en un 8% de los individuos elegidos al azar. Su transmisibilidad depende de una pareja de genes, independientes de los demás sistemas, llamados K y k.

Los sistemas Lutheran, Duffy, Kidd y Auberger: los sistemas mencionados en el epígrafe fueron descubiertos dentro del período abarcado por los años de 1946 a 1951, y los factores que los integran son heredados igualmente según las leyes mendelianas.

Sistema "S": La facultad que poseen ciertos sujetos de eliminar por sus secreciones (saliva, sudor, lágrimas, etc) las sustancias del grupo ABO depende de la presencia del gen S, y aquellos individuos que no lo poseen no eliminan tales sustancias.

El sistema HLA (Human Leucocyte Antigen). Este antígeno es una glicoproteína presente en las membranas celulares de numerosas células de organismos: leucocitos, plaquetas, fibroblastos, placenta, riñón, hígado y células epiteliales. No está presente en los glóbulos rojos.

La producción de este antígeno y su presencia en la superficie de las células, de ahí se desprende su carácter hereditario.

Los tipos HLA se heredan por genes paralelos múltiples, por lo que cada persona tiene dos haplotipos, (haplotipos es un número de genes que se heredan en forma conjunta), uno heredado del padre y otro de la madre.

Todo HLA presente en un niño debe necesariamente provenir de sus progenitores, puesto que es un antígeno hereditario (fenotipo: HLA A2,3; B5,8; Cw1,2. El genotipo se presenta como dos haplotipos separados por un signo /; HL A2-B5-Cw1 / A3-B8-Cw2).

La gran diversidad de HLA le otorga su extraordinaria importancia en estudios de histocompatibilidad en trasplantes de órganos y tejidos, y en pruebas de exclusión de paternidad.

Es la prueba inmunológica que proporciona los mayores porcentajes de exclusión (90%) y al mismo tiempo, en un elevado número de casos permite afirmar la paternidad o maternidad.

El estudio del HLA se ha realizado en el hospital del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (I.G.S.S.) e inclusive en la facultad de Medicina de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Al igual que para los métodos anteriores se toman muestras de sangre humana del hijo y presuntos progenitores.

C-2) EL SISTEMA "DNA" :

Es uno de los métodos más modernos que existen en la genética, que fue descubierto por ALEC JEFFREYS en Inglaterra en 1985. Este método consiste en el estudio directo del "DNA", ACIDO DESOXIRRIBONUCLEICO que está presente en los cromosomas de todas la Células nucleadas en el ser humano, son macromoléculas catenarias que actúan en el almacenamiento y en la transferencia de la información genética son componentes principales de las células, y constituyen, en conjunto entre el 5 y 15 por ciento de peso seco.

Este método no sólo permite la exclusión de la paternidad, sino que a la vez la afirmación con un 99.9999% de seguridad. La investigación de la paternidad consiste en la utilización de procedimientos, biológicos destinados a identificar al padre, a la madre o hijos respecto de los padres.

Por eso es muy importante determinar entonces los exámenes de fertilidad (hombre y mujer). Y el estudio de paternidad (o maternidad).

Las pruebas biológicas para excluir o asignar la paternidad de una persona están basadas en el análisis comparativo de los rasgos hereditarios de los miembros de la familia humana.

La pericia médico-legal en la investigación de la paternidad comprende primeramente el estudio de caracteres morfológicos y psicológicos, tanto normales como patológicos que se manifiestan en los sujetos a estudiar (presuntos progenitores y el menor de edad).

Con la prueba de paternidad basada en el " D N A " se pueden determinar ciertas características o rasgos que comprenden la estatura, color de los cabellos, de los ojos, forma de caminar, timbre de voz, etcétera. Existiendo en dos sets, un set del " D N A ", de la madre y uno del padre. Al hacer la comparación con el del hijo se puede llegar a excluir o bien afirmar la paternidad por los mismos rasgos genéticos que son iguales al del padre. Es una prueba que nos permite indicar con el mayor porcentaje de certeza, si determinado individuo es el padre o no del hijo concebido por la madre. no obstante este porcentaje de certeza es discutido por algunos autores, aunque hoy por hoy es la prueba científica más certera que existe para determinar la paternidad.

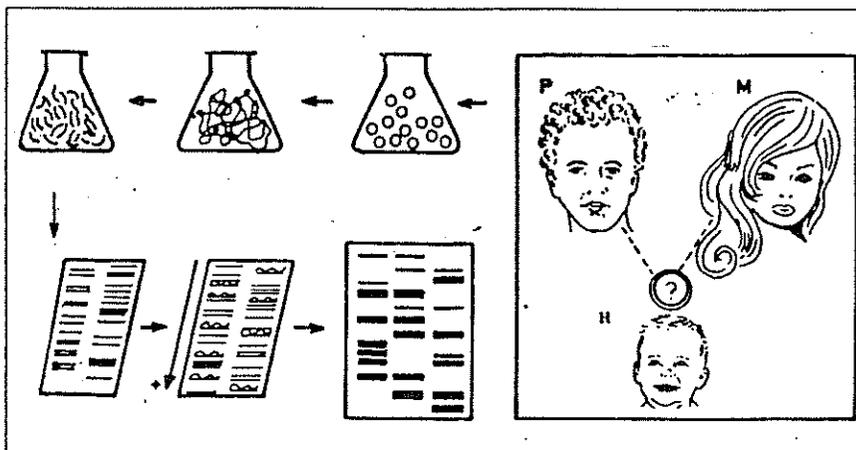
Debido a esto se le ha denominado " D N A " (FINGER PRINT, HUELLAS DACTILARES DE " D N A "). Cada ser humano es genéticamente diferente de otros (salvo en gemelos homocigotos), esta contenido en todos los nucleótidos del cuerpo para hacer esta prueba se requiere solamente una pequeña cantidad de sangre del posible padre y del niño, y el resultado es de un 99.999% de exclusión de paternidad y un 99.00% de inclusión de paternidad.

El " D N A " está conformado por dos hebras que se enrollan en forma de hélice y que están conectadas entre si. La secuencia de estas conexiones es el mensaje genético.

En centenares de sitios de nuestros genes, el mensaje o código genético está interrumpido por pequeñas secuencias repetidas de " D N A " que aparentemente no cumplen con funciones de código, estas secuencias se llaman MINISATELITES. El número y longitud de estos minisatélites es diferente en cada persona, por eso se les denomina HIPERVARIABLES.

Mediante sondas específicas de " D N A " prefabricadas se puede estudiar el patrón de minisatélites en cada individuo y determinar así sus impresiones digitales de DNA.

PROCEDIMIENTO DE OBTENCION DE
IMPRESION DIGITAL DE " D N A "
(Figura 4-1)



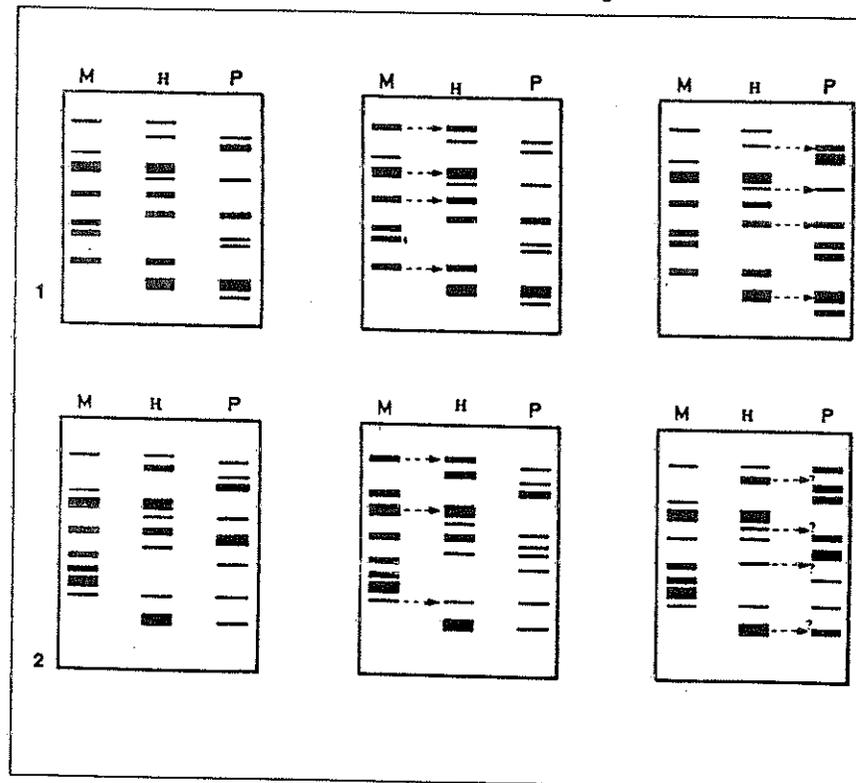
METODOLOGIA Y PROCEDIMIENTO DE LABORATORIO PARA IDENTIFICAR LA PATERNIDAD:

Se usa normalmente " D N A " extraído de de los leucositos de la sangre, pero se puede obtener de cualquier tejido que contenga " D N A ". Se aísla el " D N A " y luego se corta con enzimas de restricción en lugares específicos, luego todos los fragmentos se separan mediante electroforesis de acuerdo a su tamaño (figura 4-1).

A continuación se envían las sondas que se unirán sólo a los minisatélites, mediante una reacción química se colorean estas sondas, obteniendo así un código de barras semejantes al que se encuentran en los diferentes productos que se venden en los supermercados; dicha notación constituye las impresiones digitales de " D N A ".

El procedimiento de laboratorio está basado en el uso de probetas de DNA. Cada probeta es un segmento pequeño de DNA específicamente para usarlos en exámenes. Cada patrón particular de un probeta individual permite ligarse e identificar segmentos específicos del DNA de la madre, del niño y del supuesto padre. Después de que el primer probeta es aplicado, el proceso se repite utilizando otro probeta, el cual identifica un patrón diferente. La posibilidad de alcanzar niveles muy altos de exclusión o probabilidad de la paternidad, con solo 3 probetas el promedio excede el 99.00% de certeza.

COMPARACION DE IMPRESIONES DIGITALES DE "DNA"
EN CASO 1, LA PATERNIDAD ESTA PROBADA. EN EL CASO 2,
LA PATERNIDAD ESTA EXCLUIDA (Figura. 4-2)



Las impresiones digitales " D N A " obtenidas son específicas para cada individuo, es decir está basado en el factor que la huella genética y única de un niño, está almacenada en un material llamado DNA.

El criterio para el análisis de los resultados es que todas las bandas presentes en el niño deben provenir o ser heredados del padre y de la madre. Si el niño presentara bandas que no se encuentran en uno de los presuntos progenitores, se procede a la exclusión de él.

Por otra parte, si las bandas del niño están presentes en las del padre y madre, la paternidad esta probada. Estas huellas dactilares también permiten el estudio con otros familiares (Figura 4-2).

Se presenta en la tabla 4-4 las diferentes potencialidades de exclusión de paternidad y de determinación de ella, mediante el estudio de diferentes sistemas.

EFICACIA DE LOS METODOS DE INVESTIGACION DE PATERNIDAD
(Tabla 4-4)

Método	Exclusión %	Afirmación de paternidad
ABO	algunos casos (17.0)	NO
MNSs	algunos casos (30.0)	NO
Rh	algunos casos (25.0)	NO
HLA	mayoría de los casos (81.0)	SI (algunos casos)
<u>DNA</u>	<u>FINGER PRINT SI (99.9)</u>	<u>SI 99.9 aprox. de los casos</u>

**COMPRESION DE POSIBILIDADES DE PATERNIDAD
EN DIFERENTES PRUEBAS**

D N A	
RUTINARIA DEL HLA	
Y LOS COMUNES	

60%.....70%.....80%.....90%.....100%

Actualmente, solo un número pequeño de laboratorios que hacen exámenes genéticos en los Estados Unidos, efectúan exámenes del DNA para identificar la paternidad. Entre los líderes en ésta tecnología está GENESCREEN, un laboratorio aprobado para CLIA, localizado en DALLAS TEXAS. GENESCREEN fué, una realidad, el primer laboratorio en Texas que ofreció el examen del DNA para identificar la paternidad. Establecidos en 1987, un crecimiento grande de la corporación Biomédica de DALLAS, GENESCREEN, fué fundada tecnológicamente por la Universidad de Medicina del Suroeste de Texas. Las investigaciones interminables patrocinadas por la Biomédica de Dallas en la Universidad mantienen a GENESCREEN al lado de los desencadenamientos biológicos.

VENTAJAS DEL EXAMEN DEL "D N A" PARA IDENTIFICAR LA PATERNIDAD.

1. La exclusión de la probabilidad de paternidad garantizan en un 99%, con un promedio de más de 99.00%;
2. Menos volumen de sangre es requerido en el examen: Tan pequeño que hasta puede ser utilizado en recién nacidos;
3. La habilidad para determinar patrones del DNA prenatalmente utilizando muestras del líquido amniótico y técnicas de CVS;
4. Resultados conclusos únicamente examinando al supuesto padre y el niño;
5. Suficientemente poderoso para sobrepasar problemas de interpretación típicamente asociados en casos difíciles como puede ser el de supuestos padres de

incestos o relacionados;

6. Provee resultados, los cuales son mejores comprendidos por los (jueces) y otras personas no jurídicas;
7. No es necesario sacar muestras al mismo tiempo, eliminando la necesidad de volver a sacar sangre;

El exámen del DNA está visto por la comunidad legal como un instrumento importante para arreglar las disputas que se llevan a cabo por paternidad. La tecnología que se utiliza es aprobada por la Asociación Americana de Bancos de Sangre, en realidad, debido a que los resultados del exámen de DNA para identificar la paternidad son tan conclusos, su uso frecuentemente, contesta preguntas y termina disputas en los diferentes juicios que se entablen.

El exámen del DNA para identificar la paternidad puede tener conclusiones más rápidas y más judiciosas en aquellos casos que van a los juzgados. Todo esto porque el exámen del DNA para identificar la paternidad nos da la habilidad para llegar más allá de los límites de exámenes convencionales a movernos de una probabilidad a una virtual cerenidad.

La prueba del DNA, en Guatemala, aún no se realiza ya que no se cuenta con lo indispensable para llevarla a cabo, pero el doctor ALBERTO VIAU, es el único en el país que toma las muestras de sangre y las envía a laboratrio en los Estados de Unidos de Amércia del Norte, para que se haga dicha prueba, el costo de la misma es bastante alto ya que podría estar entre los \$1,000.00 y \$1,500.00 Dolares.

Pero contando con información en los Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional, las Licenciadas encargadas de dicho laboratorio, manifestaron que ya se estan haciendo todos los trámites necesarios para poder implementar dicha prueba en Guatemala, y que sería el único laboratorio que tendría ese privilegio de hacerlo, además indicaron que ellos son los únicos que cuentan con otra metodología aunque no igual que el DNA, pero que es un paso menos a este para determinar la exclusión de paternidades que se denomina prueba de ENZYMAS, a parte de los ya mencionados. Manifestando que esta prueba puede excluir la paternidad a un 90.00%, estas pruebas únicamente las realizan en los casos de Delitos Sexuales, es decir en el area Penal.

Pero que sería muy interesante actuar en el area de Familia, ya que actualmente el número de casos que requieren

examinar la paternidad ha aumentado haciéndose necesario de crear un método para probar la paternidad más exacto para verificar o no la paternidad. Los exámenes de sangre que actualmente se han utilizado tienen ciertos inconvenientes, ya que tienen una probabilidad del 95-98%. Por lo tanto los jueces, los Abogados, los padres, y los hijos pueden tener un 5% de duda. Siendo un margen que puede favorecer o desfavorecer los casos en los juzgados. Es por eso el interés que envuelve el desarrollo de una técnica de identificación de la paternidad que examina el DNA.

Por lo que podemos darnos cuenta que Guatemala, no está al margen del avance de la tecnología Moderna, ya que es grato oír que una técnica que tiene el poder de determinar la probable paternidad más del 99.0% y que posee evidencias que pueden ser aportadas en los juicios donde se discuta la paternidad, por ser una evidencia que es tan fuerte que no se puede ignorar en dichos juicios. Por lo tanto las pruebas científicas que actualmente son tan eficaces en otros países avanzados, y que han dado resultados positivos se puedan llevar a cabo muy pronto en nuestro país.

Decimos entonces que es necesario que en nuestro sistema judicial se deben de actualizar tanto las leyes como a los juzgadores y litigantes, en las pruebas que se pueden utilizar para determinados juicios y que son tan esenciales para dar un fallo justo, tanto como el que las utiliza, como el juzgador que las valoriza y las acepta, y que de ellas pueda depender una sentencia bien fundamentada.

Por eso las pruebas científicas aquí descritas, no solo se podrían utilizar en los juicios de Impugnación de paternidad sino que también en los asuntos de Filiación, por ejemplo cuando la mujer solicita al juzgador que determinado hombre asuma la responsabilidad de padre del hijo que ella concibió ó esta por concebir que es lo más usual en la práctica tribunalicia, por lo que el juzgador debería tenerlas como pruebas principales dentro de dichos juicios.

Tomando como base lo que la ley nos permite utilizar y de los cuales podemos obtener respuestas positivas, como lo es actualmente el método científico, de la prueba del "DNA". Que cuenta con el mayor porcentaje de seguridad para los casos en donde se discuta asuntos de paternidad.

Siendo nuestra finalidad colaborar con un granito de arena al sistema judicial con las pruebas científicas que se pueden utilizar para los casos en que se pretendan declaratorias relativas a la paternidad las cuales ayudarían a la no desintegración familiar que es la base esencial de la

sociedad, porque muchos hombre se abstendrían de Impugnar la paternidad, sabiendo a ciencia cierta que ellos son los verdaderos padres de los hijos a quienes pretenden desconocer, porque el juzgador tomaría de base la prueba científica y sin esta el juicio podría ser declarado sin lugar y muchos tambien serian mas cuidadosos al engendrar hijos responsablemente tanto el padre como la madre que son los elementos esenciales en estos asuntos.

C A P I T U L O : V.

PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE
IMPUGNACION DE PATERNIDAD

A) JURISDICCION Y COMPETENCIA:

Los conceptos, de jurisdicción y competencia parecieran ser sinónimos ya que algunas veces e indistintamente se alude a la falta de jurisdicción como falta de competencia en sentido material, o en sentido territorial, o aun para referirse a la función.

Sin embargo la competencia es una medida de jurisdicción, todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es "EL FRAGMENTO DE JURISDICCION ATRIBUIDO A UN JUEZ".

La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción ES EL TODO; la competencia es LA POTESTAD DE JURISDICCION PARA UNA PARTE DEL SECTOR JURIDICO; aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional. En todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente.

La mejor forma de enfrentar el tema consiste en distinguir los tres elementos propios del acto jurisdiccional: La Forma, El Contenido, y La Función.

Por Forma, o elementos externos del acto jurisdiccional, se entiende la presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley.

INSTITUTO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Control

Por Contenido se considera la existencia de un conflicto, controversia o diferendo de relevancia jurídica, que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción, mediante una decisión que pasa en cosa juzgada.

Por Función se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.

La jurisdicción tiene, como se acaba de expresar algunos elementos formales, de carácter externo, que permiten indicar su presencia.

Las Partes son, normalmente, un actor y un demandado. Eventualmente los terceros pueden o deben asumir la condición de partes en los casos previstos en la ley.

Los Jueces son, normalmente los jueces del estado. En ciertos países los órganos de la jurisdicción eclesiástica subrogan o sustituyen a los órganos del estado en algunas relaciones de familia.

Existen también jurisdicciones domésticas, como la jurisdicción deportiva, o la jurisdicción asociacional que regula la disciplina interna de las asociaciones civiles. Pero esas actividades que en algunos casos pueden ser también verdaderos subrogados de la jurisdicción, no son jurisdicción en sentido estricto.

También es elemento formal el procedimiento. La jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se denomina procedimiento.

El contenido de la jurisdicción se entiende la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resolución susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Es el que en doctrina se denomina el carácter material del acto.

La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada.

También pertenece a la esencia de la cosa juzgada y, en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de la sentencia de condena siempre eventualmente ejecutable.

La Función de la jurisdicción es de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del estado. Sin esa función, el estado no se concibe como tal.

El fin no es, por supuesto la inmutabilidad. Lo es la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, Los Valores a los cuales el derecho accede y sirve.

La función jurisdiccional en su eficacia es, pues, un medio de asegurar la necesaria continuidad del derecho. Y el derecho, a su vez, es un medio de acceso a los valores que son, ésos sí, los que merecen la tutela de estado.

Como podríamos definir la jurisdicción, sería tomando de las ideas precedentemente expuestas de los elementos inherentes a la forma, contenido, y función del acto jurisdiccional, sería posible definir la jurisdicción en la los siguientes términos. "FUNCION PUBLICA, REALIZADA POR ORGANOS COMPETENTES DEL ESTADO, CON LAS FORMAS REQUERIDAS POR LA LEY, EN VIRTU DE LA CUAL, POR ACTO DE JUICIO, SE DETERMINA EL DERECHO DE LAS PARTES, CON EL OBJETO DE DIRIMIR SUS CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS DE RELEVANCIA JURIDICA, MEDIANTE DECISIONES CON AUTORIDAD DE COSA JUZGADA, EVENTUALMENTE FACTIBLES DE EJECUCION".

La jurisdicción, ante todo, es el ejercicio de una función. Las definiciones que la conciben como una potestad, sólo señalan uno de los aspectos de la jurisdicción. No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público.

Esa función se realiza mediante órganos competentes, y como podríamos definir la competencia. Alsina dice. "LA JURISDICCION ES LA POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA, Y LA COMPETENCIA, FIJA LOS LIMITES DENTRO DE LOS CUALES EL JUEZ PUEDE EJERCER AQUELLA FACULTAD. LOS ELEMENTOS DE LA JURISDICCION ESTAN FIJADOS EN LA LEY, CON PRESCIDENCIA DE TODO CASO CONCRETO; LA COMPETENCIA, EN CAMBIO, DEBE DETERMINARSE EN RELACION A CADA JUICIO. DE AHI QUE PUEDE DEFINIRSE LA COMPETENCIA COMO LA APTITUD DEL JUEZ PARA EJERCER SU JURISDICCION EN UN CASO DETERMINADO".

Lo básico del concepto de la competencia, hace que ésta sea considerada como un PRESUPUESTO PROCESAL indispensable para que pueda trabarse correctamente la litis, debiendo el juzgado que no tiene competencia abstenerse de conser en el asunto, y en caso de que no lo haga así, tienen las partes el derecho de alegar la incompetencia, por las vías que establece la ley.

Doctrinariamente hemos visto lo que es jurisdicción y Competencia, ahora bien veamos en que ley encontramos dicha jurisdicción y competencia para los casos de la impugnación de la paternidad.

LA LEY DE TRIBUNALES DE FAMILIA en su CAPITULO I habla sobre la JURISDICCION, y que en el presente caso es la que nos interesa.

Artículo 1. "Se instituyen los Tribunales de Familia con Jurisdicción privativa para conocer en todos los asuntos relativos a la familia".

Artículo 2. "Corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, PATERNIDAD y FILIACION, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar".

artículo 9. "Los juicios relativos a reconocimiento de preñez y parto, PATERNIDAD Y FILIACION, separación y Divorcio, nulidad de matrimonio, declaración y cese de la unión de hecho y patrimonio familiar, se sujetarán a los procedimientos que les correspondan según el Código Procesal Civil y Mercantil".

Por lo tanto la JURISDICCION Y COMPETENCIA, para conocer los asuntos de PATERNIDAD Y FILIACION, son los JUZGADO DE FAMILIA, a quienes claramente la ley de Tribunales de Familia les otorga esa potestad, para que conozcan de dichos asuntos, manifestándolo, en los artículos 2 y 9 de dicha ley.

Siendo los Juzgados de Familia que poseen la jurisdicción y competencia para conocer todos los asuntos de paternidad, es entonces el órgano Jurisdiccional competente en donde se debe interponerse la demanda de LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD, por todos los titulares de dicha acción.

**B) TERMINO LEGAL PARA ACCIONAR
LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD:**

Es importante estudiar por separado el requisito tiempo en los actos procesales, ya que éstos están concebidos para ser realizados en un momento dado o dentro de un espacio de tiempo prefijado. Tiene en este sentido una relación directa en determinados procesos ya que a través de limitaciones de orden temporal puede iniciarse o terminarse la tramitación de un proceso, pero también puede influir en la oportunidad de defensa concedida a las partes, toda vez que debe tomarse en cuenta que especialmente el demandado, debe disponer de tiempo suficiente para reaccionar ante la acción del demandante.

Surge así la idea de los TERMINOS que responden a un concepto diferente, sobre todo en la doctrina y la legislación alemana, pero que en Guatemala, como en otros países hispanoamericanos y aun en la misma España, se comprenden bajo la denominación de "TERMINOS".

En consecuencia, el término significa como dice Alcalá Zamora y Castillo, "el punto de tiempo marcado para el comienzo de un determinado acto".

CLASIFICACION DE LOS TERMINOS:

1o. LEGALES, JUDICIALES, Y CONVENCIONALES:

- LOS TERMINOS LEGALES: Son aquellos que estan establecidos en la ley;
- LOS TERMINOS JUDICIALES: Son aquellos que el juez señala;
- LOS TERMINOS CONVENCIONALES: Se presentan con menos frecuencia en un proceso. sin embargo hay situaciones en que pueden darse. Por ejemplo cuando las partes convienen en dar por concluido el término de prueba y lo piden así al juez de común acuerdo (Art. 125. C.P.C y M.)

2o. PERENTORIOS Y NO PERENTORIOS;

LOS TERMINOS PERENTORIOS: dice Couture reciben también el nombre de "Plazos Fatales" y de "Plazos Preclusivos", por los efectos que producen. Los define como "aquellos que. vencidos, producen la

caducidad del derecho, sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni la parte contraria".

LOS TERMINOS NO PERENTORIOS: dice Couture "Se necesita un acto de la parte contraria para producir la caducidad del derecho procesal". Alsina coincide con los conceptos anteriores, puesto que expone que "El término es perentorio cuando por el solo transcurso del tiempo se produce la caducidad del derecho que ha dejado de usarse".

En tanto que "El término no es perentorio cuando no, obstante su vencimiento, puede ejecutarse el acto mientras la parte contraria no pida el decaimiento del derecho".

En nuestro caso, en donde enmarcaríamos los términos para Accionar la impugnación de la paternidad, sería en los **Términos Legales**, porque son lo que están establecidos en la ley, es decir en el Código Civil como veremos en los siguientes artículos:

- artículo -202. " LA FILIACION DEL HIJO NACIDO DESPUES DE LOS TRESCIENTOS DIAS DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO, PODRA IMPUGNARSE POR EL MARIDO..."
- artículo -204. "LA ACCION DEL MARIDO NEGANDO LA PATERNIDAD DEL HIJO DE SU CONYUGE, DEBERA INTENTARSE JUDICIALMENTE DENTRO DE SESENTA DIAS, CONTADOS DESDE LA FECHA DEL NACIMIENTO SI ESTA PRESENTE; DESDE EL DIA EN QUE REGRESO A LA RESIDENCIA DE SU CONYUGE, SI ESTABA AUSENTE; O DESDE EL DIA EN QUE DESCUBRIO EL HECHO, SI SE LE OCULTO EL NACIMIENTO".
- artículo -205. "... LOS HEREDEROS DEBERAN INICIAR LA ACCION DENTRO DE SESENTA DIAS, CONTADOS DESDE QUE EL HIJO HAYA SIDO PUESTO EN POSESION DE LOS BIENES DEL PADRE, O DESDE QUE LOS HEREDEROS SE VEAN TURBADOS POR EL HIJO EN LA POSESION DE LA HERENCIA".
- artículo -214. "...EL PADRE O LA MADRE QUE NO INTERVINO EN EL ACTO, ASI COMO EL PROPIO HIJO O UN TERCERO INTERESADO LEGITIMAMENTE, PUEDE IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO, DENTRO DE SEIS MESES A CONTAR DEL DIA EN QUE TAL HECHO FUERE CONOCIDO POR ELLOS. SI EL

**HIJO FUERE MENOR DE EDAD, PUEDE
CONTRADECIR EL RECONOCIMIENTO DENTRO DEL
AÑO SIGUIENTE A SU MAYORIA".**

Nuestra ley es clara al establecer en nuestro ordenamiento Civil, el término o tiempo establecido para que el titular de la acción pueda accionar ante el órgano jurisdiccional el derecho de impugnar la paternidad cuando se considere perjudicado en sus intereses, además ahora se sabe ante quien se puede interponer dicha demanda.

**C) LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
Y EL JUICIO QUE LE CORRESPONDE.**

Dice Guasp. "La clasificación verdaderamente importante del proceso civil hay que obtenerla, pues, a base del análisis de la actuación a que el proceso tiende; aquí se ha de partir de una diferencia esencial; la pretensión, objeto del proceso, trata siempre de lograr determinada conducta del órgano jurisdiccional, pero esta conducta es fundamentalmente diversa según que lo pedido sea una declaración de voluntad del juez o una manifestación de voluntad: el primer caso, en que lo pretendido es que el juez declare algo influyendo en la situación existente entre las partes, de un modo simplemente jurídico, se diferencia fácilmente del segundo en que lo que se pide al juez una conducta distinta del mero declarar, puesto que se pide que intervenga entre las partes de una manera física: basta para afirmar esta diferencia comparar la distinta actividad del órgano jurisdiccional cuando emite una sentencia que cuando entrega un bien al acreedor; SI LO PEDIDO ES UNA DECLARACION DE VOLUNTAD, EL PROCESO CIVIL SE LLAMA DE COGNICION: si lo pedido es una manifestación de voluntad, el proceso Civil se llama de Ejecución" (Guasp. Comentarios, tomo I Pág,33 y 34).

En este caso nos interesa El Proceso Civil de Cognición o de conocimiento, porque es donde se encuadra la Impugnación de la Paternidad.

EL PROCESO CIVIL DE COGNICION, COMPRENDERIA:

- a) Proceso Constitutivo: tiende a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, llamándose a la pretensión que le da origen, pretensión constitutiva e igualmente a la sentencia correspondiente;

- b) Proceso de Mera Declaración o Declarativo: se trata de obtener la constatación o fijación de una situación jurídica; la pretensión y la sentencia, reciben el nombre de Declarativas;
- c) Proceso de Condena: normalmente se tiende a hacer que pese sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación determinada: la pretensión y sentencia, se denominan de condena.

Ya vimos que la impugnación de la Paternidad se encuadra dentro de los Proceso de Cognición o de conocimiento, pero que clase de juicio de Cognición será la impugnación de la Paternidad? definitivamente que tendríamos que clasificarlo dentro del Proceso de Mera Declaración o DECLARATIVOS porque estamos pidiendo al organo jurisdiccional la declaración de la impugnación de la paternidad. Pero en que vía debemos seguir este procedimiento, en nuestro ordenamiento jurídico, hay diferentes clases de juicios en los cuales la ley les señala la vía en que deben tramitarse, ahora los que no tengan señalado dicho tramite serán, tramitados en el Proceso de la vía Ordinaria que es un Juicio de conocimiento y que nos interesa ya que la Impugnación de Paternidad no tiene señalado un tramite especial, por lo que el Procedimiento de la Impugnación de la paternidad se encuadra en el prototipo el Juicio ORDINARIO, teniendo como base legal el artículo 96 del Código Procesal Civil y Mercantil que dice:

"LAS CONTIENDAS QUE NO TENGAN SEÑALADA TRAMITACION ESPECIAL EN ESTE CODIGO, SE VENTILARAN EN JUICIO ORDINARIO".

Que entendemos por JUICIO ORDINARIO y cuál es su Objeto:
 "Es un proceso de conocimiento, lo que significa que el derecho subjetivo que provocó la actividad jurisdiccional es incierta y el juez deberá conocerlo para poder así emitir su declaración de voluntad en la Sentencia".

Es un proceso de etapas largas y se caracteriza por la solemnidad de las mismas, lo que hace que sea complejo. Podría pensarse que este es un aspecto negativo de este proceso pues la resolución de los asuntos sujetos a esta vía se vuelve eterna; pero este aspecto tambien puede tener sus ventajas; la mas larga duración de sus terminos puede y debe traducirse en mayor seguridad y confianza aparte de esto, la lentitud de los procesos en nuestro medio se debe a la negligencia y falta de interes de apresurarlos por parte de quienes administran justicia en nuestro país y de quienes los

impulsan.

Es un proceso de carácter SINGULAR pues lo que en el se ejercitan son acciones que recaen sobre cosas determinadas o parciales.

Es un proceso general o de oposición, lo cual significa que se seguira este proceso para los casos que no tengan expresamente prevista una via especial en el Código Procesal Civil y Mercantil, esto lo vimos con anterioridad cuando hicimos énfasis en el artículo 9 del mismo contexto legal.

Es un proceso que tiene caracter subsidiario. Esto significa que suple las deficiencias o lagunas que el legislador no lleno cuando regulo otros procesos. Precisamente por ser el juicio Ordinario un proceso largo y solamente fue legislado extensamente y cada una de sus etapas está especificada de forma detallada por el caracter especial de algunos procesos más simples y rapidos, están regulados de forma mas general y por ello cuando encontramos lagunas en estos últimos, el juicio Ordinario se aplicara supletoriamente tomando siempre en cuenta la naturaleza del juicio suplido.

Entonces podemos decir que el Procedimiento de la Impugnación de la paternidad, está clasificado de la forma siguiente:

"Que es un procedimiento de COGNICION o de CONOCIMIENTO, que dentro de la clasificación del Procedimiento de Cognición, es un Proceso DECLARATIVO o de DECLARACION, que por no tener una via especificada dentro del ordenamiento legal, nos remitimos al artículo 91 del C.P.C. y M. que seria entonces la via ORDINARIA, en la cual debe versar dicho procedimiento de Impugnación de paternidad, interponiendo dicha demanda ante el organo jurisdiccional competente, que como dijimos anteriormente y tomamos de Ejemplo será en la ciudad en un Juzgado de Familia".

D) PROCEDIMIENTO:

El procedimiento, del juicio de Impugnación de Paternidad, es como ya dijimos el de la via ORDINARIA, y el mismo se inicia de la manera siguiente:

LA DEMANDA:

La demanda constituye uno de los actos más importantes en el proceso y puede estudiársela desde varios puntos de vista. Así se le puede considerar como un elemento causal de una futura resolución favorable a las pretensiones que en ella se formulan o bien, como un mero acto formal que pone en movimiento la actividad jurisdiccional es decir en este caso vamos a tomar como Ejemplo a un JUZGADO DE FAMILIA, que sería donde la persona titular de la acción (EN TERMINOS PROCESALES SE LE DENOMINARIA LA PARTE ACTORA.) interpondra la demanda de Impugnación de Paternidad. En contra de otra que en este caso sería LA PARTE DEMANDADA, que podría ser en contra de la madre o bien del padre del hijo de quien se discute la paternidad.

Entendiendo que la demanda es toda petición formulada por las partes al juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés.

Para tal efecto la demanda debe cumplir con ciertos requisitos los cuales los encontramos en el artículo 61 del Código Procesal Civil y Mercantil, es decir que cuando se interponga la demanda de Impugnación de Paternidad, como ya dijimos, será esta dirigida a un juez del Ramo Familiar, cumpliendo con los requisitos del artículo antes mencionada.

PRESENTACION DE LA DEMANDA:

La demanda, se presentará ante el organo Jurisdiccional competente, en este caso como Ejemplo a un Juzgado de Familia en la ciudad de Guatemala que es el competente, ahí se estudiara la demanda, para ver si llena todos los requisitos legales y si se admite para su trámite o se rechaza. Si se admite para su trámite se formara el expediente respectivo, registrandolo en los libros del juzgado y se le dará un número y el oficial y notificador que tendrán a su cargo dicho juicio. (si el expediente se rechazare siempre quedara registrado).

EL EMPLAZAMIENTO:

Se emplazara a la parte demandada en este caso podrá ser el padre, la madre, del hijo de quien se duda la paternidad, como en todo juicio Ordinario y como lo establece la ley, en el artículo 111 del Código Procesal Civil y Mercantil. Este emplazamiento será de 9 días contados a partir del día en que fuere notificado, para que la parte

demandada haga valer sus derecho de defensa.

ACTITUDES QUE PODRIA TOMAR LA PARTE DEMANDADA:

ACTITUD PASIVA: Esta se presenta cuando no comparece o se apersona al proceso, no nombra apoderado ni representante, en cuyo caso se da la Rebeldia.

ACTITUD MENOS PASIVA: El demandado comparece al juicio y contesta la demanda pero no aporta pruebas, ateniéndose a un fallo adverso si la pretensión es acogida.

ACTITUD DESFAVORABLE: es cuando se apersona al proceso, ya sea confensando o bien allanandose, de donde la pretensión del actor resultará estimatoria.

OPOSICION Y DEFENSA RELATIVA: Se pone en la demanda, niega el derecho material del actor y los hechos en donde pretende deducirlos, ofreciendo pruebas para desvirtuarlos.

EXCEPCIONES DE FORMA PREVIA O DILATORIA: Con las cuales busca depurar el proceso y dilatar la contestación. (Excepciones).

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES DE FONDO PERENTORIAS: Son las que atacan el fondo del asunto o negocio, de acuerdo con la pretensión jurídica invocada por el demandante y cuya desición hará el juez en la Sentencia.

CONTRADEMANDA O RECONVENCION: Que puede ser consecuencia de la anterior, por lo cual ambas partes adquieren una doble calidad, pues el demandado a su vez emplaza al actor.

Es decir que estan son las actitudes que la parte demandada puede asumir dentro del juicio de la Impugnación de la Paternidad, y que legalmente puede ser aceptado.

En nuestro caso vamos a suponer que la demanda fué contesta en sentido Negativo por la parte demandada, por lo que el siguiente paso sería;



APERTURA A PRUEBA:

Una vez abierto a prueba, dice el artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil:

"Las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretenda algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión..."

Pero es aquí donde descansa el interés de nuestra Tesis en la Prueba, porque la paternidad o la no paternidad no se puede demostrar únicamente con la declaración de uno, dos o más testigos, o con el simple allanamiento de la parte demandada, o bien que esta no conteste la demanda y sea declarado rebelde. Porque siempre va existir la duda, -ERA EN REALIDAD ESTE EL PADRE DE LA CRIATURA O NO LO ERA? Por eso, la importancia de la utilización de la Prueba Científica y que esta debería quedar reglamentada en nuestro ordenamiento jurídico, como parte fundamental del mismo juicio de la Impugnación de la paternidad. Pero en este período no podemos desvalidar a los otros medios de prueba que legalmente están establecido como lo son la prueba documental y la declaración de parte etcetera. Pero, con la siguiente salvedad, que estos últimos sean como complemento del primero, ya que la prueba fundante a nuestro criterio sería la Científica y en la cual el juzgador debería, darle el valor que la misma amerita por su importancia dentro de esta clase de juicios. Por lo que este período de prueba se le estaría dando el valor que realmente tiene dentro del procedimiento Civil, en cuanto al juicio de la Impugnación de la Paternidad.

FASES PRELIMINARES A LA SENTENCIA:

Previo a que el juzgador dicte la sentencia correspondiente, tendrán que darse las fases de la VISTA y si fuese necesario un AUTO PARA MEJORA FALLAR, para que el juzgador tenga un mejor criterio dentro del juicio y dictar la sentencia correspondiente.

DE LA SENTENCIA:

El vocablo sentencia sirve para denotar, a un mismo tiempo, un acto jurídico procesal y el documento en que él se consigna. Examinando la forma de la sentencia lo haremos con

arreglo a dos puntos de vista diferentes; el primero es el relativo al PROCESO, dentro del cual se dicta la sentencia; el segundo, es la proyección que la sentencia tiene sobre el DERECHO, en su generalidad. Ambos temas tienen, por lo demás, contenido diferente. En tanto el primero procura contestar la pregunta: -QUE DECIDE LA SENTENCIA? el segundo aspira a dar respuesta a la pregunta; -QUE VALOR TIENE LO DECIDIDO?. El juez puede, en el transcurso del juicio, resolver las cuestiones de simple impulso procesal; puede, asimismo resolver las cuestiones incidentales que surjan en el desarrollo de la instancia; puede, por último, poner fin al juicio decidiéndolo en forma definitiva. Esas distintas decisiones toman, en el derecho de nuestros países el nombre de MERE-INTERLOCUTORIAS, INTERLOCUTORIAS, y DEFINITIVAS.

Las providencias MERE-INTERLOCUTORIAS, de trámite o de simple sustanciación, tienen por objeto, propender al impulso procesal, mediante ellas el juez accede a los petitorios de las partes que tiene por fin "requerir de éste una resolución de contenido determinado atinente a la marcha del proceso" (Goldschmidt, Teoría general del proceso, Pág. 108). El punto más delicado en el estudio de este tipo especial de providencias, es el relativo a su ejecutoriedad, o sea el de saber si pasan o no en autoridad de cosa juzgada.

Se sostiene , por una lado, que estas resoluciones son susceptibles de pasar en autoridad de cosa juzgado y en consecuencia, de no poder modificarse ulteriormente de oficio o a petición de parte.

Las sentencias INTERLOCUTORIAS, son aquellas que deciden los incidentes surgidos con ocasión del juicio. Las cuestiones referentes a las excepciones dilatorias en general, a la condición del juez (recusación), a la admisión o rechazo de los medios de prueba, a la disciplina del juicio. Se deciden por interlocutorias, estas resoluciones, proferidas en medio del debate, van depurando el juicio de todas las cuestiones accesorias, desembarazándolo de obstáculos que impedirían una sentencia sobre el fondo.

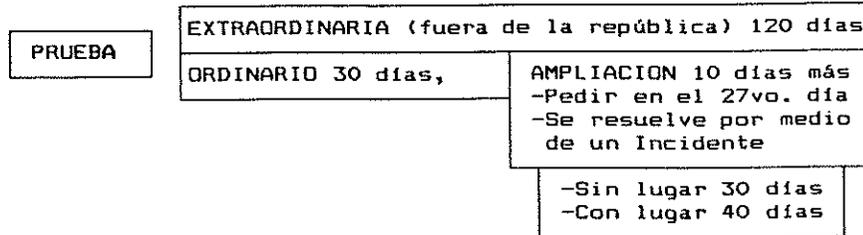
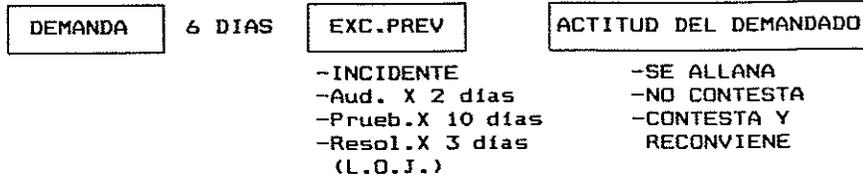
Las sentencias DEFINITIVAS, son las que el juez dicta para decir el fondo mismo del litigio que le ha sido sometido. En ella, depuradas y eliminadas todas las cuestiones procesales, se falla el conflicto que ha dado ocasión al juicio. La sentencia definitiva concluye, normalmente, estimando o desestimando la demanda, en los términos que el juez considere oportunos. (Schwarz, compendio de la sentencia definitiva, "revista forense". T.VI. Pág.5.).

En nuestro caso la sentencia que se dictará será un

DEFINITIVA CONSTITUTIVA, porque estas, son las que, crean modifican o extinguen un estado jurídico, y en el presente asunto es la que nos interesa porque es donde se encuadra el juicio de impugnación de la paternidad y como en este caso se ha probado que efectivamente el individuo de quien se pretendia la paternidad no lo es, entonces, vemos que se le está extinguiendo una obligación que el tenía frente al hijo que se pretendia creer que era suyo. Por lo tanto la sentencia que es la forma normal como se finaliza el procedimiento, se va a fundamentar en la prueba aportada por las partes dentro del juicio o procedimiento, y es claro por Ejemplo si una de las parte propuso, ofrecio y se diligencio la prueba científica, para determinar la paternidad o la no paternidad del individuo, la misma va a quedar bien fundamentada y dara el veredicto que corresponda.

ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO
DEL JUICIO ORDINARIO DE
IMPUGNACION DE PATERNIDAD

/-----9 DIAS EMPLAZAMIENTO-----\



/-AUTO PARA MEJOR FALLAR-\



CAPITULO : VI.

EFFECTOS QUE PUEDE PROVOCAR LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

A) EFECTOS SOCIALES Y FAMILIARES:

La procreación, que dentro de la sociedad cumple una función esencial porque asegura su continuidad y condiciones de existencia, queda sometida, debido a tal razón, a rigurosa disciplina, la cual se exterioriza en el plano jurídico en norma destinadas a garantizar el desarrollo adecuado de los nuevos miembros. A la comunidad le interesa determinar quién en los hechos, ejerce la función paterna y, por tanto, busca su control a través de la concordancia del vínculo SOCIO-AFECTIVO, con los lazos jurídicos de la filiación.

La familia, fundada en el matrimonio de la pareja constituyente, estimase el ambiente más propicio para la crianza y educación de los hijos, y es por ello que se valora la legitimidad, procurándose su resguardo en beneficio del hijo. El marco de estabilidad otorga a la sociedad mayor confianza en cuanto al modo en que se llevará a cabo la función paterna; por ello el emplazamiento como hijo matrimonial tiene trascendencia social en cuanto representa la efectiva asunción en el campo empírico de los roles materno y paterno dentro del hogar constituido.

En el presente trabajo, sobre la impugnación de la paternidad, es necesario individualizar su articulación con la totalidad de la institución familiar y, a su vez, la función de ésta dentro de la sociedad en su conjunto. Es menester, aun con alcance limitado, desarrollar el elemento genético que explica la normatividad y otorga una significación social a la misma. No debe olvidarse que todo sistema de normas presuponen una cristalización de valores históricos concretos engendrados a partir de las condiciones de existencia de la sociedad. El sistema de desconocimientos

de la paternidad estará, pues ligado a un tipo de familia específico dentro de una formación social determinada.

De la reproducción de la especie en los albores de la humanidad donde no se conoce la ordenación social, se llega a formas de reproducción humana que tienden a cumplirse dentro de estructuras prescriptas y controladas. Es la familia la institución a cargo de la procreación, crianza y educación de los hijos.

La función reproductiva cambia sus exigencias; ante la mera reproducción biológica, hoy, del hombre con todas sus adquisiciones. Las relaciones familiares, entonces, además de satisfacer los intereses y las necesidades individuales, se constituyen en vínculos indispensables para reproducir la existencia social.

La procreación, función biológica común a todos los seres vivos, asume una calidad y esencia diferente cuando es humana. Se trata de la reproducción y formación de individuos no sólo biológicos, sino sociales, o sea, integrantes de una determinada estructura social, lo cual significa que la procreación vehiculiza, a través del sistema de socialización, la reproducción de todo el sistema.

La reproducción meramente física se halla unida, pues, a un proceso de desarrollo de los nuevos miembros, destinado a prepararlos para los roles sociales. Al engendramientos, entonces, adhieren una serie de cuidados materiales, educativos y afectivos que los padres prestan a sus hijos, lo que están destinados a convertirlos en seres capaces de participar en la vida societaria. (Chinoy, Ely, Introducción a la sociología, Paidós, Pág.95.).

En razón de lo expuesto, y de acuerdo con la normativa vigente, el modelo legal de familia tendrá, entonces, la misión de asegurar el nacimiento del hijo de un núcleo estable que provea la efectividad de aquellas funciones. Desplazar, por tanto, al recién nacido de esta posición, no debe ser tarea fácil.

Si la familia ha constituido históricamente la base de continuación social a través del sistema de roles, y es soporte de patrimonios cuya conservación y transmisión debe afianzarse a la muerte del titular, el ordenamiento positivo no podrá vulnerar con ligereza el sustrato esencial en el cual una determinada sociedad funda su supervivencia. Por ello, la acción de impugnación de la paternidad debe verificarse bajo ciertas condiciones, resguardándose los valores de estabilidad y tranquilidad de la familia

formalizada y la inmutabilidad del estado de hijo matrimonial.

No obstante mantenerse el fundamento que explica el sistema restrictivo que gobierna la impugnación de la paternidad, el desplazamiento del estado de hijo matrimonial ha variado en sus requerimientos al sufrir modificaciones la estructura familiar en cuanto a roles y funciones.

En una familia que constituía una unidad económica productiva y de consumo, con funciones de gobierno, religiosas, educativas y de recreación, etcétera. Donde el niño es preparado y formado para la continuación de dicha unidad no podía ser simple la salida del hijo probándose que no fue engendrado por el marido.

El padre por ser el jefe del hogar, daba la norma en materia de intereses y de sentimiento. (Horas, Plácido A., La estructura del grupo familiar, familia y política social, Sudamericana, 1973. Pág.359). El jefe de la familia y de la unidad económica se identificaba. Era el marido quien debía tomar todas las decisiones referentes a la familia y, por ende, era el que resolvería si ponía de manifiesto que los hijos de la mujer no eran sus hijos. La conexión entre el poder del marido y el derecho de discutir la paternidad se evidencia claramente en los pueblos antiguos, donde el dominio sobre el hijo era alcanzado a través del derecho que el marido tenía sobre la madre. "... No es porque los ha engendrado que el padre es dueño de sus hijos". se decía, "SINO PORQUE ES EL DUEÑO DE SU MADRE, POR LO QUE EL HIJO, DE QUIEN QUIERA QUE PROVENGA, DEBE PERTENECERLE COMO LA CRIA PERTENECE A LA VACA Y LA COSECHA AL PROPIETARIO DEL CAMPO". (Rivero Hernández, Francisco, la presunción de paternidad legítima, 1971. Pág. 172.).

En las formas de organización patriarcal, el interés del marido aparece como el interés de todo el núcleo familiar. Sus determinaciones asumían la forma de defensa de dicho núcleo y realmente lo eran, en cuanto la supervivencia social dependía de la supervivencia de la familia. El vínculo paterno-filial si bien tenía su origen en una razón biológica, significaba una necesidad para el mantenimiento de la estructura familiar y social. Por ello, sólo el padre estaba facultado para desconocer a un hijo. La decisión del marido no constituía meramente un acto individual, aunque en apariencia lo fuera; era la sociedad la que le asignaba la representación para definir lo que en la situación concreta implicaba a su vez una necesidad social.

Pero si la sociedad delegaba en el cabeza de familia la

determinación de rechazar o no al recién nacido originado en una relación adúltera de su mujer, incluso lo limitaba en su acción, porque no resultaba conveniente que se exhibieran fisuras en la familia institucionalizada, núcleo esencial de la transmisión cultural, económico y social.

Si la organización social se funda en la familia basada en el matrimonio, la filiación del hijo no puede estar expuesta al ataque de cualquier interesado y por cualquier causa. Se sostiene que tiene mayores consecuencias los pleitos que lleguen a exponer el honor de la familia y a convulsionar los hogares. (Idem).

Además, dentro de tal esquema, esta posición rigurosa aparecía como una defensa del hijo contra una declaración de ilegitimidad, que significaba para el una CAPITIS DIMINUTIS, pues los adúlteros resultaban verdaderos parias a quienes se le negaba toda vinculación legal con los progenitores (idem).

La transformación en las funciones de la familia, al haber desaparecido parcial o totalmente unas y el haberse intensificado otras, originó una variación en las condiciones de desplazamiento del hijo matrimonial. También en la actualidad el padre aspira a prolongar su humanidad en el hijo, lo cual, a su vez, afianza la continuidad social, pero este proceso tiene otras características.

Este fortalecimiento de la función efectiva trae aparejado un mayor sinceramiento en las relaciones familiares, circunstancia que se traduce en la tendencia a hacer prevalecer en la filiación el vínculo biológico-social sobre el lazo formal. El movimiento legislativo, como luego veremos, pone mayor énfasis en la verdad biológica y en el cumplimiento efectivo de los roles paternos, que en el nexo originado en la presunción de la paternidad del marido de la madre.

Por otra parte, la demostración del adulterio considerado perjudicial para la solidez de la familia legítima ha debido independizarse de la suerte del hijo; es decir, la condena de los adúlteros es una cuestión autónoma del bienestar del hijo. Pese al amparado de la familia instituida legalmente, el debilitamiento de la estabilidad familiar originado en las actuales condiciones de vida, ha generado en la legislación soluciones para los supuestos de ruptura matrimonial, aun de carácter fáctico.

Estas conexiones entre la impugnación de la paternidad y la familia como institución social, como la mutación que ha

tenido lugar internamente en esta última, no se exhiben muchas veces en forma directa; se mediatizan a través de las regulaciones legales. El cambio en las funciones y roles familiares ha alterado la relación jurídica entre los cónyuges. Su participación en la vida matrimonial y formación de los hijos adquiere un contenido igualitario. Al mismo tiempo, la patria potestad ya no es vista como un poder omnímodo de los padres, sino como un conjunto de derechos-deberes regulados en interés del hijo, e igualmente, el niño nacido de una relación adúltera adquiere existencia jurídica. Todas son variaciones que inciden en la posibilidad de desplazamiento del estado de hijo matrimonial.

B) EFECTOS JURIDICOS Y ECONOMICOS:

Luego que se ha dictado una Sentencia, en la cual se declara con lugar la Impugnación de la paternidad, surgen los efectos jurídicos en cuanto al hijo, ya que este dejará de ser hijo de la persona que figuraba de derecho como padre, y pasará a un estado, en el que ya no contará con el apellido de este, solo podrá usar el de la madre.

Jurídicamente este hijo pierde la posesión de estado que había estado gozando, ya que con el Procedimiento de la impugnación de la paternidad, se ha probado plenamente la no paternidad del que se suponía era el padre, por lo tanto queda roto el parentesco consanguíneo, que se creía que existe entre ambos.

Por lo que la paternidad es un tema muy difícil de tratar, pero actualmente existen métodos en la medicina moderna que por su avance científico, hay más probabilidades de poder demostrar si una persona es, o no el padre de una criatura. Haciéndose necesario por lo tanto en esta clase de juicios el uso de la prueba científica para que el juzgador no pueda cometer ningún error en su fallo, ya sea para quitarle la responsabilidad paternal a un hombre o bien para dejar sin su verdadero padre al hijo.

Podemos ligar el aspecto económico en el presente trabajo, porque cuando por medio de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional competente emite su fallo, acogiendo la demanda de impugnación de paternidad, es razonable relevar a una persona la responsabilidad paternal, por lo tanto esta persona, ya no tendrá en ningún momento que preocuparse en dar una pensión alimenticia, por el que se suponía era su hijo, es decir por su desligamiento en una forma total, de la

reponsabilidad, que como padre estaba asumiendo, además después de dictada dicha sentencia y al quedar esta firme, la madre ya no podrá reclamar alimentos para su hijo del que se suponía era el padre porque legalmente lo ha dejado de ser.

Es por ello que nos lleva a decir que surgen efectos económicos porque al momento de dictarse dicha sentencia se rompe ese vínculo de parentesco consanguíneo que existía entre el padre y el hijo, dejándolos legalmente como personas desconocidas que no lo une ningún nexo legal.

Por lo que insistimos, que el procedimiento de la impugnación de la paternidad debe quedar plenamente probada y no dejar duda al momento de emitir la sentencia.

C) SINTESIS DE LOS EFECTOS:

- Se lesiona el interés del niño, con posibilidad de ocasionar perturbaciones en su personalidad, si el menor convive y es tratado como hijo por su padre biológico, pero sigue manteniendo el vínculo jurídico con el marido de la madre.
- Si el hijo es inscrito como de madre soltera y reconocido por quien es su padre biológico, al continuar funcionando la presunción de la paternidad del marido, no obstante la separación de hecho de los cónyuges a la época de la concepción, se crea una situación de INCERTEZA en el vínculo filial, pues el reconocimiento en cualquier momento podría ser anulado por el triunfo automático de la paternidad.
- Cuando el esquema legal frente a la acción de desconocimiento restringe la prueba de la verdad biológica, no se favorece la situación del hijo, pues la permanencia de su estado de hijo matrimonial, que se mantiene como vínculo puramente formal, en nada lo beneficia, ya que el marido que pretende desconocer su paternidad y a quien se lo limita en su acción, se encargará de demostrar día a día su rechazo a quien es fruto del adulterio.
- Los interesados acuden a comportamientos extra-legales para lograr la concordancia entre, el vínculo

biológico-socio-afectivo y el jurídico -inscripción como hijo de madre soltera o desconocida y reconocimiento del padre extramatrimonial.

- Negar al hijo el derecho a obtener su desplazamiento de la condición de hijo matrimonial para reclamar el estado filial que le corresponde, crea una situación de desigualdad y discriminación en su futura vida.

CONCLUSIONES :

10. La paternidad un tema complejo y de difícil comprobación, al que no se le ha dado el valor que tiene, tomando en cuenta que es un elemento esencial de la familia, que requiere una atención especial.
20. La paternidad, es un parentesco de consanguinidad, en primer grado en línea recta, por medio del cual se une el hijo con el padre, pero la misma conlleva algo muy especial que es la difícil tarea de determinarla, si no se cuentan con los recursos necesarios, para comprobarla.
30. Las causas que motivan a la impugnación de la Paternidad, deben estar muy bien fundamentada al momento de plantearlas, gozar de la presunción de ser ciertas mientras se verifican o prueban durante el procedimiento del juicio.
40. Nuestra legislación debería de ser más amplia en lo que respecta, a las personas que pueden ser titulares de la acción de Impugnación de paternidad e indicar claramente en que casos procede, ya que no es explícita al respecto.
50. Para que un titular pueda hacer valer su derecho de Impugnar la paternidad, por cualquiera de las causas que la motivan, deberá contar con los medios de prueba idóneos o necesarios, con los cuales podrá probar lo que fundamentó como causa de impugnación de paternidad.
60. Los medios de Prueba que pueden demostrar la paternidad y que gozan actualmente de gran credibilidad son; los diferentes métodos que se utilizan en la PRUEBA CIENTIFICA.
70. Por medio del análisis la sangre, se pueden detectar los factores genéticos tanto del hijo como del padre, siendo actualmente la prueba del DNA, el descubrimiento más recientes de la biología moderna. por medio del cual se puede excluir la paternidad.
80. Uno de los métodos utilizados en la prueba

científica y que goza de gran credibilidad en un 99.999% de certeza en la afirmación de paternidad, es el DNA aún no aplicado en Guatemala, pero si en otros países como en los Estados Unidos de América del Norte, en donde sus resultados han sido positivos.

- 9o. En Guatemala, se han aplicado otros métodos como el de Enzymas, el cual ha dado como resultados en un 90% de certeza y que únicamente se practican en Los Laboratorios de Criminalística de la Policía Nacional, y solamente se realiza, en los casos de delitos Sexuales, como en la Violación, en donde se pretende descartar al futuro padre de la persona que fué víctima de la violación.
- 10o. El efecto que produce la impugnación de la paternidad, frente al niño, es un daño moral y psicológico en su futura vida, ya que este no tendra un apellido, no contara con el sentimiento afectivo del que creía ser su padre y le afectara en la desintegración de su grupo familiar.
- 11o. La decisión del juzgador en la sentencia, dentro de los juicios de impugnación de paternidad, debe hacerla con toda la seguridad y certeza, ya sea, de excluir en definitiva la paternidad o bien de atribuirla no excluirla, y para esto, necesita emplear en forma precisa la prueba científica dentro de dicho juicio.
- 12o. La necesidad de emplear en forma precisa los medios científicos como prueba en los casos de impugnación de paternidad, es porque en la actualidad no se hace y mucho menos, no son aportados por las partes como prueba dentro del juicio, por lo que nuestra finalidad es de demostrar que si existen pruebas por medio de las cuales, se puede demostrar si una persona es verdaderamente el padre del hijo que concibió la madre, o bien de poderle excluirla la paternidad.
- 13o. El DNA, consiste en una huella genética que posee cada persona, consistente en determinadas características como color y tipo de sangre, Es un jugo heredado por la madre y otro por el padre al hijo.

B I B L I O G R A F I A :

I. TEXTOS:

- Baños, Rafael, La apreciación de la prueba en el Derecho Procesal, Buenos Aires Argentina 1984, página 123.
- Beltrán de Heredia "parentesco " Vol. IV, página 385.
- Bossert, Gustavo A., El régimen de Impugnación de la Paternidad legítima 1992, página 982.
- Borda, Guillermo, A., Tratado de derecho Civil Argentino, Familia, Perrot. 5ta Edición 1989. página 234.
- Belluscio, Augusto C., Derecho de Familia, Depalama Buenos Aires Argentina 1984, Tomo I página 71.
- Busso, Eduardo, Anotaciones de Código Civil, Ediar, Buenos Aires Argentina 1988.
- Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual, página 22.
- Castán, Tobeñas. Derecho Civil, Tomo IV. página, 90 6ta edición.
- Castro, Pérez. Investigación de la Paternidad, Madrid, 1990, página 53.

- Carbonier, Jean. Los valores Morales y Espiritual en el matrimonio página 206 Capitulo VI.
-Jurisprudencia Francesa página 217.
- Celso, de Actionibus, Tratados Especiales, Madrid, 1980 tomo IV. página 474.
- Couture, Eduardo, J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, páginas, 27 a la 88 y de la 215 a la 275.
- Chinoy, Ely, Introducción a la Sociología, Paidós, página 95.
- Dellapiane, Nueva teoría de la prueba, página 17.
- Diez-Picazo, "La filiación en el derecho Civil, ADC, 15 página 61, 1989.
- Espin, Canovas, Diego, Derecho Civil Español, Madrid, Tomo IV, páginas 257 a la 351.
- Escrache, Diccionario. Citación de página 1380.
- Escrache, "La anotación y Reconocimiento del hijo" Tomo I, página 231.
- Estellita, Guimaraes. apuntes de Miranda, Comentarios, tomo I. página 132.
- Ecckert, William, G./ Stuart H. James, Interpretación de evidencias Sanguineas, páginas, 134,135.
- García, Goyena, Florencio, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, Madrid 1982.

- Guasp, Comentarios de derecho Civil, tomo I, página 33 y 34.
- Horas, Plácido A., La estructura del grupo familiar, la presunción de la paternidad legítima, 1991, página 172.
- Laboratorios, GeneScreen, DALLAS, TEXAS, U.S.A. El DNA paternity testing lab procedue, Kits, informativo del año 1995.
- Lehninger, Albert, Bioquímica, Edición Omega mayo 1993, páginas 315 a la 318.
- Llamabias, Jorge, J., Separación de hecho de los cónyuges, número 4, página 872. -Anotación de Derecho Civil, Abelado Perrot, Buenos Aires 1990, La Fecundación humana "In Vitro" ED. tomo 79, página 891.
- Machado O. Comentarios de la familia, página 127.
- Mazeaud, Henri y Leon, Mazeaud, Jean. Lecciones de Derecho Civil, Europa-América, Buenos Aires Argentina 1989, volumen III.
- Puig, Peña. Federico, Compendio de Derecho Civil Español Tomos I, III, V, páginas, 188, 182, 377.
- Puig, Peña, Federico. Nueva enciclopedia Jurídica, Tomo IX. página 802.
- Planiol, Ripert, Traité élémentaire de Droit Civil. Paris 1988, tomos I, II, páginas 454, 1280, 557.

- Rivero, Hernández,
Francisco. Nomenclatura Clasificatoria
página 420.
-Los conflictos de paternidad
en derecho Comparado y Derecho
Español, Barcelona 1993
-La Presunción de Paternidad
legítima 1991, página 172.
- Ricci, Delle, Proceso Civil y Comercio, Sao
Paulo 1985, tomo II página 46
- Trejo, Gerardo,
y Argueda Carlos M., Código de Familia,
San José, Costa Rica. 1976.
- Tyler, Edwards, T., Esterilidad, Médica
Panamericana, Buenos Aires
1993.
- Varios, Autores, Medicina Legal, páginas, 215 a
la 225.

II LEYES:

Código Civil, decreto ley, número 106.

Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley 107.

Ley del Organismo Judicial.

Ley de Tribunales de Familia, decreto ley número 206.