

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“LA LEGITIMACIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO PARA IMPUGNAR LA
PATERNIDAD ESTABLECIDA POR DISPOSICIÓN DE LEY”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO(A)
EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

PRESENTADO POR:

**BOLAÑOS HERNANDEZ, MARTHA CAROLINA
OLIVA CORDOVA, ZULMA YARIXA
REYES MENJIVAR, VANESSA VICTORIA**

DOCENTE ASESOR

LIC. JUAN JOÉL HERNÁNDEZ RIVERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. ELIAS ALEXANDER MEJIA MERLOS
(PRESIDENTE)

LIC. JOSUE RUBEN RIVAS BAIRES
(SECRETARIO)

LIC. JUAN JOEL HERNANDEZ RIVERA
(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO
VICERRECTOR ACADEMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS ALVARADO.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTOBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA

LIC. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICEDECANO

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
DIRECTOR DE PROCESO DE GRADUACION

LICDA. MARÍA MAGDALENA MORALES
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACION DE LA
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios Padre todo poderoso, ya que a pesar de todas las dificultades que se presentaron durante esta etapa, me dio la fortaleza suficiente para continuar y no darme por vencida y así concluir mis estudios.

Agradezco infinitamente a mi madre Belarmina, a quien jamás podré pagar todo cuanto ha hecho por mí, quien con tanto sacrificio y entrega me apoyó durante todos mis años de estudio y en mi vida entera, por sus consejos, sus valores, sus desvelos a mi lado, pero más que nada, por su amor infinito.

A mi padre José, agradezco su apoyo incondicional y su amor, ya que con muchos sacrificios me brindo su ayuda y ha estado a mi lado siempre apoyándome durante este arduo camino el cual culmino con alegría.

A mis hermanos Edwin y Wendy por su cariño y apoyo incondicional, durante todo este proceso, por estar conmigo en todo momento, porque con sus consejos y palabras de aliento me ayudaron a continuar y de una u otra forma me acompañaron durante toda mi carrera.

Agradezco a Antonio, quien junto con mis hijos Andrea y Antonito han estado conmigo en este arduo camino, me han apoyado, me han brindado su amor incondicional y han vivido junto a mí muchos sacrificios para poder concluir mi carrera.

A mi tío Rafael por brindarme su cariño y apoyarme en mis estudios desde pequeña; a mis demás familiares, compañeros y amigos, que formaron parte de esta etapa de mi vida; y a mis compañeras de tesis que han sido parte de este arduo camino.

A todos gracias.

MARTHA CAROLINA BOLAÑOS HERNANDEZ

AGRADECIMIENTOS

Infinitamente gracias Dios, tu amor y tu bondad no tienen fin, me permites sonreír ante todos mis logros que son resultado de tu ayuda, y cuando caigo y me pones a prueba, aprendo de mis errores y me doy cuenta de los pones en frente mío para que mejore como ser humano, y crezca de diversas maneras.

Gracias a mis padres Silvia y Manuel Oliva, por ser los principales promotores de mis sueños, gracias a ellos por cada día confiar y creer en mí y en mis expectativas, gracias a mi madre por estar dispuesta a acompañarme cada larga y agotadora noche de estudio, agotadoras noches en las que su compañía y la llegada de sus cafés era para mí como agua en el desierto; gracias a mi padre por siempre desear y anhelar siempre lo mejor para mi vida, gracias por cada consejo y por cada una de sus palabras que me guiaron durante mi vida.

A mi esposo Alex Córdova, tu ayuda ha sido fundamental, has estado conmigo incluso en los momentos más turbulentos, gracias por tu paciencia, por apoyarme en cada decisión que debía tomar. Este proyecto no fue fácil, pero estuviste motivándome y ayudándome hasta donde tus alcances lo permitían. Te lo agradezco muchísimo, amor.

A mis compañeras de tesis, por formar parte de mi vida y recorrer juntas este camino.

A todos gracias.

ZULMA YARIXA OLIVA CORDOVA

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios, por todas sus bendiciones, por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi vida, permitirme llegar a este momento importante de mi formación profesional.

A mi padre Germán, que está en el cielo y a mi madre Amalia, por su amor, trabajo y sacrificio durante todos estos años, ya que sin ellos no hubiera sido posible culminar mis estudios.

A mis hermanos Orlando y Brenda, por su amor y apoyo incondicional, A mi abuela Carminda, a mi tía Concha, a mi tía Tita, quienes siempre han estado al pendiente de mi bienestar.

A mis amigos de toda la vida Johnny y Tatiana, quienes han estado siempre en las buenas y en las malas, gracias por su amistad y apoyo recibido en los momentos difíciles.

A mis amigos, Rolin, Andy, Yarixa, Tirsa y Rina, por todos los momentos que pasamos juntos, por todas las tareas que juntos realizamos, por la confianza depositada en mí y por ser parte de mi vida.

A mi amigo Maquency, por creer siempre en mí y por el apoyo recibido desde el día que lo conocí.

A todos gracias.

VANESSA VICTORIA REYES MENJIVAR

INDICE

RESUMEN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	ii
INTRODUCCION.....	iii

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA

1.1 Antecedentes de la familia.....	1
1.1.1 Paternidad y filiación.....	3
1.2 La filiación en el Derecho Romano.....	4
1.3 Edad media y la legislación española, romana y francesa.....	7
1.4. Evolución de la paternidad.....	8
1.5. Evolución histórica de la paternidad en la legislación salvadoreña.....	12
1.6. Evolución en la ley secundaria.....	12

CAPITULO II

REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR SALVADOREÑA

2.1 Definición de reconocimiento voluntario.....	17
2.2 Marco legal aplicable.....	18
2.3 Formas de establecer la paternidad.....	19
2.3.1 Por disposición de Ley.....	20
2.3.2 Reconocimiento voluntario.....	23
2.3.3. Reconocimiento por declaración judicial.....	24
2.4. Sujetos legitimados para impugnar la paternidad.....	25
2.4.1. El marido.....	25
2.4.2. El hijo.....	26
2.4.3. Los ascendientes del padre.....	26
2.4.4. Los herederos del marido.....	27
2.4.5. Los que tuvieren interés actual.....	28

2.5.	Regulación de los derechos fundamentales susceptibles de vulneración.....	28
2.5.1.	Derecho de igualdad.....	29
2.5.2.	El Interés superior del menor en relación a la impugnación de paternidad.....	29
2.5.3.	Conflicto de intereses.....	31
2.5.3.1	Casos especiales de conflicto de intereses.....	32
2.6	Proceso de impugnación de la paternidad por ministerio de ley en la legislación salvadoreña.....	35
2.6.1	Código de Familia.....	35
2.6.2.	Presunción de paternidad.....	35
2.6.3.	Naturaleza jurídica de la presunción.....	40
2.6.4	Carácter de la presunción.....	41
2.6.5.	Determinación jurídica de la paternidad del marido, bajo el sistema de presunciones.....	43
2.6.6.	Derecho comparado.....	45
2.6.6.1	Costa Rica.....	45
2.6.6.2.	Sistema judicial de España.....	49
2.6.6.3.	Sistema judicial del Perú.....	49
2.6.6.4.	Argentina.....	51

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGITIMACIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

3.1	Derecho de Familia.....	55
3.2	Área jurídica sustantiva.....	57
3.3.	Análisis jurídico procesal de la impugnación de la paternidad en la legislación salvadoreña.....	63
3.4	Presentación de la información de la investigación de campo.....	67

3.4.1 Colaboradores judiciales de los juzgados de familia.....	68
3.4.2 Auxiliares del Procurador General la República en materia de familia.	69
3.5 El interés superior del menor en la impugnación de paternidad.....	72
3.5.1 Derecho de identidad del hijo.....	74
3.6 Necesidad de una reforma al Código de Familia.....	78
3.7 Derecho a la identidad biológica.....	80
3.7.1 Sentencia de la consulta 132-2010 de Perú.....	86
3.7.2 Sentencia de la Sala Civil Transitoria de Perú.....	92
3.7.3 Sentencia de la Cámara de familia de San Salvador.....	101

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.....	116
RECOMENDACIONES.....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	122
ANEXOS.....	127

RESUMEN

El presente trabajo de grado inicia con la evolución histórica de la familia, la relación que tiene ésta con los conceptos de paternidad y filiación, el avance de esas concepciones a través del derecho internacional antiguo y su aporte en la legislación de familia de El Salvador. Se realiza un análisis del reconocimiento voluntario, el marco aplicable a éste, se describen las formas de establecer la paternidad, las cuales son: por disposición de ley, el ya mencionado reconocimiento voluntario y el reconocimiento por declaración judicial, asimismo, se instituyen los sujetos legitimados para impugnar la paternidad, los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que son susceptibles de ser vulnerados, tales como la igualdad, la identidad y el principio del interés superior del menor, así como también los conflictos de intereses que se puedan presentar respecto al tema. Se continúa con la descripción del proceso de impugnación de paternidad en la legislación de El Salvador, destacando el estudio de la presunción de paternidad, su naturaleza jurídica y la determinación de dicho supuesto, lo anterior es investigado a la luz del derecho comparado de países como Costa Rica, España, Perú y Argentina. Se efectúa un análisis del derecho familiar a nivel sustantivo y procesal, respaldado por la investigación de campo realizada a través de entrevistas dirigidas a colaboradores judiciales de los juzgados de familia y auxiliares del Procurador General de la República en materia de familia, lo cual es la base para exponer las posibles soluciones a la problemática y las respectivas reformas que se deben efectuar al Código de Familia de El Salvador para que el padre biológico pueda estar legitimado para impugnar la paternidad por disposición de ley. Por último, se presentan los logros alcanzados con la presente investigación a través de las conclusiones y se formulan recomendaciones relativas al tema.

SIGLAS

BNDG.....	Banco Nacional de Datos Genéticos
LEPINA.....	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LPRF.....	Ley Procesal de Familia
PGR.....	Procurador General la República
TCE.....	Tribunal Constitucional de España

ABREVIATURAS

Art.	artículo
Cc.....	Código Civil
Cf.....	Código de Familia
Cn.....	Constitución
Inc.....	inciso

INTRODUCCION

La legislación familiar en El Salvador es relativamente nueva, por lo que aún existen problemas de aplicación que, para su efectiva solución requieren de opiniones, capacitación de los aplicadores y reformas a la misma. Una de esas problemáticas es la impugnación de paternidad, la cual tiene como finalidad negar la filiación legalmente determinada, con fundamento en el ajuste de la realidad jurídica con la realidad biológica de los niños, niñas y adolescentes; la regulación, expresa normativas que no permiten al progenitor sanguíneo refutar la paternidad que ha sido establecida por disposición de ley, es por ello que se ha elaborado el presente trabajo de grado titulado *“La legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad establecida por disposición de ley”*.

Existen diversas razones que llevan a un hombre a reconocer erróneamente a un menor como su hijo, debido a la falsa creencia que es su legítimas descendencia, tales como: paternidad y maternidad irresponsables, nuevas nupcias o relación sentimental de la madre, el fenómeno de los denominados hijos de crianza que, aunque menos, aún se encuentra presente en la sociedad salvadoreña, entre otros y ante tales circunstancias, es evidente la magnitud y trascendencia del problema; por lo que es necesario, no solo establecer las causas del porqué en El Salvador existen tantos problemas y confusiones en cuanto al establecimiento de las relaciones paterno-filiales entre las personas, sino también la forma en que se pueden resolver los conflictos derivados de dicha situación para ello la legislación nos dota de una herramienta jurídica como lo es la impugnación de paternidad la cual se encuentra regulada en el Art. 151 del Código de Familia.

La acción para impugnar la paternidad así establecida, por parte del padre biológico no tiene regulación expresa en el Código de Familia, sobre todo si se refiere a la impugnación de paternidad por disposición de ley, para poder ejercerla es necesario hacer uso de una interpretación analógica de las disposiciones pertinentes.

Como se puede observar el presente caso es un asunto excepcional, aunque no por ello menos importante para analizar que los demás casos de impugnación de paternidad; ya que el código de familia establece las formas y reglas que se deben seguir para poder llevar a cabo una impugnación de paternidad, mas no contempla, en ninguno de sus apartados, que el padre biológico puede impugnar la paternidad que ya ha sido establecida por disposición de ley.

La ley no le permite al padre biológico que en caso de que se haya establecido la paternidad por disposición de ley este pueda impugnarla, ya que no establece parámetros que este pueda seguir para poder llevarla a cabo, por lo que se observa una falta de legitimación activa.

Con base en lo anterior, el propósito de la presente investigación es establecer las consecuencias jurídicas que genera la falta de legitimación que tiene el padre biológico al momento de impugnar la paternidad que ha sido establecida por disposición de ley, analizar doctrinaria y jurídicamente lo relativo a la legitimación y las consecuencias de la falta de legitimación procesal. Determinar las disposiciones del código de familia, así como las contenidas en la ley procesal de familia y los instrumentos jurídicos internacionales suscritos y ratificados por El salvador, relativas a la impugnación de paternidad. Establecer mediante un análisis jurisprudencial el número de procesos de familia relativos a impugnación de la paternidad, diligenciados por la Procuraduría General de la Republica en el área de

Familia del Municipio de Sensuntepeque, así como en el juzgado de familia de Sensuntepeque; con el objeto de conocer el número de casos en los que no procede la demanda por la falta de legitimación que posee el padre biológico al impugnar la paternidad del hijo. Aportar recomendaciones que permitan abordar una posible reforma al código de familia, para poder garantizar la adecuada aplicación de la impugnación de la paternidad, en particular en aquellos casos en los que el que pretende impugnarla sea el padre biológico y así garantizar una pronta y eficaz administración de justicia familiar en El Salvador.

El objeto de estudio de la investigación se realiza a través de la *Investigación Documental*, haciendo una minuciosa búsqueda de las fuentes de información tales como libros, revistas, tesis, leyes, tratados internacionales, jurisprudencia, etc., que nos permiten hacer análisis e interpretaciones acerca de la realidad social y jurídica de la problemática puesta en estudio y por supuesto para ejecución y realización de los objetivos planteados en el presente trabajo de grado.

Las unidades de análisis son los niños, niñas y adolescentes, cuya investigación servirá para que no se violenten los derechos y principios a favor de los menores, consagrados en la constitución, los tratados, leyes secundarias, etc.; a los Jueces y Magistrados en Materia de Familia les ayudara a que se emitan sentencias acordes a la realidad social y jurídica que implica la problemática puesta en análisis y; al Código de Familia servirá de base para la recomendación y formulación de reformas que permitan al padre biológico impugnar la filiación establecida por disposición de ley en el derecho de familia de El Salvador.

Los métodos utilizados en el presente trabajo de grado son: el Discursivo, con el cual se aborda el objeto de estudio en varios puntos de vista, como lo

son aquellos juristas que están a favor de la legitimación del padre biológico para impugnar la filiación establecida por disposición de ley como los que se oponen a ellas; Método Sistemático, para agrupar y ordenar todos los conocimientos adquiridos para su mayor comprensión; Método Deductivo, este se utiliza para aplicar los principios generales del derecho a la problemática jurídica para llegar a conclusiones más acertadas en cuanto a las posibles soluciones que se formulan y; el Método Analógico o Comparativo, con el que se coteja el derecho extranjero referido al tema para dar soluciones legislativas a la problemática. La técnica que se utiliza para la recolección de información es la entrevista, dirigida a colaboradores judiciales y procuradores en materia de familia.

El desarrollo capitular del proyecto de estudio es el siguiente: En el capítulo I, se abordan los antecedentes históricos sobre la paternidad, la filiación en el derecho romano, la base constitucional y la evolución de la ley secundaria. En el capítulo II se desarrolla la regulación de la impugnación de la paternidad en la legislación familiar de El Salvador, los sujetos legitimados para impugnar, la regulación de los derechos fundamentales, así como conflicto de intereses. Asimismo, se aborda el proceso de impugnación de la paternidad por ministerio de ley en la legislación salvadoreña, su naturaleza jurídica, el carácter de presunción, y una descripción de derecho comparado de algunos países relacionados.

En el capítulo III, se realiza el análisis jurídico de la legitimación del padre biológico respecto a la impugnación de la paternidad, el derecho de familia y el análisis de la realidad judicial. Por último, en el Capítulo IV se dan a conocer los resultados de una entrevista dirigida a colaboradores judiciales y procuradores en materia de familia y se exponen las razones para realizar reformas al Código de Familia que permitan la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad por disposición de Ley.

CAPÍTULO I

EVOLUCION Y DESARROLLO DE LA PATERNIDAD BIOLOGICA

El propósito del presente capítulo es dar a conocer los antecedentes de la paternidad biológica, así como también el cambio que este ha ido sufriendo al pasar de los años y el avance de la tecnología, dando por cumplido el primer objetivo específico de la investigación: establecer historialmente y jurídicamente la impugnación de la paternidad, en ese sentido, el contenido que componen el mismo son antecedentes de la familia, filiación, paternidad y la evolución histórica de la paternidad en la legislación salvadoreña.

1.1 Antecedentes de la familia

Desde los tiempos primitivos los seres humanos han tenido la necesidad de pertenencia hacia algo, a un grupo, a una sociedad y a una familia. Existen datos que indican que los primeros agrupamientos humanos estaban unidos solo por la madre ocasionando que muchos de los grupos sociales fueran preponderantemente matriarcales y en menos ocasiones patriarcales a través de la historia.

En relación a los antecesores de la familia se mencionan que son la comunidad primitiva, la horda y el clan, que en palabras de Engels se diferencian de la siguiente manera: Comunidad Primitiva: Nace a partir de la aparición del ser humano como especie y se cree que estos grupos solo se guiaban en función en sus instintos y sentidos, no teniendo ningún tipo de forma de organización.¹ El poderío de esas comunidades primitivas tenía que

¹ Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, trad. y ed. de (Editorial Progreso Moscú: Progreso, 2017) 47.

quebrantarse, y se quebrantó. Pero se deshizo por influencias que desde un principio se nos parecen como una degradación, como una caída desde la sencilla altura moral de la antigua sociedad de las gens.²

La horda es una forma simple de sociedad nómada donde no hay distinción de paternidad, ya que el grupo cuida de forma común a los miembros menores y las mujeres del grupo, es preciso destacar que este grupo es reducido en el número de sus miembros. Es el más elevado de los grupos sociales que hemos podido observar en los animales. Parece compuesto de familias, pero ya en su origen la familia y el rebaño son antagónicos; se desarrollan en razón inversa una y otro. Así, pues, la conciencia colectiva de la horda no puede tener en su origen enemigo mayor que la conciencia colectiva de la familia.³

El clan, este es un grupo de individuos que tienen en común lazos familiares, estos lazos no solo sirven para identificar a los del grupo, también imponen jerarquías entre sus integrantes. Nacidos de estos primeros grupos sociales y dada la necesidad de identidad y pertenencia es que se va estructurando la sociedad en grupos y familias hasta que con el paso del tiempo este reconocimiento lo hace la ley y no solo la sangre.

Las mujeres que pertenecían a la estructura de un clan, habitualmente gobernaban en la casa; las provisiones eran comunes, pero ¡desdichado del pobre marido o amante que era demasiado holgazán o torpe para aportar su parte al fondo de provisiones de la comunidad! Por más hijos o enseres

² Es una institución común a todos los bárbaros hasta su paso a la civilización y después de él; esta prueba ha esclarecido de golpe las partes más difíciles de la antigua historia griega y romana y nos ha revelado inesperadamente los rasgos fundamentales del régimen social de la época primitiva anterior a la aparición del Estado.

³ Engels, *El origen de la familia*, 8-9.

personales que tuviese en la casa, podía a cada instante verse conminado a liar los bártulos y tomar el portante.⁴

1.1.1 Paternidad y filiación

Previo a describir la evolución de la paternidad, resulta importante definir los conceptos de filiación y paternidad. El primero es la relación de descendencia entre dos personas, una de la cuales es padre o madre de la otra. El fundamento de toda filiación es el vínculo de sangre existente entre el padre y el hijo, proveniente de las relaciones sexuales de los padres, en cuyo caso la excepción a la regla lo constituye la filiación adoptiva.

La filiación, en su aplicación al derecho civil, equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.

La paternidad en sentido gramatical, significa calidad de padre; pero en el sentido legal, es la relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el derecho coloca en la condición de padre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es recogida por el ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones entre ellos.

Para el maestro Guillermo Cabanellas, la paternidad es: “*La calidad de padre, vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo*”.⁵ Asimismo, expresa que las palabras “paternidad y filiación” indican calidades correlativas; esto es, aquella la calidad de padre, y esta la calidad de hijo.

⁴ Engels, *El origen de la familia*, 17.

⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 21ª ed., t. 6. Buenos Aires Argentina: Heliasta, 1998, s. v. “paternidad”.

1.2 La filiación en el Derecho Romano

El término filiación indica la generación de una persona física por la unión de un hombre y de una mujer, o como bien lo indican Di Pietro y Lapieza “es el vínculo de procreación del que se derivan ciertos efectos jurídicos”.⁶

La filiación supone una relación jurídica entre los progenitores y su descendencia, tanto por lazo de sangre como por vínculos estrictamente jurídicos y tanto por descendencia habida de matrimonio como fuera de matrimonio, lo que da lugar a diversas clases. En este orden, por relaciones de filiación se entenderá a los vínculos jurídicos que recíprocamente surgen entre los progenitores.

En Roma no se puede aplicar estrictamente la distinción moderna entre filiación legítima e ilegítima, o filiación matrimonial y no matrimonial, pero en todo caso los Juristas romanos advierten diversas categorías de hijos, con distintas atribuciones de derechos a cada una de éstas categorías; es decir, hijos legítimos o justos, Hijos vulgos, hijos naturales.

Hijo legítimo: según el derecho romano es aquel concebido o procreado por personas que se hayan unidas por un matrimonio legítimo y se presume tal, vale decir legítimo, aquel que ha sido concebido entre los 182 días después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 después de su disolución.

Hijos vulgos: “Los nacidos de madre naturalmente cierta, pero de padre desconocido, se llaman espúreos: *qui matre cuidem certa, patre autem*

⁶ Alfredo Di Pietro y Ángel Enrique Lapieza Elli, *Manual de Derecho Romano*. 4ª ed. (Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1999) 246.

incerto nati sunt, spurii appellantur. Su situación jurídica como consecuencia de su ilegitimidad viene dada por el status al momento del parto”.⁷

Hijos naturales: Son “aquellos nacidos de la unión de un hombre libre con una concubina”, o sea, “los hijos nacidos de una unión no matrimonial” y se diferencian de los vulgo concepti o espúreos en que éstos no tienen padre conocido.⁸

Mediante la palabra *pater* los romanos designaban al progenitor y algunas veces consideraban a los precedentes y ascendentes, así se tiene a Juliano que señala: se ha de admitir por justa interpretación, que en la denominación de “hijo”, así como se responde muchas veces que está contenida la de hija de familia, se considera que también está comprendido el nieto; y entiéndase que con el nombre de “padre” se designa también al abuelo.⁹

En el lenguaje técnico-jurídico romano se usa unir el adjetivo naturales para distinguir el progenitor (aquél que como varón ha participado en la generación de una determinada persona física) del paterfamilias (aquél que es titular de la patria potestad sobre una persona libre).¹⁰

Para el derecho venezolano, “*padre natural*” indica el progenitor del ilegítimo, esto es, el nacido fuera del matrimonio, designado con la expresión de hijo “*hijo natural*” y los juristas romanos utilizan el término “*pater naturalis*” en referencia al expuesto o al hijo adoptivo o también para indicar el progenitor del ilegítimo. Parentis (ascendiente), tiene también un significado más amplio, designado todos los ascendientes aún de sexo femenino.

⁷ Joaquín Alvarado, “La Filiación en el Derecho Romano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 5 (2009): 102.

⁸ *Ibíd.*

⁹ *Ibíd.*, 68.

¹⁰ *Ibíd.*

El autor Gayo Casio expresa que *“en la denominación de “ascendiente” se comprende no solamente al padre, sino también el abuelo, y el bisabuelo y todos los demás ascendientes; pero también la madre, abuela y bisabuela.*¹¹ *Dice Ulpiano que el pretor prohibía citar en juicio a los ascendentes y que esto debe entenderse en referencia a ambos sexos, leyendo lo que expresa el jurisconsulto: “Entiende aquí por “ascendientes” a los de ambos sexos; pero se establece que se refiere hasta lo infinito”.*¹² *Esto refiere Pomponio que juzgaron los antiguos, pero Gayo Casio a todos hasta al infinito los llama ascendientes; la cual es más decorosa y con razón prevaleció.*¹³

Por otra parte, Paulo limita el concepto cuando menciona: entre los romanos los ascendientes hasta el quinto abuelo se llaman con denominación propia, y los ulteriores, que no tienen nombre especial son llamados mayores; y así mismo los descendientes hasta el quinto nieto, más allá del cual son llamados posteridad.¹⁴

Ha sido reiterada la posición de los jurisconsultos romanos en lo que se refiere al alcance del concepto de hijo, los clásicos con la brillantez característica, sentaron con la mayor claridad jurídica los principios romanos sobre la filiación que venían desde tiempos iniciales de la sociedad romana.

Aunado a la idea supra citada, Juliano afirma contundentemente que se ha de admitir por justa interpretación, que en la denominación de “hijos”, así como respondimos muchas veces que está contenida la hija de familia, se

¹¹ Alvarado, “La Filiación en el Derecho Romano”, 69.

¹² Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, *Reglas de Ulpiano* (Madrid, España: 1946) citado por Alvarado, “La Filiación en el Derecho Romano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 5 (2009): 69.

¹³ Alvarado, “La Filiación en el Derecho Romano”, 69.

¹⁴ *Ibíd.*

considera que también está comprendido el nieto; y entiéndase que con el nombre de “padre” se designa también el abuelo.¹⁵

En la Roma antigua junto con sus dominios la paternidad debía de entenderse como “El Derecho de un nacido de poseer un nombre y posteriormente la propiedad de su progenitor”; por lo que el establecimiento de la paternidad era uno de los principios básicos para suceder al padre tanto en derechos como en obligaciones, es decir que perfectamente un senador, gobernador e incluso el emperador o cesar podrían transmitir sus posesiones o títulos, esclavos e incluso el Reino o Imperio a sus hijos, de igual manera se heredaban las deudas, las enemistades y los castigos reales o divinos por la que la paternidad fue el primer antecedente al que actualmente son las obligaciones y el derecho sucesorio.¹⁶

1.3 Edad media y la legislación española, romana y francesa

En la Legislación Española el fuero juzgó (Código o Compilación de Leyes establecidas en España por los Reyes Godos), no trataba sobre el concubinato, ni sobre los hijos naturales, sino que el fuero Real, publicado a principios del año 1255, establecía que no era posible dar seguridad a los hijos de Padres y Madres Solteras.¹⁷

El Rey Alfonso “El Sabio”, más tarde tomó a bien aplicar parte de la Legislación Romana, con lo que respecta al concubinato, ya que dichos hijos carecían de Status Protector y eran llamados naturales porque eran hechos

¹⁵ Alvarado, “La Filiación en el Derecho Romano”, 69.

¹⁶ Julia María López Cortez, Norma Lorena López Galeano y Evelyn Xiomara Rivas, “Declaratoria Judicial de Paternidad e Investigación de Reconocimiento Voluntario” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2006), 6.

¹⁷ Juan Manuel Uruburu Colsa, “La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2001), 254.

contra la Ley Divina y contra la Razón Natural.¹⁸ La antepuesta situación fue innovada por la ley 11 de las de Toro creadas en las Cortes de Toledo en 1505 por la Reina Juana Trastamara, además se consideró como hijo natural al nacido de estupro, más expuso que era preciso el reconocimiento del hijo o bastaba el tácito, deducido de presunciones fundadas en hechos, posteriormente, la “Novísima Recopilación de España” reaccionó contra la práctica de la Libre Investigación de la Paternidad al considerarla como motivo de escándalo y corrupción de costumbre.

Para el Código Civil Francés, la investigación de la paternidad era libre y aun cuando no pudiera ser inspirada por el deseo de obtener herencia se utilizaba de manera frecuente y hasta abusiva, y resultaba singularmente peligrosa por una regla, según la cual se obligaba al presunto padre a promover provisionalmente los gastos del alumbramiento de la madre y a la manutención del hijo. Ello hizo que se prohibiera por medio de la ley la investigación de la paternidad.¹⁹

1.4. Evolución de la paternidad

La investigación y determinación de la paternidad ha sido siempre una preocupación de todos los tiempos fundamentalmente porque la paternidad (entiéndase la extramatrimonial) no es muy fácil de demostrarse, como sí lo es la maternidad, por ello la indeterminación de la paternidad y la búsqueda de su esclarecimiento ha sido materia de amplio análisis debido a lo complicado de su comprobación.

¹⁸ Yolanda Carballeira Rifón, “La evolución del lugar del padre a través de la historia y en la consulta terapéutica. Cambios en la estructura psíquica del niño actual” *Revista cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*. n. 48 (2009): 148.

¹⁹ Aquiles Horacio Guaglianone, “Napoleón y su Código Civil” (conferencia, Universidad de Buenos Aires, 23 de octubre de 1969).

A partir del año 485 antes de cristo la medicina logra un importante avance y desarrollo pues comienza la aplicación, sobre la base de la experimentación y observación directa, de los fenómenos biológicos; tales procedimientos fueron robustecidos por *Hipócrates*,²⁰ quien fue el primero en invocar pruebas más científicas que las del mero parecido físico para determinar la paternidad; así este primer hito histórico de peritaje médico-legal en el tema de la herencia va dando cabida para que se investigue con métodos más efectivos y seguros este tipo de controversias paternas.

Del análisis de la idea anterior, se podría decir que la determinación de la paternidad era muy especial, pues en aquel entonces la Familia punulua supone un sistema de matrimonio por el cual, *“todos los hermanos carnales y colaterales de mi padre son como éste, los maridos de mi madre y, como no se puede determinar con certeza quien es el verdadero padre, todos aquellos se consideran como mis padres. Del mismo modo las hermanas de mi madre son mis madres.”*²¹

En esta línea cronológica, en el año 1242 *Roger Bacon* ya propiciaba y fomentaba la peritación bio-jurídica de la paternidad por la mayor seguridad que ésta ofrecía, asimismo, en 1536, *Enrique II* de Francia, mediante Decreto Real, estableció en cuanto a la filiación paternal, que ésta no resultaba de una presunción legal, sino de un reconocimiento o una acción judicial en la cual eran admitidas toda clase de pruebas incluso las biológicas que, limitadamente, comprendían los rasgos fisonómicos y funcionales externos.²²

²⁰ Cristobal Francisco Fábrega Ruiz, “Las Pruebas Biológicas de la Paternidad. Aspectos científicos y Jurídicos”, *Revista anuario de derecho civil*, n. 51 (1998): 635.

²¹ Engels, *El origen de la familia*, 12.

²² Francisco Bonnín Aguiló, “Roger Bacon y la ciencia experimental”, *Indagación: revista de historia y arte*, n. 4 (1999): 30.

Desde esas épocas hasta exactamente el año 1900, el “parecido físico” era el único parámetro concreto mediante el cual se podía tratar de dilucidar si un hombre era o no el padre biológico de un niño. Obviamente, éste era un método sujeto a interpretaciones muy subjetivas que sólo en casos muy específicos daba resultados creíbles para la comunidad.²³

Los desarrollos más importantes para resolver estos problemas recién se empezaron a dar en el Siglo XX: (a) Cuando Karl Landsteiner en el año 1900 describió el sistema de grupos sanguíneos ABO (antígenos tipo A o tipo B que podían o no estar asociados a los glóbulos rojos) y (b) Cuando varios años después (hacia 1915) la comunidad científica reconoció y aceptó que la forma de heredar dichos antígenos seguía un patrón descrito a fines del siglo XIX por Gregor Mendel en sus experimentos con vegetales. El patrón mendeliano de la herencia del sistema ABO fue dilucidado por Felix Bernstein en 1924.²⁴

La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en Alemania en 1924. Tal fue el furor del análisis que se llegó a procesar más de 5,000 casos legales sólo entre 1924 y 1929. Los tribunales de Italia, Escandinavia y Austria siguieron pronto el ejemplo de Alemania.

En 1937 la American Medical Association aprobó el uso de esta técnica en los EE.UU., aunque ya en 1931 se había dado el primer caso de paternidad (Commonwealth vs Zammarelli) ventilado en tribunales de los EE.UU. La utilidad de la determinación de paternidad mediante la comparación de los

²³ Aguiló, “Roger Bacon y la ciencia experimental”, 30.

²⁴ Ernesto Bustamante Donayre, “Las Pruebas de Paternidad en la Historia” *BioGenomica* (blog), acceso el 15 de octubre 2016, <http://biogenomica.com/historia.htm>

grupos sanguíneos del padre presunto, la madre y el niño(a) se notaba fundamentalmente en los casos de exclusión.²⁵

En los casos anteriores, la probabilidad de paternidad era de exactamente cero por ciento. Sin embargo, en grupos humanos de poca variabilidad étnica; la preponderancia local de ciertos tipos de grupos sanguíneos hacía que en la mayoría de los casos sólo se concluyera “*que el hombre era probable que pudiera ser el padre biológico de la criatura*”. Sin embargo, mientras más común era el tipo sanguíneo del padre presunto en el grupo étnico de la localidad, menor era su probabilidad de paternidad.

Entre los años 1940 y 1970 ocurrieron avances importantes, pues Levine y Stetson en 1940 descubrieron el sistema Rh y en años sucesivos nuevos subgrupos sanguíneos empezaron a ser descritos. Sin embargo, aún persistía el problema de que lo que único que se podía saber con 100% de certeza era si el padre presunto en efecto no era el padre biológico; es decir si aquél era excluido como padre. La metodología disponible hasta entonces, no hacía posible designar con ningún grado de certeza importante si un padre presunto Sí era en efecto el padre biológico (caso de inclusión).

El descubrimiento de los antígenos asociados a los glóbulos blancos llamados sistema HLA (Human Leukocyte Antigen) permitió que hubiera un método más sofisticado para determinar paternidad ya que estos también seguían un patrón hereditario mendeliano.²⁶ Sin embargo, recién cuando se pudo usar la tecnología del ADN aplicada a los antígenos HLA se pudo conseguir probabilidades de paternidad que se aproximaban al 80%. Sin

²⁵ Donayre, “Las Pruebas de Paternidad en la Historia”

²⁶ Mariana Alejandra Guardado Vásquez, Luís Enrique Portillo Castro y Virginia Margarita Zelaya Flores, “Pruebas Científicas para la Determinación Judicial de la Paternidad” (tesis de grado, Universidad Francisco Gavidia, 2006), 10.

embargo, este era un valor aún insuficiente para contar con la capacidad de designar inequívocamente al verdadero padre biológico; importante resaltar que hoy en día hay algunos laboratorios que equivocadamente persisten en ofrecer pruebas de HLA hechas por ADN para determinación de paternidad, siendo la verdadera utilidad actual de este método el determinar histocompatibilidad previa a trasplantes de órganos.

1.5. Evolución histórica de la paternidad en la legislación salvadoreña

Obtenidos los conocimientos de la evolución histórica de la familia y de la determinación de la paternidad de manera genérica, es importante conocer el surgimiento de la institución como tal, así como de su evolución dentro de la legislación de El Salvador.

En el Código Civil de El Salvador de 1860, la paternidad era determinada mediante la presunción *Juris Tamtum*; de la concepción dentro del matrimonio, figura jurídica que se ha mantenido hasta la actualidad. En dicho código se clasificaban los hijos de la siguiente forma: hijos legítimos e ilegítimos; se les daba la categoría de hijos ilegítimos, a aquellos que eran concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres; y de ilegítimos a los nacidos sin que los padres se encontraran casados, podían legitimarse cuando ellos contrajeran matrimonio.²⁷

1.6. Evolución en la ley secundaria

El Salvador evolucionó en cuanto a su ordenamiento jurídico, como se observa en el apartado anterior. En 1950, era una época en que se seguían resabios del sistema latino con base Romanista, es así como el Código Civil

²⁷ Anita Calderón de Buitrago et. al., *Manual de derecho de familia*, 2ª ed., (San Salvador, El Salvador: UCA, 1994), 465-466.

(C.C.) de El Salvador²⁸ vigente desde 1860 contenía disposiciones referentes a aquella época, como por ejemplo, el concepto que se tenía sobre el hijo concebido fuera del matrimonio, es decir, de relaciones naturales, era de total marginación y exclusión ya que si una persona provenía de una relación conocida como adulterina no era recibido en los colegios religiosos, lo cual se comprobaba con la certificación de partida de matrimonio, la fe de bautismo, en la cual constaba el estado civil (actualmente conocido como estado familiar) de los padres del solicitante.

La forma de establecer la filiación ha ido evolucionando, lo cual refleja la lucha sostenida por establecer el derecho a los hijos de saber quiénes son sus progenitores constituyendo hoy en día un derecho fundamental. En el pasado, en el Código Civil de El Salvador, la paternidad matrimonial se determinaba por medio de presunciones de derecho y *juris tantum* de la concepción dentro del matrimonio en este Código se establecían diferencias entre los hijos clasificándolos, de tal manera que en el Art. 32 mencionaba que los hijos producto de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente eran conocidos como de afinidad ilegítima.²⁹

Los hijos concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo, que produzca efectos civiles y los legitimados por el matrimonio posterior a la concepción, se conocían como legítimos según el Art. 34.³⁰ Otra clasificación dada por el código civil de El Salvador era la de los hijos naturales, los cuales eran hijos ilegítimos pero que habían sido reconocidos mediante la forma que la ley establecía.

²⁸ Código Civil (El Salvador, Decreto Ejecutivo, 1859).

²⁹ Véase artículos derogados del 27 al 39 del Código Civil de El Salvador

³⁰ *Ibíd.*

El Código Civil de El Salvador también regulaba en el Art. 36 a los hijos adulterinos los cuales habían sido concebidos en adulterio, esto significa entre dos personas de las cuales uno de ellos estaba casado con otra persona, respecto de esta clase, el mencionado cuerpo normativo establecía en el Art. 216 que no podían ser legitimados aun cuando los padres se unieran en matrimonio posteriormente a la concepción, es decir que eran ilegítimos de por vida, a diferencia de los antes mencionados ya que éstos sí podían ser reconocidos si los padres se casaban, a éstos se les conocía como hijos naturales, los adulterinos no podían entrar nunca en esta categoría.³¹

El Código no regulaba expresamente los derechos de los no nacidos dentro del matrimonio, pero mientras estuvo vigente se evitó que tales hijos no tuvieran acceso al derecho de suceder en línea ascendiente del padre, pero sí se le concedían derechos a los hijos naturales los cuales dejaban la categoría de bastardos una vez reconocidos, éstos tenían derechos a la alimentación, a la crianza y cuidado personal; los hijos de dañado ayuntamiento (adulterinos) como antes se ha mencionado, no podían ser reconocidos como naturales, pero si el padre los reconocía en escritura pública o en su testamento, esto solo les daba derecho a reclamar los alimentos necesarios.

En 1880 el establecimiento de la paternidad del hijo fuera del matrimonio era posible solamente por acto voluntario y libre del padre, elevándolo a categoría del hijo natural. El reconocimiento forzoso era permitido solamente cuando se tratará de hijos que no fueren adulterinos, incestuosos o sacrílegos.

³¹ Véase artículos derogados del 214 al 229 del Código Civil de El Salvador.

Es importante hacer mención que el Código de Familia de El Salvador, que entró en vigencia el 1° de octubre de 1994, dando respuesta al criterio de los legisladores que consideraban conveniente separar la legislación familiar de la civil, por ser dos ramas del derecho independientes, además de llegar a la conclusión después de ser esta objeto de discusión, que la materia referente a familia pertenece al orden del derecho social, siendo necesario separarlo del derecho privado.

Al tener en cuenta que el Código de familia y Ley Procesal de Familia son nuevos dentro de la normativa jurídica de El Salvador; hay que señalar que la declaración judicial de paternidad, estaba contemplada en el Código Civil de dicho país, en el Art. 283 ya derogado, y que tal disposición era taxativa en los casos que permitía la investigación de la paternidad; asimismo, no se permitían las pruebas científicas para establecer la paternidad. Dada la reciente creación de la legislación en materia de familia, existen relativamente pocas investigaciones sobre el tema. Los estudios que en materia de declaración judicial de paternidad sirven de antecedentes a la presente investigación se presentan a continuación en forma sintetizada.

- a) “Consecuencias por la falta de regulación expresa sobre el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad de otro, reconocida o declara en virtud de la ley”. Tesis de José Antonio Zetino, este trabajo trata sobre como el padre biológico impugna la paternidad del hijo, reconocido por un tercero estableciendo el mecanismo que dispone la ley procesal, como los medios probatorios para establecer que él es el padre biológico de ese hijo ya reconocido.³²

³² José Antonio Miranda Zetino, “Consecuencias por la falta de regulación expresa sobre el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad de otro, reconocida o declara en virtud de la ley” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1996), 52.

- b) “La Filiación”, obra de María Josefa Méndez Costa, en la que trata las diferentes formas de filiación e investigación de la misma, desde la perspectiva sociológico-jurídica, donde la familia representa la base de toda sociedad, la cual debe estar constituida de una forma donde tenga sino todos, algunos derechos como tal.³³
- c) “Acción de la impugnación de la paternidad del marido”, obra de Cecilia Grosman³⁴, donde trata de las diferentes formas como el marido puede impugnar la paternidad de un hijo del cual él es el padre legal, ya que en nuestra sociedad este ha sido un problema, porque no existía un ordenamiento jurídico que permitiera un procedimiento a seguir con todo tipo de prueba.

³³ María Josefa Méndez Costa, *La filiación*, (Argentina: Rubinzal y Culzoni, 1986), 13.

³⁴ Cecilia Paulina Grosman, *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, (Buenos Aires Argentina: Abaco, 1982), 15.

CAPÍTULO II

REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN FAMILIAR SALVADOREÑA

El propósito del presente capítulo es estudiar la regulación de la impugnación de la paternidad regulada en el ordenamiento jurídico salvadoreño, específicamente en la legislación familiar, no dejando a un lado las formas de establecer la paternidad, los sujetos legitimados para realizar dicha impugnación y el proceso de impugnación de la paternidad declarada por ministerio de ley en la legislación familiar salvadoreña, por último, no menos importante, se desarrolla el derecho comparado relacionado con algunos países; en ese sentido el contenido del presente capítulo. Lo anterior es con la intención de dar por cumplidos los objetivos dos y tres de la presente investigación, los cuales consisten en analizar jurídicamente lo relativo a la legitimación de la objeción de paternidad y determinar las disposiciones jurídicas de El Salvador e internacionales que regula dicha temática.

2.1 Definición de reconocimiento voluntario

“La Reforma de la Filiación” cita al autor Albaladejo quien sigue manteniendo la tesis de que “el reconocimiento es un acto por medio del cual el que lo realiza se declara padre o madre del hijo de que se trata. Consiste, pues, en una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica. Las consecuencias jurídicas de esa afirmación se establecen ex lege, omisión hecha del propósito de su autor, de lo cual se deduce que el reconocimiento no es un negocio jurídico.”³⁵

³⁵ Encarnación Serna Meroño, *La reforma de la Filiación*, (España: Montecorvo, 1985), 239.

En líneas generales, esta misma tesis es compartida por otros autores, aunque introducen ciertas matizaciones. Así, unos afirman que el reconocimiento puede definirse como el acto jurídico de derecho de familia, en cuya virtud se declara admitiendo el hecho de la paternidad o maternidad y se asumen o admiten las consecuencias legales inherentes a la misma. Otros sostienen que es un acto individual, por el que se determina legalmente una filiación no matrimonial, en base a la convicción de la maternidad o a la creencia de la paternidad biológica; con la producción ex lege de los efectos derivados del estado civil así determinado.

El reconocimiento voluntario es una forma de establecer la paternidad, y se puede hacer de varias formas siendo una de ellas el reconocimiento en la partida de nacimiento que se da a través de la manifestación del padre en concepto tal, al momento del asentamiento del respectivo documento.³⁶

2.2. Marco legal aplicable

A nivel nacional e internacional la legislación regula y garantiza al menor y a cualquier individuo, el derecho a que posea una filiación, que puede ser de paternidad o maternidad, asimismo le garantiza que judicialmente se ejerza la acción para que esta sea declarada o impugnada mediante un procedimiento legal establecido en la ley.

Con respecto a la impugnación de paternidad, el carácter de hijo legítimo o nacido dentro del matrimonio, puede presentarse de dos maneras: Se puede impugnar la paternidad o desconocerla. Se impugnará la paternidad, cuando el hijo está amparado en la presunción y corresponderá al que impugna destruir esa presunción. En cambio, hay simple desconocimiento de la

³⁶ Calderón de Buitrago et al., *Manual de Derecho de Familia*, 483.

paternidad, cuando el hijo no está amparado por dicha presunción. En este caso, la situación del que impugna es mucho más favorable, pues, nada debe probar, sino limitarse a desconocer la paternidad que al hijo se atribuye.

En la medida que se avance en este estudio se comprenderá de mejor manera esta distinción. Jurídicamente hablando, son cosas distintas impugnar la legitimación que atacarla por nulidad. Habrá impugnación cuando ella no esté de acuerdo con la verdad, no obstante que se haya ceñido a los requisitos legales; tal acontecería si la legitimación no emana de los verdaderos padres del legitimado. En cambio se estaría en presencia de una legitimación nula, si siendo ella otorgada por los verdaderos padres, no se han respetado los preceptos legales; como por ejemplo si no constare por escritura pública.³⁷

En el marco jurídico legal aplicable, se ha basado en la Constitución de la República de El Salvador (Cn.), como cuerpo jurídico principal y garante de los derechos fundamentales de las personas, para el caso que atañe esta investigación en torno a la familia; asimismo, el Código de Familia (C.F) y su Ley Procesal de Familia (LPF), que como leyes secundarias se encargan de establecer, regular y garantizar la armonía familiar dentro de la sociedad salvadoreña.

2.3. Formas de establecer la paternidad

El Código de Familia de El Salvador³⁸ dispone que existan tres formas de establecer la paternidad, las cuales son: a) Por disposición de ley, b) Por reconocimiento voluntario y; c) Por declaración judicial.³⁹

³⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*, 3ª ed. (Chile: Nacimiento, 1983), 251.

³⁸ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993).

2.3.1. Por disposición de ley

Este tipo de reconocimiento es conocido también bajo la denominación de “*Disposiciones Legales*”. Se presenta cuando la misma ley la reconoce, teniendo como verdaderos supuestos hechos; es decir, cuando se presume o se determina de acuerdo a las disposiciones del Código de Familia de El Salvador.

Los casos que se pueden presentar de impugnación por disposición de ley son los siguientes: La presunción de ser padres de los hijos nacidos con posterioridad a la celebración del matrimonio y con anterioridad a los 300 días siguientes a la disolución por sentencia de divorcio o declaratoria de nulidad del matrimonio; tal como lo establece el inciso primero del Art. 141 del Código de Familia⁴⁰; disposición que también establece que en interés de los hijos, esta presunción se aplicará en caso de declararse nulo el matrimonio aun cuando no exista buena fe de parte de ambos cónyuges.

En el inciso tercero del mencionado artículo, se establece una excepción a la presunción de paternidad matrimonial, cuando dispone que la presunción no se aplicará cuando los cónyuges hubieran estado separados por más de un año, y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre. En este caso la presunción no opera, pues la separación de los cónyuges y el reconocimiento del hijo por parte de otra persona, hacen que la presunción del Art. 141 inciso primero se aplique en sentido contrario, es decir que se

³⁹ Art. 135.- La paternidad se establece por disposición de la ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial.

⁴⁰ Art. 141.- Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges. Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieran estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre.

presume entonces que el marido no ha podido ser el padre, sobre la base de la separación y en el reconocimiento del hijo por otra persona.

Lo que si debe quedar claro es que para que no tenga aplicación de presunción de paternidad del marido, es necesario que transcurran los dos requisitos que establece la norma en forma simultánea, debido a que la sola separación no basta para presumir la no paternidad del marido; y solamente el reconocimiento por persona diferente del padre, tampoco es suficiente, ya que en el caso de producirse dicho reconocimiento sin haber separación del cónyuge, tal reconocimiento produciría una filiación ineficaz de conformidad al Art. 138 del Código de Familia.⁴¹

La presunción de paternidad en el caso de que la madre contrae nuevo matrimonio. El Código de Familia establece que la mujer cuyo matrimonio ha sido disuelto o anulado, podrá contraer nuevas nupcias inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia respectiva, siempre que comprobare que no está embarazada; sin necesidad de esperar ningún plazo para contraer nuevas nupcias como lo estipula el Código Civil. Ahora bien, si la mujer contrae nuevo matrimonio sin haber comprobado que no estaba embarazada, la ley establece la forma en que se determinará la paternidad en el caso de que naciera un hijo después de la celebración del segundo matrimonio.

El artículo 142 del Código de Familia, en efecto dispone, en aras de evitar al hijo un conflicto de paternidad, de dos presunciones: Se presume que el padre es el primer marido, si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del segundo matrimonio, estableciéndose tal

⁴¹ Art. 138.- Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contraríe la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial.

presunción con base a que el hijo no pudo ser concebido dentro del segundo matrimonio, por lo tanto, la paternidad se le atribuye al primer marido⁴².

Se presume que el padre es el segundo marido si el hijo nace después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio, aun cuando ocurra el nacimiento dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. Esta presunción tiene como base en primer lugar: que el hijo perfectamente pudo haber sido concebido después del segundo matrimonio y en segundo lugar: el hecho de que aun cuando el hijo podía haber sido concebido; tanto en el primer como en el segundo matrimonio, en el caso de que no hayan transcurrido los trescientos días que establece el Art. 141 inciso primero C.F., se justifica presumir la paternidad del segundo marido, ya que permite atribuir el hijo a un matrimonio vigente y no a uno que ya está terminado.

Es necesario mencionar que entre los Arts. 142 y 173 del Código de Familia de El Salvador no existe ninguna contradicción, sino, un efecto de complementariedad, a fin de evitar la incertidumbre en cuanto a la paternidad del nacido.

La Comisión Revisora de la legislación salvadoreña, al respecto expresa: *“Esta solución es justa, práctica y económica. Lo primero porque parte de la concepción cuando entre los progenitores existen obligaciones de cohabitación y fidelidad; lo segundo porque funciona si se invoca judicial*

⁴² Art. 142.- Si la madre hubiere contraído otras nupcias en contravención a lo dispuesto en el artículo 17, la paternidad del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes: 1ª) Se presume que el hijo es del primer marido si nace dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del segundo matrimonio; y, 2ª) Se presume que el hijo es del segundo marido, si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primero.

*como extrajudicialmente, y lo tercero, por no ser menester que el hijo o los padres tengan que hacer gastos en exámenes de grupos sanguíneos u otros marcadores genéticos para determinar quién es el padre”.*⁴³

Esta forma de determinar la paternidad, tiene aplicación para establecer la filiación por consanguinidad matrimonial, ya que es en ella donde tienen cabida las presunciones legales, fundamentada precisamente en la existencia del matrimonio, situación que opera como medio para establecer la paternidad por ministerio de ley.

Al igual que el principio de la verdad biológica, las presunciones que regula el Art. 141 del Código de Familia, son presunciones legales que admiten pruebas en contrario; vale decir que pueden ser impugnadas por el marido cuando no sea cierta la paternidad que por ley se le atribuye; es decir, que las presunciones que se establecen para determinar la filiación matrimonial dejan a salvo el derecho de impugnación, ya que por el mismo principio de igualdad si se han establecido a favor del hijo en garantía de su derecho de conocer a sus progenitores, también debe garantizársele al marido el derecho de impugnarla cuando no es cierta biológicamente la paternidad.

2.3.2. Reconocimiento voluntario

El reconocimiento, en sentido estricto es, *“el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es su hijo”*⁴⁴. Este reconocimiento tiene aplicación para los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales, prematrimoniales y en las uniones de hecho.

⁴³ Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 483.

⁴⁴ Augusto César Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed., t. 2 (Argentina: Depalma, 2002), 231.

Es necesario aclarar que el reconocimiento voluntario de paternidad es irrevocable, donde el padre acepta de forma libre y espontánea hechos que, aunque sean contra sí mismo, son considerados confesión; acto que para efectos de impugnación de paternidad es irrevocable para el padre, porque no le permite la ley en un momento determinado manifestar: es mi hijo, y posteriormente con la impugnación decir: me equivoqué.

Se vislumbra que es cuando el padre de manera voluntaria reconoce al niño y lo puede hacer por medio de la partida de nacimiento del hijo, por escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada por el funcionario respectivo, por acta ante el procurador general de la república o procuradores auxiliares departamentales, en escritura pública aunque el reconocimiento no sea el objeto principal del instrumento; en testamentos y en escritos u otros actos judiciales, en cuyo caso el juez debe extender las calificaciones que le soliciten los interesados. El reconocimiento voluntario se regula desde el Art. 143 al 147 del Código de Familia.

2.3.3. Reconocimiento por declaración judicial

El artículo 148 del Código de Familia de El Salvador⁴⁵ dispone que la declaración judicial se da cuando el padre no se presume por ministerio de ley o cuando no ha reconocido voluntariamente al hijo; entonces, surge al hijo el derecho de exigir la declaratoria judicial de paternidad.

El antepuesto reconocimiento se regula desde el artículo 148 hasta el Art. 150 del Código de Familia de El Salvador, y en el caso que dicha declaración cause agravio al padre, éste solo puede impugnar dicha paternidad, a través

⁴⁵ Art. 148.- El hijo no reconocido voluntariamente por su padre, o cuya paternidad no se presume conforme a las disposiciones de este Código, tiene derecho a exigir la declaratoria judicial de paternidad.

de los medios de impugnación reconocidos por la ley, dentro del proceso como son los recursos.⁴⁶ Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley.⁴⁷

2.4. Sujetos legitimados para impugnar la paternidad

2.4.1. El marido

El Código de Familia establece que, en vida del marido, nadie sino él, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio; norma absolutamente clara y precisa que otorga al marido el derecho exclusivo y único de desconocer la paternidad, por un período corto afectado por la caducidad.

Los autores Gustavo Alberto Bossert y Eduardo Antonio Zannoni⁴⁸ señalan diversos argumentos que se han dado para explicar esta limitación legal: Se sostiene que la decisión de desconocer la paternidad constituye una determinación que solo al marido corresponde adoptar, ya que se trata de una cuestión de honor de la que el esposo es el único juez. 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

⁴⁶ Art. 151.- En vida del marido nadie podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, sino el marido mismo, probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él; salvo el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 138 y 139.

⁴⁷ Art. 150.- La acción de declaración judicial de paternidad corresponde al hijo y si éste hubiere fallecido, a sus descendientes, contra el supuesto padre o sus herederos, o contra el curador de la herencia yacente. Esta acción es imprescriptible. Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley.

⁴⁸ Gustavo Alberto Bossert y Eduardo Antonio Zannoni, *Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad, Ley 23264*, 3ª reimpresión, (Argentina: Astrea, 1985), 234.

por la mujer y no será permitido a terceros interferir en su relación. El marido es el que está en mejores condiciones para apreciar la situación creada.

La paternidad es una cuestión íntima y de convicción personal 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; la ley quiso con tal solución, otorgar al presunto padre el derecho de velar por la limpieza de la progenie.

Al esposo como *“jefe de familia”*, 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 pacíficamente que el marido no es el padre de la criatura, el interés por la verdad debe ceder ante la de la familia y del hijo, interés éste que el esposo puede apreciar soberanamente.

2.4.2. El hijo

A diferencia de la acción conferida al marido; la acción del hijo no prescribe ni caduca, pudiendo ser ejercida en cualquier momento; posibilitándose que pueda conocer la verdad de quienes son sus padres biológicos.⁴⁹

2.4.3. Los ascendientes del padre

La legislación familiar de El Salvador establece quienes son los sujetos legitimados, después del padre y del hijo, para poder impugnar la paternidad,

⁴⁹ Art. 150 inciso primero del Código de Familia de El Salvador: La acción de declaración judicial de paternidad corresponde al hijo y si éste hubiere fallecido, a sus descendientes, contra el supuesto padre o sus herederos, o contra el curador de la herencia yacente. Esta acción es imprescriptible.

recogiendo dentro de ellos a los ascendientes del padre; en donde la institución de la caducidad se aplicará en los mismos términos y condiciones que se le hubiere dado a su hijo en vida, o sea 90 días desde que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo dentro del vínculo matrimonial, o el plazo que le resta al presunto padre, de los 90 días en caso que ya le hubiere empezado a correr en vida y hubiere fallecido.⁵⁰

Al examinar el artículo 153, Código de Familia de El Salvador, se describe lo siguiente: *“Si el marido muere antes de vencido el término que le concede este Código para desconocer al hijo, o antes de que éste nazca, podrán impugnar la paternidad en los mismos términos los herederos del marido, sus ascendientes, aunque éstos no tengan parte alguna en la sucesión, y toda otra persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual. Este derecho no tendrá lugar si el marido hubiere reconocido al hijo como suyo por cualquiera de los medios contemplados en este Código. Esta acción caduca transcurridos noventa días contados desde la fecha en que los interesados supieron la muerte del padre, o en caso de haber éste desaparecido, desde el primer decreto de posesión concedida a sus herederos presuntos, o desde que supieron el nacimiento del hijo, si ocurriere después de la muerte del padre.”*

2.4.4. Los herederos del marido

El Código de Familia de El Salvador, también concede a los herederos del padre, la acción de impugnación de paternidad, si el fallecimiento de éste se produjo antes de transcurrir el término de la caducidad; es decir, 90 días contados desde aquel en que tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye; para el caso: la norma computa el término que comenzó a

⁵⁰ Véase artículo 153 del Código de Familia de El Salvador.

correr en vida del marido y los herederos gozarán del resto de tiempo que faltare para completar los 90 días, o si muere antes de que el hijo nazca, establece dicho artículo *“podrán impugnar la paternidad en los mismo términos los herederos del marido”*.

2.4.5. Los que tuvieron interés actual

El artículo 153 del Código de Familia, indica que la acción para impugnar la paternidad, puede iniciarla toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual. En diversos casos, terceros que no son herederos pueden tener un interés patrimonial subordinado a la exclusión del pretendido hijo, de la sucesión de su pretendido padre; de modo que quien aun sin ser heredero, tuviese interés actual puede interponer la acción de impugnación de la paternidad; y entre ellos, puede citarse *“al creador de cualesquiera de los herederos que cobrará su crédito con bienes que se adjudiquen a su deudor en la partición”*.⁵¹ Este acreedor podría tener interés en la exclusión del pretendido hijo, pues, de ese modo su deudor tendría una mayor participación en la alícuota hereditaria y por ende en la partición.

2.5. Regulación de los derechos fundamentales susceptibles de vulneración

El presunto padre, al promover su derecho de acción, en el Proceso de Impugnación de Paternidad que por Ministerio de Ley se le atribuye, se ve violentado en sus derechos fundamentales, dentro de cada una de las etapas procesales que el mismo conlleva, como consecuencia de la regulación del Código de Familia, cuyo objeto y finalidad principal es garantizar la protección del menor y la mujer, asimismo la armonización de la familia,

⁵¹ Zannoni, *Régimen Legal de Filiación*, 248.

dejando en cierta medida desprotegido al hombre en el ejercicio de sus derechos, ante cualquier acción que éste pretenda ejercer, en un tribunal de familia o Institución a fin.⁵² Por lo que en una forma precisa se ha tenido a bien desarrollar los principales derechos fundamentales que pueden ser vulnerados en un proceso de Familia de Impugnación de Paternidad.

2.5.1. Derecho de igualdad

Sin lugar a dudas, éste es uno de los principios que más ha contribuido a la transformación del derecho de familia, por lo cual es pertinente ahondar en su análisis y efectuar algunas precisiones conceptuales, aclaraciones y distinciones. En primer lugar, la doctrina dominante acepta, como lo explica Gustavo Pertierra, que la igualdad más que un derecho fundamental autónomo o aislado es un principio informador del ejercicio de los mismos.

La igualdad según Gustavo Suárez Pertierra, carece de contenido propio funcionando como criterio de desarrollo de éstos derechos.⁵³ Según esta idea, los derechos fundamentales deben ser informados por el criterio de igualdad o bien éste constituye una condición básica de su ejercicio.

2.5.2. El interés superior del menor en relación a la impugnación de paternidad

En el presente tema se pueden plantear diversas situaciones, puesto que la legislación de familia salvadoreña le concede solamente 90 días al padre para accionar la impugnación de paternidad del hijo, que pasa por suyo, cerrándole la posibilidad de probar la verdad filiatoria en cualquier momento,

⁵² Zannoni, *Régimen Legal de Filiación*, 248.

⁵³ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia CCSJ, documento base y exposición de motivos del Código de Familia, Tomo I (San Salvador, El Salvador: UTE, 1994), 332.

creándole con esta regulación un aspecto de incertidumbre al hijo, condenándolo a tener una filiación que biológicamente no lo es, hasta que este menor tenga edad suficiente para poder investigar su paternidad, quedando atado a una filiación que no es consanguínea; ya que, hasta que pueda expresarle a su madre, que desea saber quién es su verdadero padre, ésta podrá presentarse a un Procurador de Familia para que lo represente y pueda investigar una verdadera filiación, de lo contrario hasta que tenga mayoría de edad podrá realizarlo por cuenta propia.

En el tiempo señalado en el párrafo anterior se deberá cargar con las secuelas psicológicas y sociales que seguramente se le han ocasionado por no habersele permitido al presunto padre, en caso que haya querido impugnar en cualquier momento. Un ejemplo de lo antepuesto es el siguiente: Pedro al terminar su bachillerato se da cuenta que su padre legal no es su verdadero padre consanguíneo, por lo que desea obtener su título de bachiller con el apellido correspondiente al de su padre biológico e inicia el proceso de impugnación de paternidad en contra de su padre legal, quien ya falleció y su padre biológico se encuentra en el extranjero; y no pudiendo comparecer ninguno de los dos mencionados, al final no se logra realizar la prueba de ADN, por lo que al emitir sentencia el Juez que conoce del caso, resuelve: *“no ha lugar a la impugnación de paternidad por no probarse los extremos de dicha demanda”*; absolviendo al padre demandando y quedando la situación jurídica del menor en la misma condición en que se encontraba, condenando al menor a vivir en oscuridad frente a su verdadero origen.

El presunto padre conociendo que el menor no es su hijo consanguíneo, en cualquier tiempo hubiese querido impugnar, habría evitado el inconveniente

que se le ha causado a su hijo legal, ya que su título quedará con el apellido igual como se encontraba, es decir, la del padre que biológicamente no lo es, y continuando su descendencia con dicho apellido.

En relación al caso hipotético planteado anteriormente, en el que se refiere al conocimiento del propio origen, Trejo Saravia, manifiesta *“que en ningún caso, se debe negar al niño el derecho a conocer su propio origen, negarle este derecho sería condenarlo a vivir en una oscuridad sobre su origen, que en definitiva lo marcará para siempre”*.⁵⁴

El interés superior del niño, es un principio que surge en este siglo, cuya definición es de carácter general y subjetivo, pero que garantiza el disfrute de los derechos fundamentales del niño. Este derecho del niño a conocer su verdadero origen biológicamente debe ser correlativo al derecho de su padre legal, a poder ejercer la acción en todo momento, vinculado esto a la obligación del Estado a garantizar la verdadera filiación de los menores.

2.5.3. Conflicto de intereses

En la aplicación del principio del Interés Superior del Niño, se puede observar que, en algunos casos, el interés del niño está en confrontación con otro interés. Es claro que cuando el conflicto se da entre el interés del niño con el de sus parientes, se deberá intentar armonizar los intereses de la familia con los del niño, en caso que no se logre dicha armonización, se tendrá que considerar como primordial el interés del menor, toda vez que se trate del superior interés del menor⁵⁵.

⁵⁴ Isela Guadalupe Trejo Saravia, “Interés Superior del Niño”. *Boletín Divulgación Jurídica de la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia UTE*, año 6º n. 2. (1999), 2.

⁵⁵ *Ibíd.*

A sabiendas que habrá algunos casos en que no prevalecerá el interés del menor, sino, que se tendrá en consideración el interés familiar, debido a las circunstancias y condiciones que deben valorarse en cada caso. Ahora bien, cuando el conflicto se dé entre el menor y un tercero, y este tercero sea una persona particular a la familia, no se podrá aplicar en forma primordial el interés del menor, ya que, como hemos sostenido anteriormente los encargados de velar por el interés del niño son sus padres, las instituciones públicas o privadas, de bienes sociales, los tribunales, las autoridades administrativas o el Órgano Legislativo. Con la salvedad, que la cuestión en litigio sea de aquellas comprendidas dentro del ámbito del menor, en las que sí deberá tenerse como primordial el interés superior del menor.

2.5.3.1. Casos especiales de conflicto de intereses

De acuerdo a lo estipulado en los Arts. 7 y 8 de la Convención de Derechos del Niño⁵⁶, la autora Isela Guadalupe Trejo Saravia, plantea el siguiente caso. Derecho al conocimiento del propio origen: El derecho a la identidad, comprende otros elementos tales como la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, los cuales son necesarios para determinar la identidad del niño.

Algunos de los elementos del derecho a la identidad, son las relaciones familiares, de tal forma que el niño tenga preservada su identidad, se hace necesario que conozca quienes son sus padres, es decir, que debe tener acceso al conocimiento de su propio origen, para con ello poder ejercer las acciones pertinentes a fin de establecer jurídicamente los vínculos filiales cuando proceda.

⁵⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, (Ratificado por Decreto Legislativo Número 487, del 26 de Abril de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 108, Tomo 307 del 09 de Mayo de 1990).

La Convención sobre los Derechos del Niño en el Art. 8⁵⁷ establece el compromiso de cada Estado parte a preservar la identidad del niño, incluyendo dentro de esta preservación la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

La propuesta antes planeada consistía en solicitar la aprobación de un nuevo artículo que debía ser considerado en el período de sesiones que se realizaría en 1986, este artículo propuesto era el siguiente: “el niño tiene el derecho inalienable a preservar su verdadera y auténtica identidad personal, legal y familiar.” La persona tiene el derecho fundamental a conocer su identidad, lo que implica el derecho de conocer la identidad de sus progenitores, para poder exigirles el cumplimiento de los deberes asistenciales.⁵⁸

La obligación del Estado incluye en particular, restablecer la crianza de ese niño por los miembros de su familia de sangre y cuando un menor hubiera sido privado de alguno o todos los elementos de su identidad, el Estado deberá dar especial protección y asistencia a ese niño para el restablecimiento con la mayor brevedad posible de su verdadera y auténtica identidad.⁵⁹ El derecho a conocer la verdadera filiación, debe ser elevado a la categoría de derecho a la personalidad. Por lo tanto, se considera que el conocimiento al propio origen es un derecho que no se le puede negar a ninguna persona, que le es inherente desde que nace hasta que muere, por lo que debería comprenderse dentro de estos derechos.

⁵⁷ Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

⁵⁸ Trejo, “Interés Superior del Niño”, 4.

⁵⁹ *Ibíd.*

Con el conocimiento del propio origen se logra la realización de los derechos fundamentales del niño, ya que con ello se propicia y se obtiene el libre desarrollo de la personalidad. Una vez conocida la filiación se puede llegar a ejercer el derecho del hijo a que sus padres le brinden toda la protección que éste merece, por ejemplo, en aquellos casos, en los que se determina la filiación por diversas circunstancias; por lo menos que el niño tenga constancia de su propia identidad. Cuando se intenta aplicar el interés superior del menor, entendido en el ejercicio del derecho a conocer su propio origen, se observan una serie de supuestos en los que entra en conflicto con otros intereses como el siguiente:

Los conflictos entre el derecho del niño a conocer el propio origen y el derecho de intimidad de la madre. En este caso, lo primero que se debe analizar es si la madre está o no obligada a revelar la identidad del padre, por depender de ello el ejercicio del derecho del niño a conocer su verdadera filiación. En primer lugar, se buscarán las causas que pudiera tener la madre para negarse a descubrir la identidad del padre de su hijo; como las siguientes: a) Porque la mujer ha cohabitado con varios hombres durante el período de concepción, y siente pudor porque no está segura de ello y prefiere callar. b) A veces lo que la madre pretende es evitar dañar el matrimonio o el prestigio del padre de su hijo. c) La mujer calla por temor a que el padre le arrebatase al hijo, porque tiene la esperanza de casarse con él, y; d) Por capricho de la madre, quien desea criar el hijo ella sola.

De todas las situaciones previamente planteadas, considera Isela Trejo⁶⁰ “que debe prevalecer el interés superior del niño al conocimiento de su propio origen,” es decir, que debe privar el interés del niño a conocer su filiación biológica.

⁶⁰ Trejo Saravia, “Interés Superior del Niño”, 4.

2.6 Proceso de impugnación de la paternidad por ministerio de ley en la legislación salvadoreña

En relación a la impugnación de la paternidad, como una forma de establecer la paternidad en los casos de filiación extramatrimonial, se puede mencionar que es el acto jurídico mediante el cual el padre o la madre declaran su paternidad o maternidad sobre el hijo nacido fuera del matrimonio. Ese acto es irrevocable, por lo tanto no puede someterse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere la aceptación del hijo. Puede ser hecho por el padre o la madre, conjunta o separadamente mediante declaración ante el oficial o funcionario del Registro Civil (hoy del Registro del Estado Familiar, en El Salvador).

2.6.1 Código de Familia

El Código de Familia y su Ley Procesal, surgen como una necesidad de incorporar los avances de las doctrinas modernas sobre el Derecho de Familia, requeridos por la misma realidad social, aunado a ello, la lentitud de los Procedimientos Civiles originando baja credibilidad en la administración de Justicia. El derecho procesal de familia surge paralelamente con la vigencia del Código de Familia, como todo derecho procesal es público y social, diseñado a fin de solucionar conflictos que surjan de las relaciones de familia.

2.6.2. Presunción de paternidad

La legislación salvadoreña al referirse a la presunción establece lo siguiente: *“Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan*

motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes y circunstancias. Si una cosa se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles prueba en contrario, supuestos los antecedentes o circunstancias”⁶¹.

El autor Gómez Piedrahita, manifiesta que *“la paternidad legítima se ha establecido con base en presunciones que la doctrina llama legales y que no constituye por sí mismo medio de prueba, ya que quien niegue el hecho presumido, en nuestro caso, la paternidad legítima, está en la obligación de probar el hecho contrario, es decir, que el hijo es de otro hombre y que el marido estuvo en imposibilidad física de tener acceso a la mujer, mientras la parte favorecida con la presunción únicamente debe probar los hechos que sirven de base a ésta, como lo son el matrimonio y su nacimiento dentro de los términos de ley”*.⁶² Este doble efecto (sustancial y procesal), de la presunción de origen legal, sea *luris Tamtum*⁶³ o *luris et de iuri*, es claro e indudable y pone de manifiesto que no constituye un medio de prueba.

Los mismos fundamentos de cohabitación y fidelidad de la mujer como presupuesto de la presunción de la paternidad del marido, también tienen carácter histórico pues derivan de la forma de familia monogámica. Los cambios producidos en el campo científico, igualmente han limitado el alcance de la suposición legal y las causas en que las mismas se

⁶¹ Véase el artículo 45 del Código Civil de El Salvador.

⁶² Hernán Gómez Piedrahita, *Introducción al Derecho de Familia* (Colombia: Librería del Profesional, 1981), 53.

⁶³ Expresión latina, mediante la cual se da a entender que la ley presupone la existencia de algún hecho, salvo que se pruebe lo contrario. *luris et de iuri*: Expresión latina, que traducida significa “de pleno y absoluto derecho”, que no admite prueba en contrario

fundamentan. En la inseminación artificial homóloga, la fecundación por obra del marido, puede demostrarse por vía directa, sin que opere en este caso el sistema presuncional, porque sin cohabitación entre los esposos o pese a la infidelidad de la mujer, el esposo de la madre es padre del nacido.

Con base en el análisis anterior, la presunción del marido de la madre, obra sólo en un determinado contexto socio cultural; funciona dentro de la familia organizada, de acuerdo con el actual modelo legal, y constituye un efecto normal del matrimonio monogámico. Es decir, que la presunción tiene carácter sustantivo-material, y no procesal; actúa fuera de todo juicio, o sea, en ausencia de conflicto. La consecuencia es que origina la dispensa de la prueba de paternidad, no requiriéndose el consentimiento del padre frente a cada nacimiento.

El mecanismo de la presunción satisface una necesidad social: que el niño cuente con un padre cierto desde el momento del nacimiento, o aún antes, a fin de que asuma la responsabilidad de crianza y educación. Se presumen hijos del marido, los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución de nulidad.⁶⁴

Del enunciado anterior se colige que dicha concepción está encaminada a establecer que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución, se reputarán hijos del marido sin importar la época de la concepción, esto a razón de que se presume que el marido de la madre reconoce tácitamente al hijo.

Para el concebido fuera del matrimonio y nacido de él, en el reconocimiento tácito del padre por el hecho de casarse con la madre, estando ésta

⁶⁴ Véase el artículo 141 inciso primero del Código de Familia de El Salvador.

embarazada,⁶⁵ sin considerar que la madre haya tenido cohabitación antes de celebrado el matrimonio no solo con su actual marido, sino, con el verdadero padre biológico del hijo, y que no le da oportunidad al padre legal que por ministerio de ley se le ha atribuido, a impugnarla por el desconocimiento de la realidad biológica, es decir, que el marido ha sido inducido a error, por la madre, respecto de la paternidad del hijo que se le atribuye por ministerio de ley, o también puede darse el supuesto que el marido no haya cohabitado con su mujer al momento de su concepción.

Contrario a la doctrina de la aceptación tácita, Gómez Piedrahita plantea que se ampara al hijo que nace después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o antes de expirados los trescientos días que prosiguen a su disolución, dejando al marido la posibilidad de que desconozca la paternidad del hijo que ha nacido dentro de los ciento ochenta días.⁶⁶

Por su parte la autora Cecilia Grosman, sostiene que *“la tendencia moderna es considerar a los hijos nacidos dentro del matrimonio como legítimos con idéntica calidad e iguales derechos que los concebidos después del connubio y por ello concluye que, los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días son matrimoniales y no interesa si los padres tienen aptitud nupcial al momento de la concepción, requisito este que según la parte de la doctrina es preciso para la legitimación”*.⁶⁷

El hijo tiene la calidad de matrimonial desde el momento mismo de la concepción; como ya ha sido señalado, no resulta beneficioso introducir entre hijos que nacen del mismo matrimonio una discriminación que violenta la unidad familiar. Es de considerar que Grosman, tiene un elevado

⁶⁵ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, 539.

⁶⁶ Piedrahita, *Introducción al Derecho de Familia*, 113.

⁶⁷ Grosman, *Acción de impugnación de la paternidad*, 44.

contenido axiológico para el desarrollo del Derecho de Familia, ya que en el se hace una revisión pormenorizada de los valores que han sostenido la presunción de paternidad y su impugnación.

Por otro lado, el Código de Familia de El Salvador establece esta tendencia, no admitiendo la posibilidad de los casos que puedan darse en el supuesto hipotético: *“Isabel... teniendo un mes de gestación; a su regreso de Estados Unidos de Norteamérica, se casa con su antiguo novio Raúl..., quién desconoce su preñez, y al nacer el menor la paternidad se le atribuirá por Ministerio de Ley por el hecho de estar casado con Isabel.*

De igual forma, la presunción de paternidad del marido cuando el hijo es concebido y nace dentro del matrimonio aludiendo que conforme lo disponen los Art. 36 y 37 del Código de Familia salvadoreño, los cónyuges tienen igualdad de derechos y deberes al decir que éstos *“deben vivir juntos, guardarse fidelidad, asistirse en toda circunstancia y tratarse con respecto, tolerancia y consideración, fijando un lugar de residencia en común acuerdo”*, de lo cual no existiría objeción alguna para impugnar la paternidad si el hijo es producto de justas nupcias.

Los nacidos antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o declaratoria de nulidad, plazo que es criticable ya que no debería atribuirse la paternidad si lo que ha provocado tal separación es la infidelidad de la esposa, que demuestra con el nacimiento del hijo.⁶⁸

Lo anterior se refuerza con lo sostenido por el tratadista Gómez Piedrahita *“la ley 95 de 1980, consagra las siguientes hipótesis que por su claridad nos revela de cualquier comentario adicional... Art. 5° En caso de divorcio*

⁶⁸ Véase, artículo 141 del Código de Familia de El Salvador.

declarado por causa de adulterio, el marido podrá en cualquier tiempo reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio siempre que pruebe que durante la época en que pudo tener lugar la concepción, no hacía vida conyugal con su mujer. Este derecho no puede ejercitarse sino por el marido mismo".⁶⁹

El autor Meza Barros, se refiere a la legislación chilena, cita el Art. 185, el que literalmente dice: *"Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo, concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto"*. Agrega el tratadista en comentario, *"que el plazo para desconocer la paternidad es de 60 días Contados desde que los interesados o descendientes supieron el nacimiento del hijo"*.⁷⁰ Y concluyendo en que *"El plazo es absurdamente breve, lo racional es que la acción pueda entablarse en cualquier tiempo"*.

2.6.3. Naturaleza jurídica de la presunción

De acuerdo al autor Meza Barros, al exponer sobre la naturaleza jurídica de la presunción, dice que: *"La presunción en general constituye un juicio lógico que, como tal, releva de prueba al hecho presunto"*.⁷¹

La presunción implica una operación lógica mediante la cual, partiendo de uno o más juicios, se deriva la validez, la posibilidad o falsedad de otro juicio distinto. Por lo general, los juicios en que se basa expresan conocimientos ya adquiridos, o los postula como hipótesis. Tratándose de la presunción que

⁶⁹ Piedrahita, *Introducción al Derecho de Familia*, 113.

⁷⁰ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho de Familia*, 2ª ed., t. 1 (Chile: Jurídica de Chile, 1979), 174.

⁷¹ Carlos Orlando Bacca Garzón, *Paternidad Extramatrimonial* (Colombia: Jurídica Equidad, 1992), 198.

formula el legislador, esos juicios en que se basa constituyen sus antecedentes o premisas, que deben estar plenamente establecidas, de manera tal que no pueden constituir hechos hipotéticos, aunque la conclusión que haya de producirse debe ser simplemente una hipótesis que, siendo declarada por el Juez, adquiere certeza jurídica.

El antepuesto razonamiento, es una operación lógica denominada inferencia, cuyas condiciones son las premisas; y, permite establecer a partir de ciertos conocimientos, otro que resulte acorde. Que para abonar se plantea un caso hipotético que resulta presumible: *“Juan está casado con María, ella tiene un hijo, el que tácitamente se reconoce ser hijo de Juan”*.

La ejecución de las inferencias se realiza conforme a ciertas reglas que han sido dilucidadas en la experiencia y formuladas de un modo estricto por la lógica. Cuando dichas reglas se aplican de manera rigurosa se obtiene una conclusión correcta.

Al final lo que se obtiene, como conclusión, es simplemente un juicio de posibilidad, o lo que es lo mismo, una hipótesis, porque las premisas, en especial las que respecto de un determinado asunto ha consagrado el legislador, son condiciones que no tienen suficiencia para asegurar la validez objetiva de la conclusión.

2.6.4 Carácter de la presunción

La tratadista Cecilia Grosman sostiene que: *“la presunción de la paternidad del marido, permite por su misma naturaleza de probabilidad que aquella cese en el caso concreto cuando se prueba que no ha funcionado alguna de las condiciones que justifican su existencia: falta de relaciones sexuales*

entre los cónyuges durante la época de la concepción, o, de que si las hubieron pero, con otro hombre, las cuales han sido causa de la procreación”, es decir, que el niño ha sido engendrado por otro hombre.⁷² Si la ausencia de cohabitación entre los esposos impide la operatividad de la presunción de la paternidad del marido, no sucede lo mismo con la presunción de fidelidad de la mujer; el mero adulterio es suficiente para hacerse cesar la presunción de la paternidad del marido, ya que aquel hecho sólo introduce la duda en cuanto a la causa de la concepción, incerteza que debe ser despejada por otros medios idóneos.

La presunción de la paternidad del marido es relativa y puede ser destruida por prueba en contrario. El carácter probabilístico de la presunción, surge de las circunstancias fácticas en las cuales se basa. Si hubiera certeza absoluta de la cohabitación conyugal y de la fidelidad de la mujer, el marido sería con absoluta seguridad el padre del hijo concebido por su esposa. Pero, precisamente, porque tales acontecimientos pueden ser ciertos o no, la presunción si quiere ser reflejo de la verdad, debe aceptar su calidad de probable. El derecho ha dado fuerza a la probabilidad porque representa un comportamiento regular con cierta intensidad, pero no por ello resulta verdad imperativa.

La relatividad de la presunción de la paternidad del marido es desvirtuada por la misma ley, de diversas maneras. En primer lugar, atenta contra la misma idea de que la etapa de la concepción es indivisible, es decir, que no pueden destacarse momentos determinados ya que todos tienen igual valor.

De esta manera, si el marido ha mantenido relaciones sexuales con su mujer durante treinta días y dentro del período de la concepción, se encuentra

⁷² Grosman, *Acción de impugnación de la paternidad*, 43.

demostrado que en los otros noventa días que completan el lapso, ha existido imposibilidad de cohabitación, la presunción opera pese a la demostración, a través del grado de madurez del nacido, de que el niño ha sido engendrado en el tiempo en que el esposo de la madre se hallaba ausente.

La presunción se vuelve absoluta, al restarle eficacia a la prueba del momento real de la concepción. También la presunción de la paternidad del marido se convierte en absoluta cuando por determinadas consideraciones se limita la prueba contraria tendiente a desvirtuarla; se restringen las personas que pueden ponerla en funcionamiento y los plazos dentro de los cuales se puede promover la acción.

2.6.5. Determinación jurídica de la paternidad del marido, bajo el sistema de presunciones

Al establecer el sistema presuncional se expone lo siguiente *“La presunción de la paternidad del marido contenida en la mayor parte de las legislaciones, proviene del derecho romano, de un pasaje pauliano cuyo contenido traducido expresa: el que de justas nupcias es hijo del marido de la madre”*.⁷³

La presunción en la legislación argentina en el artículo 245 CC., el cual expresa que *“la ley presume que los hijos concebidos por la madre durante el matrimonio, tienen por padre al marido”*. Para que opere la presunción deben cumplirse, dos condiciones: a) Matrimonio de la madre; y, concepción del hijo durante el matrimonio. El hijo nacido de la madre, bajo las circunstancias precedentes, será hijo del marido. La maternidad se acredita mediante un

⁷³ Grosman, *Acción de Impugnación de la Paternidad*, 43.

hecho visible y fácilmente comprobable: el parto. La paternidad, o sea, la participación del hombre en la concepción, no puede ser acreditada de modo directo. Es por ello, que el derecho se valió de un sistema presuncional, para la determinación jurídica de la paternidad. En la familia organizada de acuerdo con el modelo legal, ósea, la fundada en el matrimonio, la filiación paterna parte de dos hechos de simple constatación: el parto de la madre, y el matrimonio; para arribar a un hecho desconocido: la paternidad del marido.

La primera premisa está constituida por el hecho cierto de la fecha del matrimonio; la segunda, se configura por el momento del nacimiento del niño del cual se deduce, de acuerdo con los plazos mínimo y máximo de duración del embarazo, que la concepción ha tenido lugar durante el connubio. La verdad de la conclusión que el marido es el padre del nacido no es tal a la manera de un silogismo donde la verdad de las premisas asegura las certezas de la voz latina, que significa "*Derecho de matrimonio*". Conclusión, sino que, se basa en un juicio de probabilidad originado en lo que normalmente acontece; es decir, se funda en un conjunto de expectativas sociales que se exteriorizan en la ley.

La presunción de la paternidad del marido, no deriva directamente de aquellas premisas fácticas que se han enunciado (fechas de matrimonio y de parto), sino, que requiere para su operatividad el cumplimiento de otras dos suposiciones antecedentes: a) El marido ha cohabitado con su esposa durante la época de la concepción; y, b) La mujer no ha tenido relaciones sexuales con otro hombre durante dicho período. Se estaría en presencia de lo que Puig Peña denomina *presunción positiva de contacto y presunción negativa de infidelidad*.⁷⁴

⁷⁴ Grosman, *Acción de Impugnación de la Paternidad*, 46.

Tales suposiciones, sin las cuales no puede funcionar la presunción de paternidad del marido, no se apoyan en una mera probabilidad fáctica, fruto de la observación empírica que por tal, no tendría suficiente fuerza, sino que se trata de la probabilidad de un comportamiento social originado en los deberes engendrados por el matrimonio: convivencia y fidelidad de los cónyuges, pilares de la organización monogámica.

La verdad de la suposición legal no es posible poner a prueba por vía directa, pero es factible hacer una inferencia en cuanto a su efectividad, observando el número de casos en que la presunción de la paternidad del marido no ha operado. La escasa cantidad de presentaciones ante la justicia con el objeto de impugnar la paternidad del marido indica que la presunción de la ley recoge básicamente una regularidad social; es decir, que lo que la regulación conjetura coincide de ordinario con el comportamiento real de los sujetos.

2.6.6. Derecho comparado

2.6.6.1. Costa Rica

La acción de declaración judicial de paternidad antes de la Ley de Paternidad Responsable, Ley 8101-2001. Seguramente es la acción que más asuntos llevó a los tribunales, y no siempre con resultados óptimos. Señala el Código de Familia de Costa Rica⁷⁵ que la madre y el hijo tienen derecho a investigar la paternidad que les pertenece⁷⁶, dando aplicación al principio constitucional consagrado en el Art. 53⁷⁷ de la Constitución Política de Costa Rica.⁷⁸ No

⁷⁵ Código de Familia (Costa Rica, Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1973).

⁷⁶ Artículo 91.- Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad.

⁷⁷ Artículo 53.- Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

obstante, este principio contiene limitantes importantes a la hora de ser aplicado. Ante este derecho, la legitimación activa y pasiva se le confiere a la madre cuando el hijo o hija es menor de edad, y la pasiva al supuesto padre biológico.

Los presupuestos de fondo para que prospere la pretensión, son: la demostración de la no existencia de un padre registral, la relación amorosa entre la madre y el presunto padre, la posible existencia de una posesión notoria de estado entre el hijo-hija y el padre biológico, y que no existe posesión notoria de estado de un tercero. Todos estos elementos presentaron dificultades no solo probatorias sino también de interpretación y las seguirán presentando.

En relación a la legitimación, no existe duda, incluso el hijo o hija mayor de edad están legitimados activamente, y su derecho es imprescriptible, salvo la excepción que contiene el Art. 74 Código de Familia costarricense, que limita el derecho cuando el presunto padre ha muerto y los herederos han tomado posesión de la herencia. En la mayoría de los procesos de declaraciones judiciales de paternidad y antes de la opción de realizarse la prueba de ADN, los procesos fueron resueltos, con la prueba testimonial.

Los testigos que hacían referencia a la relación de pareja, la coincidencia entre ésta y la fecha probable de concepción o la existencia de una posesión notoria de estado entre el presunto padre y el hijo o hija. Los testigos (as) declaraban de qué forma y porqué les constaba que el presunto padre dio reconocimiento público y notorio de su paternidad, narrando situaciones o hechos que generalmente se relacionaban; afirmaban ver al presunto padre

⁷⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica (Costa Rica, Asamblea Nacional Constituyente, 1949)

acompañando a la madre en evidente estado de embarazo en actitud de pareja, o bien acudiendo al hospital cuando ella se mejoraba, comprando medicinas y atendiendo de alguna u otra forma necesidades propias del embarazo. Con respecto al hijo, se exigía que fuera presentado como tal, a terceros, y llamándole y tratándolo (a) como tal. Pero además de esto debía ser de conocimiento público. Los marcadores genéticos resultaron ser muy importantes, no obstante, no bastaba dicha prueba para acoger la pretensión de la actora, generalmente se acudía a otros medios probatorios.

La falta de una regulación sistemática de la convivencia impide en la práctica registrar como presunción automática del conviviente la paternidad de los hijos e hijas nacidos durante la misma. Persiste entonces en el sistema de Costa Rica, una marcada distinción entre la matrimonialidad y extramatrimonialidad de los hijos o hijas procreados dentro o fuera del matrimonio. No existe por lo tanto una presunción como la contenida en el Art. 69 Código de Familia de Costa Rica⁷⁹ para estos supuestos.

Lo curioso es que el reconocimiento de la unión de hecho produce todos los efectos patrimoniales que surgen del vínculo matrimonial según se establece en el Art. 242 del Código de Familia de Costa Rica⁸⁰, pero nada se dijo con relación a la filiación de los hijos producto de dicha unión, salvo la citada

⁷⁹ Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada. Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a. Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer; b. Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y c. Si de cualquier modo lo admitió como tal.

⁸⁰ Artículo 242.- La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios de matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

presunción del Art. 92 del código en mención⁸¹, con los limitantes indicados. El sistema debe operar igual en ambos casos, pero existe una dificultad práctica para aplicar aquella contenida en este artículo cuando de convivencia de hecho se trata.

El tema es de igualdad de trato en cuanto a la filiación matrimonial y extramatrimonial, no es un tema pacífico en la doctrina, en el Código de Familia, la norma existe, pero tiene limitaciones de orden práctico sin que opere automáticamente probablemente por el obstáculo de carácter administrativo al no existir un registro de uniones de hecho como si del matrimonio, en donde el órgano administrativo aplique automáticamente dicha presunción.

Queda por discutir la limitación del progenitor para declarar judicialmente su paternidad ante la negativa de la madre de revelar su nombre ante el Registro Civil, y en el peor de los casos la posibilidad existente o no en el ordenamiento de acudir a una acción de filiación fuera de las mencionadas en la normativa del Código de Familia, para reclamar el status filial del hijo o hija que les pertenece, cuando la madre niega el reconocimiento en sede judicial o se opone, o bien cuando contrae matrimonio con un tercero para que le asignen a su hijo o hija por nacer, los apellidos del marido, lo que es totalmente ilegal.

En el Sistema Judicial de los EE.UU. es aceptado el método de ADN en los tribunales de dicho país como prueba de paternidad (inclusión) o de no paternidad (exclusión) desde hace casi 15 años. Si el padre presunto y el hijo(a) “*cuadran exactamente*” en todos los sistemas de ADN utilizados en el

⁸¹ Artículo 92 inciso 2-. Se presume la paternidad del hombre que, durante el periodo de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código.

análisis, la probabilidad de paternidad es típicamente 99.9999 %. Si no “*cuadran exactamente*” entonces la probabilidad de paternidad es CERO %. En muchos Estados de los EE.UU. se acepta solo 99% como mínimo para declarar legalmente la paternidad. En otros estados el requisito mínimo es de 99.9%.

2.6.6.2. Sistema judicial de España

En España, es aceptada la prueba científica del ADN en los tribunales españoles como prueba de paternidad (inclusión) o de no paternidad (exclusión) desde hace varios años. En el mes de marzo del 2005 el Tribunal Constitucional de dicho país dio un fallo señalando que la mera negativa a someterse a un Test biológico no constituye prueba suficiente de la paternidad. Esto sienta jurisprudencia en el sentido de que un juez no puede asignarle la paternidad a un hombre que se haya negado a someterse a una prueba de ADN. Entonces, se hace imprescindible en España que el hombre se someta a una prueba de ADN para que se le pueda asignar judicialmente la paternidad de un niño(a).⁸²

2.6.6.3. Sistema judicial del Perú

El 6 de enero de 1999 se publicó en el Diario Oficial “*El Peruano*” la Ley No 27048 que modifica diversos artículos del Código Civil de Perú⁸³ referidos a la declaración de paternidad y maternidad. En consecuencia, en su Art. 402, Inc. 6 de dicho código así modificado dice que “...*la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del*

⁸² Donayre, “Las Pruebas de Paternidad en la Historia”

⁸³ Código Civil, (Perú, Decreto Legislativo, 1984).

*ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza ...*⁸⁴ El 8 de enero de 2005 se publicó la Ley 28457 que *Regula el Proceso Judicial de Declaración de Paternidad Extramatrimonial*: La Ley 28457 regula el proceso de filiación judicial solo en casos de paternidad extramatrimonial y entró en vigencia tras su publicación en el diario oficial El Peruano.

A través de la Ley 28457, la madre que tenga interés en obtener una declaración de paternidad para su hijo, podrá pedirla sin problemas a un Juez de Paz Letrado, quien estará en la obligación de extender una resolución declarando la filiación demandada. La filiación quedará consentida si en 10 días hábiles de haber sido debidamente notificado, el emplazado no expresa su oposición.

La Ley 28457 indica además, que cuando el supuesto progenitor se opone al pedido de filiación se deberá someter obligatoriamente a una prueba de ADN en algún laboratorio. El costo de la prueba correrá a cargo de la parte demandante o podrá solicitar “*auxilio judicial*”. El pago o el arreglo de pago debe hacerse a la toma de las muestras.

En el Perú, esto hace contraste con la jurisprudencia recientemente sentada en España, donde se requiere necesariamente una prueba positiva de ADN

⁸⁴ Texto anterior a la modificación. Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: 1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia. 3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales. 4. En los casos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. 5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable”.

para la asignación judicial de paternidad. Hasta hoy en día en el Perú, si el padre presunto se niega a tomarse las muestras para la prueba de ADN corre el riesgo de que la paternidad se le adjudique judicialmente sin más trámite. Ahora será más fácil obtener la paternidad, pues quienes niegan someterse a una prueba de ADN terminarán con la paternidad extramatrimonial declarada judicialmente. Si en 10 días hábiles el demandado no expresa su oposición pidiendo una prueba de ADN, quedará aprobada judicialmente la paternidad.

2.6.6.4. Argentina

Es necesario destacar la relevancia que tiene en la actualidad la prueba biológica de ADN, en los juicios de filiación, se debe considerar que a partir de la sanción de la ley 23.264 se ha receptado, en esta materia el principio de la verdad biológica. Este criterio ha sido recogido en los Arts. 562, 565, 567, 568, 570 y 575 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina.⁸⁵ Hoy en día la filiación ya no se asienta en la voluntad de las partes, sino en la realidad de la naturaleza, esto ha sido posible con la aparición de procedimientos científicos que permiten establecer con certeza la realidad del vínculo biológico.

Es precisamente, uno de estos procedimientos técnicos de mayor relevancia en la actualidad, por su rigor científico es la prueba de ADN. Es tal la importancia de esta prueba en los casos de paternidad discutida o ignorada que la propia ley establece una sanción en caso de negativa a someterse a los exámenes y análisis, consistente en el indicio contrario a la posición sustentada por el renuente que en definitiva constituye una verdadera

⁸⁵ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina, Congreso de la Nación, 2014).

presunción legal en contra del mismo (Art. 4° Ley 23.511⁸⁶). Ello ha sido interpretado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de manera pacífica. En relación con el grado de certeza de esta prueba, en casos de inclusión (que sea el verdadero padre o hijo), la exactitud de esta técnica permite alcanzar un porcentaje del 99,999%, es decir, que el resultado es concluyente y de esta manera es receptado y aplicado por los jueces en sus resoluciones.

Las aplicaciones del análisis de ADN para la determinación de Paternidad o Maternidad son variadas, pero en general y en la práctica se reducen a los casos de paternidad discutida o ignorada y aquellos en que, como el abandono de niños, robos y/o sustituciones de bebé se desconoce la maternidad. La dignidad como valor humano es el valor que se le reconoce al ser humano por el solo hecho, valga la redundancia, de ser humano. En el campo de los avances biotecnológicos es necesario no reducir a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad, para preservar esa dignidad humana.

La reclamación de la filiación extramatrimonial en el Derecho Argentino: es una acción que tiene el hijo o su/s representante/s legal/es para reclamar su filiación, en el caso invocado, la acción que tiene el hijo para reclamar el reconocimiento paterno. Normas aplicables, sujetos involucrados: En el

⁸⁶ Artículo 4.- Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, a negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales, genéticas Anteproyecto de ley para la creación de un banco de perfiles de ADN no codificante (ADN-NC) en lo criminal Volver a Legislación Nacional requerirán ese examen al BNDG (Banco Nacional de datos Genéticos) admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.

supuesto planteado se tiene como norma aplicable al Art. 582 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina⁸⁷ básicamente establece que los hijos pueden también reclamar filiación extramatrimonial contra quien considere su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus herederos universales.

La antepuesta acción podrá ser promovida por el hijo en todo tiempo. Los sujetos involucrados en el caso en análisis son: El hijo quien en este caso tiene legitimación activa para reclamar el reconocimiento de su presunto padre; y el presunto padre biológico que es contra quien se ejerce esta acción, legitimación pasiva. La negativa a someterse a la prueba de ADN como a cualquier otro tipo de prueba biológica en los supuestos de reclamación de filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio a quien se niega a las pruebas, pues ninguna otra actitud en principio, puede justificar esa actitud, cuando se está discutiendo el estado de familia de una persona.

La presunción supra señalada se encuentra legislada en la ley 23.511 que organiza el Banco de Datos Genéticos, que en su art. 4° establece: *“Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable. Se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”*.

⁸⁷ Artículo 582. El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente. El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores (...).

Los jueces nacionales requerirán ese examen al BNDG (Banco Nacional de Datos Genéticos) admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales. Se discute si la presunción que establece la ley 23.511 en su Art. 4° es inconstitucional, pues colisiona con el derecho constitucional consagrado en el Art. 18 inciso dos de la Constitución Argentina que dice: “*nadie está obligado a declarar contra sí mismo*”.⁸⁸

Diversas doctrinas sostienen que la argumentación anterior no es válida, pues si bien la garantía es operante en materia penal, en estos casos está en juego, por otra parte el derecho a establecer la propia identidad, también garantizado por la Constitución, sobre todo después de la incorporación de las declaraciones y tratados internacionales que enumera el Art. 75 numeral 22⁸⁹ de la referida Cn. Argentina., incorporados con la reforma constitucional de 1994, en especial el Art. 7 de la convención sobre los derechos del niño⁹⁰, ratificada por la ley 23.849. Hay casos excepcionales en los que no resulta un indicio la negativa en contra del demandado, cuando por razones de salud del individuo, pueda ser aceptable esa negativa.

⁸⁸ Constitución Nacional (Argentina, Congreso General Constituyente, 1853).

⁸⁹ Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (...) La Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (...)

⁹⁰ Artículo 7.- 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEGITIMACIÓN DEL PADRE BIOLÓGICO RESPECTO A LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

El propósito del presente capítulo es analizar la legitimación del padre biológico frente a la impugnación de paternidad regulada en la legislación familiar salvadoreña; en ese sentido, el contenido que componen el mismo, derecho de Familia, área jurídica sustantiva, presentación de los resultados obtenidos de la investigación de campo obtenidos por medio de entrevistas realizadas a colaboradores de juzgados y auxiliares del Procurador General de la Republica en materia de familia, interés superior del menor en la impugnación de paternidad, derecho de identidad del hijo y la necesidad de una reforma al código de familia. Esto con la intención de dar por cumplidos los objetivos cuatro y cinco de la presente investigación, los cuales consisten en analizar jurídicamente y jurisprudencialmente los procesos de familia relativos en a la impugnación de paternidad en los juzgados de familia.

3.1 Derecho de Familia

La paternidad atribuida en virtud de una presunción legal y la derivada del reconocimiento legal en cualquiera de sus formas, son susceptibles de ser impugnadas por aquel que compruebe los extremos de su petición. Se está consciente que doctrinaria y legalmente, el enfoque es que el "padre" reconocido o declarado por cualquiera de las formas antes expuestas es el único que puede impugnar la paternidad a él atribuida, y únicamente a título de excepción lo podrán hacer el hijo, la madre o los terceros, el enfoque del presente estudio es hacia el hecho concreto de que sea el "verdadero padre", es decir, el "padre biológico", quién ejerza la acción de impugnación.

El enfoque de la actual legislación de El Salvador es eminentemente humanista. Desde hace algún tiempo las cartas magnas del mencionado país, en mayor o menor medida, se han ocupado de establecer principios de justicia, igualdad y protección para los individuos en general; así mismo, se ha reconocido en la familia la base fundamental de la sociedad y, por supuesto, al matrimonio como la base de la familia.

En la actualidad se reconoce también a las uniones no matrimoniales, debido a la realidad social. Aunque sobre estos pilares personales, familiares y sociales se ha pretendido establecer los principios y desarrollar las normas del nuevo derecho familiar salvadoreño, esto no siempre ha sido posible; principalmente cuando se procura aplicarlos a situaciones que no responden directamente a los altos ideales de los mismos, por tratarse de casos excepcionales o de naturaleza negativa en principio, aunque en esencia se dirijan hacia los mismos objetivos finales de equidad y justicia.

En el caso de los divorcios, los decretos de medidas cautelares y/o precautorias y las impugnaciones de la paternidad o maternidad; que, aunque al momento de diligenciarse producen problemas de índole moral, psicológico y jurídico, si se tramitan respetando los altos ideales de los principios rectores del Derecho de familia, al final la situación queda resuelta y clara. Doctrinaria, sustancial y procesalmente han existido varios criterios en torno a la acción de impugnación de la paternidad; no obstante, estos enfoques han mantenido posiciones por demás conservadoras.

La realidad social salvadoreña refleja el hecho de que muchas personas detentan el estado familiar de hijos frente a sus padres en base a presunciones legales y/o el hecho de ser reconocidas como tales por quienes no son sus padres biológicos; lo cual puede, en un momento determinado,

propiciar no solo la impugnación por parte del padre reconocido o declarado y/o sus herederos, la madre o el hijo como se ha planteado doctrinariamente hasta la fecha, sino por el padre biológico. Este último caso constituye el objetivo esencial de esta investigación.

Los preceptos constitucionales que son retomados en la legislación, específicamente con los instrumentos jurídicos internacionales debidamente suscritos y ratificados por El Salvador, constituyen los principios primordiales, directrices y hechos que son establecidos y protegidos por el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia; de ahí su importancia y trascendencia.

El derecho de familia salvadoreño entendido no solo como un conjunto de normas jurídico procesales, sino como una amalgama de instituciones, conceptos, situaciones y realidades, está pasando por un período de transición; debido a que, de una visión civilista para regular las relaciones familiares de las personas, se ha pasado a un criterio familiar de protección que, en base a su autonomía, responde a otros intereses superiores más actuales, pretendiendo desarrollar una justicia familiar acorde a las corrientes humanistas mundiales; a través de la resolución de conflictos en base a principios especiales, entre los cuales podemos mencionar:

3.2 En el área jurídico sustantiva

La unidad familiar, igualdad de derechos de las personas, cónyuges, hijos, protección de los menores, personas de la tercera edad, mujer, incapaces, etc., de conformidad al artículo 4 del Código de Familia de El Salvador⁹¹. En

⁹¹ Artículo 4.- La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del presente Código.

el Libro I del Código en comento denominado Constitución de la Familia se encuentra el Título V El Parentesco, el cual tiene un Capítulo Único informado por seis artículos del 126 al 132.

Las dos clases de filiación que se establecen en el referido Código de Familia de El Salvador son: por consanguinidad o por adopción, según lo dispuesto por el artículo 134 del referido código. Se definen tres formas para establecer la paternidad: por disposición de ley, por reconocimiento voluntario y por declaración judicial; lo cual es muy importante conocer, ya que tiene íntima relación con la forma, requisitos y condiciones para establecer la procedencia de la impugnación de la paternidad, según la forma en que se haya establecido la filiación paternal.⁹²

El artículo 136 del Código de Familia de El Salvador se refiere a las formas de establecer la maternidad; las cuales no son relevantes a efectos del presente estudio. El Art. 137 del cuerpo legal en comento se refiere a la situación de paternidad o maternidad falsas, definiéndola como “...*una persona pasa por padre o madre de otra, sin serlo*”; lo cual es precisamente una de las situaciones que tienen íntima relación con el tema objeto de esta investigación; ya que muchas veces en El Salvador, una persona o personas que no son los padres biológicos de otra, son reconocidos legalmente como tales; aunque siempre existe la posibilidad que se compruebe la paternidad del padre legal y no haya lugar a la impugnación por ese motivo o por disposición de ley en virtud del interés superior del hijo.

El artículo 138 del código supra señalado se refiere a la filiación ineficaz, en el sentido de que una vez establecida la relación filial, no será eficaz otra que

⁹² Artículo 135.- La paternidad se establece por disposición de la ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial.

la contrarie; a no ser que la primera sea declarada sin efecto por sentencia judicial; lo cual es determinante en esta investigación, ya que es el Juez de Familia el único funcionario autorizado para declarar ha lugar la impugnación de una paternidad legalmente establecida.⁹³

El dato importante que plantea el artículo 139 del Código de Familia salvadoreño⁹⁴ es el referido al derecho del hijo a investigar quienes son sus progenitores; siendo transmisible a los descendientes del hijo y es imprescriptible. Añade el inciso final que en este caso se admite toda clase de prueba; como una forma de hacer efectivo ese derecho esta primera sección se divide en cuatro partes: Establecimiento de la paternidad por disposición de la ley; del Reconocimiento Voluntario; Declaración Judicial de Paternidad y finalmente; de la Impugnación de la Paternidad.

La primera parte referida al establecimiento de la paternidad por disposición de la ley contiene tres artículos; del 140 al 142 del Código de Familia de El Salvador, en los cuales se establece precisamente la paternidad por ministerio de ley en base a una presunción legal, principalmente para el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, aún en caso de nulidad del mismo; además se reconoce la posibilidad de que la presunción no opere bajo dos supuestos: que los cónyuges hayan estado separados por más de un año y que el hijo sea reconocido por persona diferente del “*padre*”, aunque definitivamente debió haber dicho el esposo o marido, por lo que debe reformarse en tal sentido.

⁹³ Artículo 138.- Establecida una filiación, no será eficaz otra posterior que contrarie la primera, a no ser que ésta fuere declarada sin efecto por sentencia judicial.

⁹⁴ Artículo 139.- El hijo tiene derecho a investigar quiénes son sus progenitores. Este derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible. En este caso se admite toda clase de prueba.

Un dato destacado es el que se plantea en el artículo 144 del Código de Familia⁹⁵ donde se plantea la posibilidad de que el padre reconozca al hijo concebido, pero no nacido, así como al que haya fallecido; por cualquiera de los medios antes mencionados, aprovechando a la descendencia del mismo en este último caso. Mientras que el Art. 145 del código en comento establece la capacidad especial de los menores adultos para reconocer su paternidad, sin necesidad de la autorización o consentimiento de sus representantes legales.

En relación al reconocimiento provocado⁹⁶, se establece en el derecho del hijo a que el supuesto padre sea citado por y ante el juez, a declarar si cree serlo; ampliando dicha facultad a la mujer embarazada de ese hijo. Es necesario mencionar que esta acción solo puede promoverse una vez en relación al supuesto padre.

Existe irrevocabilidad del reconocimiento voluntario⁹⁷, lo cual plantea muchas dificultades en la práctica, ante la posibilidad de que la realidad biológica no corresponda a la voluntad declarada; por lo que debe atenderse a quien solicita la impugnación, cuan afectado se verá el interés superior del menor, etcétera, al momento de decidir sobre esta situación.

⁹⁵ Artículo 144.- El padre podrá reconocer al hijo concebido y al hijo fallecido, por cualquiera de los medios establecidos en este Código que fueren aplicables. El reconocimiento del hijo fallecido sólo aprovechará a su descendencia.

⁹⁶ Artículo 146.- El hijo que no hubiere sido reconocido, tendrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el juez, a declarar si cree serlo. el juez a su criterio, podrá ordenar las pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre. La mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre de quien ha concebido sea citado ante el juez, a declarar si reconoce ser el padre de la criatura que está por nacer. La negativa del supuesto padre a comparecer ante el juez o a someterse a la prueba de paternidad, será considerada como positiva de la existencia de vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla. sin perjuicio de la acción de declaración judicial de paternidad, las diligencias a que da lugar este artículo, únicamente podrán promoverse por una vez, contra el supuesto padre.

⁹⁷ Artículo 147.- El reconocimiento de paternidad es irrevocable.

La tercera parte referida a la declaración judicial de paternidad incluye tres artículos, del 148 al 150 del Código de Familia, a partir del derecho que tiene el hijo cuyo padre no ha querido reconocerlo voluntariamente, en base a que no es amparado por las presunciones legales a este respecto, según lo dispuesto por el artículo 148 del código en comento.⁹⁸

Por otra parte, el artículo 149 del Código de Familia de El Salvador establece que *“La paternidad será declarada por el Juez cuando resulte de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, de su relación sexual con la madre en el período de la concepción, de la posesión de estado del hijo, o de otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad, Se presume la paternidad del hombre que hubiere convivido con la madre durante el período de la concepción, salvo la inexistencia de nexa biológico”*.

Con base en el análisis anterior, se observa que esa situación tan compleja es la que vuelve determinante la necesidad en algunos casos de recurrir a prueba científica; ante ciertos conflictos en cuanto a la realidad social, condiciones físicas o médicas, sentimientos o factores que vuelven incierta la relación paterno filial a nivel legal y biológico. Cuando se establece la acción de declaración judicial de paternidad corresponde al hijo y si hubiese fallecido, a sus descendientes, contra el supuesto padre o sus herederos; o contra el curador de la herencia yacente, según sea el caso.⁹⁹ Esta acción además de ser imprescriptible, da lugar a que declarada la paternidad tanto la madre como el hijo, tendrán derecho a reclamar indemnización por daños morales y materiales a que hubiere lugar.

⁹⁸ Artículo 148.- El hijo no reconocido voluntariamente por su padre, o cuya paternidad no se presuma conforme a las disposiciones de este Código, tiene derecho a exigir la declaratoria judicial de paternidad.

⁹⁹ Véase el artículo 150 del Código de Familia de El Salvador.

La cuarta parte referida a la impugnación de paternidad incluye ocho artículos; del 151 al 158 del Código Familia de El Salvador, cuyo análisis y aplicación obviamente constituyen el objetivo de la presente investigación. Es necesario mencionar desde este momento que analizando el orden de estas disposiciones y su contenido, los artículos del 151 al 155 del aludido código se refieren a hijos nacidos dentro del matrimonio, a quienes se les ha aplicado la presunción legal antes mencionada; mientras que los artículos del 156 al 158 de la norma jurídica en comento, se refieren a la impugnación de la paternidad declarada en base a la figura del reconocimiento.

En el código supra indicado, se describe que en vida del marido nadie podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, sino el marido mismo; probando que el hijo ha podido ser engendrado por él; salvo cuando el hijo ejerce su derecho a investigar, en base a la acción que le conceden los artículos 138 y 139 del C.F.; lo cual es un resabio de la protección al sistema patriarcal que desde el derecho romano ampara al "*pater familiae*"; dejando por fuera una serie de situaciones reales y cotidianas, como por ejemplo la posibilidad de que sea el padre biológico quien impugne dicha filiación. Estableciendo los plazos de caducidad de la acción, abarcando ciertas presunciones importantes y, por supuesto, el efecto suspensivo de la imposibilidad física o mental del marido.¹⁰⁰

Se reconoce la posibilidad de que la Impugnación de la paternidad del marido sea realizada por terceros en caso de fallecimiento del mismo, y,

¹⁰⁰ Artículo 152.- La acción que tiene el marido para impugnar la paternidad del hijo que pasa por suyo, caduca transcurridos noventa días contados desde aquél en que tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo, hará presumir que lo supo inmediatamente a menos que probare que por parte de la madre ha habido ocultación del parto. Si el tiempo del nacimiento se hallare el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su regreso a la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente.

aunque al final parece que abre una amplia posibilidad para que hasta otra persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, esto parece muy difícil y hasta contradictorio¹⁰¹; además del mismo texto se desprende que no se trata de personas ajenas al marido, como podría ser el padre biológico, sino a los ascendientes o descendientes de éste;¹⁰² lo cual no responde ni resuelve otra serie de situaciones que se dan en la práctica, establece la excepción de no paternidad aplicable a favor de los “*interesados*” que hubieren sido declarados herederos sin contradicción del pretendido hijo, en cualquier tiempo en que les disputaren sus derechos.

3.3. Análisis jurídico procesal de la impugnación de la paternidad en la legislación salvadoreña

A partir de las disposiciones de carácter sustantivo antes relacionadas, se vuelven necesarias las de carácter procesal que las desarrollen; las cuales responden a principios rectores también especiales en razón de la materia; tale como: la oralidad, la inmediación, la concentración, el impulso oficioso, la preponderancia del inquisitivo, la preclusión relativa, etc., de conformidad al Art. 3 de la Ley Procesal de Familia (LPRF).¹⁰³

En cuanto a las disposiciones de la Ley Procesal de Familia relacionadas con el tema objeto de estudio, se encuentra que es precisa y únicamente en un proceso de familia donde se declara ha lugar o no la impugnación de

¹⁰¹ Artículo 153.- Si el marido muere antes de vencido el término que le concede este Código para desconocer al hijo, o antes de que éste nazca, podrán impugnar la paternidad en los mismos términos los herederos del marido, sus ascendientes, aunque éstos no tengan parte alguna en la sucesión, y toda otra persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual. (...)

¹⁰² Artículo 156.- El reconocimiento voluntario de paternidad podrá ser impugnado por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren interés actual, probando que el hijo no ha podido tener por padre el reconociente. Con relación al hijo la acción es imprescriptible.

¹⁰³ Ley Procesal de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1994).

paternidad, por lo que son aplicables todas las disposiciones procesales relativas al proceso; pero que, específicamente, se hace referencia a lo establecido en los artículos 140, 141, 142 y 143 de la referida norma jurídica, los cuales deben ser interpretados en forma armónica con la parte sustantiva ya que, como se analizará en el apartado relativo a los casos incluido en el Capítulo IV del presente informe, no se está procediendo de conformidad a estas disposiciones; por lo que el menor queda en casos extremos legal y realmente desprotegido, so pretexto de cumplir requisitos legales que por su intrascendencia podrían ser subsanados con otro tipo de políticas o medidas, y no las que se comentaran posteriormente en dicho apartado.

Los aspectos relativos a la investigación de la filiación aclarando que, a solicitud de parte o de oficio, el Juez ordenará que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo, a sus ascendientes y a terceros; para reconocer pericialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y del presunto padre o madre es definido en el artículo 140 inciso uno de la LPRF¹⁰⁴

La negativa del padre o su representante legal a someterse a la práctica de dichos exámenes, como por ejemplo la prueba de ADN, debe ser evaluada por el juez, de acuerdo a las reglas de la sana crítica; siendo necesario en este punto mencionar que en el proyecto de la Ley Procesal de Familia de El Salvador, se establecía que dicha actitud se tomaba como nociva a los intereses del que se negaba y favorable a la contraparte; debido a la idiosincrasia y realidad de la sociedad salvadoreña.

¹⁰⁴ Artículo 140.- En los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad, el Juez a solicitud de parte o de oficio, ordenará que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y a terceros para reconocer pericialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre.

Pese al señalamiento antepuesto, el artículo 140 inciso uno de la LPRF quedó en su forma actual, para mantener la armonía de la nueva normativa en cuanto a la valoración de las pruebas, y por las modernas corrientes de respeto a los derechos del demandado: el imputado, sin embargo, esto genera problemas debido a que los jueces prefieren mantenerse fieles a una interpretación rígida de los preceptos y disposiciones legales, en lugar de retroalimentarse de la doctrina, la realidad y desarrollar el sentido y espíritu de la ley, en beneficio de una pronta y eficaz administración de justicia.

La situación descrita en el párrafo anterior propicia cierta incertidumbre jurídica, ya que ante casos similares, distintos jueces podrían dar resoluciones diametralmente opuestas a los mismos; lo cual aunque en principio parece posible y hasta saludable, al no restringírsele a los jueces la valoración de la prueba y decisión de los casos, en algunos momentos podría lindar con una inseguridad jurídica extrema; ya que las causas penderían del arbitrio de los jueces y no de criterios objetivos que garanticen el principio constitucional y familiar de igualdad; lo cual es sumamente grave.

En cualquier estado del proceso en que se produzca el reconocimiento del hijo conforme lo establecido en la ley; el juez fallará pronunciando la sentencia correspondiente¹⁰⁵; lo cual en ninguna manera restringe las facultades del juez de familia de investigar oficiosamente la verdad, con beneficio del interés superior del menor, confirmando o desestimando lo manifestado por las partes, si esto fuere procedente; a partir de la naturaleza, complejidad y /o circunstancias del caso.

El artículo 142 de la LPRF establece que el juez, al decidir sobre la filiación, se pronunciara además sobre el ejercicio de la autoridad parental, la custodia

¹⁰⁵ Véase Artículo 141 de la Ley procesal de Familia de El Salvador.

y los alimentos cuando fuere el caso; lo cual es sumamente importante, ya que se parte de la necesidad de protección integral que tiene el menor, en función del interés superior del mismo.

No se debe perder de vista que no solo se trata de establecer o desestimar en estado familiar en abstracto, sino que la mayoría de veces se encuentra en juego la satisfacción de las necesidades económicas, psicológicas, sociológicas y/o afectivas de una persona incapaz en razón de su edad; que es merecedora por tal condición de una protección especial, no solo del Estado, sino de la Sociedad y, por supuesto, de sus progenitores principalmente.

El procedimiento a seguir en el caso del reconocimiento provocado, planteándose la posibilidad de que existan fraudes en este tipo de procedimientos; por lo que plantea la procedencia de que el juez, a su juicio prudencial, ordene las pruebas científicas que estime necesarias; estableciendo que la negativa de someterse a los mismos se considerara prueba de la inexistencia del parentesco biológico; sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.¹⁰⁶

Esto es totalmente divergente con lo expuesto anteriormente, ya que acá el legislador si establece una sanción directa a la negativa de someterse a las referidas pruebas; lo cual, aunque en principio se justifica a partir de la situación concreta que se pretende regular; en realidad debía haberse seguido el mismo criterio del caso anterior y dejar a la sana crítica del juez la valoración de este aspecto; o sancionar de igual forma ambas situaciones, por razones obvias. Si el supuesto padre niega la paternidad o no comparece a la audiencia, podrá promoverse el proceso de familia correspondiente, con

¹⁰⁶ Véase el artículo 143 de la Ley procesal de Familia de El Salvador.

el propósito principal de establecer el vínculo de filiación reclamado. Es importante observar los términos fuertes en que está redactado el artículo 143 de la Ley Procesal de Familia de El Salvador, y compararlo con las tímidas, poco realistas y a veces hasta contradictorias con las disposiciones anteriormente analizadas; para concluir en la necesidad de mejorar la diligenciación de este tipo de procesos, en forma científica, ágil y definitiva; lo cual en principio propiciaría algunos problemas pero, finalmente, resolvería muchos otros y reorientaría la conducta de los Salvadoreños hacia la responsabilidad y el orden.

3.4 Presentación de la información de la investigación de campo

Vista toda la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia que hasta el momento se han venido relacionando con la impugnación de paternidad establecida por ministerio de ley, se vuelve necesario reforzar la presente investigación con la experiencia jurídica que tienen los profesionales del derecho, tales como lo son los colaboradores jurídicos de los juzgados de familia y auxiliares de la Procuraduría General de la República El Salvador, la cual se ha obtenido a través de entrevistas realizadas a los mencionados profesionales.

El fin de estas entrevistas ha sido conocer y obtener información la impugnación de paternidad realizada por el padre biológico y su incidencia en el derecho de familia, para ello se ha consultado a Colaboradores Judiciales de Familia y Procuradores Auxiliares, estos últimos pertenecientes a la Procuraduría General de la República de El Salvador, destacados en la Unidad de Familia de dicha institución, generando de esta manera poder recopilar datos de dichas personas que permitan dar posibles soluciones y recomendaciones a la problemática planteada en la presente investigación.

3.4.1 Colaboradores judiciales de los juzgados de familia

Los colaboradores del Juzgado de Familia de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas, mencionan que no existe legitimación por parte del supuesto padre biológico para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, ya que el Código de Familia únicamente ha dejado esa posibilidad al marido mismo y al hijo, por lo que consideran que hay un vacío legal y que la legislación de familia debería de permitir al supuesto progenitor realizar la acción de impugnación puesto que es un derecho de los hijos conocer quién es su verdadero padre, de lo contrario, se estaría violentado el principio de igualdad de las personas y el principio de la verdad biológica, por lo tanto, la ley familiar deber ser reformada para investigar y establecer de mejor manera la paternidad.

Al continuar la entrevista a colaboradores del Juzgado de Sensuntepeque, uno de ellos manifiesta que en el Código de Familia de El Salvador existe un vacío legal al no permitir al padre biológico impugnar la paternidad previamente establecida, aunque éste tenga un interés legítimo, por lo que se debería de dar esta posibilidad para garantizar su derecho a reconocer a su descendiente cuando no perjudique a este último, no obstante la anterior restricción, no considera que haya una vulneración a los principios de igualdad y verdad biológica, ya que de esa forma se garantiza al hijo a tener una familia, en consecuencia, y en vista que no se vulnera ningún derecho constitucional, se vuelve innecesario reformar la legislación para legitimar la acción del presunto padre biológico.

Siempre en el Juzgado de Familia de Sensuntepeque, un tercer colaborador judicial menciona que en el Art. 151 del Código de Familia existe un vacío jurídico al no darle el derecho expreso al padre biológico de desplazar una

filiación establecida por la ley si tiene el interés de reconocer a su hijo, por lo que se debería de abrir la posibilidad de realizar dicha impugnación incluyendo al supuesto progenitor en los facultados por el Art. 153 Inc. 3 del CF para ejecutar dicha acción, siempre y cuando éste demuestre que le ocasiona un perjuicio actual, aunque esto último sería un poco difícil de probar. Asimismo, considera que tal prohibición no vulnera los principios de igualdad y de verdad biológica, en vista que de esta manera se garantiza al hijo a tener un padre y a vivir en familia.

Por último, un nuevo colaborador del Juzgado de Familia de Sensuntepeque, expresa que al mostrar un interés legítimo el padre biológico, la ley debe reformarse a fin de que tenga legitimación activa, de lo contrario se estaría violentando los principios de igualdad y verdad biológica, ya que este último es determinante para que la filiación jurídica coincida con el hecho biológico de la procreación. Continúa mencionado que la falta de esa legalización vulnera los derechos del hijo y del mismo progenitor de conocer su verdadero origen, y que si el legislador aún no ha permitido dicha impugnación es por falta de conocimiento jurídico, por lo que se vuelve necesario modificar la legislación para establecer la verdadera filiación del descendiente con respecto a su verdadero ascendiente, puesto que se está vulnerando los principios y derechos de igualdad y verdad real.

3.4.2 Auxiliares del Procurador General la República en materia de familia

Al continuar la entrevista al auxiliar del Procurador General la República, del municipio de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas, menciona que no existe vacío jurídico en el Art. 151 del CF pues al padre biológico le asiste el derecho en cuanto impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley,

pero esa facultad debe de establecerse en la legislación para granizar el derecho al hijo a conocer a su verdadero progenitor, aunque aclara que esa falta de legitimación expresa no vulnera el principio de igualdad por cuanto protege el principio de seguridad jurídica de las relaciones familiares, sin embargo, eso no implica que no deba y pueda ser demostrada científicamente la auténtica filiación, tampoco vulnera el principio de verdad biológica porque la verdad se llega a través del hijo. Además, menciona que tiene conocimientos de casos reales de este tipo, considera que no es necesario reformar las leyes en materia de familia puesto que el Estado ya ha establecido la reglamentación jurídica para fijar el vínculo filial, aunado a ello, no se violenta ningún derecho de rango constitucional.

Una Defensora Pública de Familia de la Procuraduría General de la República de El Salvador, de la sede de Sensuntepeque, es clara al mencionar que no hay un vacío legal en el Art. 151 del CF, ya que a contrario sensu se aplica lo relativo a la maternidad, entonces si puede iniciar el padre biológico dicho proceso, pero reflexiona que tal facultad debe estar expresamente señalada en la ley para evitar interpretaciones erróneas, para llegar a la verdad real en cada caso particular, no lesionar el principio de igualdad y el principio de verdad biológica.

Además, indica que en el año 2017 llevó 9 casos de declaración judicial de paternidad y 4 de impugnación de paternidad en la institución a la que pertenece, pero de esos cuatro casos, ninguno fue promovido por el progenitor biológico. Por último, considera que el legislador no ha querido legitimar al ascendiente consanguíneo para ejecutar dicha acción, porque busca proteger el principio de identidad de los niños y niñas adolescentes, sin embargo, subraya que se debe de reformar la ley para otorgar esa facultad y no vulnerar el derecho constitucional de acceso a la justicia.

Un auxiliar del Procurador General la República en materia de familia, sede Sensuntepeque, opina que si existe una laguna del derecho en cuanto a que la ley de familia no legitima al padre biológico para promover el proceso de impugnación de paternidad establecida por ministerio de ley, dicha facultad es otorgada al marido que erróneamente entiende que un hijo es suyo, por lo tanto, deben ser reformados los Arts. 151, 152 y 153 del Código de Familia para no violentar el principio de igualdad y verdad biológica. En el año 2017 como defensora pública de familia llevó 7 casos de declaración judicial de paternidad, 2 de impugnación de paternidad y que solo uno de ellos fue accionado por el supuesto papá consanguíneo, en consecuencia, se vuelve necesario modificar la legislación secundaria en el sentido de que se permita igualdad de oportunidades en los procesos impugnativos.

Al continuar con la entrevista en la PGR, específicamente en la unidad de familia de Sensuntepeque, uno de sus auxiliares manifiesta que no existe vacío legal en el Art. 151 del CF ya que el padre biológico está en su derecho para conocer si es legamente el ascendiente de una determinada persona, pero entiende que se debe reformar la ley de familia para establecer la legitimación de presunto progenitor para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, no concuerda con que la actual legislación vulnere el principio de igualdad, pero si considera que se quebranta el principio de la verdad biológica al no permitirle al ascendiente consanguíneo reconocer a su pariente. Explica que la consecuencia jurídica que trae aparejada esa falta de regulación es que se violenta tanto al hipotético padre biológico como al hijo el derecho de ser reconocido y tener una verdadera filiación paterna y una certera identidad. Menciona además que en la institución que labora tiene conocimiento de 43 casos aproximadamente sobre declaración judicial de paternidad y unos 17 por impugnación, agrega que conoce casos en los cuales el progenitor biológico es quien ha iniciado el proceso impugnativo.

Todos los profesionales anteriormente consultados tienen diversidad de criterios con respecto a permitir al padre biológico impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, se podría decir que en algunos casos son hasta contradictorios, sin embargo, todos están de acuerdo y ponen en evidencia la necesidad de reformar el Código de Familia en el sentido de que se legitime activamente a dicho progenitor para entablar la demanda de desplazamiento de filiación, para garantizar el derecho de identidad del presunto hijo y el interés superior de los menores.

Estas investigadoras también son del criterio de que se debe permitir al padre biológico poder demandar la impugnación de paternidad establecida por disposición de ley, pero de manera limitada, es decir que para ejercer este derecho se deben de cumplir con ciertos requisitos o condiciones, uno de ellos es que se podrá realizar dicha acción únicamente en aquellos casos en que se pretenda desplazar la filiación paterna de un niño, niña o adolescente, esto debido a que las personas adultas poseen la capacidad legal y el discernimiento para decidir si quieren investigar sus verdaderos orígenes, no así los menores de edad, quienes siempre deben de actuar por medio de un representante legal, generalmente por sus padres o por medio del Procurador General de la República.

3.5 El interés superior del menor en la impugnación de paternidad

En la actualidad es muy común ver que muchos hombres reconocen a un hijo bajo la creencia errónea de ser los auténticos padres, debido a que la madre del menor les hizo entender que el hijo fue engendrado cuando ellos mantenían relaciones sexuales, luego de un tiempo los sujetos perciben que fueron engañados, abocándose a practicar una prueba de ADN para

confirmar que efectivamente son los padres biológicos de dicho hijo, de no ser así la ley de familia les otorga la facultad de impugnar tal reconocimiento. Sin embargo, esta acción no le es permitida al legítimo padre biológico, lo cual vulnera el derecho de los niños y adolescentes a conocer su verdadera identidad y en algunos casos violenta el principio de interés superior del menor.

La noción de interés superior es una garantía de que los niños y adolescentes tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los transgredan. El concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones: a) Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña; b) Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez; c) Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.¹⁰⁷ Es decir que funciona como un parámetro objetivo que facilita solventar problemas de los niños con los adultos que lo tengan bajo su cargo.

El principio de interés superior del menor exige al juez, al legislador, los funcionarios públicos, la familia, etcétera., a que al momento de resolver o de tomar decisiones deben tener en cuenta primordialmente el beneficio preferente de los menores, toda vez que el niño es un sujeto activo de derecho. Siendo así, el interés superior del niño, constituye la herramienta eficaz para otorgar un derecho cuando existe conflicto de intereses de derechos, entre un niño y otra persona o institución. Lo anterior exige que, en

¹⁰⁷ Maribel Janett Sipán López, "El derecho a la identidad y la contestación de la paternidad", *Revista Persona y Familia*, n. 6 (2017): 206-207.

los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en que estén involucrados niñas, niños o adolescentes, se verifique la efectiva promoción de sus derechos; prefiriéndolo frente al rigor formal procesal.¹⁰⁸

En algunos procesos, mantener la paz familiar y seguridad jurídica de las personas son los argumentos más importantes para no admitir al presunto padre biológico impugnar la paternidad establecida por disposición de ley, sin embargo, tales argumentos no siempre serán lo más favorable para los menores, por lo tanto y con base al principio del interés superior de éstos, en ciertos casos se debe de permitir al supuesto progenitor poder desplazar la filiación paterna sobre un hijo que considera como suyo y hacer efectivo su reconocimiento.

3.5.1 Derecho de identidad del hijo

El derecho de identidad es definido por Enrique Bernales como *“un fenómeno complejo que comprende diversos elementos de identificación, abarca distintos contenidos para la persona: la identidad individual (conjunto de elementos que le sirven para distinguirse de los demás), la identidad familiar (pertenencia a la sociedad por ser parte de una familia) y la identidad psicológica (sexo, raza, cultura, religión, familia, creencias, costumbres, modos).”*¹⁰⁹

El autor Carlos Fernández Sessarego, *“el derecho a la identidad debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz*

¹⁰⁸ López, “El derecho a la identidad”, 209.

¹⁰⁹ Enrique Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993: Análisis Comparado* (Perú: Konrad Adenauer y CIDLA, 1996), 89.

tutela jurídica.”¹¹⁰ La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia¹¹¹ por sus siglas LEPINA en el artículo 73 inciso uno establece que “*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley*”.

El análisis del Art. 73 de la LEPINA permite observar que el derecho de identidad está constituido por varios elementos y que la trasgresión de uno de ellos bastaría para que se considere vulnerado. Ahora bien, al relacionar dicha disposición con el Art. 78¹¹² de la ley en comento, se denota que no se está garantizando plenamente el derecho aludido, ya que esta última disposición menciona que los menores, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre, y al negarle al presunto progenitor biológico la oportunidad de demandar la impugnación de paternidad, se está vulnerando el derecho de identidad del niño o adolescente que pretende reconocer, pues con ello se obstaculiza que éste último pueda conocer su verdadero origen y su genuino padre.

El Salvador ha suscrito instrumentos internacionales tales como el Convenio sobre Derechos del Niño, el cual los artículos 7¹¹³ y 8 consagran el derecho que tiene todo menor de edad a conocer a sus padres y a preservar su

¹¹⁰ Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal* (Buenos Aires Argentina: Astrea, 1992), 22.

¹¹¹ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2009).

¹¹² Todas las niñas, niños y adolescentes, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre y ser criados por ellos, salvo en este último caso cuando sea contrario a su interés superior.

¹¹³ Artículo 7.- El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

identidad.¹¹⁴ Por lo tanto, el Estado está obligado a proteger y garantizar el derecho inalienable e imprescriptible de la identidad de los niños y niñas adolescentes, reestableciendo el mismo cuando sea lesionado.

La acción de impugnación de la paternidad establecida por ministerio de ley posee la finalidad de desvirtuar la presunción que existe respecto del marido de la madre, evidenciando que aquél no es el padre biológico del hijo que ésta tuvo. El artículo 153 del Código de Familia de El Salvador al omitir legitimar al progenitor biológico para iniciar dicha acción genera un obstáculo para solucionar la realidad biológica.

Si bien es cierto que la paternidad establecida por ministerio de ley no es definitiva, ya que se le deja al hijo el derecho imprescriptible de impugnar su filiación, eso no garantiza que algún día vaya a ejercer esa facultad, ya que puede ocurrir que sus “progenitores” nunca le mencionen su verdadero origen, lo que conlleva a que no se pueda establecer su auténtica identidad. Por lo tanto, se debe de admitir al padre biológico para que pueda demandar la impugnación de paternidad, fundamentando su pretensión mediante prueba científica, testimonial y toda aquella que permita negar la filiación establecida por falta de coincidencia biológica. Con lo anterior no se está tratando de decir que la primacía de la verdad biológica tiene un carácter absoluto, ya que existen otros supuestos en que puede ser eliminada, por ejemplo, en la adopción plena la filiación pasa a ser legal, en este caso se ve favorecida la paz familiar y no la protección a la realidad biológica.

¹¹⁴ Artículo 8.- Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

El Código de Familia excluye al padre biológico iniciar la acción de impugnación de paternidad, a menos que exista un perjuicio actual puede ejercer esa facultad, lo cual muy difícilmente se puede probar, y los fallos judiciales han sido pronunciados con esa interpretación restrictiva. Sin embargo, la doctrina y la incorporación de tratados internacionales que han venido reconociendo el derecho que tienen los niños a conocer su origen y su identidad, demuestran que se debe de suprimir ese dominante criterio prohibitivo, con el objetivo de la búsqueda de la verdad y robustecer los derechos de las personas y en especial la de los niños a conocer su realidad biológica, sin lesionar el derecho a la identidad, por lo que de manera prudente se debe ampliar la legitimación activa en la legislación de familia de El Salvador.

El legislador de El salvador ha limitado la filiación biológica en favor del mantenimiento de la paz familiar, sin embargo, tal restricción no garantiza dicha armonía, ya que esto no ha impedido que las personas se presenten a los tribunales a impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley. Además, el hecho que el padre biológico demande desplazar una filiación, eso no implica que se pierda el afecto y el cariño que pueda tener el esposo de la madre en relación al niño, ni tampoco, el amor que pueda sentir el menor con su presunto padre de crianza. Pero si no se le permite al progenitor bilógico llevar a cabo ese desplazamiento, se imposibilita a que el niño conozca a temprana edad a su verdadero padre.

Al Conservar un vínculo claramente contrario a la filiación biológica, trasgrediendo el derecho de identidad, resulta contrario a los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, el cual reconoce el derecho de éste a conocer su origen. Se puede apreciar que los derechos fundamentales de los

niños y adolescentes en cuanto se trata de su identidad, verdad biológica y a conocer a sus padres representa una categoría superior fundamental cuando se trata de conocer su real filiación y que ésta debe prevalecer sobre las normas del Código Familia que impiden establecer su derecho materno o paterno filial, en consecuencia, se debe reformar la legislación para garantizar estos derechos.

3.6 Necesidad de una reforma al Código de Familia

En vista de todo lo expuesto hasta este punto, se evidencia la necesidad de ampliar la legitimación activa de los artículos 151 y 153 del Código de Familia, en el sentido que se permita al padre biológico ser uno de los actores que puedan impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, con el fin de que los jueces logren proporcionar a los justiciables respuestas apegadas a derecho en los casos que se les puedan presentar y que permita proteger así el interés superior de los menores, al garantizar un desarrollo integral y una vida digna para el mismo y el derecho de identidad de los niños, niñas y adolescentes, el cual constituye la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

La ampliación de la legitimación activa no implica que todo aquel individuo que tenga la sospecha sobre la filiación de un hijo podrá solicitar la impugnación de paternidad, dicha acción para que sea aceptada debe ser fundamentada y respaldada mediante prueba documental, testimonial y en general toda aquella que resulte ser idónea y que permita apreciar la credibilidad de los hechos en que se fundamenta la pretensión, evitando de esta manera que presenten demandas arbitrarias, motivadas por la pasión o el resentimiento.

En la Cámara de Familia de la Sección del Centro se presentó un caso que puede servir de ejemplo para entender cómo se debería de fundamentar la demanda de impugnación de paternidad por parte del padre biológico. El actor en su escrito mencionó que mantuvo una relación sentimental (extra marital) y coital con la señora demandada, entre abril y mayo del año dos mil doce, omitiendo la señora su estado civil de casada, manteniendo la relación a través de redes sociales, frecuentándose cuando el demandante venía al país, desconociendo la existencia de un hijo, fue sino hasta diciembre del año dos mil quince que el demandante tuvo conocimiento de la existencia del niño y del vínculo matrimonial de la señora, por lo que por la fecha de nacimiento del niño el demandante comenzó a sospechar que dicho niño podría ser suyo, por lo que procedió a realizar la prueba de paternidad la cual tuvo como resultado que el señor no podía ser excluido como padre biológico del niño.¹¹⁵

El demandante ofreció como prueba documental lo siguiente: a) Certificación de la partida de nacimiento del niño b) Certificación de la partida de matrimonio de los señores demandados, c) Certificaciones de la partida de matrimonio de los demandados, d) Resultados de la prueba de ADN realizados por el instituto ADN CENTER con las respectivas diligencias de traducción y; e) Copias simples del pasaporte del señor actor. Asimismo, ofreció prueba testimonial para respaldar su dicho.¹¹⁶

Es necesario mencionar que en aras de mantener la paz social y familiar, se tiene que establecer un plazo al padre biológico para ejercer su derecho a objetar la paternidad instaurada por ministerio de ley, dicho término podría

¹¹⁵ Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, *Sentencia de Apelación, Referencia: 65-A-2017* (El Salvador, Distrito Judicial de San Salvador, 2017).

¹¹⁶ *Ibíd.*

ser el mismo que señala el Art. 152 del código de familia para la impugnación por parte del marido, el cual caducaría una vez transcurridos noventa días contados desde aquél en que tuvo conocimiento de su posible filiación.

Sin perjuicio de que el padre biológico demuestre su paternidad en juicio, será el juez quien decida si desplazar o no la filiación del padre de crianza, dicha decisión debe responder al interés superior del niño, puesto que la verdad biológica no siempre será la más favorable para el menor o, responderá mejor que la verdad sociológica que la de goza en ese instante, por lo que el cambio de su entorno a la familia de origen debe de justificarse en la conveniencia del niño, que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

3.7 Derecho a la identidad biológica

Actualmente, la realidad ha llevado a asumir que el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad están tomando la fuerza e importancia que su propia naturaleza reclama, ya que como ya se ha señalado anteriormente, el derecho a la identidad se configura como un derecho fundamental y personalísimo basado en la dignidad humana. En este sentido, el derecho a conocer el propio origen biológico, a conocer la propia identidad genética (principio de la verdad biológica), lleva consigo la posibilidad de realizar pruebas biológicas.¹¹⁷

Desde el punto de vista de la evolución de las pruebas biológicas, se pueden señalar resumidamente que en el año 1952 se descubrieron los antígenos de

¹¹⁷ Marco Antonio Moscol Borrero, "Derecho a la identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el exp. 00550-2008-PA/TC" (Tesis de grado, Universidad de Piura, 2016), 37.

histocompatibilidad (HLA), y en 1970 se logró conocer en su integridad la información genética de la persona mediante el Ácido desoxirribonucleico – ADN (elemento químico que se hereda de los padres por mitades). Es así que, el método de HLA se vio desplazado por el ADN, el mismo que está revestido de un elevado grado de certeza. Cabe precisar que la prueba biológica del ADN se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, ya que las características del ADN de una persona son únicas e inmutables y están determinadas desde el momento mismo de la concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, de sus demás ancestros.¹¹⁸

La prueba biológica es fundamental para determinar la identidad genética de la persona humana; tanto así, que, en las últimas décadas, la doctrina y la normativa nacional y la normativa comparada se han inclinado a consagrar a la prueba de ADN como el instrumento y mecanismo que garantiza con un 99.9% de seguridad si una persona es realmente padre de un menor, pudiendo llegar a determinar con esta prueba de forma objetiva el verdadero origen genético de una persona.¹¹⁹

Debido a este avance, la normativa procesal y la jurisprudencia empezaron a admitir todo tipo de pruebas para la investigación filial. Por ejemplo, en España, la reintroducción del principio de la verdad biológica dio pie a la permisión de la presentación de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.¹²⁰

El derecho español en la Constitución de 1978 atribuye la paternidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio al cónyuge varón, bajo el principio Pater

¹¹⁸ Borrero, “Derecho a la identidad”, 37.

¹¹⁹ *Ibid.*, 39.

¹²⁰ *Ibid.*, 38.

est quem nuptiae demostrant. Posteriormente se reforma el artículo 39-2 de la Constitución española y permite la investigación de la paternidad para conocer la verdad biológica, adoptando la regla Pater is quem sanguinis demostrant: “39.2 Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.¹²¹

El Tribunal Supremo español reconoce explícitamente la relevancia del derecho a conocer la verdad biológica, como elemento importante del derecho a la salud, en la resolución 604/2000: La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforme a la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse a la moral jurídica y normativa constitucional (artículo 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.¹²²

El artículo 133 del Código Civil de España reconoce el derecho del hijo a la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado durante toda la vida, aunque el Tribunal Supremo ha flexibilizado la interpretación de esta norma para atribuir este derecho también al padre biológico, de acuerdo con el supuesto establecido en el artículo 134 del mismo ordenamiento que otorga la facultad de impugnar la filiación contradictoria. El artículo 133 del Código Civil español reconoce el derecho del hijo a la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la

¹²¹ Mónica González Castro, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México” *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 130 (2011): 126.

¹²² *Ibíd.*, 127.

posesión de estado durante toda la vida, aunque el Tribunal Supremo ha flexibilizado la interpretación de esta norma para atribuir este derecho también al padre biológico, de acuerdo con el supuesto establecido en el artículo 134 del mismo ordenamiento que otorga la facultad de impugnar la filiación contradictoria.¹²³

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005 de 26 de mayo de 2005 relaciona la investigación de la paternidad, como parte del derecho a la identidad, con la dignidad de la persona: “Y, al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2, CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (artículo 10.1, CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”.¹²⁴

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha conocido de diversos casos en los que la paternidad biológica no coincide con el esposo de la madre de una niña o niño. En la mayoría de los estados de Estados Unidos de América, al igual que en el Código Civil para el Distrito Federal, se establece la presunción de paternidad con base al matrimonio, permitiendo la investigación genética de la paternidad sólo a petición del marido, que desde el nacimiento de la niña o niño ha sido el padre. A lo largo de las resoluciones de la Corte Suprema se ha reconocido la constitucionalidad de la prueba genética para efectos del derecho a la identidad de niñas y niños.¹²⁵

¹²³ Castro, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad”, 127.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.*, 128.

Se ha desarrollado el criterio de paternidad equitativa y padre psicológico. La paternidad equitativa, en inglés equitable parenthood,¹²⁶ implica lo más justo y razonable. Este criterio establece que si el padre putativo ha fungido como padre, ejerciendo los derechos y cumpliendo con las obligaciones que ello implica, constituyéndose así como el “padre psicológico” de la niña o niño, no es adecuado ni equitativo cambiar esta relación, principalmente porque puede ir en contra del interés superior del niño.¹²⁷

La jurisprudencia estadounidense ha desarrollado principalmente el argumento de la prevalencia de la paternidad psicológica sobre la paternidad biológica en atención al interés superior del niño. Inicialmente no se permitía la realización de la prueba de ADN a los hijos nacidos dentro del matrimonio, con el argumento de la protección a la familia. Sin embargo, a mediados de los años noventa, esta prueba se permitió y se admitió en juicio. El derecho de niñas y niños a la identidad no ha sido definido explícitamente en la jurisprudencia estadounidense. En consecuencia, el conocimiento de la identidad genética del niño no prejuzga sobre la relación paterno-filial.¹²⁸

El Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en la resolución de un recurso de interpretación, expediente núm. 05-0062,¹²⁹ expone que el derecho a la identidad reconocido en la Constitución

¹²⁶ En inglés, equitable implica lo más justo y razonable dentro de lo igualitario.

¹²⁷ Castro, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad”, 128.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ El representante del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA) interpuso recurso de interpretación constitucional de los artículos 56 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Respecto del artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual integra la identidad biológica como parte del derecho a la identidad, se cuestiona “¿hasta dónde llega ese derecho a la identidad biológica?”, y en lo que se refiere al artículo 76 constitucional, plantean el cuestionamiento sobre si “¿la protección integral a la maternidad y la paternidad, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre, se refiere a la paternidad real o formal? Lo anterior debido a que el artículo 201 del Código Civil establece una limitante cuando se trata del hijo de una mujer casada”.

venezolana y considerado inherente a la persona, genera una obligación para el Estado de asegurar una identidad legal que debe coincidir con la identidad biológica, todo ello para permitir al individuo desenvolverse en la sociedad.¹³⁰

El primero de los artículos consagra el derecho a la identidad de los ciudadanos, derecho el cual se considera inherente a la persona humana y del cual no se puede prescindir, lo cual genera paralelamente una obligación al Estado, consistente en el deber de asegurar una identidad legal, la cual debería coincidir con la identidad biológica, todo ello con la finalidad de otorgar a todo ciudadano un elemento diferenciador con respecto a los integrantes de una sociedad, el cual se interrelaciona y se desarrolla con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.¹³¹

La sentencia define la identidad biológica como aquella que puede ser comprobada científicamente en un procedimiento judicial y en virtud de la cual se establece un vínculo consanguíneo. Asimismo, considera que los avances científicos deben corresponder al avance del derecho de tal forma que la persona pueda conocer su identidad biológica. Así pues, resultaría incomprensible admitir que el derecho ante el desarrollo científico actual que permite conocer en un alto grado de certeza la identidad genética de dos individuos, tal avance científico no se corresponda inversamente proporcional al desarrollo en forma directa del derecho, y que éste involucre hacia un positivismo desacerbado, a partir del cual se niegue a determinados individuos, la calidad de personas y su verdadera identidad biológica.¹³²

¹³⁰ Castro, "Reflexiones sobre el derecho a la identidad", 129.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² *Ibíd.*, 129-130.

El conocimiento de la verdad biológica tiene relevancia tanto en el ámbito del interés social como en el espacio privado del individuo. En tal sentido, se aprecia que la comprobación científica y real de la identidad biológica, tiene relevancia en dos escenarios, el primero se verifica en el interés social, en el que está involucrado el orden público, y tiene como objetivo esencial la averiguación de la verdad biológica; y el segundo en el interés privado de conocer su identidad genética y tener derecho a dicho conocimiento. Por identidad biológica debe entenderse el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, es decir, su genoma. El patrimonio genético heredado a través de los cromosomas, que son portadores de los miles de genes con que cuenta el ser humano, establece la identidad propia e irrepetible de la persona. Por otra parte, la sentencia distingue entre identidad biológica e identidad legal. La primera se refiere al patrimonio genético, mientras que la segunda a la que deriva de la ley, ya sea por presunciones, consentimiento o resolución judicial, admitiendo que puede haber concurrencia entre ambas o no.¹³³

Con base en el análisis anterior, se observa que la jurisprudencia internacional ha reconocido el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad establecida por disposición de ley, y en algunos casos ha modificado la legislación, suprimiendo algunas prohibiciones para asegurar dicha facultad, con el objetivo de garantizar el derecho a la identidad que tienen los niños, niñas y adolescentes.

3.7.1 Sentencia de la consulta 132-2010 de Perú

En las legislaciones internacionales tales como la de Perú, la jurisprudencia de dicho país ha hecho permisiva ciertas atribuciones que antes se

¹³³ Castro, "Reflexiones sobre el derecho a la identidad", 130.

encontraban prohibidas para ciertas personas, como es el caso de los padres que efectuaban un reconocimiento sobre un hijo que creían como suyo, dicha declaración era irrevocable por parte del reconocente, sin embargo esto ha cambiado, prueba de ello es la sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente aprobó que no se aplicara los artículos 395 y 399 del Código Civil. El argumento de la Corte Suprema es que la norma contraviene la Constitución peruana y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con fecha 29 de abril del 2010, se emitió la Consulta N° 132-2010 a razón de la sentencia expedida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de Trujillo, de fecha 15 de julio de 2009, integrada con la Resolución de fecha 24 de agosto de 2009, que declara inaplicable el artículo 395° del Código Civil y en consecuencia, declara fundada la demanda interpuesta por David Manuel Cañapataña De La Cruz, contra Romina Nelly Ramírez Liñan sobre impugnación de reconocimiento de paternidad, declarándose que *“(...) el demandante no es padre biológico del menor J.J. Vadiño Cañapataña Ramírez, disponer cancelar el acta de nacimiento número 1992296, inscrita en el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima, debiendo expedirse nueva acta de nacimiento en la que se consigne los mismos nombres y apellidos del citado menor, dejando en blanco el rubro datos del padre y conservando plena validez los demás datos que aparecen en dicha acta (...)*”.¹³⁴

Por medio del artículo 399 del Código Civil de Perú se establece que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no

¹³⁴ Lucero Celeste Ramírez Izaguirre, “La irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial vs interés superior del menor: a propósito de la consulta n° 132-2010 la libertad”, *Revista derecho y cambio social*, n. 4 (2015): 3.

intervienen en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. En ese sentido, esta norma puede determinar una situación injusta, pues solo otorga legitimidad para negar a quien no participa en el reconocimiento. Sin embargo, con la admisibilidad expresa de las pruebas biológicas debiera permitirse la negación por falta de coincidencia biológica.¹³⁵

Bajo la referida premisa, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera tiene lugar por aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos. La segunda, en cambio, solo se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo biológico. Por tal motivo, al referirse a la invalidez o a la impugnación del reconocimiento, dicho accionar solo se realiza sobre el reconocimiento constitutivo del título de estado o del que, aun no constituyendo tal, pretenda ser opuesto por o al accionante, o sus herederos, o eventualmente terceros con interés legítimo. De esta manera, resulta necesario aplicar un tratamiento distinto a quienes reconocieron a un menor en la errónea creencia de ser los padres biológicos, debido a que ello se formó por un vicio en la voluntad del manifestante.¹³⁶

En supuestos como el mencionado, cabe remitirse al artículo 201 del Código Civil, el cual establece que “El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte”. La consecuencia es evidente, producto de la anulación del reconocimiento, el padre cambiará de situación jurídica y, del mismo modo, el hijo. Sin embargo, la aplicación de dicho artículo no es tan simple como podría parecer, debido a que el

¹³⁵ Izaguirre, “La irrevocabilidad del reconocimiento”, 4.

¹³⁶ *Ibíd.*

reconocimiento es un acto jurídico especial, siendo que no en todos los supuestos se configura el error determinante del acto.¹³⁷

La impugnación del reconocimiento no implica algún tipo de anomalía en el artículo 395, puesto que la ratio de dicho artículo refiere aquellos supuestos en los que un sujeto consciente reconoce a un menor como hijo, y, en consecuencia, no se puede extender a aquellos casos en los que la declaración de voluntad del sujeto ha estado viciada desde su formación. Como resultado, dicho artículo no se condice con el impedimento de revocación del reconocimiento de hijo extramatrimonial, ya que este refiere a la invalidez del acto funcional o extrínseco sobreviniente del reconocimiento; mientras que la acción de invalidez del reconocimiento hace referencia a la ineficacia estructural del acto jurídico, puesto que el sujeto reconoció al menor manifestando una voluntad viciada, esto es por error en la formación del acto, lo cual lo condujo a asumir una situación jurídica (paterno-filial) que no le correspondía. En ese sentido, el padre indefectiblemente puede solicitar que en aplicación del artículo 399^o, una demanda de impugnación de reconocimiento del hijo extramatrimonial, toda vez que no puede permitirse que quien, no siendo padre, asuma dicha situación; ello se concretiza mediante la norma constitucional que señala¹³⁸ que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido hacer lo que la ley no prohíbe”.¹³⁹

La consulta número 132-2010 inicia en fecha 30 de diciembre de 2010, se admite a trámite la demanda de impugnación de paternidad y acumulativamente el cese de la pensión alimenticia, interpuesta por el señor David Manuel Cañapataña De la Cruz contra la señora Romina Kelly

¹³⁷ Izaguirre, “La irrevocabilidad del reconocimiento”, 5.

¹³⁸ *Ibíd.*, 5-6.

¹³⁹ Véase el artículo 2 de la Constitución de Perú.

Ramírez Liñan, madre del menor J.J. Vadiño Cañapataña Ramírez, ante el Tercer Juzgado de Familia de Trujillo, vía proceso de conocimiento. Con la referida demanda, el actor, solicita la exclusión de sus nombres y apellidos de la partida de nacimiento del mencionado menor reconocido ante la Municipalidad Distrital de San Juan Lurigancho con fecha de nacimiento 18 de agosto de 1996, acto que fue realizado en forma indebida en tanto no es padre biológico del menor.¹⁴⁰

El 15 de julio del 2009, mediante Resolución de fecha 24 de agosto de 2009, el Tercer Juzgado Especializado de Familia de Trujillo emitió la Sentencia que declara inaplicable el artículo 395 del Código Civil y por ende fundada la demanda interpuesta por David Manuel Cañapataña De la Cruz contra la señora Romina Kelly Ramírez Liñan, sobre reconocimiento de paternidad, en consecuencia declara que el demandante no es padre biológico del menor J.J. Vadiño Cañapataña Ramírez; disponiendo, al mismo tiempo, cancelar el acta de nacimiento número 1992296, inscrita en el REGISTRO Civil de la Municipalidad de San Juan de Lurigancho, Provincia y Departamento de Lima, debiendo expedirse nueva acta de nacimiento en la que se consigne los mismos nombres y apellidos del citado menor, dejando en blanco el rubro datos del padre conservando plena validez los demás actos que aparecen en dicha acta; y declaró improcedente la demanda acumulativa de cese de pensión alimenticia.¹⁴¹

Con fecha 29 de abril de 2010, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema emitió la Consulta N° 132 2010, por medio de la cual señala que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso sub litis, de un lado las normas

¹⁴⁰ Izaguirre, “La irrevocabilidad del reconocimiento”, 6.

¹⁴¹ *Ibíd.*

constitucionales que reconocen como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad y el derecho a la verdad, y de otro, la norma legal que establece que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable; sin que de la interpretación conjunta de las normas referidas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; por ésta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda, razón por la cual aprueba la sentencia de fecha quince de julio de dos mil nueve que es materia de consulta.¹⁴²

Constitución Política de Perú de 1993 ha reconocido expresamente este derecho a través del artículo 2 inciso 1, el cual señala que toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Asimismo, el artículo 6 del referido cuerpo normativo señala que está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad. Por su parte, entre los instrumentos internacionales como el Convenio sobre Derechos del Niño, en los artículos 3 y 8 se consagra el derecho que tiene todo menor de edad a conocer a sus padres y a preservar su identidad.¹⁴³

El Tercer Juzgado de Familia de Trujillo, realizando el control difuso permitido a los órganos jurisdiccionales, inaplicó el artículo 395 del Código Civil de Perú, por contravenir con normas constitucionales, prefiriendo aplicar la norma contenida en el artículo 2, inciso 1 y 6 de la Constitución Política, las

¹⁴² Izaguirre, “La irrevocabilidad del reconocimiento”, 7.

¹⁴³ *Ibíd.*, 8.

cuales consagran el derecho de toda persona a su identidad y el derecho a la verdad. En ese sentido, cabe preguntarse si el artículo 395 colisiona- como lo afirma el Juzgado Especializado en Familia y a su vez lo aprueba la Sala Suprema- con las normas constitucionales. La respuesta, según el criterio de este investigador, es afirmativa en el sentido que de haber el padre reconocido al menor mediante una voluntad viciada, no resulta factible imputársele la calidad de padre a quien no es el progenitor. No obstante, dicho error no es pasible trasladárselo al menor en toda su magnitud, toda vez que- conforme lo realizado en el presente caso- el derecho a la identidad y a la verdad deberán prevalecer, por lo que el menor tiene derecho a que, en su partida de nacimiento, se consigne el nombre de sus progenitores.¹⁴⁴

La consulta 132-2010 aprobó la Sentencia que señaló que existe el derecho que tiene todo menor que en su partida de nacimiento se consigne el nombre de sus padres y, de no ser el caso, existe un interés superior consistente en conservar los apellidos con los que se le viene identificando hasta la fecha que se establezca su verdadera filiación.¹⁴⁵

3.7.2 Sentencia de la Sala Civil Transitoria de Perú

La jurisprudencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú también ha realizado cambios en la legislación civil y familiar, tal es el caso de la causa número dos mil noventa y dos, dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, de conformidad con lo opinado en el dictamen F., emite la siguiente sentencia.

¹⁴⁴ Izaguirre, “La irrevocabilidad del reconocimiento”, 9.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 9-10.

Se trata del recurso de casación interpuesto por D.B.T.F. mediante escrito de fojas cuarenta y cuatro, contra el auto de vista emitido por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, fojas treinta y cuatro, su fecha quince de julio del dos mil tres, que Confirmó la resolución apelada que declara Improcedente la demanda por imposibilidad jurídica de su petitorio, con lo demás que contiene; el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del tres de octubre del dos mil tres, que obra a fojas once del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, por la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente denuncia la inaplicación del artículo doscientos diez del Código Civil, que señala que el dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes ha sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto, siendo que en el caso de autos no se puede mantener el vínculo filial con el menor al encontrarse viciado el acto de reconocimiento debido al engaño doloso de la accionada.¹⁴⁶

En el considerando primero se menciona que mediante la presente demanda, D.B.T.F. pretende que se declare la nulidad del reconocimiento que contiene la partida de nacimiento del menor Rodrigo Sebastián Tocas Reyes, ocurrido el seis de abril del dos mil uno, a quien reconoció como hijo suyo en la creencia que sí lo era, por habérselo comunicado así la madre del menor Z.D.R.A., con quien el actor venía manteniendo relaciones extramatrimoniales desde el año mil novecientos noventa y dos; pero es el caso que sostiene haber sido engañado dolosamente, pues la misma madre del menor ha manifestado ante las autoridades que el verdadero padre es el señor C.G.S., con quien también aquella mantenía relaciones sexuales

¹⁴⁶ Sala Civil Transitoria, *Sentencia Definitiva, Referencia: CAS 2092-03* (Perú, Corte Suprema de Justicia, 2003).

desde el año mil novecientos noventa y cinco, por lo que solicita la nulidad en aplicación del artículo doscientos diez del Código Civil.¹⁴⁷

El considerando segundo manifiesta que las instancias de mérito sustentándose en los alcances del artículo trescientos noventa y cinco del Código Civil, han desestimado in limine la demanda, pues señalan que el reconocimiento del hijo extramatrimonial es irrevocable, por lo que toda impugnación judicial que se haga a dicho reconocimiento es improcedente, deviniendo el petitorio en uno jurídicamente imposible, en aplicación del artículo cuatrocientos veintisiete inciso sexto del Código Procesal Civil.¹⁴⁸

Los considerandos tercero y cuarto expresan que la doctrina concibe al reconocimiento como un acto jurídico unilateral que se perfecciona con la sola declaración de voluntad del padre o de la madre y cuya finalidad es establecer una relación paterno-filial; y que, como simple acto declarativo, no siempre concuerda con la realidad biológica.¹⁴⁹

Por otra parte, la irrevocabilidad se establece en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia en la cual se encuentra toda persona; y siendo el reconocimiento de la paternidad (o en su caso, de la maternidad) un acto jurídico de declaración unilateral, es susceptible de causales de nulidad y anulabilidad, pues la irrevocabilidad supone la existencia de un acto jurídico válido y con todos los elementos estructurales, en tanto que cuando se aduce su nulidad se alega que el acto carece de aquellos elementos. En esta perspectiva, G.A.B. y E.A.Z. (Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires, Editorial Astrea, mil novecientos ochenta y nueve, página trescientos sesenta y siete) sostienen en cuanto a la

¹⁴⁷ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

irrevocabilidad del reconocimiento que "... quien lo practica no puede luego, por su voluntad, dejarlo sin efecto, sin perjuicio de las acciones de impugnación y de invalidez...", autores citados por A.F.P.V. (Filiación y Patria Potestad, en la doctrina y la jurisprudencia, Lima, editorial Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, dos mil tres, página ciento sesenta) quien además puntualiza en dicha cita que "... una vez determinado el emplazamiento filial, sólo una sentencia puede privarle del mismo."¹⁵⁰

Hay que tener presente que -como se ha señalado- la irrevocabilidad no perjudica la pretensión de invalidez del reconocimiento como acto jurídico, en cuanto se alega su nulidad o anulabilidad por alguna causal del régimen general de invalidez del acto jurídico".¹⁵¹

El quinto considerando señala que se hace necesario distinguir entre los fundamentos, de un lado, de la revocabilidad, y de otro, de la nulidad y la anulabilidad; a este efecto, debe considerarse que la doctrina moderna postula que la ineficacia (en sentido amplio) puede ser concebida de dos modos: a) la ineficacia estructural o intrínseca, que se refiere a la etapa de formación del acto jurídico y tiene lugar cuando existen defectos o vicios constitutivos que determinan su invalidez; y b) la ineficacia funcional, que se refiere a una etapa posterior a la formación del acto jurídico, y que por causas y circunstancias objetivas externas de carácter económico, social, moral, etc., que están en relación directa con los intereses particulares de las partes.¹⁵²

La voluntad negocial decae y se extingue; deja de interesar una o ambas partes el negocio jurídico; siendo la nulidad y la anulabilidad supuestos de la

¹⁵⁰ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

ineficacia estructural, mientras que, por ejemplo, la revocación, la resolución y el mutuo disenso son supuestos de ineficacia funcional Cfr. Z., E.A.I. y Nulidad de los Actos Jurídicos; (Buenos Aires, Editorial Astrea, año mil novecientos ochenta y seis, páginas ciento veinticinco y ss); por ello, cuando nuestro Código Civil en su artículo trescientos noventa y cinco regula la prohibición de revocar el reconocimiento de un hijo, esto es que niega la posibilidad de la ineficacia funcional o extrínseca sobreviviente para ese caso en tanto que al admitir la posibilidad de solicitar la anulabilidad de un acto jurídico (incluso el reconocimiento en cuestión), tal petición tiene sustento en la ineficacia estructural o intrínseca, que reenvía a circunstancias y causas concurrentes a la formación del acto; por lo que el petitorio contenido en la demanda incoada es jurídicamente posible.¹⁵³

En el sexto considerando se establece que si bien el reconociente no puede dejar unilateralmente sin efecto el reconocimiento practicado, por mandato del artículo trescientos noventa y cinco del Código Civil, ello no impide que aquél pueda ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, la nulidad o anulabilidad de un acto como el que se alega, contiene una manifestación de voluntad viciada por dolo proveniente del engaño de la madre del menor, y que el actor pide resolver conforme a los alcances del artículo doscientos diez del Código Civil.¹⁵⁴

El séptimo considerando manifiesta que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva importa una decisión judicial sobre un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, obteniéndose una respuesta motivada y razonablemente justa; y, por otra parte, conforme lo establece el acápite a) del inciso veinticuatro del artículo segundo de la Constitución Política del

¹⁵³ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁵⁴ *Ibíd.*

Estado, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; en consecuencia, verificándose que nuestro ordenamiento procesal y sustantivo no prohíbe que el reconociente pueda demandar la invalidez del reconocimiento practicado invocando normas atinentes al acto jurídico, la pretensión contenida en la demanda sub júdice tiene un petitorio jurídicamente posible, y subsecuentemente se trata de un caso justiciable, cuyo rechazo resulta arbitrario.¹⁵⁵

En el octavo considerando se menciona que atendiendo especialmente a que las instancias de mérito han declarado la improcedencia de la demanda, sin haberse sometido los hechos a contradicción y a probanza, y no siendo el estado del proceso el de establecer si realmente existe o no el invocado dolo como vicio de la voluntad contemplado en el artículo doscientos diez del Código Sustantivo, debe disponerse excepcionalmente el reenvío del expediente al Juez de la causa, quien deberá calcar la demanda en la forma de ley.¹⁵⁶

Y por último, el noveno considerando menciona: dado que el presente recurso se ampara con efecto de reenvío, debe procederse conforme a lo dispuesto en el numeral dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; por cuyos fundamentos. Dos de los tres magistrados de la Sala Civil Transitoria de Perú declararon: Fundado el recurso de casación de fojas cuarenta y cuatro, en consecuencia, Nula la resolución de vista de fojas treinta y cuatro, su fecha quince de julio del dos mil tres; e Insubsistente la resolución apelada de fojas diez, su fecha diecisiete de enero del dos mil tres; Dispusieron que el A quo, renovando el acto procesal anulado, califique la demanda conforme a derecho y los

¹⁵⁵ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁵⁶ *Ibíd.*

actuados; Ordenaron la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; en los seguidos por D.B.T.F. contra Zonia Delfina Reyes Alarcón sobre nulidad de acto jurídico.¹⁵⁷

Es necesario mencionar que la anterior sentencia no fue dictada por unanimidad, ya que el magistrado Rodríguez Esqueché razonó su voto, mencionando:

En el primer considerando que mediante la presente demanda, Demetrio Blas Tocas Figueroa pretende que se declare la nulidad del reconocimiento que contiene la partida de nacimiento del menor R.S.T.R. ocurrido el seis de abril del dos mil uno, a quien reconoció como hijo suyo en la creencia que sí lo era, por habérselo comunicado así la madre del menor Zonia Delfina Reyes Alarcón, con quien el actor venía manteniendo relaciones extramatrimoniales desde el año mil novecientos noventa y dos; pero es el caso que sostiene, haber sido engañado dolosamente; pues la misma madre del menor ha manifestado ante las autoridades que el verdadero padre es el señor César Gallegos Solís, con quien también aquella mantenía relaciones sexuales desde el año mil novecientos noventa y cinco, por lo que solicita la nulidad en aplicación del artículo doscientos diez del Código Civil.¹⁵⁸

En relación al segundo considerando, señala que las instancias de mérito sustentándose en los alcances del artículo trescientos noventa y cinco del Código Civil, han desestimado in limine la demanda; pues, señalan que el reconocimiento del hijo extramatrimonial es irrevocable, por lo que toda impugnación judicial que se haga a dicho reconocimiento es improcedente,

¹⁵⁷ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

deviniendo el petitorio en uno jurídicamente imposible, en aplicación del artículo cuatrocientos veintisiete inciso sexto del Código Procesal Civil.¹⁵⁹

En el tercer considerando manifiesta que el recurso del recurrente, según aparece de fojas once del cuaderno se declara procedente, bajo el fundamento de inaplicación del artículo doscientos diez del Código Civil, según el cual, al estar por la denuncia casatoria, el dolo es causal de anulación del acto jurídico, cuando el engaño usado por una de las partes ha sido tal, que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto; agrega que, en el presente caso no se puede mantener el vínculo filial con el menor al encontrarse viciado el acto de reconocimiento debido al engaño doloso del accionado.¹⁶⁰

El cuarto considerando expresa que conforme aparece del dispositivo legal antes citado del Código Civil, dicha norma es aplicable al acto jurídico bilateral, al acto celebrado por dos partes, dígase negocio jurídico; contrato; sea porque el engaño proviene de una de las partes celebrantes o por un tercero en connivencia con una de ellas, siempre frente a los contratantes y, en cuyo caso estamos ante un dolo directo si viene de una de las partes o dolo indirecto si viene de un tercero. Que, como en este último supuesto, de aparente aproximación al argumento del recurrente, el acto jurídico es anulable, inclusive sí, no habiendo mediado la connivencia con el tercero el beneficiado con el conocimiento del engaño no lo manifestó a la otra parte que resulta perjudicada; en este caso los artificios o engaños constituyen el dolo omisivo.¹⁶¹

¹⁵⁹ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

En relación al quinto considerando, fluye de la argumentación del actor que el engaño de la madre del menor R.S.T.R., fue el elemento determinante para que el actor celebrara el acto del reconocimiento de paternidad; dicho con sus palabras, que el engaño usado por una de las partes en referencia a la demandante, madre del mencionado menor, haya sido tal que, sin él, la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Al respecto, el propio demandante expresa en su demanda de fojas siete, que desde el año mil novecientos noventa y dos mantuvo relación extramatrimonial con la demandada Z.D.R.A., quien entre los meses del año dos mil uno, le comunicó que se encontraba embarazada y que el hijo era del accionante; que siendo así no puede alegarse el engaño absoluto, constitutivo del dolo causante o como causal de la celebración del acto, puesto que no se vislumbra el fraude o el engaño; este último, porque no faltó a la verdad la demandada, si manteniendo relaciones sexuales con el demandante resultó ella embarazada y, sin este supuesto que pueda perjudicar al actor con abuso de confianza no hay fraude; en suma no se configura el dolo mediador del reconocimiento de paternidad alegada.¹⁶²

En el sexto considerando se menciona que el acto jurídico de reconocimiento de paternidad es un acto unilateral en el que interviene un solo sujeto y, cumplido con los requisitos del artículo ciento cuarenta del Código Civil para su validez; ninguno de estos requisitos en el presente caso es objetable; por lo tanto, el acto jurídico de reconocimiento del menor tiene existencia desde su constitución pues, ha creado relaciones jurídicas, tiene plena validez; en consecuencia, no hay vicio como causal de nulidad ni de anulabilidad dado que el reconocimiento de paternidad implica una decisión de voluntad y una motivación de la conciencia más no un negocio o contrato de connotación económica; sin embargo, como elemento probatorio de la filiación

¹⁶² Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

extramatrimonial, conforme a lo normado en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Civil puede atacarse su eficacia, vale decir sus efectos entre otras causales, con la existencia de otro reconocimiento extramatrimonial, del mismo menor, ante el agravio que invoca el recurrente.¹⁶³

Por último, en el séptimo considerando menciona que mayor consideración de la decisión del Juez y de la Sala Superior, el reconocimiento sólo puede ser impugnado por el padre o la madre que no interviene en dicho acto, conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Civil, lo que le niega acción al demandante D.B.T.F., quien, conjuntamente con la madre intervinieron en el acto de reconociendo, según aparece del Certificado de la Partida de Nacimiento de fojas cuatro; por otra parte, el hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, tal como aparece del contenido del artículo cuatrocientos uno del Código antes citado.

Por las consideraciones anteriores, el voto es porque se declare infundado el recurso de casación interpuesto a fojas cuarenta y cuatro, en contra de la resolución de vista de fojas treinta y cuatro, su fecha quince de julio del dos mil tres; se condene al recurrente al pago de una multa ascendente a dos unidades de referencia procesal: se ordene la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por D.B.T.F. contra Zonía Delfina Reyes Alarcón sobre nulidad de acto jurídico.¹⁶⁴

3.7.3 Sentencia de la Cámara de familia de San Salvador

Con base en el análisis acerca de la jurisprudencia de Perú, se puede

¹⁶³ Sala Civil Transitoria, CAS 2092-03.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

mencionar que su legislación respecto a la impugnación de paternidad establecida por ministerio de ley ha evolucionado gracias a la doctrina legal, sin embargo, ese no es el caso de El Salvador, puesto que tanto las leyes en materia de familia como la jurisprudencia siguen manteniendo los mismos criterios taxativos de prohibir al padre biológico poder impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley.

Un ejemplo de lo anterior es la sentencia emitida por la Cámara de Familia de la Sección del centro de San Salvador, en donde dicha cámara conoce del recurso de apelación interpuesto por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, quien actúa como apoderada judicial del señor [...], de veinticinco años de edad, Empleado, del Domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador, contra la resolución pronunciada por la JUEZA INTERINA DEL JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Licenciada YOLANDA LUZ FIGUEROA ALVARADO, en el proceso de IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD, marcado bajo la referencia 11869-16-FMPF-2FM2, promovido por el impetrante contra la señora [...], de treinta y un años de edad, Estudiante, del Domicilio de Ciudad Delgado, Departamento de San Salvador y el señor [...], de treinta y cinco años de edad, empleado, del Domicilio de Ciudad Delgado, Departamento de San Salvador, quienes representan legalmente al niño [...].¹⁶⁵

La resolución impugnada fue pronunciada a las doce horas con veinte minutos del día veinticinco de noviembre del año dos mil dieciséis (fs.34/35), en la que se resolvió lo siguiente: “Declárase IMPROPONIBLE la demanda de Impugnación de Paternidad presentada por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, como apoderada del señor [...], por existir un defecto absoluto en la pretensión, relativo a la falta de legitimación del señor

¹⁶⁵ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

[...] para promover este proceso, según lo dispuesto en el artículo 277 del código Procesal Civil y Mercantil” (Sic). II. Inconforme con dicho decisorio, la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, interpuso la alzada mediante su escrito de fs. 38/42 manifestando en síntesis lo siguiente: Que inició un proceso de impugnación de reconocimiento voluntario (ya que considera que así es la pretensión correcta en el sub iudice), como apoderada del señor [...], padre biológico del niño [...].¹⁶⁶

La Jueza a quo, al realizar la valoración en su resolución sostuvo que el sub lite encaja en el supuesto de impugnación de paternidad, y como consecuencia, su representado quedó excluido para promover la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de hijo, con lo cual se pretende desplazar la filiación paterna del niño [...]; y para llegar a tal conclusión, la Jueza a quo, consideró que por haber nacido el niño [...] dentro del matrimonio de los señores [...] y [...], la acción correcta es la impugnación de paternidad, siendo de esa manera que el señor [...], es el único facultado para iniciar una acción de impugnación y obviamente el niño, por ser la persona involucrada. Agrega, que efectivamente el niño [...], nació dentro del matrimonio de los señores [...] y [...], y que la Juzgadora a quo consideró que por el simple hecho de que el niño [...], nació dentro del matrimonio, es suficiente para la acción pertinente, en caso de una impugnación, relacionando el Art. 141 C.F. Que se ha inobservado por la Jueza a quo el artículo 7 lit. i) L.Pr.F., el cual obliga al Juzgador a fundamentar sus decisiones, argumentando que dicho presupuesto no ha sucedido en el presente caso, en el sentido que no se ex consecuencia de ello, no puede entenderse que la filiación del niño se presume por ministerio de ley.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁶⁷ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

Se arguye, que a criterio de la juzgadora a quo, no es necesario que el Registrador del Estado Familiar haga constar, para que surta efectos legales, que la filiación paterna se establece por ministerio de ley, sino que basta con que el hijo nazca dentro del matrimonio, omitiendo lo regulado en el Art. 143 ord. 1º C.F., cuando establece que el reconocimiento voluntario se establece al momento en que el padre lo asienta; sin embargo, en el presente caso, la jueza a quo, omitió exponer las razones, del porqué no comparte este criterio. Finaliza su escrito solicitando, que sea revocada la resolución que declaró improponible la demanda, y en consecuencia por existir fundamentos de hecho y de derecho, se ordene la admisión de su pretensión bajo la figura de la Impugnación de Reconocimiento Voluntario de hijo, iniciada contra los señores [...] y [...], respecto de la filiación paterna del niño [...].¹⁶⁸

A folios 43 se tuvo por interpuesto el recurso presentado por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, y se corrió traslado a la procuradora de familia adscrita al tribunal, Licenciada CLAUDIA MARÍA SAGUER GARCÍA, quien no hizo uso de su derecho no obstante su obligación legal respecto a la niñez y adolescencia. VALORACIONES DE ESTA CÁMARA:¹⁶⁹

El recurso interpuesto reúne mínimamente los requisitos para su admisión, no obstante, y en aras de garantizar los derechos del niño [...], (4 años a la fecha) estimamos pertinente su admisión. IV. Así las cosas, el decisorio de esta Cámara estriba en determinar si procede confirmar, modificar o anular la resolución impugnada que declaró improponible la demanda de Impugnación de Paternidad presentada por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS AVILÉS, como apoderada del señor [...] por existir un defecto absoluto en la

¹⁶⁸ *Ibíd.*

¹⁶⁹ *Ibíd.*

pretensión, relativo a la falta de legitimación del señor [...] para promover el sub iudice; o si por el contrario es procedente revocarla y dictar la que conforme a derecho corresponda.¹⁷⁰

En la demanda de fs. 2/8, interpuesta por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, en representación del señor [...], se ha establecido que la señora [...] y el señor [...], contrajeron matrimonio el día veintitrés de febrero de dos mil once; así también refiere que el diecinueve de enero del año dos mil trece nace el niño [...], que con la Certificación de la Partida de Nacimiento del mencionado niño se comprueba la filiación paterna, así como también que aún y cuando el niño nació dentro del matrimonio [...], de conformidad al Art. 143 ordinal 1º del Código de Familia, el señor [...], reconoció de manera voluntaria a su hijo. Refiere jurisprudencia de esta Cámara respecto de las formas de establecer la filiación paterna (Ref. 6-A-2007 y 107-A-2006).¹⁷¹

La Licenciada Griselda Maribel Chicas de Avilés agregó que por los argumentos expuestos por esta Cámara en pretéritas sentencias, se puede concluir que estamos ante un reconocimiento voluntario de paternidad del señor [...] respecto del niño [...], ya que en la partida de nacimiento del referido niño no se hizo constar que la paternidad del señor [...] se determinó por ministerio de ley.¹⁷²

La Licenciada Griselda Maribel Chicas de Avilés también agregó que la señora [...] mantuvo una relación sentimental (extra marital) y coital con el señor [...], entre abril y mayo del año dos mil doce, omitiendo la señora [...] su estado

¹⁷⁰ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁷¹ *Ibíd.*

¹⁷² *Ibíd.*

civil de casada, manteniendo la relación a través de redes sociales, frecuentándose cuando el demandante venía al país, desconociendo la existencia del niño [...], fue sino hasta diciembre del año dos mil quince que el demandante tuvo conocimiento de la existencia del niño [...] y del vínculo matrimonial de la señora [...], por lo que por la fecha de nacimiento del niño [...] el demandante comenzó a sospechar que dicho niño podría ser suyo, por lo que procedió a realizar la prueba de paternidad la cual tuvo como resultado que el señor [...] no podía ser excluido como padre biológico del niño [...]; arguyó que es a partir de ese momento que se cumple el requisito del inciso segundo del Art. 157 C.F. Que de conformidad al Art. 156 C.F. la acción pretendida puede ser ejercida por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren un interés actual, siendo el interés actual del señor [...] otorgar el respectivo reconocimiento voluntario de su hijo.¹⁷³

La profesional Chicas de Avilés relacionó el Art. 73 y 78 LEPINA. Ofreció como prueba documental lo siguiente: a) Certificación de la partida de nacimiento del niño [...] (fs.12), b) Certificación de la partida de matrimonio de los señores [...] y [...] (fs. 13), c) Certificaciones de la partida de matrimonio de los señores [...] (fs. 14) y [...] (fs.15), d) Resultados de la prueba de ADN realizados por el instituto ADN CENTER (fs. 16/18) con las respectivas diligencias de traducción (fs. 19/26), e) Copias simples del pasaporte del señor [...] (fs. 27/31). Como prueba testimonial ofreció a las siguientes personas: a) [...], mayor de edad, ingeniero en ciencias de la computación, del domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador, b) [...], mayor de edad, serigrafo, del domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador. V. Previo a entrar a conocer del presente recurso, y a manera de marco legal traemos a colación lo establecido por el Art. 135 de nuestro

¹⁷³ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

Código de Familia, el cual expone que la paternidad puede ser establecida de las siguientes formas: a) Por disposición de la ley: cuando se presume o determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (Art. 140 C.F.); b) Por reconocimiento voluntario: en la partida de nacimiento del hijo al suministrar los datos para su inscripción, en la escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y alcaldes municipales, en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, en escritura pública, en testamento y en escritos y otros actos judiciales (Art.143 C.F.); y c) por declaración judicial: es aquella decretada por el juez (Art. 149 C.F.).¹⁷⁴

Para el caso sub júdice, interesa desarrollar la que es establecida por disposición o ministerio de ley, es decir aquella que se presume o determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (Art. 140 C.F.); así pues se presumen hijos del marido, aquellos que han nacido después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Existe una salvedad respecto de esta presunción, y es cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre, lo cual no es aplicable para el caso sub judice, puesto que no se ha expresado por parte del demandante que haya existido separación alguna entre los cónyuges señores [...] y [...] (Art. 141 C.F.) En este orden de ideas, también es importante lo que establece el Art. 151 C.F. respecto a la impugnación de paternidad, así pues, en el caso de la paternidad que se le atribuye al marido por ley, en vida de éste, nadie podrá impugnar su paternidad sino él mismo; exceptuándose el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a

¹⁷⁴ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

investigar la paternidad, para el caso concreto tenemos que quien está solicitando la impugnación de paternidad no es el señor [...], quien sería uno de los dos legitimados procesalmente para actuar en el presente proceso, según lo mandata el Art. 151 C.F. relacionado.¹⁷⁵

En este punto se debe destacar que el Art. 66 C.P.C.M. establece que quienes tienen legitimación procesal son los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión; se reconoce la legitimación procesal de los que no son titulares de derechos e intereses, cuando la ley expresamente lo permita; por lo que hacemos énfasis que el Art.151 C.F. es expreso en establecer que el único legitimado para impugnar la paternidad es el marido mismo. Así las cosas en la especie, tenemos que el niño [...], según consta en la Certificación de la Partida de Nacimiento (fs.12), nació el día diecinueve de enero del dos mil trece, es decir dentro del matrimonio de los señores [...] y la señora [...], el cual fue contraído el día veintitrés de febrero de dos mil once -tal y como el mismo demandante lo ha expresado en su demanda consta en la certificación a fs. 13.¹⁷⁶

Por tanto, es obvio concluir que la paternidad atribuida al señor [...] respecto al niño [...], está dada por ley, según el Art. 141 del Código de Familia (explicado ut supra). Así pues, enfatizamos el hecho que el único legitimado procesalmente en el caso sub lite, que podría alegar la impugnación de paternidad respecto la filiación que se le atribuye con relación al niño [...] es el señor [...], o en caso de que el referido niño, sí ejerza su derecho de investigar su verdadera filiación paterna.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

En este punto, respecto a la jurisprudencia que relaciona el apelante, cabe destacar que se han descontextualizado e interpretado de forma errónea lo expresado en pretéritas sentencias por esta Cámara, ya que respecto a la jurisprudencia que refiere, es destacable mencionar que el ejemplo que ha dado esta Cámara en el establecimiento de la paternidad por disposición de la ley, se ha expresado en el sentido que ha sido la madre del niño quien se ha presentado a asentar a su hijo en el Registro del Estado Familiar, mostrando la Certificación de partida de matrimonio, acreditando estar casada y por lo tanto el padre de la criatura es su cónyuge.¹⁷⁸

Se debe destacar en este punto que el ejemplo sugerido es dado en el caso que sea la madre (sin compañía del cónyuge) que asista a asentar al Registro del Estado Familiar a su hijo, por lo que ésta deberá comprobar su estado civil, esto para efecto de evitar que las mujeres que no estén casadas puedan atribuir la paternidad de sus hijos bajo el argumento de estar unidos en matrimonio sin estarlo realmente, así pues es esa la razón principal del por qué es necesario acreditar tal situación, en los casos que sea únicamente la madre quien asienta al niño en el Registro del Estado Familiar y se atribuya la paternidad al marido; con lo anterior no estamos diciendo que la presunción legal venga dada por la acreditación del vínculo matrimonial, ya que la presunción legal surte efecto desde antes del asentamiento en dicho Registro, y aún cuando no se acreditara a través de la certificación de la partida de matrimonio la relación conyugal, podría seguirse a través de la vía correspondiente los trámites para hacer valer tal presunción en relación al hijo. Respecto al argumento del apelante relativo a que debido que el señor [...] no acreditó su estado civil de casado con la señora [...], al asentar en el Registro del Estado Familiar al niño [...], y que por ello éste realizó un

¹⁷⁸ *Ibíd.*

reconocimiento voluntario, no compartimos tal interpretación pues la ley es clara en el Art. 141 C.F., sobre como opera tal presunción.¹⁷⁹

Así las cosas, según lo expuesto esta Cámara confirma la sentencia que declaró improponible la demanda interpuesta por la Licenciada CHICAS DE AVILÉS, por no existir legitimidad procesal por parte del señor [...], para solicitar el ejercicio de la acción promovida. En consecuencia, de conformidad a los Arts. 135, 140, 141, 143, 149 y 151 C.F.; 3 “h”, 7, 82, 147, 148, 153, 156, 158, 161, 218 L.Pr.F.; 66 y 277 C.P.C.M. Ésta Cámara RESUELVE: Confírmese la sentencia impugnada que declaró improponible la demanda presentada por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, como apoderada del señor [...].¹⁸⁰

La anterior sentencia se puede resumir diciendo que la demanda de fs. [...], interpuesta por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, en representación del señor [...], se ha establecido que la señora [...] y el señor [...], contrajeron matrimonio el día veintitrés de febrero de dos mil once; así también refiere que el diecinueve de enero del año dos mil trece nace el niño [...], que con la Certificación de la Partida de Nacimiento del mencionado niño se comprueba la filiación paterna, así como también que aún y cuando el niño nació dentro del matrimonio [...], de acuerdo al Art. 143 ordinal 1º del Código de Familia, el señor [...], reconoció de manera voluntaria a su hijo.¹⁸¹

Respecto a la jurisprudencia de la Cámara de Familia, referente a las formas de establecer la filiación paterna (Ref. 6-A-2007 y 107-A-2006), la apelante agregó que por los argumentos expuestos por esta Cámara en pretéritas

¹⁷⁹ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*

sentencias, se puede concluir que estamos ante un reconocimiento voluntario de paternidad del señor [...] respecto del niño [...], ya que en la partida de nacimiento del referido niño no se hizo constar que la paternidad del señor [...] se determinó por ministerio de ley.¹⁸²

La Licenciada Chicas de Avilés agregó que la señora [...] mantuvo una relación sentimental (extra marital) y coital con el señor [...], entre abril y mayo del año dos mil doce, omitiendo la señora [...] su estado civil de casada, manteniendo la relación a través de redes sociales, frecuentándose cuando el demandante venía al país, desconociendo la existencia del niño [...], fue sino hasta diciembre del año dos mil quince que el demandante tuvo conocimiento de la existencia del niño [...] y del vínculo matrimonial de la señora [...], por lo que por la fecha de nacimiento del niño [...] el demandante comenzó a sospechar que dicho niño podría ser suyo, por lo que procedió a realizar la prueba de paternidad la cual tuvo como resultado que el señor [...] no podía ser excluido como padre biológico del niño [...]; arguyó que es a partir de ese momento que se cumple el requisito del inciso segundo del Art. 157 C.F. Que de conformidad al Art. 156 C.F. la acción pretendida puede ser ejercida por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren un interés actual, siendo el interés actual del señor [...] otorgar el respectivo reconocimiento voluntario de su hijo. Relacionó el Art. 73 y 78 LEPINA.¹⁸³

El demandante ofreció como prueba documental lo siguiente: a) Certificación de la partida de nacimiento del niño [...] (fs.[..]), b) Certificación de la partida de matrimonio de los señores [...] y [...] (fs. [...]), c) Certificaciones de la partida de matrimonio de los señores [...] (fs. [...]) y [...] (fs. [...]), d) Resultados de la prueba de ADN realizados por el instituto ADN CENTER (fs.

¹⁸² Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁸³ *Ibíd.*

[...]) con las respectivas diligencias de traducción (fs. [...]), e) Copias simples del pasaporte del señor [...] (fs. [...]). Como prueba testimonial ofreció a las siguientes personas: a) [...], mayor de edad, ingeniero en ciencias de la computación, del domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador, b) [...], mayor de edad, serigrafo, del domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador.¹⁸⁴

La cámara de familia previo a entrar a conocer del presente recurso, y a manera de marco legal trajo a colación lo establecido por el Art. 135 de nuestro Código de Familia, el cual expone que la paternidad puede ser establecida de las siguientes formas: a) Por disposición de la ley: cuando se presume o determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (Art. 140 C.F.); b) Por reconocimiento voluntario: en la partida de nacimiento del hijo al suministrar los datos para su inscripción, en la escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y alcaldes municipales, en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, en escritura pública, en testamento y en escritos y otros actos judiciales (Art.143 C.F.); y c) por declaración judicial: es aquella decretada por el juez (Art. 149 C.F.).¹⁸⁵

Para el caso sub júdice interesa desarrollar la que es establecida por disposición o ministerio de ley, es decir aquella que se presume o determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (Art. 140 C.F.); así pues, se presumen hijos del marido, aquellos que han nacido después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Existe una salvedad respecto de esta

¹⁸⁴ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

presunción, y es cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre, lo cual no es aplicable para el caso sub judice, puesto que no se ha expresado por parte del demandante que haya existido separación alguna entre los cónyuges señores [...] y [...] (Art. 141 C.F.).¹⁸⁶

En este orden de ideas, también es importante lo que establece el Art. 151 C.F. respecto a la impugnación de paternidad, así pues, en el caso de la paternidad que se le atribuye al marido por ley, en vida de éste, nadie podrá impugnar su paternidad sino él mismo; exceptuándose el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad, para el caso concreto tenemos que quien está solicitando la impugnación de paternidad no es el señor [...], quien sería uno de los dos legitimados procesalmente para actuar en el presente proceso, según lo mandata el Art. 151 C.F. relacionado. En este punto se debe destacar que el Art. 66 C.P.C.M. establece que quienes tienen legitimación procesal son los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión; se reconoce la legitimación procesal de los que no son titulares de derechos e interesen, cuando la ley expresamente lo permita; por lo que hacemos énfasis que el Art.151 C.F. es expreso en establecer que el único legitimado para impugnar la paternidad es el marido mismo.¹⁸⁷

Así las cosas, en la especie, se tiene que el niño [...], según consta en la Certificación de la Partida de Nacimiento (fs.[...]), nació el día diecinueve de enero del dos mil trece, es decir dentro del matrimonio de los señores [...] y la señora [...], el cual fue contraído el día veintitrés de febrero de dos mil once - tal y como el mismo demandante lo ha expresado en su demanda consta en

¹⁸⁶ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

la certificación a fs. [...]-. Por tanto, es obvio concluir que la paternidad atribuida al señor [...] respecto al niño [...], está dada por ley, según el Art. 141 del Código de Familia (explicado ut supra). Así pues, se enfatiza el hecho que el único legitimado procesalmente en el caso sub lite, que podría alegar la impugnación de paternidad respecto la filiación que se le atribuye con relación al niño [...] es el señor [...], o en caso de que el referido niño, sí ejerza su derecho de investigar su verdadera filiación paterna.¹⁸⁸

En este punto, respecto a la jurisprudencia que relaciona el apelante, cabe destacar que se han descontextualizado e interpretado de forma errónea lo expresado en pretéritas sentencias por esta Cámara, ya que respecto a la jurisprudencia que refiere, es destacable mencionar que el ejemplo que ha dado esta Cámara en el establecimiento de la paternidad por disposición de la ley, se ha expresado en el sentido que ha sido la madre del niño quien se ha presentado a asentar a su hijo en el Registro del Estado Familiar, mostrando la Certificación de partida de matrimonio, acreditando estar casada y por lo tanto el padre de la criatura es su cónyuge.¹⁸⁹

Se debe destacar en este punto que el ejemplo sugerido es dado en el caso que sea la madre (sin compañía del cónyuge) que asista a asentar al Registro del Estado Familiar a su hijo, por lo que ésta deberá comprobar su estado civil, esto para efecto de evitar que las mujeres que no estén casadas puedan atribuir la paternidad de sus hijos bajo el argumento de estar unidos en matrimonio sin estarlo realmente, así pues es esa la razón principal del por qué es necesario acreditar tal situación, en los casos que sea únicamente la madre quien asienta al niño en el Registro del Estado Familiar y se atribuya la paternidad al marido; con lo anterior no se está diciendo que

¹⁸⁸ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

la presunción legal venga dada por la acreditación del vínculo matrimonial, ya que la presunción legal surte efecto desde antes del asentamiento en dicho Registro, y aún cuando no se acreditara a través de la certificación de la partida de matrimonio la relación conyugal, podría seguirse a través de la vía correspondiente los trámites para hacer valer tal presunción en relación al hijo.¹⁹⁰

Respecto al argumento del apelante relativo a que debido que el señor [...] no acreditó su estado civil de casado con la señora [...], al asentar en el Registro del Estado Familiar al niño [...], y que por ello éste realizó un reconocimiento voluntario, no compartimos tal interpretación pues la ley es clara en el Art. 141 C.F., sobre cómo opera tal presunción. Así las cosas, en base a lo expuesto la Cámara de Familia confirma la sentencia que declaró improponible la demanda interpuesta por la Licenciada CHICAS DE AVILÉS, por no existir legitimidad procesal por parte del señor [...], para solicitar el ejercicio de la acción promovida.¹⁹¹

En consideración al análisis de la jurisprudencia internacional previamente mencionada, y al relacionarla con la sentencia de El Salvador, se observa que la reforma a la legislación en materia de familia no es la única manera para legitimar al padre biológico para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, sino que como se observa, los jueces de dicho país pueden hacer uso del control difuso de la Constitución y declarar inaplicable el artículo 151 del código en mención, y de esta manera permitir al supuesto progenitor biológico refutar de manera legal la paternidad instaurada por disposición de ley, garantizando de esta manera el pleno derecho a la identidad a todos los niños, niñas y adolescentes.

¹⁹⁰ Cámara de Familia, *Referencia: 65-A-2017*.

¹⁹¹ *Ibíd.*

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El propósito es exponer, con base en los aspectos doctrinales, conceptuales, jurídicos y jurisprudenciales desarrollados durante la presente investigación, las conclusiones que han sido determinadas, con la problemática desentrañada, acerca de la impugnación de paternidad establecida por ministerio de ley. Asimismo, se establecen las respectivas recomendaciones que puedan ayudar a solucionar esta problemática jurídica planteada. Lo anterior, con la intención de dar por cumplido el objetivo seis de la presente investigación, el cual consisten en aportar recomendaciones que coadyuven a una reforma integral del Código de Familia.

CONCLUSIONES

En cuanto a los objetivos planteados en la presente investigación se ha cumplido el poder determinar las consecuencias jurídicas y disposiciones legales relacionadas con el tema en cuestión, ya que del análisis del Art. 73 de la LEPINA se observa que el derecho de identidad está constituido por varios elementos y que la trasgresión de uno de ellos bastaría para que se considere vulnerado, y al relacionar dicha disposición con el Art. 78 de la ley en comento, se denota que no se está garantizando plenamente el derecho aludido, ya que esta última disposición menciona que los menores, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre, y al negarle al presunto progenitor biológico la oportunidad de demandar la impugnación de paternidad, se está vulnerando el derecho de identidad al menor que pretende reconocer, pues con ello se obstaculiza que éste último pueda conocer su verdadero origen y su genuino padre.

Respecto al objetivo de identificar de las consecuencias legales y normas de derecho internacional referidas a la problemática planteada se tiene por cumplido, en vista que se ha demostrado que El Salvador ha suscrito instrumentos internacionales tales como el Convenio sobre Derechos del Niño, el cual los artículos 7 y 8 consagran el derecho que tiene todo menor de edad a conocer a sus padres y a preservar su identidad. Por lo tanto, el Estado está obligado a proteger y garantizar el derecho inalienable e imprescriptible de la identidad de los niños y niñas adolescentes, reestableciendo el mismo cuando sea lesionado. Ahora bien, el artículo 153 del Código de Familia de El Salvador al omitir legitimar al progenitor biológico para iniciar dicha acción genera un obstáculo para solucionar la realidad biológica.

Se ha logrado cumplir el objetivo de realizar un análisis de la legislación familiar de la temática puesta en análisis, ya que se ha verificado que el Código de Familia excluye al padre biológico iniciar la acción de impugnación de paternidad y los fallos judiciales han sido pronunciados con esa interpretación restrictiva. Sin embargo, la doctrina y la incorporación de tratados internacionales que han venido reconociendo el derecho que tienen los niños a conocer su origen y su identidad, demuestran que se debe de suprimir ese dominante criterio prohibitivo, con el objetivo de la búsqueda de la verdad y robustecer los derechos de las personas y en especial la de los niños a conocer su realidad biológica.

En relación al propósito de efectuar un análisis doctrinal de la problemática puesta en estudio, este se ha podido cumplir, ya que ha quedado evidenciado que el legislador ha limitado la filiación biológica en favor del mantenimiento de la paz familiar, sin embargo, tal restricción no garantiza dicha armonía, ya que esto no ha impedido que las personas se presenten a

los tribunales a impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley. Además, el hecho que el padre biológico demande desplazar una filiación, eso no implica que se pierda el afecto y el cariño que pueda tener el esposo de la madre en relación al niño, ni tampoco, el amor que pueda sentir el menor con su presunto padre de crianza. Pero si no se le permite al progenitor biológico llevar a cabo ese desplazamiento, se imposibilita a que el niño conozca a temprana edad a su verdadero padre.

En cuanto al objetivo de realizar un análisis jurídico a la impugnación de paternidad, se ha logrado su verificación, ya que se evidencia la necesidad de ampliar la legitimación activa de los artículos 151 y 153 del Código de Familia, en el sentido que se permita al padre biológico ser uno de los actores que puedan refutar la paternidad establecida por ministerio de ley. La ampliación de la legitimación activa no implica que todo aquel individuo que tenga la sospecha sobre la filiación de un hijo podrá solicitar la impugnación de paternidad, dicha acción para que sea aceptada debe ser fundamentada y respaldada mediante prueba documental, testimonial y en general toda aquella que resulte ser idónea, basada en los criterios que proporciona la jurisprudencia para dicho respaldo, con el objetivo de apreciar la credibilidad de los hechos en que se fundamenta la pretensión, evitando de esta manera que presenten demandas arbitrarias, motivadas por la pasión o el resentimiento.

Se ha cumplido con el objetivo de realizar el análisis jurídico doctrinal de tema objeto de la investigación, explicando que sin perjuicio de que el padre biológico demuestre su paternidad en juicio, será el juez quien decida si desplazar o no la filiación del padre de crianza, dicha decisión debe responder al interés superior del niño, puesto que la verdad biológica no siempre será la más favorable para el menor o, responderá mejor que la

verdad sociológica que la de goza en ese instante, por lo que el cambio de su entorno a la familia de origen debe de justificarse en la conveniencia del niño, que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

RECOMENDACIONES

Estas investigadoras son del criterio de que se debe permitir al padre biológico poder demandar la impugnación de paternidad establecida por disposición de ley, pero de manera limitada, es decir que para ejercer este derecho se deben de cumplir con ciertos requisitos o condiciones, uno de ellos es que se podrá realizar dicha acción únicamente en aquellos casos en que se pretenda desplazar la filiación paterna de un niño, niña o adolescente, esto debido a que las personas adultas poseen la capacidad legal y el discernimiento para decidir si quieren investigar sus verdaderos orígenes, no así los menores de edad, quienes siempre deben de actuar por medio de un representante legal, generalmente por sus padres o por medio del Procurador General de la República.

En algunos procesos, mantener la paz familiar y seguridad jurídica de las personas son los argumentos más importantes para no admitir al presunto padre biológico impugnar la paternidad establecida por disposición de ley, sin embargo, tales argumentos no siempre serán lo más favorable para los menores, por lo tanto y con base al principio del interés superior de éstos, en ciertos casos se debe de permitir al supuesto progenitor poder desplazar la filiación paterna sobre un hijo que considera como suyo y hacer efectivo su reconocimiento.

Se debe ampliar la legitimación activa de los Arts. 151 y 153 del Código de Familia, en el sentido que se permita al padre biológico ser uno de los actores que puedan impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, con el fin de que los jueces logren proporcionar a los justiciables respuestas apegadas a derecho y que permita proteger el interés superior de los niños y el derechos de identidad de los menores.

En aras de mantener la paz social, familiar y la seguridad jurídica de las personas, se tiene que establecer un plazo al padre biológico para ejercer su derecho a objetar la paternidad instaurada por ministerio de ley, dicho término podría ser el mismo que señala el Art. 152 del Código de Familia para la impugnación por parte del marido, el cual caducaría una vez transcurridos noventa días contados desde aquél en que tuvo conocimiento de su posible filiación.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Calderón de Buitrago, Anita, Emma Dinorah, B. y otros, *Manual de derecho de familia*, 2ª ed. San Salvador El Salvador: UCA, 1994.

Bacca Garzón, Carlos Orlando, *Paternidad Extramatrimonial*. Medellín, Colombia: Jurídica Equidad, 1992.

Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed., t. 2. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 2002.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La Constitución de 1993: Análisis Comparado*. Lima, Perú: Konrad Adenauer y CIDLA, 1996.

Bossert, Gustavo Alberto y Zannoni, Eduardo Antonio, *Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad, Ley 23264*, 3ª reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1985.

Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*. 4ª ed. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1999.

Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, trad. y ed. de Editorial Progreso. Moscú, Rusia: Progreso, 2017.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1992.

Gómez Piedrahita, Hernán, *Introducción al Derecho de Familia.* Bogotá, Colombia: Librería del Profesional, 1981.

Grosman, Cecilia Paulina, *Acción de impugnación de la paternidad del marido.* Buenos Aires, Argentina: Abaco, 1982.

Méndez Costa, María Josefa, *La filiación.* Argentina: Rubinzal y Culzoni, 1986.

Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho de Familia,* 2ª ed., t. 1. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1979.

Serna Meroño, Encarnación. *La reforma de la Filiación.* Madrid, España: Montecorvo, 1985.

Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho de Familia,* 3ª ed. Santiago de Chile: Nacimiento, 1983.

TESIS

Guardado Vásquez, Mariana Alejandra, Luís Enrique P. y otro, “Pruebas Científicas para la Determinación Judicial de la Paternidad”. Tesis de grado, Universidad Francisco Gavidia, 2006.

López Cortez, Julia María, Norma Lorena L. y otro, “Declaratoria Judicial de Paternidad e Investigación de Reconocimiento Voluntario”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2006.

Miranda Zetino, José Antonio, “Consecuencias por la falta de Regulación expresa sobre el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad de

otro, reconocida o declara en virtud de la ley”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 1996.

Uruburu Colsa, Juan Manuel, “La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media”. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

LEGISLACIÓN

Código Civil. El Salvador, Decreto Ejecutivo, 1859.

Código de Familia. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993.

Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificado por Decreto Legislativo Número 487, del 26 de Abril de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 108, Tomo 307 del 09 de Mayo de 1990.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. El Salvador, Asamblea Legislativa, 2009.

Ley Procesal de Familia. El Salvador, Asamblea Legislativa, 1994.

Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina, Congreso de la Nación, 2014.

Código Civil. Perú, Decreto Legislativo, 1984.

Código de Familia. Costa Rica, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1973.

Constitución Nacional. Argentina, Congreso General Constituyente, 1853.

Constitución Política de la República de Costa Rica. Costa Rica, Asamblea Nacional Constituyente, 1949.

JURISPRUDENCIA

Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador, *Sentencia de Apelación, Referencia: 65-A-2017*. El Salvador, Distrito Judicial de San Salvador, 2017.

FUENTES INSTITUCIONALES

Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, Tomo I. San Salvador El Salvador: UTE, 1994.

Guaglianone, Aquiles Horacio, “Napoleón y su Código Civil”. Universidad de Buenos Aires, Conferencia, 23 de octubre de 1969.

Trejo Saravia, Isela Guadalupe, “Interés Superior del Niño”. *Boletín Divulgación Jurídica de la Comisión Coordinadora del Sector de Justicia UTE*, año 6º n. 2. 1999.

REVISTAS

Alvarado, Joaquín, “La Filiación en el Derecho Romano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n. 5 (2009): 65-128.

Bonnín Aguiló, Francisco, “Roger Bacon y la ciencia experimental”, *Indagación: revista de historia y arte*, n. 4 (1999): 27-42

Carballeira Rifón, Yolanda, “La evolución del lugar del padre a través de la historia y en la consulta terapéutica. Cambios en la estructura psíquica del niño actual” *cuadernos de psiquiatría y psicoterapia del niño y del adolescente*. n. 48 (2009): 147-165.

Fábrega Ruiz, Cristobal Francisco, “Las Pruebas Biológicas de la Paternidad. Aspectos científicos y Jurídicos”, *Revista anuario de derecho civil*, n. 51 (1998): 633-679.

Sipán López, Maribel Janett, “El derecho a la identidad y la contestación de la paternidad”, *Revista Persona y Familia*, n. 6 (2017): 203-213.

DICCIONARIOS

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 21^a ed., t. 6. Buenos Aires Argentina: Heliasta, 1998.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Bustamante Donayre, Ernesto, “Las Pruebas de Paternidad en la Historia” *BioGenomica* (blog), acceso el 15 de octubre 2016, <http://biogenomica.com/historia.htm>.

ANEXOS

SENTENCIA DE APELACION REFERENCIA: 65-A-17

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR A LAS QUINCE HORAS CON TRES MINUTOS DEL DÍA DIECIOCHO DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE. Conocemos del recurso de apelación interpuesto por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, quien actúa como apoderada judicial del señor [...], de veinticinco años de edad, Empleado, del Domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador, contra la resolución pronunciada por la JUEZA INTERINA DEL JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Licenciada YOLANDA LUZ FIGUEROA ALVARADO, en el proceso de IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD, marcado bajo la referencia 11869-16-FMPF-2FM2, promovido por el impetrante contra la señora [...], de treinta y un años de edad, Estudiante, del Domicilio de Ciudad Delgado, Departamento de San Salvador y el señor [...], de treinta y cinco años de edad, empleado, del Domicilio de Ciudad Delgado, Departamento de San Salvador, quienes representan legalmente al niño [...]. I. La resolución impugnada fue pronunciada a las doce horas con veinte minutos del día veinticinco de noviembre del año dos mil dieciséis (fs.34/35), en la que se resolvió lo siguiente: “Declárase IMPROPONIBLE la demanda de Impugnación de Paternidad presentada por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, como apoderada del señor [...], por existir un defecto absoluto en la pretensión, relativo a la falta de legitimación del señor [...] para promover este proceso, según lo dispuesto en el artículo 277 del código Procesal Civil y Mercantil” (Sic). II. Inconforme con dicho decisorio, la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, interpuso la alzada mediante su escrito de fs. 38/42 manifestando en síntesis lo siguiente: Que inició un proceso de impugnación de reconocimiento voluntario (ya que considera que así es la pretensión correcta en el sub judice), como apoderada del señor

[...], padre biológico del niño [...]. Sin embargo la Jueza a quo, al realizar la valoración en su resolución sostuvo que el sub lite encaja en el supuesto de impugnación de paternidad, y como consecuencia, su representado quedó excluido para promover la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de hijo, con lo cual se pretende desplazar la filiación paterna del niño [...]; y para llegar a tal conclusión, la Jueza a quo, consideró que por haber nacido el niño [...] dentro del matrimonio de los señores[...] y [...], la acción correcta es la impugnación de paternidad, siendo de esa manera que el señor [...], es el único facultado para iniciar una acción de impugnación y obviamente el niño, por ser la persona involucrada. Agrega, que efectivamente el niño [...], nació dentro del matrimonio de los señores [...] y [...], y que la Juzgadora a quo consideró que por el simple hecho de que el niño [...], nació dentro del matrimonio, es suficiente para la acción pertinente, en caso de una impugnación, relacionando el Art. 141 C.F. Que se ha inobservado por la Jueza a quo el artículo 7 lit. i) L.Pr.F., el cual obliga al Juzgador a fundamentar sus decisiones, argumentando que dicho presupuesto no ha sucedido en el presente caso, en el sentido que no se expresó nada sobre los argumentos que sostienen su pretensión, referente a desplazar la filiación paterna del niño [...], la cual fue establecida mediante un proceso de reconocimiento voluntario de hijo, ya que si bien el referido niño nació dentro del matrimonio entre los referidos señores, la filiación que tiene en la actualidad el niño, fue establecida mediante un reconocimiento voluntario y no se presumió por ministerio de ley, tal y como simplemente lo afirma la Juzgadora. Que los hechos señalados fueron expuestos en la demanda, y la jueza a quo no se pronunció sobre ellos, razón por la cual infringió el citado Artículo 7 lit. i) L.Pr.F. en relación con el Art. 143 C.F., siendo inobservadas ambas normas. Agrega, que la Jueza a quo en su resolución, no menciona nada sobre lo expuesto sobre la jurisprudencia de la Cámara respecto de las formas de establecer una filiación, relativo a que

para que surta efectos legales, no es suficiente que un niño nazca dentro de un matrimonio, sino que, además es necesario que el registrador haga constar que la filiación paterna se presume por haber llevado la madre u otra persona, la certificación de la partida de matrimonio o que el marido la reclame posteriormente; y en el presente caso, la jefa del Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal de ciudad Delgado, no hizo constar que la madre u otra persona, llegó a asentar al niño [...] con la certificación de la partida de matrimonio de sus padres, y que como consecuencia de ello, no puede entenderse que la filiación del niño se presume por ministerio de ley. Arguye, que a criterio de la juzgadora a quo, no es necesario que el Registrador del Estado Familiar haga constar, para que surta efectos legales, que la filiación paterna se establece por ministerio de ley, sino que basta con que el hijo nazca dentro del matrimonio, omitiendo lo regulado en el Art. 143 ord. 1º C.F., cuando establece que el reconocimiento voluntario se establece al momento en que el padre lo asienta; sin embargo en el presente caso, la jueza a quo, omitió exponer las razones, del porqué no comparte este criterio. Finaliza su escrito solicitando, que sea revocada la resolución que declaró improponible la demanda, y en consecuencia por existir fundamentos de hecho y de derecho, se ordene la admisión de su pretensión bajo la figura de la Impugnación de Reconocimiento Voluntario de hijo, iniciada contra los señores [...] y [...], respecto de la filiación paterna del niño [...]. A fs. 43 se tuvo por interpuesto el recurso presentado por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, y se corrió traslado a la procuradora de familia adscrita al tribunal, Licenciada CLAUDIA MARÍA SAGUER GARCÍA, quien no hizo uso de su derecho no obstante su obligación legal respecto a la niñez y adolescencia. VALORACIONES DE ESTA CÁMARA: III. De la admisión del recurso. El recurso interpuesto reúne mínimamente los requisitos para su admisión, no obstante, y en aras de garantizar los derechos del niño [...], (4 años a la fecha) estimamos pertinente su admisión.

IV. Así las cosas, el decisorio de esta Cámara estriba en determinar si procede confirmar, modificar o anular la resolución impugnada que declaró improponible la demanda de Impugnación de Paternidad presentada por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS AVILÉS, como apoderada del señor [...] por existir un defecto absoluto en la pretensión, relativo a la falta de legitimación del señor [...] para promover el sub iudice; o si por el contrario es procedente revocarla y dictar la que conforme a derecho corresponda.

ANTECEDENTES: En la demanda de fs. 2/8, interpuesta por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, en representación del señor [...], se ha establecido que la señora [...] y el señor [...], contrajeron matrimonio el día veintitrés de febrero de dos mil once; así también refiere que el diecinueve de enero del año dos mil trece nace el niño [...], que con la Certificación de la Partida de Nacimiento del mencionado niño se comprueba la filiación paterna, así como también que aún y cuando el niño nació dentro del matrimonio [...], de conformidad al Art. 143 ordinal 1º del Código de Familia, el señor [...], reconoció de manera voluntaria a su hijo. Refiere jurisprudencia de esta Cámara respecto de las formas de establecer la filiación paterna (Ref. 6-A-2007 y 107-A-2006). Agregó que por los argumentos expuestos por esta Cámara en pretéritas sentencias, se puede concluir que estamos ante un reconocimiento voluntario de paternidad del señor [...] respecto del niño [...], ya que en la partida de nacimiento del referido niño no se hizo constar que la paternidad del señor [...] se determinó por ministerio de ley. Agregó que la señora [...] mantuvo una relación sentimental (extra marital) y coital con el señor [...], entre abril y mayo del año dos mil doce, omitiendo la señora [...] su estado civil de casada, manteniendo la relación a través de redes sociales, frecuentándose cuando el demandante venía al país, desconociendo la existencia del niño [...], fue sino hasta diciembre del año dos mil quince que el demandante tuvo conocimiento de la

existencia del niño [...] y del vínculo matrimonial de la señora [...], por lo que por la fecha de nacimiento del niño [...] el demandante comenzó a sospechar que dicho niño podría ser suyo, por lo que procedió a realizar la prueba de paternidad la cual tuvo como resultado que el señor [...] no podía ser excluido como padre biológico del niño [...]; arguyó que es a partir de ese momento que se cumple el requisito del inciso segundo del Art. 157 C.F. Que de conformidad al Art. 156 C.F. la acción pretendida puede ser ejercida por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren un interés actual, siendo el interés actual del señor [...] otorgar el respectivo reconocimiento voluntario de su hijo. Relacionó el Art. 73 y 78 LEPINA. Ofreció como prueba documental lo siguiente: a) Certificación de la partida de nacimiento del niño [...] (fs.12), b) Certificación de la partida de matrimonio de los señores [...] y [...] (fs. 13), c) Certificaciones de la partida de matrimonio de los señores [...] (fs. 14) [...] (fs.15), d) Resultados de la prueba de ADN realizados por el instituto ADN CENTER (fs. 16/18) Con las respectivas diligencias de traducción (fs. 19/26), e) Copias simples del pasaporte del señor [...] (fs. 27/31). Como prueba testimonial ofreció a las siguientes personas: a) [...], mayor de edad, ingeniero en ciencias de la computación, del domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador, b) [...], mayor de edad, serigrafo, del domicilio de Soyapango, Departamento de San Salvador. V. Previo a entrar a conocer del presente recurso, y a manera de marco legal traemos a colación lo establecido por el Art. 135 de nuestro Código de Familia, el cual expone que la paternidad puede ser establecida de las siguientes formas: a) Por disposición de la ley: cuando se presume o determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (Art. 140 C.F.); b) Por reconocimiento voluntario: en la partida de nacimiento del hijo al suministrar los datos para su inscripción, en la escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y alcaldes

municipales, en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, en escritura pública, en testamento y escritos y otros actos judiciales (Art.143 C.F.); y c) por declaración judicial: es aquella decretada por el juez (Art. 149 C.F.). Para el caso sub júdice nos interesa desarrollar la que establecida por disposición o ministerio de ley, es decir aquella que se presume o determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (Art. 140 C.F.); así pues se presumen hijos del marido, aquellos que han nacido después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Existe una salvedad respecto de esta presunción, y es cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre, lo cual no es aplicable para el caso sub judice, puesto que no se ha expresado por parte del demandante que haya existido separación alguna los cónyuges señores [...] y [...] (Art. 141 C.F.)

En este orden de ideas, también es importante lo que establece el Art. 151 C.F. respecto a la impugnación de paternidad, así pues, en el caso de la paternidad que se le atribuye al marido por ley, en vida de éste, nadie podrá impugnar su paternidad sino él mismo; exceptuándose el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad, para el caso concreto tenemos que quien está solicitando la impugnación de paternidad no es el señor [...], quien sería uno de los dos legitimados procesalmente para actuar en el presente proceso, según lo mandata el Art. 151 C.F. relacionado. En este punto debemos destacar que el Art. 66 C.P.C.M. establece que quienes tienen legitimación procesal son los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión; se reconoce la legitimación procesal de los que no son titulares de derechos e interesen, cuando la ley expresamente lo permita; por lo que hacemos

énfasis que el Art.151 C.F. es expreso en establecer que el único legitimado para impugnar la paternidad es el marido mismo. Así las cosas en la especie, tenemos que el niño [...], según consta en la Certificación de la Partida de Nacimiento (fs.12), nació el día diecinueve de enero del dos mil trece, es decir dentro del matrimonio de los señores [...] y la señora [...], el cual fue contraído el día veintitrés de febrero de dos mil once -tal y como el mismo demandante lo ha expresado en su demanda consta en la certificación a fs. 13-. Por tanto, es obvio concluir que la paternidad atribuida al señor [...] respecto al niño [...], está dada por ley, según el Art. 141 del Código de Familia (explicado ut supra). Así pues, enfatizamos el hecho que el único legitimado procesalmente en el caso sub lite, que podría alegar la impugnación de paternidad respecto la filiación que se le atribuye con relación al niño [...] es el señor [...], o en caso de que el referido niño, sí ejerza su derecho de investigar su verdadera filiación paterna. En este punto, respecto a la jurisprudencia que relaciona el apelante, cabe destacar que se han descontextualizado e interpretado de forma errónea lo expresado en pretéritas sentencias por esta Cámara, ya que respecto a la jurisprudencia que refiere, es destacable mencionar que el ejemplo que ha dado esta Cámara en el establecimiento de la paternidad por disposición de la ley, se ha expresado en el sentido que ha sido la madre del niño quien se ha presentado a asentar a su hijo en el Registro del Estado Familiar, mostrando la Certificación de partida de matrimonio, acreditando estar casada y por lo tanto el padre de la criatura es su cónyuge; debemos destacar en este punto que el ejemplo sugerido es dado en el caso que sea la madre (sin compañía del cónyuge) que asista a asentar al Registro del Estado Familiar a su hijo, por lo que ésta deberá comprobar su estado civil, esto para efecto de evitar que las mujeres que no estén casadas puedan atribuir la paternidad de sus hijos bajo el argumento de estar unidos en matrimonio sin estarlo realmente, así pues es esa la razón principal del por qué es necesario acreditar tal

situación, en los casos que sea únicamente la madre quien asienta al niño en el Registro del Estado Familiar y se atribuya la paternidad al marido; con lo anterior no estamos diciendo que la presunción legal venga dada por la acreditación del vínculo matrimonial, ya que la presunción legal surte efecto desde antes del asentamiento en dicho Registro, y aun cuando no se acreditara a través de la certificación de la partida de matrimonio la relación conyugal, podría seguirse a través de la vía correspondiente los trámites para hacer valer tal presunción en relación al hijo. Respecto al argumento del apelante relativo a que debido que el señor [...] no acreditó su estado civil de casado con la señora [...], al asentar en el Registro del Estado Familiar al niño [...], y que por ello éste realizó un reconocimiento voluntario, no compartimos tal interpretación pues la ley es clara en el Art. 141 C.F., sobre cómo opera tal presunción. Así las cosas, en base lo expuesto esta Cámara confirmará la sentencia que declaró improponible la demanda interpuesta por la Licenciada CHICAS DE AVILÉS, por no existir legitimidad procesal por parte del señor [...], para solicitar el ejercicio de la acción promovida. En consecuencia, de conformidad a los Arts. 135, 140, 141, 143, 149 y 151 C.F.; 3 "h", 7, 82, 147, 148, 153, 156, 158, 161, 218 L.Pr.F.; 66 y 277 C.P.C.M. Ésta Cámara RESUELVE: Confírmese la sentencia impugnada que declaró improponible la demanda presentada por la Licenciada GRISELDA MARIBEL CHICAS DE AVILÉS, como apoderada del señor [...], devuélvanse los autos al Juzgado remitente con certificación de este proveído. NOTIFÍQUESE. PROVEÍDA POR EL MAGISTRADO Y LA MAGISTRADA: DR. PABLO EDGARDO PORTILLO HURTADO Y LICDA. ANA GUADALUPE ZELEDÓN VILLALTA. A. COBAR A. SECRETARIO

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
PLAN DE ESTUDIOS 2007

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS



TEMA DE TESIS

“La Legitimación del Padre Biológico para impugnar la Paternidad
establecida por disposición de Ley”

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: Identificar el nivel de conocimiento,
y las posibles acciones que puedan proponer los entrevistados a realizar en
la Ley secundaria, específicamente en relación a la Legitimación del Padre
Biológico para impugnar la paternidad por disposición de Ley.

ARTICULO 151 DEL C.F.

*Se describe: “En vida del Marido, Nadie podrá impugnar la Paternidad
que por Ley se le atribuye sino al marido mismo, probando que el hijo no ha
podido ser engendrado por él. Salvo el caso de la acción del hijo cuando
ejerza su derecho en Investigar la Paternidad de acuerdo con lo expuesto en
la Ley”.*

- 1) ¿Considera Usted que en el artículo citado anteriormente se establece un vacío jurídico, ya que no se toma en cuenta la posibilidad de que el Padre Biológico del menor pretenda impugnar la Paternidad que ya ha sido establecida por Ley?

De Acuerdo_____ en Desacuerdo_____

¿Por qué? _____

- 2) ¿Considera Usted que la acción para impugnar la Paternidad por parte del Padre Biológico no tiene regulación en el código de Familia?

De Acuerdo_____ en Desacuerdo_____

¿Por qué? _____

- 3) En relación a la pregunta anterior, ¿Considera Usted que existe una regulación parcial por parte de la ley secundaria en lo que respecta a la impugnación de la Paternidad del Padre Biológico?

De acuerdo_____ en desacuerdo _____ Totalmente en

Desacuerdo_____

- 4) ¿Qué consecuencias Jurídicas genera que no exista regulación que establezca legitimación del Padre Biológico al momento de impugnar la paternidad establecida por disposición de Ley?

- 5) ¿Qué análisis Jurídico describiría usted al evidenciar deficiencia o parcialidad en la Ley secundaria respecto a la legitimación del Padre Biológico al momento de impugnar la paternidad establecida por disposición de Ley?

- 6) ¿Conoce Usted el número de procesos de Familia relativos a impugnación de la Paternidad diligenciados en el Juzgado de Familia de San Salvador?

Sí_____ No_____ No está seguro de su respuesta_____

- 7) De las Resoluciones emitidas y diligenciadas en el juzgado de Familia de San Salvador, ¿Conoce Usted alguna en la cual el Padre Biológico haya impugnado?

Sí____ No____ No está seguro de su respuesta__

- 8) ¿Considera Usted que en los procesos de familia diligenciados ponen en evidencia una inadecuada aplicación de la justicia familiar en los casos de impugnación de paternidad peticionados por el Padre biológico, por falta de regulación de la ley secundaria?

Si____ No____

- 9) ¿Considera Usted Oportuno realizar cambios en la ley secundaria que permita regular e incluir la impugnación del Padre Biológico en los procesos de Paternidad?

Sí____ No____

- 10) ¿Qué recomendaciones haría Usted como conocedor de la Ley secundaria sobre las posibles acciones que permitan abordar una posible reforma referente a incluir la impugnación, diferentes al plazo que se le otorga al Padre Biológico en los procesos de Paternidad?

GLOSARIO

A

1. ACCION DE IMPUGNACION

Acción de estado que tiene como finalidad declarar que no existe vínculo de filiación entre un padre o una madre y un hijo.

2. ANTIGENOS

Un antígeno es una sustancia que desencadena la formación de anticuerpos y puede causar una respuesta inmunitaria

C

3. CERTIFICACION DE PARTIDA DE MATRIMONIO

Documento a través del cual se acredita el hecho del matrimonio, celebrado bien en forma religiosa bien en forma civil; para cuya obtención habrá de acudir al Registro donde la inscripción del acto tuvo lugar.

4. CERTIFICACION DE PARTIDA DE NACIMIENTO

Es un registro vital que documenta el nacimiento de un niño. El término puede referirse ya sea al documento original que certifica las circunstancias del nacimiento o a una copia certificada o representación del registro subsiguiente de ese nacimiento.

5. CLAN

Grupo social formado por un número de familias que descienden de un antepasado común, real o mitológico, y que reconocen la autoridad de un jefe; tiene su origen en sociedades primitivas o rurales.

6. COMUNIDAD PRIMITIVA

una etapa del desarrollo de las formaciones económico-sociales, caracterizadas por el bajo nivel de desarrollo de las fuerzas productivas, la propiedad en común de los medios de producción (la tierra y las herramientas rudimentarias) y la distribución igualitaria que Marx definió como estados de la evolución de la historia económica.

7. CONCUBINATO

Es la relación marital de dos personas que no están unidos en vínculo matrimonial. El término concubina generalmente indica relaciones matrimoniales en curso donde la mujer es de menor posición social que el hombre o que la esposa o esposas oficiales.

8. CONFLICTO DE INTERESES

Un conflicto de interés es aquella situación en la que el juicio del individuo concerniente a su interés primario y la integridad de una acción tienden a estar indebidamente influidos por un interés secundario, de tipo generalmente económico o personal.

D

9. DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD

Procedimiento mediante el cual un juez determina mediante resolución judicial la filiación entre padre e hijo.

10. DECLARACION JUDICIAL DE RECONOCIMIENTO

Resolución judicial mediante la cual por medio de sentencia de reconocimiento se le atribuye la paternidad o maternidad a una determinada persona.

11. DERECHO DE IGUALDAD

La igualdad del ser humano, es aquella a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de origen, etnia, color, género, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición.

12. DERECHO DE IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos.

13. DERECHO DE INTIMIDAD

El derecho a la intimidad consiste en la defensa de la persona en su totalidad a través de un muro que prohíbe publicar o dar a conocer datos sobre temas como la religión, la política o la vida íntima.

14. DERECHO DE MATRIMONIO

El matrimonio suele ser la relación más importante en la vida de una persona. Además de toda noción de compañerismo, un matrimonio es una relación legal.

F

15. FILIACION

La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico.

16. FILIACION ADOPTIVA

Jurídicamente, se entiende como adopción o filiación adoptiva el acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre una o dos personas, de tal forma que establece entre ellas una relación de paternidad o de maternidad.

17. FILIACION MATRIMONIAL

Es la filiación determinada por la concurrencia de requisitos como: maternidad, paternidad y matrimonio entre el padre y la madre; el cual se puede determinar, bien legalmente o por ciertas presunciones.

18. FILIACION NO MATRIMONIAL

La filiación no matrimonial es aquella que queda determinada: por el reconocimiento del padre, de la madre o de ambos, o en su caso por sentencia judicial firme de juicio de filiación.

G

19. GRUPOS SOCIALES

Un grupo social es un sistema social formado por un conjunto de individuos que desempeñan un rol social dentro de una sociedad. Este conjunto puede ser fácilmente identificado, tiene forma estructurada y es duradero.

20. GRUPO ETNICO

Un grupo étnico es una comunidad determinada por la existencia de ancestros y una historia en común. Se distingue y reconoce por tradiciones y rituales compartidos, instituciones sociales consolidadas y rasgos culturales como la lengua, la gastronomía, la música, la danza y la espiritualidad entre otros elementos.

H

21. HIJO LEJITIMO

El nacido después de los 180 días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los 300 días siguientes. A su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

22. HIJO NATURAL

Hijo nacido de la Unión sexual de los padres, fuera de matrimonio, pero que al tiempo de concebirlo podían casarse, aunque fuese con dispensa. Si los padres al tiempo de concebirlo no podían contraer matrimonio ni aun mediando dispensa en razón de existir impedimento para ello, el nuevo ser no entra en la categoría de hijo natural, definiéndose su situación dentro de la calificación común de ilegítimo, de un modo distinto.

23. HIJO VULGO

Es el considerado así por muchos códigos contemporáneos en razón de la vida deshonesto, disoluta y promiscua en las relaciones sexuales de su

madre, y que reconoce como antecedente en la legislación antigua del derecho romano, la clasificación de los hijos como spurrii, vulgo quaesiti, vulgo concepto. Hijo de mujer pública.

24. HORDA

Grupo más o menos numeroso de salvajes que carecen de domicilio, forman comunidad y adoptan por lo general actitud belicosa o de indisciplina social.

25. HERENCIA

Conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio de una persona a su muerte.

I

26. IDENTIDAD PSICOLOGICA

Los conflictos que involucran el proceso sirven para estimular el crecimiento y el desarrollo. Así, para alcanzar un buen nivel de autoestima se debe, antes que nada, descubrir la propia identidad, es así que se constituye la identidad psicológica.

27. IDENTIDAD BIOLOGICA

Todo ser vivo se constituye desde un material de partida, que es una información contenida en el ADN, que constituye los cromosomas que cada uno hereda de sus progenitores y que puede transmitir a su descendencia.

28. IMPUGNACION DE MATERNIDAD

Proceso que contempla la posibilidad de impugnar la falsa maternidad establecida por presunción o por reconocimiento voluntario.

29. IMPUGNACION DE PATERNIDAD

Consiste en impugnar la presunción que se establece en caso de matrimonio o por reconocimiento voluntario y puede ser ejercitada por el marido, la madre que ostente la patria potestad (en interés del hijo) y por el propio hijo.

30. IMPRESCRIPTIBLE

Imprescriptible hace referencia a lo que no prescribe. El verbo prescribir, a su vez, se emplea en el ámbito del derecho para aludir a la extinción de un derecho, una obligación o una responsabilidad debido al paso del tiempo.

31. INTERES SUPERIOR DEL MENOR

Es un conjunto de acciones y procesos enfocados en garantizar un desarrollo integral y una vida digna. Se trata de una garantía de que las niñas y los niños tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

32. IRREVOCABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento produce efectos creadores del lazo de filiación, la ley otorga al padre el poder investir al hijo del estado tal, se trata de un acto que encierra una confesión de la paternidad o por el cual se establece una filiación, es decir, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre natural. Y por ser voluntaria es a la vez exenta de nulidad, salvo algunas excepciones.

33. IURIS TANTUM

Se denomina presunción, en derecho, a una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello

J

34. JUICIO DE PROBABILIDAD

Se entiende como el grado de convicción que alcance determinada realidad en el entendimiento del juzgador.

M

35. MATERNIDAD

Maternidad es la experiencia personal que protagonizan algunas mujeres en algún momento de su vida al dar a luz a su hijo. La maternidad marca un punto de inflexión en la vida de las madres que tras la llegada de su hijo, tienen un cambio de prioridades en su vida.

36. MATRIMONIO

Es una antigua institución social, presente en gran cantidad de culturas, que establece un vínculo conyugal entre personas naturales, reconocido y consolidado por medio de prácticas comunitarias y normas legales, consuetudinarias, religiosas o morales.

P

37. PADRE DE CRIANZA

Ser padre de crianza temporal. Una vez que el niño o grupo de hermanos es asignado a su hogar, se inicia una nueva etapa que puede durar tanto una noche como varios meses. Una vez resuelta la seguridad inmediata del niño, la siguiente prioridad es reunir al niño con su familia de biológica.

38. PARENTESCO BIOLÓGICO

Se define como el lazo establecido a raíz de consanguinidad, adopción, matrimonio, afinidad u otro vínculo estable basado en el afecto genuino. Se trata, por lo tanto, de relaciones que pueden desencadenarse por factores biológicos o no y que se organizan de acuerdo a líneas que permiten reconocer múltiples grados.

39. PATERNIDAD

Relación jurídica entre el padre y su hijo que genera una serie de derechos y deberes recíprocos. "el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil".

40. PATER FAMILIAE

Es una locución latina traducida literalmente “paterfamilias”, que significa el «padre de familia».

41. PATRON MENDELIANO

Se refiere a la transmisión de un único gen mediante un patrón dominante, recesivo o ligado al cromosoma X.

42. PRESUNCION

Se denomina presunción, en derecho, a una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello.

43. PRESUNCION DE PATERNIDAD

Esta presunción de paternidad se desencadena, si los hijos han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio. Actúa ex lege, beneficiando al hijo en su condición de hijo matrimonial.

44. PROGENITOR

Progenitor, cuyo origen etimológico nos remonta al latín progenitor, es un término que se usa para nombrar al padre de un individuo. En concreto, el concepto refiere al pariente que, respecto a un sujeto, se halla en una línea ascendente.

R

45. RECONOCIMIENTO PROVOCADO

Al conjunto de actos procesales que se organizan con el fin de hacer comparecer al presunto padre ante el juez para que manifieste si reconoce o no como suyo al hijo que se le atribuye.

46. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Es cuando el padre acude al Registro de la Alcaldía Municipal del lugar donde ocurrió el nacimiento o bien del municipio de su domicilio a inscribir y reconocer a su hijo o hija, en este caso debe llevar consigo la constancia de nacimiento expedida por el hospital donde nació el niño o niña o bien

extendida por una de las personas autorizadas por el Ministerio de Salud para atender partos; si el niño o niña nació en casa, sin la asistencia de partera autorizada, es necesario que el padre lleve a su hijo para que se tomen las impresiones de sus huellas plantares si tiene menos de un año o de sus pulgares si tiene más de esta edad, además debe presentar dos testigos que den fe del nacimiento.

47. RELACION JURIDICA

Relación jurídica es el vínculo que une a dos o más personas físicas o morales, respecto determinados bienes o intereses, estable y orgánicamente regulada por el Derecho, como cauce para la realización de una función social merecedora de tutela jurídica.

S

48. SISTEMA DE PRESUNCIONES

Es una ficción jurídica a través de la cual se establece un mecanismo legal automático, que considera que un determinado hecho, o un determinado acontecimiento, se entiende probado simplemente por darse los presupuestos para ello.

T

49. TIPO SANGUINEO

Es una clasificación de la sangre de acuerdo con las características presentes en la superficie de los glóbulos rojos y en el suero de la sangre. Las dos clasificaciones más importantes para describir grupos sanguíneos en humanos son los antígenos y el factor Rh.

V

50. VERDAD FILIATORIA

Es un hecho natural o biológico, el reflejo legal de un suceso natural, la procreación, como consecuencia del que nace un hijo o filii, y del que se derivan consecuencias jurídicas para el hijo en relación a su estado de filiación.