

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2006
PLAN DE ESTUDIO 1993.



**EL RESPETO DEL DEBIDO PROCESO Y LA LIBERTAD DE DECISIÓN DEL
PRESUNTO PADRE EN EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO DE
PATERNIDAD REALIZADO EN LOS TRIBUNALES DE FAMILIA DEL MUNICIPIO DE
SAN SALVADOR.**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE :
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADA POR:
FRANCISCO ISAÍ MENDOZA ARIAS
JOSÉ WALTER RAMÍREZ LEMUS
GIOVANNI ALEXANDER RIVERA CHAVEZ

DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
LICDA. INES ALICIA ESPINO TREJO.
FEBRERO DE 2007

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, EL SALVADOR CENTROAMERICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

RECTORA.
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ.-

VICE-RECTOR ACADEMICO.
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA.-

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA
DRA. CARLA RODRIGUEZ DE RIVAS.-

SECRETARIA GENERAL.
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS.-

FISCAL GENERAL.
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

DECANO.
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA.-

VICE-DECANO.
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS.-

SECRETARIO.
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNANDEZ.

UNIDAD DE SEMINARIO DE INVESTIGACION JURIDICA.
LICDA. BERTHA ALICIA HERNANDEZ AGUILA.

DIRECTOR DE SEMINARIO.
LICDA. INES ALICIA ESPINO TREJO.

INDICE.

Títulos y Subtítulos	Pág.
INTRODUCCION	i
CAPITULO I.	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PATERNIDAD.	1
1.1 Derecho Romano (Edad Antigua.)	1
1.2 Edad media.	4
1.3 Edad moderna (Actualidad)	6
CAPITULO II.	
RECONOCIMIENTO PROVOCADO DE PATERNIDAD.	14
2.1 Concepto, Naturaleza y Características.	14
2.2 Regulación Jurídica	19
2.3 Modalidades del reconocimiento Provocado de Paternidad	24
2.4 Jurisdicción y Competencia.	27
2.5 Resolución o Sentencia (Sana Crítica.)	30
2.6 Impugnación del Reconocimiento Provocado de Paternidad (Declaratoria Judicial de Paternidad)	36
CAPITULO III.	
PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR.	39

3.1 Concepto y Características.	40
3.2 Regulación Jurídica	41
CAPITULO IV.	
GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA LIBERTAD DE DECISIÓN.	
4.1 Principios y garantías que integran el debido proceso.	50
4.2 Derecho a la Libertad de Decisión.	63
4.3 Regulación en la Constitución de la República.	67
4.4 Regulación en los Tratados Internacionales.	75
4.5 Aplicación de las Garantías que integran el Debido Proceso y la Libertad de Decisión en el Reconocimiento Provocado de Paternidad	89
CAPITULO V.	
ANALISIS Y TABULACION DE DATOS EMPIRICOS.	
5.1 Análisis de Resultados de encuestas	102
5.2 Análisis de Resultados de entrevistas	108
5.3 Tabulación de datos empíricos.	116
CAPITULO VI.	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	
6.1 Conclusiones.	138

6.2 Recomendaciones.	146
Bibliografía	150

INTRODUCCION.

En el presente trabajo graduación se dará a conocer la posible problemática que existe entre la figura del Reconocimiento Provocado de Paternidad y la Sentencia declarativa de ésta, con las garantías que conforman el debido proceso, siendo estudiadas específicamente la presunción de inocencia, garantía de audiencia y principio de legalidad juntamente con la libertad de decisión del presunto padre al momento de que este se encuentra frente a esta clase de proceso.

Lo que se pretende determinar con este documento es establecer la forma en la cual opera la garantía constitucional del debido proceso y la libertad de decisión en el proceso de reconocimiento de paternidad en los casos que el presunto padre contestare evasivamente, no se presentare a la audiencia después de segunda citación o asistiendo a la misma se negare a realizarse la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad solicitada por dicho tribunal tal como lo establece el artículo 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia, sin dejar a un lado el Interés Superior del Menor en esta clase de procesos.

Como autores del presente trabajo de graduación preocupados por la posible violación de la seguridad jurídica, social, económica y familiar de los

demandados y la estabilidad familiar del menor; hemos tenido a bien realizar una investigación sobre esta figura jurídica, la cual nos encaminará a determinar con seguridad si existe o no vulneración a las garantías que integran el debido proceso y la libertad de decisión del demandado tanto a nivel de la legislación nacional como a nivel internacional mediante tratados y convenios ratificados por El Salvador.

Finalmente se presenta una breve descripción del documento que esta integrado por seis capítulos los cuales desarrollan de una forma específica los aspectos más importantes acerca de las figuras jurídicas que integran el tema del presente trabajo de graduación tales como el desarrollo histórico de la paternidad y su establecimiento, las particularidades del Reconocimiento Provocado de Paternidad, los aspectos básicos del Principio del Interés Superior del Menor, Las Garantías que integran el Debido Proceso y la Libertad de Decisión del presunto padre y la forma en que las mismas operan en el presente proceso objeto de estudio y la investigación de campo con la cual se establece la existencia o no de una violación al Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión del demandado, lo cual nos lleva a culminar con las Conclusiones y las Recomendaciones pertinentes, producto del análisis de los datos empíricos arrojados por las encuestas y entrevistas que fueron utilizados como instrumentos de investigación de campo, juntamente con una serie de textos que integran la bibliografía del mismo.

Capítulo I

Antecedentes Históricos de la Paternidad

1.1. Derecho Romano (Edad Antigua)

Podemos iniciar haciendo referencia al Derecho Romano, en el cual la condición de hijo natural surgía del concubinato, que era una forma permitida por la ley de unirse dos personas (de condición desigual). Los hijos de personas libres no unidas en matrimonio, ni en concubinato, no tenían la condición de naturales por considerarse que sus padres habían cometido el Delito de Estupro.

En el Derecho Romano se dieron entre otras, las tradiciones siguientes:

“El Tollere Liberum”, que era aquella ceremonia por medio de la cual el marido o jefe del grupo familiar aceptaba o rechazaba al recién nacido que era presentado, actitud que permitía ó impedía su entrada en la familia y que en algunos pueblos, y por algunos autores ha sido interpretada como reconocimiento de la propia paternidad y origen del poder paterno.

Regla Pauliana “Pater Is Est quean nuptiate demostrant”, adagio latino, según el cual se presume que es el padre el que el matrimonio indica o sea, el marido de la madre.

Para algunos autores esta regla significaba la obligación para el marido de cargar con todo el embarazo hasta el nacimiento del hijo, como la supresión del derecho de rechazar al hijo que ya judicialmente estaba demostrado como perteneciente al padre.

Pero para Perozzi, la regla “Pater Is Est”, no tiene sino un valor negativo ya que el hijo no concebido en matrimonio no es por ello sin más hijo suyo, ni se presume que sea su hijo. Similar interpretación hace Royo Martínez, para quien tal regla significaba que ha de ser tenido por padre al varón casado con la madre. ¹

No obstante lo anterior el “Pater Is Est”, también era un claro ejemplo de una presunción de paternidad legítima, ya que para los Romanos, esta figura era la exclusión por definición de toda posible paternidad ilegítima debido a que, para que dicha Regla procediera era necesario la existencia de un vínculo

¹ Efectos jurídicos en la Declaratoria Judicial de Paternidad cuando la parte demandada se niega a efectuarse la prueba de A. D. N, Callejas Silvia, Tesis, Universidad de El Salvador 2000, páginas 7 y8.

matrimonial entre los progenitores, rechazando de esta forma los adulterios y los nacidos productos de violaciones o estupro.

Por su parte el “Pater Is Est”, tuvo para los comunistas (sector muy importante en el Derecho Romano), un carácter muy especial, ya que estos no le dieron un carácter general que tradicionalmente se le dio, sino que se presentó como una presunción individual en cada caso concreto, es decir que no puede hablarse de que solamente los hijos nacidos de dos casados son pertenecientes al supuesto padre, sino que lógicamente un nacido de dos casados produce la idea que el marido de la mujer debe ser el padre, pero realmente un hombre podría ser casado y procrear fuera del matrimonio más hijos, por lo que el “Pater Is Est”, es más que una figura para establecer la paternidad de un hombre sobre un nacido, funcionaba principalmente como método para controlar la moral y la conducta de un hombre teniendo como inferiores a los nacidos fuera del matrimonio.

Finalmente en Roma y 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.²

1.2. EDAD MEDIA (ESPAÑA, INGLATERRA Y FRANCIA)

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.

Más tarde el Rey Alfonso “El Sabio” tomo 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 por que eran hechos contra la Ley Divina y contra la Razón Natural.

La 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

² Declaratoria Judicial de Paternidad e Investigación de Reconocimiento Voluntario, López Cortez, Julia María, Universidad de El Salvador, página 6.

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 aún 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.³

Los aspectos autoritarios del cristianismo en España, Francia e Inglaterra durante la Edad Media, a través de la Iglesia fueron un baluarte de las restricciones que sufrieron los hijos nacidos fuera del hogar, los cuales fueron llamados como “Bastardos”, ya que la existencia de estos debería de entenderse como la consumación del pecado y que por lo tanto el presunto padre estaba legitimado por la Iglesia y el Cristianismo a olvidar e ignorar la existencia de cualquier hijo que no hubiese nacido dentro del hogar cristiano.

³ Efectos Jurídicos en la Declaratoria Judicial de Paternidad, cuando la parte demandada se niega a efectuarse la prueba de A. D. N. Callejas, Silvia, Tesis, Universidad de El Salvador, 2000, página 8.

Claro ejemplo de lo anterior era el hecho de que los miembros de la nobleza podían abusar de campesinas que habitaban en sus propiedades o de sirvientas que estaban a su servicio, ya que dichas personas tenían la categoría de cosas y los hijos que nacían producto de estos abusos podían ser muertos por orden de sus padres y si vivían únicamente tenían la calidad de esclavos, es decir, de una propiedad más de su dueño y en ningún momento podían optar a un apellido, a las posesiones materiales de sus padres biológicos y mucho menos a una aposición dentro de la nobleza a menos que así lo dispusiera su padre.

Finalmente la situación desfavorable de los llamados “bastardos” se pudo apreciar en el hecho de que la Carta Magna que fue establecida como máxima Norma en Inglaterra durante el Reinado de Juan Sin Tierra, únicamente hacía referencia a pocas obligaciones que el padre tenía con sus hijos, señalando específicamente que hijo es aquel que ha nacido dentro del matrimonio y por lo tanto desde un punto de vista legal el Reino únicamente debe protección a esta clase de persona.

1.3. EDAD MODERNA (ACTUALIDAD)

A partir de 1900 en adelante la paternidad y su establecimiento cambia radicalmente, teniendo como principal cuna de dicho cambio al Continente Europeo.

El Código Civil Español antes de la reforma de 1931, era contrario a la libre investigación de la Paternidad y hablaba del reconocimiento forzoso de parte del padre cuando existiera prueba documentada del mismo o posesión continuada de estado por parte del hijo, y en los casos de violación y estupro.

Se trataba de supuestos concretos con medios de prueba tasados con los que se descartaba llegar a la afirmación de la paternidad natural mediante conjeturas ó indicio.

En el año de 1946 el Parlamento Inglés estableció en su Constitución que la Paternidad debía ser una obligación del Padre con respecto a su supuesto hijo, que fue el Primer Decreto que se emitió en el Derecho Constitucional Inglés regulando la paternidad.

Desde el punto de vista Constitucional la materia de familia aparece en nuestro país (El Salvador), en la época del Constitucionalismo Social que influye en nuestro país y en el resto del mundo. En nuestro país aparece por primera vez regulada la familia en la Constitución de 1864 en la que se considera a la familia como la base del Estado (se trataba del artículo 76), que representa el origen más remoto del actual artículo 32 de la Constitución vigente, la Constitución Política de la República de Centro América de 1921, también retomó dentro de su normativa disposiciones de carácter familiar, entre ellas el artículo 169, el cual textualmente decía: "La Ley garantizará la investigación de la Paternidad

con el objeto de que los hijos nacidos fuera del matrimonio puedan obtener los medios necesarios para su educación física, moral e intelectual”.

La idea anterior; respecto a los derechos sociales, se repite en la Constitución de 1939, la cual se constituye en la Primera Constitución Salvadoreña como Estado Unitario, sin embargo no se manifestó sobre la investigación de la Paternidad; lo cual tiene lugar hasta 1944 con las Reformas Constitucionales que se dan en dicho año; en donde el artículo 60 de la Constitución tiene un inciso extra en el que se contempló que los padres tiene los mismos deberes para con sus hijos sin importar si provienen del matrimonio o de uniones libres, situación que es ratificada en la Constitución de 1945.⁴

Posteriormente se llega a la Constitución de 1950, que es la primera de las Constituciones Salvadoreñas que estructura un Estado Social y que dedica parte de su articulado a los Derechos Sociales incluyendo los Familiares, dándose un paso trascendental en materia de familia, ejemplo de esto es el artículo 181 de la Constitución que expresa: “Los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, y los adoptivos tienen iguales derechos en cuanto al nombre, educación y a la asistencia, situación que es ratificada por la Constitución de 1962.

⁴ Tribunal Supremo de España, Investigación de la Paternidad, Primera Edición, Editorial Tecnox, 1992, página 6.

Por último se llega a la Constitución de 1983 que busca erradicar toda clase de discriminación por causa de la filiación, en este sentido el artículo 36 de la misma señala “que los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, así como los adoptivos tiene iguales derechos frente a sus padres y que habrá una ley que determinará las formas de investigar y establecer la Paternidad. Esta Ley es el actual Código de Familia y la Ley Procesal de Familia los cuales desarrollan las disposiciones Constitucionales en sus artículos del 140 al 150 y del 140 al 143 respectivamente, pero hablando de la ley secundaria hasta hace poco las Instituciones de Familia eran reguladas por el Código Civil que data desde 1860. El Código Civil Salvadoreño tuvo como antecedente el Código Civil Chileno, que en cuanto al tema de filiación la regulaba de una forma discriminatoria basada en la tradicional clasificación de hijos legítimos (nacidos dentro del matrimonio) e ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio) de conformidad al artículo 35 del Código Civil Salvadoreño.

De acuerdo al artículo 37 del Código Civil Salvadoreño de 1860 eran hijos naturales aquellos cuyos padres podían casarse con sus madres sin dispensa y se llamaban Espurios los Bastardos (producto de adulterios, artículo 38 del Código Civil), el hijo natural reconocido en las circunstancias anteriores dejaba de ser bastardo y adquiría derechos frente a sus padres como los de alimento, crianza y cuidado personal al ser reconocidos.

En el período comprendido entre la promulgación del Código Civil y la Ley de Reformas del 30 de marzo de 1880, puede afirmarse que el establecimiento de la Paternidad del hijo fuera del matrimonio solamente era posible por un acto voluntario, en virtud de la Ley del 30 de Marzo de 1880, la situación del hijo extra matrimonial mejoró notablemente, pues por esa ley, se permite al padre reconocer voluntariamente al hijo (a) como natural, sin importar cual fuere el origen filiatorio.

El Código Civil, es reformado por segunda vez mediante la ley de reforma decretada el 4 de Agosto de 1902, por medio de la cual se incorporan al reconocimiento voluntario, dos modos que antes eran medios de indagación de paternidad ilegítima y se mantiene el rapto como causa de investigación de Paternidad.

En esa misma ley, se incorporan dos artículos que se refieren al reconocimiento provocado de hijo (a) natural, para lo cual al hijo (a) espurio se le concedía el derecho de hacer citar a su presunto padre, a fin de que declarara ante el juez bajo juramento si creía serlo; si el supuesto padre no comparecía a la segunda cita, tal actitud se toma como reconocida la paternidad natural.

Por ley publicada el 21 de Junio de 1907, el primitivo artículo 275 del Código Civil, que en la edición de 1904, tenía el número 283, fue reformado en los siguientes términos:

“El reconocimiento puede hacerse:

1º Por instrumento público;

2º Por acto testamentario;

3º Por acta de matrimonio en el caso del artículo 220;

4º Por escritos u otros actos judiciales

5º Firmando el padre en concepto de tal, la respectiva partida de nacimiento;

6º Criando y educando el padre a sus expensas al hijo en concepto de tal”.

En El Salvador, habría de pasar veinte años más para que se permitiera la Investigación Judicial de la Paternidad. Este acontecimiento tiene lugar en 1928, año en que se introduce al Código Civil una reforma fundamental en materia de paternidad, mediante la cual se da la investigación judicial de la paternidad del hijo (a) nacido fuera del matrimonio, y se instituyó el reconocimiento forzado de hijo (a) natural con igual valor que el reconocimiento voluntario y se llegó a considerar el concubinato notorio como hecho determinante de la paternidad natural.

Desde 1928, hasta los días antes que entrara en vigencia nuestro Código de Familia (Octubre de 1994), la legislación secundaria en esta materia se

mantuvo igual en lo que atañe a la investigación y forma de establecer la paternidad.

En resumen la investigación de la paternidad en nuestra legislación estuvo prohibida, en el período comprendido entre la promulgación del Código Civil hasta la Ley del 4 de Agosto de 1902; de esta ley hasta la del 24 de Junio de 1907, es causa de investigación de paternidad el rapto; y de esta ley a la de 1928, son causas de investigación de la paternidad la violación, el estupro y el rapto. De 1928 en adelante, en El Salvador es permitida la investigación de la paternidad, mediante todos los medios de prueba admisibles en el proceso civil, pero en los casos taxativamente determinados por la Ley.

Es así como llegamos al actual Código de Familia, el cual entró en vigencia el uno de octubre de 1994, recogiendo los principios propios del Derecho de Familia contemporáneo, tales como el principio igualitario (artículo 4 Código de Familia), que en pocas palabras consiste en igualar a los hijos (as) nacidos dentro o fuera del matrimonio, con lo que queda en desuso la obsoleta clasificación tradicional que se hacía de los hijos (as) y que ya fue expuesta anteriormente, por lo que actualmente el reconocimiento provocado de paternidad se declara en base a los artículos 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia de la siguiente manera:

1º Por la realización de la prueba científica de paternidad

2º Por no presentarse a la 2ª citación para realizar la prueba de paternidad

3º Por negarse a realizarse la prueba de paternidad

4º Por responder evasivamente a las preguntas que se le realizan al presunto padre.⁵

⁵ Comisión Coordinadora para el Sector Justicia, Tomo I, 1ª Edición 1994, página 112.

Capítulo II

Reconocimiento Provocado de Paternidad

2.1. Concepto, Naturaleza Jurídica y Características

2.1.1. Concepto

Etimológicamente el reconocimiento provocado de paternidad, esta integrado por dos raíces o elementos que lo constituyen: El Primero es el término “Reconocimiento”, que es el acto jurídico destinado a establecer el vínculo legal de la filiación y el Segundo es el término “Provocado”, que consiste en el acto mediante el cual se obliga a ejecutar una determinada conducta.

El reconocimiento provocado de paternidad puede ser visto desde diferentes ángulos y puede ser estudiado desde una serie de posiciones y vertientes tales como sociológicas, morales, religiosas, económicas y jurídicas.

Pero, por ser necesario establecer de forma clara que es el Reconocimiento Provocado de Paternidad desde una perspectiva Jurídica que este encaminada a determinar el respeto que dicha institución guarda a las garantías constitucionales de presunción de inocencia, derecho de audiencia y principio de legalidad, que a su vez integran la garantía del debido proceso y el respeto al derecho de Libertad de decisión del presunto padre, definimos al

Reconocimiento Provocado de Paternidad como: El acto mediante el cual el presunto padre es obligado a reconocer su paternidad o filiación sobre un hijo nacido que produce como efecto obligaciones del padre en relación al hijo siendo este acto impugnabile.

2.1.2. Naturaleza Jurídica.

a) Un Medio de Prueba:

El Reconocimiento Provocado de la Paternidad es para algunos autores más que un proceso, el medio de prueba que crea y fundamenta la pretensión de la parte actora, de manera que el hecho de que el supuesto padre se practique la prueba de paternidad o se abstenga de hacerlo le permite al juez competente establecer si existe o no una Relación Filial entre un hombre y su supuesto hijo. Bajo este criterio el Medio de Prueba es en sí el proceso y la sentencia que dicta el juez no es nada más que el efecto de convicción que la prueba produce en este.⁶

b) Un Derecho del Presunto Hijo:

Este criterio se basa en lo establecido en el Artículo 146 del Código de Familia, ya que ahí se establece que el hijo no Reconocido “tiene derecho” a que se cite a su supuesto padre, de manera que el Reconocimiento Provocado de Paternidad se presenta como la Concretización del Derecho que tiene el hijo no

⁶ www.Biblio/MendezCosta, Manual de Familia, Tomo I, 1ª Edición, Página 15.

Reconocido de exigirle a su progenitor biológico que este le proporcione el Reconocimiento Jurídico y le satisfaga las necesidades que el ordenamiento jurídico le señala.⁷

c) Un Proceso Especial:

Muchas veces se ha negado que el Reconocimiento Provocado de Paternidad sea un proceso, sin embargo Eduardo Zanoni, señala que aún y cuando dicha figura jurídica no encaja en el tradicional esquema del proceso, este guarda cierta relación con el mismo, debido a que siempre es necesario que exista una pretensión de la parte actora lo cual se presenta mediante una demanda de paternidad, en segundo lugar el demandado debe ser notificado o emplazado para asistir a realizarse la Prueba de Paternidad, en tercer lugar es precisamente la Prueba Científica la que vendría a culpar o a absolver al presunto padre de la responsabilidad paternal , lo que equivale a la etapa probatoria y finalmente el resultado del proceso sería el establecimiento de la paternidad, es decir, la sentencia que culmina este tipo de proceso especial o Sui Generis.

d) Un Reconocimiento Tácito:

Según González Amaya, Fernando, en su tesis “La Declaración Judicial de la Paternidad”, el Reconocimiento Provocado de la Paternidad, siempre será un

⁷ Vásquez López, Luis, Estudio del Código de Familia, 1ª Edición, Página 24.

Reconocimiento por parte del presunto padre que lo diferencia del voluntario por que este último es expreso y el provocado es tácito.

Dicha afirmación se fundamenta en el hecho de que el presunto padre expresa su culpabilidad o su responsabilidad paternal al inasistir o negarse a la realización de la Prueba Científica de Paternidad, ya que dichas conductas dan lugar al surgimiento de una presunción legal que admite prueba en contrario, más sin embargo la intención expresa del presunto padre de Realizarse la Prueba de Paternidad da a entender la inocencia de la cual goza.

Esta teoría según el Lic. Luis Vásquez López, es inadmisibile, ya que desde su perspectiva como conocedor del derecho, no es posible que la conducta de una persona sea tomada como una confesión o Reconocimiento de una obligación, puesto que tal afirmación violenta la tesis de la Voluntad de la Persona, la cual expresa que la conducta del ser humano únicamente produce efectos legales cuando dicha conducta es acompañada de una manifestación clara, libre e inequívoca del consentimiento que gobierna su voluntad.

e) Un Acto Jurídico

Manuel Osorio, sostiene que el Reconocimiento Provocado de Paternidad es un acto jurídico, debido a que esta figura contiene 3 elementos básicos que todo

acto posee los cuales son: a) Sujetos Jurídicos, b) La Regulación de una Acción y c) Una Consecuencia en la Esfera Jurídica.

Finalmente mediante la Realización de una mini encuesta en los Tribunales de Familia del Municipio de San Salvador en la cual se presentan las diferentes posiciones doctrinarias que existen sobre la posible Naturaleza Jurídica del Reconocimiento Provocado de Paternidad se llega a la conclusión que dicha figura jurídica no es nada más que un acto jurídico que constituye al mismo tiempo en sí mismo un proceso especial o sui generis.

2.1.3. Características

Tomando como base el Ordenamiento Jurídico de nuestro país, se establecen como características del Reconocimiento Provocado de Paternidad las siguientes:

a) Tiene un Carácter Semi – Contencioso : Esto significa que existe una confrontación entre dos pretensiones, sin embargo no puede hablarse de una contención plena en vista de que el presunto padre puede aceptar practicarse la Prueba Científica de Paternidad lo que implica la unificación de ambas pretensiones en ciertos casos.

b) Tiene Carácter Conclusivo : Esto significa que se realice o no se realice la Prueba Científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad, el conflicto jurídico concluye.

c) Tiene Carácter Potestativo: Esto significa que el presunto padre tiene todo el derecho de realizar o no la Prueba de Paternidad asumiendo los efectos legales de su decisión.

2.2. Regulación Jurídica

El Reconocimiento Provocado de Paternidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado tanto a nivel constitucional, internacional y a nivel de Leyes Secundarias, aunque en algunas ocasiones dicha regulación no es expresa, por lo tanto dicha normativa se manifiesta de la siguiente manera:

a) Normativa Constitucional:

La Constitución Vigente (1983) le ha dado una posición muy importante al núcleo familiar al tomarlo en cuenta dentro del Capítulo II, llamado Derechos Sociales en su sección I, nombrando a dicha sección como “La Familia”, normando a la misma en los artículos 32 al 36 de la Constitución. Específicamente lo que atañe al Reconocimiento Provocado de Paternidad es el inciso último del artículo 36 de la Constitución en la cual se proclama que la Ley determinara así mismo las formas de investigar y determinar la paternidad.

Por lo que el inciso último del artículo 36 de la Constitución se considera la base o fundamento legal que habilita la Regulación del Reconocimiento Provocado

de Paternidad a nivel de Derecho Internacional y a nivel de Ley Secundaria en nuestro país.

b) Normativa Internacional:

La Normativa Internacional juega un papel importante en el Reconocimiento de la Paternidad, es así, que tomando en cuenta el interés superior del menor como uno de los elementos fundamentales de dicha figura jurídica y el hecho de que aún y cuando los tratados son Normas de Derecho Internacional, es necesario recordar que el artículo 144 de nuestra Constitución determina que estos (los tratados), al ser ratificados se convierten en Ley de la República al entrar en vigencia y por lo tanto son pertinentes para regular lo concerniente al Reconocimiento de la Paternidad en nuestro país.

A continuación se detallan los Principales Tratados Internacionales que han sido ratificados por nuestro país y que regulan lo pertinente al Reconocimiento Provocado de la Paternidad:

1º Convención sobre los Derechos del Niño:

Dicha convención fue adaptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de Noviembre de 1989 y puesto en vigencia el 2 de Septiembre de 1990 y ratificada por El Salvador el 26 de Enero de 1990.

Este tratado regula lo concerniente al Reconocimiento Provocado de la Paternidad en su artículo 7 inciso primero que establece: “El niño será inscrito 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.

2º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

En este pacto El Salvador adhirió al artículo 49 del mismo, el 21 de Septiembre de 1967 y fue ratificado el 23 de Noviembre de 1979.

De este pacto interesa por el tema que se está investigando el artículo 23 el cual proclama el derecho del niño a ser protegido por su familia, la sociedad y el estado desde su nacimiento y sin discriminación alguna.

3º Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Este pacto fue suscrito por El Salvador el 21 de Septiembre de 1977 y se ratificó el 23 de Noviembre de 1979.

En este instrumento internacional en su artículo 10 numerales, 1º y 3º establecen lo fundamental del rol que juega la familia en la sociedad, así como también señala la necesidad de adoptar medidas especiales encaminadas a la protección y asistencia de los niños y adolescentes. Reforzando así lo establecido por los tratados anteriormente citados.

c) Normativa Secundaria

El reconocimiento provocado de paternidad es una oportunidad que el Estado otorga al hijo no reconocido voluntariamente por su padre o cuya paternidad no se presume conforme a las disposiciones del Código de Familia y de la Ley Procesal de Familia, con el objeto de desarrollar los preceptos constitucionales que protegen tanto a la familia como al menor.

1º Código de Familia

Este cuerpo normativo entró en vigencia el 1º de octubre del año 1994, separando de esta forma las normas jurídicas referidas a la familia del ordenamiento jurídico civil y creando al mismo tiempo un cuerpo normativo independiente con una finalidad propia que fue establecer el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas de la tercera edad.

Este cuerpo normativo regula en el artículo 146 el derecho que tiene un hijo no reconocido voluntariamente por su padre de exigir la declaratoria de paternidad cuando el presunto padre no asistiere por segunda vez a la audiencia para la realización de la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad, cuando asistiendo se negare a practicarse dicha prueba de paternidad o respondiera de forma evasiva a las preguntas que se le realizan.

2º Ley Procesal de Familia

Esta ley secundaria entra en vigencia el 1º de Octubre del año 1994, teniendo como finalidad establecer la normativa procesal para hacer efectivo los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes sobre la materia.

Esta norma secundaria establece en su artículo 143 el procedimiento a través del cual se realiza el reconocimiento provocado de paternidad cuando el presunto padre incurriere en cualquiera de las causales contenidas en el artículo 146 del Código de Familia ya que esta último es desarrollado por el artículo anteriormente citado.

Este artículo constituye ser la parte procesal del Reconocimiento Provocado de Paternidad debido a que regula las etapas básicas de este proceso especial que son: La Presentación de la Solicitud del Reconocimiento Provocado, La Citación al presunto padre para la Audiencia correspondiente en un plazo de 3 días hábiles, Los Efectos Jurídicos de inasistir a la audiencia, de negarse a realizar la Prueba Científica de Paternidad o de Responder evasivamente a las preguntas que se le realizan al presunto padre, la inscripción de la paternidad en el Registro correspondiente y la posibilidad del sentenciado como padre de recurrir la Resolución del Juez.

2.3. Modalidades del Reconocimiento Provocado de Paternidad.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico nacional y en específico considerando los artículos 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia, podemos establecer que el Reconocimiento Provocado de Paternidad tiene 4 modalidades que son:

a) La Realización de la Prueba Científica, Hereditaria y Antropomórfica de Paternidad:

Esta modalidad consiste en la Realización de un estudio profundo de las distintas condiciones patológicas del ser humano realizado a través de un examen o procedimiento científico de A. D. N. con un alto grado de efectividad que permite establecer la filiación o vínculo familiar entre una persona y sus supuesto hijo.

Dicha modalidad la encontramos regulada en el artículo 146 inciso primero parte última del Código de Familia y se caracteriza por establecer de forma clara y contundente la paternidad o la no paternidad del demandado.

b) Respuestas Evasivas o Negarse a Declarar:

Esta modalidad consiste en el hecho de que el presunto padre, asiste a las audiencia fijada por el Juez en un plazo de 3 días hábiles y después de prestar

juramento es sometido a un interrogatorio sobre su paternidad con respecto a un nacido que no ha sido reconocido.

En esta modalidad que se encuentra regulado en el artículo 143 inciso Primero de La Ley Procesal de Familia, la Declaratoria de Paternidad es producida por la negativa de el demandado a declarar o por responder evasivamente a las preguntas que se le realizan.

Actualmente esta modalidad se encuentra casi extinta y muchos autores entre ellos Luis Vásquez López, consideran que dicha declaración de paternidad no es de el todo apegado a la realidad ya que si bien es cierto que se da a entender que el demandado esconde algo con su actitud, no existe ni siquiera una presunción legal que fundamente dicha sentencia. ⁸

c) Inasistencia a la Audiencia

La presente modalidad también se caracteriza por el hecho de que el juez fija una audiencia en un plazo de 3 días hábiles a la cual deberá presentarse el demandado, su inasistencia provoca que se de una nueva citación y si en dado caso se da una nueva inasistencia, la Ley Facultad al Juez para declarar al demandado como padre del supuesto hijo.

⁸ Vásquez López, Luis, Estudio del Código de Familia, Tomo I, Primera Edición, Página 34.

Dicha modalidad la encontramos regulada en el artículo 146 inciso tercero del Código de Familia y 143 inciso tercero de la Ley procesal de Familia y se fundamenta en el hecho de que el demandado ha renunciado a su derecho de audiencia y que su inasistencia es una clara aceptación de su paternidad por lo que el Juez está obligado por la misma Ley a declarar la paternidad del mismo.

d) La No Realización de la Prueba Científica, Hereditaria y Antropomórfica de Paternidad.

Esta modalidad se basa en que el demandado aún y cuando se presenta ante el juez, se niega a efectuarse la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad y por lo tanto acepta la consecuencia jurídica de su conducta, que es ser declarado padre del menor.

La presente modalidad la encontramos regulada en los artículos 146 inciso tercero del Código de Familia y 143 inciso segundo de la Ley procesal de Familia, dicha modalidad se fundamenta en la negativa del presunto padre de realizar la prueba, lo cual produce en la convicción del juez una presunción legal de la responsabilidad del demandado, ya que de lo contrario lo más correcto sería la realización del examen científico para demostrar su inocencia, por lo que la ley señala que en dicha situación y basándose en las reglas de la

sana crítica el juez debe declarar la filiación del demandado con su presente hijo.⁹

2.4. Jurisdicción y Competencia

El artículo 7 literal F de la Ley Procesal de Familia establece que el juez en materia de Familia tiene el deber de resolver los asuntos sometidos a su decisión y por ser el reconocimiento provocado de paternidad una figura propia de esta rama de derecho, se llega a la conclusión que dicho juez tiene competencia para conocer de dicho conflicto jurídico.

Si la jurisdicción es la facultad que un juez tiene para administrar justicia y la competencia es el ámbito espacial y temporal en el cual dicho juez ejerce su jurisdicción, es claro que tanto el artículo 146 del Código de Familia y el 143 de la Ley Procesal de Familia le conceden al juez dentro de su jurisdicción las siguientes competencias:

- a)** Conocer del Reconocimiento provocado de paternidad
- b)** Ordenar cuando considere pertinente la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad.

⁹ Carrasco de Jiménez, Patricia, Análisis del Anteproyecto del Código de Familia, Tesis, San Salvador, Página 42.

- c) Declarar la paternidad del demandado cuando este incurra en cualquiera de las situaciones que señala el artículo 146 del Código de Familia utilizando las reglas de la sana crítica y basándose únicamente en una presunción que admite prueba en contrario y puede ser objeto de impugnación.
- d) Calificar la demanda de impugnación de paternidad regulado en el artículo 151 de la Ley Procesal de Familia.
- e) Ordenar la realización de la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad cuando esta no se hubiese realizado y dicha situación hubiese provocado la declaratoria de paternidad.
- f) Impugnar la paternidad que ha sido declarada mediante sentencia cuando se ha logrado demostrar mediante la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad que el demandado no tiene un vínculo biológico con su supuesto hijo.

2.4.1. Criterios de Competencia

a) Razón de la Materia: El Juez conoce del Reconocimiento Provocado de paternidad por que es una figura jurídica de el derecho de familia .

b) Razón del Territorio: El Juez de Familia únicamente puede conocer de los procesos del Reconocimiento Provocado de Paternidad que se efectúan en la circunscripción territorial donde está ubicada la sede judicial.

c) Razón del Grado: El Juez de Familia conoce en primera instancia del proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad y de la impugnación de paternidad y únicamente conocerá en segunda instancia el Magistrado de Cámara cuando se declara inadmisibile la demanda de impugnación de paternidad a través del Recurso de Apelación.

d) Razón de la Cuantía: Este criterio no se aplica en el derecho de familia.

2.4.2. Reglas de Competencia

En el Derecho de Familia existen múltiples Reglas para determinar la competencia de un juez, pero para el caso del Reconocimiento Provocado de Paternidad solo se aplican dos reglas las cuales son:

a) El Lugar del Domicilio del Demandado: En este caso el supuesto padre debe ser demandado en el tribunal que se ubica en la región territorial donde posee su domicilio el demandado.

b) La Acumulación de Procesos: En este caso el presunto padre podrá ser demandado en un tribunal de familia en el cual se este discutiendo la

situación jurídica de este, siempre y cuando la acumulación de procesos no provoque contradicción entre los mismos.¹⁰

2.5. Resolución o Sentencia.

2.5.1 Clasificación de la resolución del Reconocimiento Provocado de Paternidad.

Para poder llevar a cabo un estudio más exhaustivo sobre la sentencia que se dicta en el Proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad, debemos saber como se clasifican las sentencias, para luego poder clasificar la misma dentro de los diferentes tipos de sentencias que existen según la doctrina.

La doctrina clasifica las sentencias de la siguiente manera:

a) Según al derecho material o sustancial que ellas ponen en vigor estas son:

- *Sentencias Declarativas o de mera Declaración:* Son aquellos que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho, o sea se limitan a una simple declaración del derecho.

¹⁰ Ovalle Farela, José, "Teoría del Proceso", Textos Jurídicos Universitarios de México, Tercera Edición, 1999, Páginas 39 y 44.

- *Sentencias de Condena*: son las que imponen una prestación tanto en el sentido positivo (dar, hacer) como en el sentido negativo (no hacer.)

- *Sentencias Constitutivas*: son aquellas que sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico, es decir que originan situaciones jurídicas nuevas.

- *Sentencias Cautelares*: llamadas también medidas de garantía o acciones preventivas y son aquellas que no suponen un pronunciamiento sobre el fondo del derecho sino que se limitan a decretar en vía sumaria una medida de seguridad.

b) Según que la sentencia admita o no las pretensiones del autor decimos que las sentencias se clasifican en:

- *Sentencias estimativas*: son aquellas que favorecen o acogen lo que el actor ha planteado.

- *Sentencias desestimativas*: son aquellas que deniega o rechaza la pretensión del actor.

Ahora bien, ya que tenemos una clasificación de las sentencias podemos concluir que la sentencia emitida en el Proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad se adecua a los siguientes tipos de sentencia anteriormente mencionados:

Es declarativa porque expone la existencia del derecho que tiene el hijo a conocer la identidad de su padre biológica.

Es Constitutiva porque crea, modifica o extingue la relación paterno filial que existe entre el presunto padre y el menor actor en esta clase de proceso especial.

Y finalmente este tipo de sentencia puede ser estimativa o desestimativa dependiendo de las resultas del Proceso de Reconocimiento Provocado de paternidad.

2.5.2 Sana Crítica.

En todo proceso en materia de familia el juzgador debe de valorizar las pruebas y por lo tanto dictaminar sentencia en el proceso mediante el sistema de valoración de la Sana Crítica, el Proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad no es la excepción, por lo tanto, para el estudio de este es necesario desglosar en que consiste dicho sistema de valoración de la prueba.

a) Concepto:

La Sana Crítica es el medio de valoración de la prueba en el cual el juez valora los elementos probatorios basándose en criterios propios o personalistas, lo cual no implica que el juez pueda dejar de valorar ciertos medios de prueba que tienen un nivel de convicción pleno.

Como todo sistema jurídico la sana crítica tiene la desventaja de que en determinado momento el juez puede abusar de sus facultades y cometer actos de arbitrariedad precisamente por la permisividad de este sistema, dicha deficiencia es solucionada debido a que el juez aún y cuando es libre de valorar la prueba y sentencia en base a esta valoración, el juez tiene la obligación de razonar y fundamentar sus sentencias lo cual constituye un límite legal a las facultades plenas que otorga la sana crítica.

b) Reglas de la Sana Crítica

La Sana Crítica como Sistema de Valoración de la Prueba y base de una sentencia está integrada por 3 reglas o criterios fundamentales que son:

1º Regla de la Experiencia: El Juez aplica en sus resoluciones conocimientos provenientes de hechos y situaciones surgidas con anterioridad al conflicto jurídico que es sometido a su conocimiento.

2º Regla de la Lógica: El Juez debe resolver utilizando los conocimientos generales y racionales que la misma realidad le proporciona de manera que no deba considerar situaciones contrarias a la Razón del Ser Humano.

3º Regla de la Psicología: El Juez debe resolver considerando aspectos propios del interior del Ser Humano a fin de comprender las verdaderas razones que motivan una determinada conducta. ¹¹

c) La Sana Crítica en el Reconocimiento Provocado de Paternidad.

Cuando se produce la Declaratoria de Paternidad en un proceso de Reconocimiento Provocado por motivos tales como son la inasistencia a la audiencia fijada por el juez en un plazo de 3 días hábiles sin justo impedimento, por negarse a declarar o responder evasivamente a las preguntas que se le realizan o negarse a practicarse la prueba de paternidad, el juez en base a lo establecido en los artículos 146 del Código de Familia y 143 de la Ley procesal de Familia, ha sentenciado utilizando la Sana Crítica, ya que al no existir una prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad, realmente no puede aseverarse que se tenga una prueba fehaciente de la paternidad del demandado, por el contrario lo único que posee el juez para emitir dicha sentencia es una presunción legal que admite prueba en contrario que

¹¹ Derecho Probatorio, Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la UES, Página 8, San Salvador, El Salvador.

juntamente con la Sana Crítica de la cual hace uso el juzgador le permite llegar a la convicción de que tales conductas expresan de forma tácita la culpabilidad del demandado.

No obstante es necesario aclarar que la Sana Crítica no se aplica en su totalidad en el Reconocimiento Provocado de Paternidad ya que tanto en el artículo 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia se establece que si el demandado incurre en cualquiera de las causales que señalan los artículos citados anteriormente, el juez deberá declarar la paternidad, sin embargo el artículo 56 de la Ley Procesal de Familia, establece que las pruebas se apreciarán por el juez según las reglas de la Sana Crítica y ante la ausencia de la prueba científica de paternidad o la declaración del presunto padre lo único que puede constituirse como medio de prueba es la conducta del propio demandado y desde el punto de vista jurídico solo se cuenta con una presunción, por lo que el juez para fundamentar la sentencia en la que declara la paternidad debe hacer uso de la Sana Crítica para que esa presunción tenga la suficiente fuerza probatoria para que la sentencia no sea objeto de impugnación.

2.6 Impugnación del Reconocimiento Provocado de Paternidad (Declaratoria Judicial de Paternidad.)

El Art. 146 inc. 3º C. F. dispone a la letra: "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 del vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla.

Este derecho de impugnación es la clave para resolver la dificultad planteada y así determinar quien es la persona que está legitimado activamente para promover la acción que pretende entablar.

La acción para impugnar la paternidad así establecida, no tiene regulación expresa en el Código de Familia, por tanto para poder ejercerla es necesario hacer uso de una interpretación analógica de las disposiciones pertinentes, esto es, los Arts. 151 y el 156 que se refieren a la impugnación de la paternidad y a la impugnación del reconocimiento voluntario. Por tratarse de una paternidad no matrimonial establecida en Diligencias de Reconocimiento Provocado, es más acertado aplicar en lo pertinente lo que dispone el Art. 156 C. F. respecto del reconocimiento voluntario, a pesar de tratarse de un reconocimiento no voluntario, pues como ya se dijo no existe disposición expresa, pero no por ello dejará de resolverse esa acción que la misma ley franquea para los casos del reconocimiento provocado. En relación a la falta de norma expresa que regule

el caso planteado, el art. 7 L. Pr. F. establece que "El (la) Juez (a) está obligado a: f) Resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal".

Además, nuestra posición se sustenta en el Art. 9 C. F., que al respecto expresa que los casos no previstos, se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas. El mismo artículo dispone que cuando no sea posible determinar el derecho aplicable –entiéndase la norma que contemple el caso concreto- deberá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, atendiendo a la naturaleza del derecho de familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos en razones de buen sentido y equidad.

Volviendo al inc. 3° del Art. 146 C. F., ya transcrito, entendemos que el derecho de impugnar la paternidad, que se ha decretado en razón de lo dispuesto en esa disposición, corresponde al hombre que se considera afectado con la decisión judicial, a fin de que mediante la impugnación pueda probar que no es el padre de ese hijo (a) y que su negativa a comparecer obedeció a factores que justifican su inasistencia a ese acto judicial.

Debe aclararse que por un lado puede haber lugar a que la decisión que tiene por reconocida la paternidad puede ser objeto de impugnación vía recurso de

apelación o de revocatoria, o bien puede dar lugar a la acción de impugnación de la paternidad establecida a través de diligencias de reconocimiento provocado y en éstas no se le priva al padre del derecho de impugnarla, al contrario, le confiere legitimación procesal activa.

Muchas veces se ha fundado ese derecho de impugnación, en el Art. 151 C. F., y éste le confiere únicamente ese derecho al marido, entendido éste como el cónyuge de la mujer que dio a luz al hijo (a) que pasa por suyo sin serlo, no siendo este el caso, pues se trata de un hijo extramatrimonial.

Tampoco estimamos acertado que se invoque el Art. 152 C. F., porque este artículo está referido para el hijo que nace dentro del matrimonio, situación en que se presume legalmente la paternidad.

Capítulo III.

Principio del Interés superior del menor.

Introducción.

El Principio del Interés Superior del menor constituye un principio vinculante para todos aquellos que puedan influir o tomar decisiones respecto de situaciones en las que deban resolverse cuestiones que, de un modo u otro, afecten a menores. Así, principalmente, el legislador en la fase de la elaboración de la norma, los Jueces y Tribunales en la interpretación y aplicación de las fuentes del derecho, el Ministerio Fiscal en su función de defensa y protección de los intereses de los gobernados, las entidades públicas como gestoras del funcionamiento de las diversas instituciones protectoras del menor, los progenitores o tutores en el ejercicio de sus funciones tuitivas e, igualmente, el agente mediador en la prestación de sus servicios orientados inicialmente a la creación de un clima propicio para que se produzca la comunicación entre los sujetos implicados, necesaria para la efectiva consecución de aquellos acuerdos que permitan satisfacer las necesidades de las partes y, prioritariamente de los menores.

3.1 Concepto y Características.

3.1.1 Concepto.

Aun y cuando sea complejo y relevante lograr definir exactamente lo que representa el Principio del Interés Superior del Menor, se puede entender por el mismo como “ El principio básico rector en el derecho de familia que otorga una suprema protección al menor, a fin de garantizar, un desarrollo físico, psicológico y moral de este suficientemente pleno, de manera que el menor, tenga una completa formación de su personalidad dentro de la esfera social en la cual se desarrolla.”

3.1.2 Características.

Dentro de las características que se pueden señalar a dicho principio se encuentran las siguientes:

- *Es protector:* este principio nace única y exclusivamente con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a un sector determinado de la sociedad que son los menores, de los posibles atropellos y violaciones a su derechos como tales.

- *Es supremo:* este principio se fundamenta en el postulado de que el menor por ser desde un punto de vista legal, el más débil en una relación jurídica, merece toda la protección del Estado, y es por ello que en caso

de conflicto de este principio con otra norma jurídica en la cual se discuta la seguridad jurídica del menor deberá prevalecer este principio.

- *Es lógico:* este principio se basa en una regla de sentido común que consiste en el hecho de que el menor por estar totalmente desprotegido frente a los adultos, merece un trato especial el cual se manifiesta en dicho principio.

- *Es imperativo:* este principio establece la obligación que tiene el Estado de proteger al menor, debido a que toda garantía o derecho que se ha otorgado al menor, tiene un mecanismo de autodefensa el cual propone que los intereses del menor deberán prevalecer sobre los de cualquier otra persona.

3.2 Regulación jurídica.

3.2.1 Normativa Constitucional.

La Constitución de la República de El Salvador de 1983 que se encuentra actualmente vigente, regula lo concerniente al Principio de Interés Superior del Menor en los artículos 34inc.1 y 35inc.1, los cuales son considerados como el fundamento Constitucional del Principio protector del menor el cual es desarrollado de manera mas clara y precisa en el Código de Familia en su artículo 350.

En este apartado haremos mención de los mandatos y derechos que tales artículos otorgan al menor así como la forma en la cual nuestra carta magna desarrolla el Principio del Interés Superior del Menor.

El artículo 34 de la Constitución de la República en su inciso 1 nos dice:
“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.”

Los seres más vulnerables e indefensos son los menores de edad, especialmente los más pequeños por ello se le rodea legalmente de una serie de derechos contenidos en instrumentos tales como la Declaración Universal de los Derechos del Niño, el Código de Familia de nuestra República y sobre todo los que le otorgan la misma Constitución de La República. La protección del menor debe ser una acción constante y primordial tanto dentro de la familia como de la sociedad y del Estado¹².

Por ser la familia el núcleo donde se origina y forja la personalidad del individuo, la presencia de los dos componentes Padre- madre, es necesaria y casi indispensable, es por esto que el constituyente señaló como un derecho inherente al niño, vivir dentro del seno de una familia integrada o en condiciones

¹² Mi Constitución Comentada. Tomo I. Vásquez López, Luis, editorial Lis. Año 2003. Pags. 210-215.

familiares adecuadas para que de esta manera pueda obtener el desarrollo normal y completo como persona, en sus tres dimensiones: bio- psico- social.

El Principio del Interés Superior del Menor proclama que se entenderá por el mismo todo aquella acción que favorezca el desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad, siendo así, la familia es la parte que se encarga del desarrollo de estas áreas en el menor, por lo tanto, es de absoluta importancia que para la aplicación de este principio se provea de un núcleo familiar al menor, por lo que el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia tanto de parte del Estado como de su familia.

El otro de los artículos de nuestra Constitución que desarrolla el Principio del Interés Superior del Menor es el artículo 35 inc1 el cual dice:

“El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de estos a la educación y asistencia.”

En el presente artículo se observa una serie de deberes que tiene el Estado frente a los menores que con llevan a proteger el desarrollo físico, mental y

moral del mismo, garantizando estos mediante la educación y la asistencia social que el Estado debe proporcionar a estos.

Dicho mandato constitucional le da vida al Principio del Interés Superior del Menor el cual se encuentra consagrado en el Artículo 350 del Código de familia, desarrollando y concretizando en dicho artículo las obligaciones a las cuales se encuentra sujeto el Estado con los menores.

3.2.2 Normativa Internacional.

El artículo 144 de la Constitución dispone que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados ó con organismos internacionales constituyen leyes de la república al entrar en vigencia, es por ello que el principio del interés del menor contemplado en el Código de Familia de nuestro país también es regulado a nivel internacional de la siguiente manera:

- Convención sobre los Derechos del Niño, este convenio es ratificado por El Salvador el 26 de enero de 1990 y regula el Principio del Interés Superior del Menor en su artículo 3 número 1, el cual establece que “ En todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones pública y privadas de bienestar social; los tribunales, las autoridades administrativas ó los órganos legislativos una

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Este principio establece una protección a un sector vulnerable “la niñez”, ya que el artículo 3 numeral 1 hace referencia a un aspecto legal en el sentido de que toda institución de naturaleza pública ó privada debe de realizar los procedimientos administrativos de manera que el niño ó menor obtenga el mayor grado de beneficio dentro del supuesto bienestar social.

En segundo lugar este artículo señala que el Órgano Judicial a través de los juzgados y tribunales en todo proceso judicial deberá emitir mediante los juzgadores competentes, resoluciones y sentencias, en las cuales el interés del menor sea considerado como la pretensión primaria a fin de que en ningún momento exista un interés ajeno al del menor y por lo tanto no exista impedimento alguno para que la niñez goce de los derechos fundamentales que pueden ser discutidos en una sede judicial como son:

El derecho a ser reconocido, poseer un nombre y apellido, nacionalidad, alimentación, salud, educación, cuidado personal y ambiente familiar.

Finalmente el artículo señala que tanto la autoridad administrativa u órgano legislativo deberá administrar el bienestar de los menores, con un alto grado de proporción al Interés Superior del Menor que en nuestro ordenamiento nacional

se regula en los artículo 34 inciso 1° y 35 inciso 1° de la Constitución de la República, y 350 del Código de Familia, dicha misión se logrará mediante la creación de leyes secundarias destinadas a proteger a la niñez del país, reformas a las leyes existentes que impidan la correcta protección que el Estado debe a los menores, el fortalecimiento económico y administrativo de las instituciones estatales que velan por la niñez, la creación de los proyectos mediante los cuales se extingue el trabajo infantil, la explotación sexual de los menores y los niños de la calle y finalmente mediante la creación de políticas estatales encaminadas al fortalecimiento de la protección del niño en todos los sectores de la sociedad¹³.

➤ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este pacto entró en vigencia en nuestro país el 3 de enero de 1976 de conformidad con el Artículo 27 del mismo, en este pacto se ve reflejado el Principio del Interés Superior del Menor en su artículo 10 número 3 parte primera el cual consagra lo siguiente:

“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.”

¹³ Diez años de la convivencia sobre los derechos de la niñez. Vaquerano Gutiérrez, Nelson Armando. Fespad Ediciones. San Salvador, 2002. Pag.3.

Este es otro de los tratados internacionales que pretenden dar Robustez al Principio del Interés Superior del Menor contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este Tratado se observa la necesidad que existe de darle una mayor protección y asistencia a los menores por ser estos el sector más vulnerable dentro de la sociedad de los diferentes Estados Partes en el presente Pacto.

Con el presente mandato se verifica que dicha protección deberá ser proporcionada sin discriminación y de forma general, sin excepción alguna a todas las personas que conforman este sector de la sociedad, notándose así que el Derecho Internacional, es otra de las ramas del Derecho que se ha preocupado por proteger al menor por sobre cualquier otra persona, cumpliendo de esta manera los principios enunciados en la Convención de los Derechos del niño.

3.2.3 Normativa Secundaria.

Dentro del Derecho de Familia existen ciertos principios que son aceptados por la gran mayoría de países, tales principios han sido incorporados en la normativa secundaria de nuestro país por su trascendencia y beneficio a la

población. Estos principios han sido retomados por el Código de Familia convirtiéndolos en rectores de toda la normativa familiar, los cuales se han aplicado de forma sistemática en el desarrollo del articulado del mismo.

El Principio del Interés Superior del Menor se encuentra regulado en el artículo 350 del Código de Familia el cual expresa lo siguiente:

“En la interpretación y aplicación de este régimen prevalecerá el Interés Superior del Menor.

Se entiende por Interés Superior del Menor todo aquello que favorezca su desarrollo físico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

Con base en ese interés el menor tendrá prioridad para recibir protección y socorro en toda circunstancia.”

La Constitución da las bases para desarrollar una protección social y jurídica, reconociendo la importancia de los menores en el futuro de la familia, tratando de asegurar las mejores condiciones para el desarrollo de estos. La protección de los menores dentro del Código de Familia específicamente el artículo 350 trata de desarrollar la doctrina de la protección integral, establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que la protección que el niño

merece se considera primordial y todas las medidas deberán ser encaminadas a evitar que cualquier circunstancia o hecho les afecte. Es así como el niño es protegido por el Código de Familia desde la concepción misma¹⁴.

Pero no únicamente la Constitución protege a los menores, sino que el Derecho Internacional ha consagrado una frase que caracteriza a este principio la cual es: “ Una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” La aplicación de dicha frase a revolucionado distintas instituciones vinculadas estrechamente al derecho de menores y ha servido como inspiración para sentar como Principio rector del Código de Familia el Interés Superior del Menor.

De lo anterior podemos concluir que, el Estado debe asumir la responsabilidad de proteger a todos los menores y de manera especial a los que se hayan amenazados y violentados en sus derechos, al menor infractor, a los discapacitados y minusválidos; a los desamparados por carecer de familia y de los medios de subsistencia, y para finalizar deberá protegerse a la embarazada cuando esta fuere menor.

¹⁴ Manual de Derecho de Familia. Calderón de Buitrago, Anita y otros. Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia. Tercera Edición. Año 1996. Pags. 30 y 34

CAPITULO IV.

Garantía del Debido Proceso y Derecho a la Libertad de Decisión.

4.1 Principios y Garantías que integran el Debido Proceso.

El Debido Proceso es considerado como una serie de principios Constitucionales que pretenden articular esencialmente todo el desarrollo del proceso en general, para permitir que la investigación de los hechos y la determinación de la culpa o responsabilidad sea conforme a los parámetros previamente establecidos por la normativa Constitucional y procesal, además de manera conjunta se informan otras Garantías como la Presunción de Inocencia, la Garantía de Audiencia, Principio de Legalidad y la Igualdad Procesal, que hace imposible que el nuevo proceso sea una Garantía eficaz y segura para el respeto de los Derechos Fundamentales de las partes y esencialmente el imputado o demandado. Así, se advierte que la violación al Debido Proceso está íntimamente relacionado con el Derecho de Audiencia, es decir los conceptos de violación a tal Derecho coinciden con los del Derecho de Audiencia.

Así pues, el procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que pueda establecer a su arbitrio la autoridad pública competente, al contrario, a de tratarse de un procedimiento imparcial (Fair trial) que permita al

imputado o demandado amplias oportunidades de defensa. En suma, un proceso contradictorio en el que rija plenamente el principio de igualdad de oportunidades.

4.1.1 Definición.

Doctrinariamente el debido proceso se define como un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

El término procede del derecho anglosajón, en el cual se usa la expresión "due process in law" (traducible aproximadamente como "debido proceso legal")¹⁵.

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto:

- Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.

¹⁵ Derecho Procesal Penal Salvadoreño. Casado Pérez, José María y otros. Agencia Española de Cooperación Internacional. Primera Edición. Año 2000. Pag. 26.

- La sociedad tiene interés en que el proceso sea llevado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

La sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia entiende por Debido Proceso aquellas obligaciones de todo juzgador de guiarse y de fundamentar sus resoluciones en leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, ceñirse al texto de la Constitución, la Ley y de respetar las disposiciones de los cuerpos normativos vigentes.

4.1.2 Características.

Puede decirse que el debido proceso posee las siguientes características propias y especiales las cuales son:

- *Proceso jurisdiccional equitativo:* se refiere a que se debe de proveer igualdad de oportunidades procesales a las partes en litigio.
- *Es integrado:* porque se compone de una serie de garantías inherentes al ser humano, sin las cuales no puede existir ningún tipo de proceso o procedimiento legal contra una persona.
- *Es una Garantía Procesal:* porque es un procedimiento jurídico que la ley regula y se encuentra acorde con la Constitución y sobre todo protege

los Derechos Individuales que son reconocidos por la misma, cuando una persona se encuentra frente al aparato estatal.

4.1.3 Garantías que integran el Debido Proceso

El Debido Proceso o el proceso Constitucionalmente configurado se refiere esencialmente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, que comprende ciertas categorías jurídicas como: el Derecho de Audiencia, de Defensa, Presunción de Inocencia, Principio de Legalidad, etc. En ese sentido, se exige como un mínimo esencial del Derecho de Audiencia que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus Derechos, se le siga un proceso o procedimiento previo, que la autoridad debe hacer saber al sujeto contra quien se realice el proceso o procedimiento, la infracción o ilícito que se le reprocha y facilitarle el ejercicio de los medios de Defensa.

A efecto del tema en estudio se tomarán en consideración las siguientes garantías:

a) Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad nos establece lo siguiente “Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho que se trate por los tribunales que previamente haya establecido la ley.”

Antecedentes.

Nace juntamente con el proceso en la edad antigua (Derecho Romano), con la finalidad de ordenar lo concerniente al juicio o juzgamiento que el ciudadano debía soportar por una falta o delito, constituía ser la base del proceso mismo ya que las etapas del juicio y las sanciones estaban preestablecidas por el juzgador quien a su vez debía obedecer las órdenes del emperador, de manera que el Principio de Legalidad debía de entenderse como el medio a través del cual el juzgador concretizaba la voluntad del emperador en cuanto a la repartición de justicia, pero es a través de la revolución francesa que esta figura obtiene la calidad de Derecho y Garantía fundamental. Fue consagrado jurídicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en su Artículo 5¹⁶.

Naturaleza Jurídica.

El Principio de Legalidad como su nombre lo indica es uno de los Principios rectores del Derecho común y especial, dicho principio se encuentra contenido en todo cuerpo normativo que regula conductas y establece la estructura de todo proceso o procedimiento necesario para la imposición de una sanción o de una obligación.

¹⁶ Manual de Derecho Constitucional Tomo II. Bertrand Galindo, Francisco y otros. Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia. Tercera Edición. Año 1999. pag. 873.

Con el Principio de Legalidad se tiende a que tanto la actuación de la administración, como la de los tribunales no sea libre, es decir que se encuentre vinculada al ordenamiento jurídico. No basta que no lo contradiga, sino que es preciso que se actúe de conformidad con él. Constituye pues, una limitación jurídica al poder público, la cual es llevada a sus últimas consecuencias con la sujeción del propio legislador a la norma, de esto surge el adagio de que “No gobiernan los hombres sino la Ley¹⁷”

Concepto.

Es una Garantía según la cual no es posible ninguna actuación del juez ni de las partes sin que estas se hallen prescritas y reguladas en la Ley.

Características.

- ✓ *Es Constitucional:* Porque se encuentra contenido y reconocido en la Carta magna de la República.
- ✓ *Es Director:* Porque tiene como finalidad inmediata señalar el camino o dirección que debe seguir todo proceso o diligencia.

¹⁷ Manual de Derecho Constitucional Tomo II. Bertrand Galindo, Francisco y otros. Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia. Tercera Edición. Año 1999. pag. 871.

- ✓ *Es inmutable:* Porque no puede ser modificado y por su propia naturaleza no admite excepción de manera que, hasta su propia reforma se debe someter al mismo principio.

- ✓ *Es Universal:* Porque se encuentra en todos los ordenamientos escritos y consuetudinarios en los que se tenga que sujetar el poder público a determinadas normas de observancia obligatoria en beneficio del gobernado ya que se traduce esencialmente en la observancia de todas las normas.

- ✓ *Es una exigencia de la Seguridad Jurídica:* porque la persona debe de tener un conocimiento previo de los delitos y actos que en determinado momento se le imputan o por los cuales pueden causarle una obligación.

- ✓ *Es una Garantía Política:* porque ningún ciudadano puede ser sometido a consecuencias por sus actos que no hayan sido antes requeridas por los representantes de la soberanía popular¹⁸.

¹⁸ Código Penal de El Salvador Comentado. Moreno Carrasco, Francisco. Agencia Española de Cooperación Internacional. Año 1999. Pag. 2.

b) Presunción de Inocencia.

La presunción de inocencia nos dice que “Toda persona a la que se le impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y juicio público, en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

Antecedentes.

La garantía de la presunción de inocencia nace como una respuesta a los famosos suplicios propios de la edad media en la cual el Estado ó Gobierno para demostrar la no-culpabilidad de una persona lo sometía a un castigo que debía provocarle la muerte y si este no perecía se consideraba como inocente, se fundamentó en la idea de que no tiene sentido castigar a una persona para demostrar que no es culpable si ya pagó por ello; no obstante la anterior afirmación, la presunción de inocencia se comienza a aplicar como garantía de todo proceso con el nacimiento del Derecho Constitucional en el continente europeo.

Naturaleza Jurídica.

Es un mecanismo de protección que opera a favor de una persona contra la cual se atribuye la realización de una determinada conducta o acción, debiendo de entenderse que la palabra inocente también es sinónimo de no responsable

por lo que dicha garantía no solamente debe de operar con relación a un ilícito penal sino a toda imputación, acusación, demanda ó señalamiento en la cual se discuta la situación jurídica de una persona¹⁹.

Concepto.

Es el derecho de toda persona a quien se le demanda ó acusa de haber cometido un delito ó incumplir una obligación, el cual deberá ser considerado y tratado como inocente; durante el tiempo en el cual no se establezca legalmente su culpabilidad ó responsabilidad.

Características.

- ✓ *Es Constitucional:* por que se encuentra consagrada en la Constitución de la República vigente desde 1983.

- ✓ *Es Protector:* por que busca ante todo salvaguardar los derechos del ciudadano de manera que únicamente enfrente una sanción ó el cumplimiento de una obligación cuando se esté plenamente seguro de su responsabilidad.

¹⁹ Mi Constitución Comentada. Volumen I. Vásquez López, Luis. Editorial Liz. Año 2003. Pág. 102.

- ✓ *Es Eminentemente Procesal:* Es decir que, para que esta garantía opere en su máximo esplendor es necesario que la persona sea sometida a un proceso o juicio.

c) Garantía de audiencia.

La garantía de Audiencia proclama lo siguiente: “Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes.”

Antecedentes.

La garantía de audiencia nace en Grecia mediante los debates que se daban cuando una de las personas cometía una falta o delito; luego en Roma se observa la misma en las discusiones del senado en las cuales se convocaba a cierto grupo de personas para que están opinaran y expusieran su punto de vista en la creación de las leyes, incluso en Roma se observa una audiencia en el momento en que se le acusaba a Jesucristo de ser un blasfemo y se dice que este es el mayor resabio conocido de dicha figura; luego en Francia dicha figura se utilizo como una forma de reprochar a la nobleza derrocada y esta se daba antes de dictar sentencia contra cualquier miembro del pueblo, pero es hasta la

Revolución Francesa que dicha figura toma la forma de Garantía Procesal tal como se conoce.

Ahora bien, hablar de los antecedentes y evolución de la Garantía de Audiencia equivale a hablar de los antecedentes y evolución del juicio de Amparo pues ambas instituciones a veces se confunden en la historia en su alcance y contenido como garantía jurisdiccional y de legalidad que son, y es hasta modernamente con la aparición del Estado de Derecho, el moderno constitucionalismo, la división de poderes y la Declaración de los Derechos fundamentales del Hombre, alcanzan con claridad su distinción cada una de estas figuras quedando la Garantía de Audiencia como Garantía a la justicia común y el juicio de amparo como una Garantía a la justicia Constitucional o extraordinaria²⁰.

Naturaleza Jurídica.

Es una Garantía inherente al proceso, no puede existir proceso sin audiencia ya que el demandado o imputado debe conocer ante todo cual es la obligación que se le atribuye de lo contrario el proceso pierde su esencia, no podría ser justo

²⁰ Manual de Derecho Constitucional Tomo II. Bertrand Galindo, Francisco y otros. Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia. Tercera Edición. Año 1999. pag. 863.

procesar a una persona sin que este presente, aún y cuando la rebeldía se tome como una excepción esta no debe ser la constante.

La Garantía de Audiencia entraña en sí mismo el germen, la fuente del Derecho de defensa. De esta manera, la autoridad que va a definir un conflicto, que va a decidir una contienda jurídica, tiene como ineludible, como inherente a toda función jurisdiccional, la de otorgar audiencia al perseguido, porque en ésta está la oportunidad de Defensa u oposición, la que se traduce en varios actos procesales, siendo los principales: la notificación y el emplazamiento.

Concepto.

La Garantía de Audiencia consiste en que para que exista una privación de Derechos a una determinada persona, debe ser necesariamente precedida de un proceso o procedimiento prescrito para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas y ante entidades previamente establecidas. De manera que por un lado debe hacerse saber a la persona la infracción, ilícito u obligación que se le reprocha y por otro lado dar a todos los intervinientes en el

proceso la oportunidad de exponer sus razonamientos y facilitarles el ejercicio de los medios de Defensa²¹.

Características.

- ✓ *Es Constitucional:* Porque se encuentra contenido y reconocido en la Carta magna de la República.

- ✓ *Es Procesal:* Porque no puede existir proceso sin audiencia y por lo tanto esta opera únicamente al momento en que se está procesando o acusando a una persona llámese esta imputado o demandado

- ✓ *Es propio de la oralidad:* Porque es en los juicios de naturaleza oral, en nuestro caso los procesos penales y de familia que se observa a plenitud el desarrollo de esta garantía y convierte el proceso en un verdadero juicio contradictorio.

²¹ Revista Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional. Corte Suprema de Justicia. Sección de Publicaciones CSJ. Año 2002. Pag. 76.

4.2 Derecho a la Libertad de Decisión.

En todo país democrático como el nuestro, el sistema de libertades que poseen los sujetos del mismo juega un papel importante dentro de la sociedad, y la posibilidad que tienen los mismos de elegir que hacer o no hacer siempre y cuando se encuentren dentro del mandato que la ley prescribe es la mayor expresión de la democracia en un país. En ese sentido, la Libertad de Decisión es una manifestación de la Libertad genérica aplicada a la protección de un determinado derecho que en este caso es el de Derecho de Decidir. La libertad de Decisión se encuentra expresamente regulada en el Art. 4 inc.1 y 8 de la Constitución de la República, y en diversos instrumentos internacionales que serán analizados a profundidad en su debido momento en el presente capítulo.

4.2.1 Antecedentes.

La libertad de decisión nace juntamente con la Revolución Francesa en la cual se le reconoce a la persona el Derecho de Elegir quien será su gobernante y la forma de gobierno en la cual desea vivir y posteriormente fue reflejado en la guerra civil que se dio en los E.U.A. en la cual se pretendió otorgar el derecho de las personas de la raza de color para que dejaran de vivir como esclavos y pudieran tener la opción de decidir que querían hacer con sus vidas de ahí en adelante. Y de esta manera la Libertad de decisión es concretizada a nivel

mundial con la famosa frase “Dejar hacer, Dejar pasar” que es propia del Liberalismo.

Modernamente este Derecho se concretiza en la Constitución de 1950 en la cual se establecía una forma de Gobierno de corte Liberal o permisivo en ámbitos tales como el económico, social y cultural, provocando de esta manera un primer reconocimiento a nivel Constitucional de la Libertad de Decisión en nuestro país²².

4.2.2 Naturaleza Jurídica.

Es un Derecho inherente a la persona que busca ante todo salvaguardar la libre voluntad de este, atañe tanto la facultad de actuar por si mismo así como la obligación de todo hombre de respetar la voluntad de los demás. Este Derecho no se puede limitar sino es por excepción justificada, tanto en procesos judiciales, administrativos e incluso en diligencias de jurisdicción voluntaria, dicha limitación no debe entenderse como regla general sino como un acto emitido por autoridad competente como resultado de una sanción producto únicamente por un delito o de incapacidad física o mental, entendiéndose estas

²² Manual de Derecho Constitucional Tomo II. Bertrand Galindo, Francisco y otros. Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia. Tercera Edición. Año 1999. pag. 879.

como las dos únicas excepciones a la restricción del goce del presente Derecho.

4.2.3 Concepto.

La Libertad de Decisión es el Derecho propio de todo ser humano de obrar o no obrar en base a su conciencia y en atención a su voluntad dentro de los límites de la misma Ley, de manera que toda acción debe ser libre de presión por parte del Estado, de las personas naturales o jurídicas y de la misma Ley, también se entiende como la Garantía que le concede la Ley a las personas de estar seguras que únicamente ellos mismos son los encargados de conducir y enfrentar las consecuencias jurídicas de sus conductas dentro del ordenamiento jurídico en el cual conviven.

4.2.4 Características.

Las características que posee este Derecho son las siguientes:

- ✓ *Es una expresión de la Libertad:* porque en esta garantía se desarrolla parte de la Libertad genérica aplicado a un determinado derecho inherente de la persona que es el Derecho de Decidir.

- ✓ *Es potestativo:* porque la persona puede disponer de su Libertad de decidir mediante poder o mandato puede comisionar a otro para que decida por ella, o como generalmente se ejerce este Derecho lo puede hacer ella misma.

- ✓ *Es constitucional:* porque se encuentra consagrado en la Constitución de la República como un derecho de toda persona desde el momento de su concepción.

- ✓ *Posee un carácter semi procesal:* porque puede ser ejercido tanto dentro de un proceso o juicio así como en una diligencia de jurisdicción voluntaria o en un acuerdo extrajudicial.

- ✓ *Es protector de la Libertad Individual:* este Derecho busca sobretodo garantizar a cada persona que su voluntad se respetará y que lo que determinara su conducta será única y exclusivamente su libre determinación.

4.3 Regulación en la Constitución de La República.

Si el establecimiento de una sanción u obligación puede ser aplicado por los tribunales mediante sentencia firme, estos han de utilizar el medio que es el proceso para imponer las mismas, y para el establecimiento de estas se exige que se desarrolle un procedimiento regular dirigido a verificar los hechos que se atribuyen a la parte demandada. Dicho procedimiento regular es en el cual se observan las normas del Debido Proceso, el cual se encuentra integrado por Garantías tales como el Principio de Legalidad, Garantía de Audiencia y Presunción de Inocencia las cuales juntamente con el Derecho de Libertad de Decisión se encuentran consagrados a nivel supremo en la Constitución de la República siendo tal regulación la siguiente:

a) Principio de Legalidad:

El artículo 15 de la Constitución de la República regula lo que es el Principio de Legalidad para el establecimiento de sanciones u obligaciones el cual reza de la siguiente manera: “Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley.”

El Principio de Legalidad se presenta en un sentido formal como una Garantía de la Libertad Personal y de la Seguridad Jurídica de quienes a ella se

encuentran sometidos y estas Garantías se particularizan en la actualidad a través de cuatro aspectos que son la Garantía Judicial que es la necesidad de que la Ley determine si una conducta es culpable o responsable, Garantía de la Consecuencia que es la necesidad de que la Ley señale previamente el resultado o consecuencia de la realización de una conducta, Garantía Jurisdiccional que consiste en que debe existir un tribunal competente para conocer de los hechos antes de la consumación de los mismos y Garantía de Ejecución que establece que la forma de ejecución de la consecuencia esté previamente prevista por la Ley²³.

De manera que este Principio es fundamental en un Estado de Derecho ya que impide cualquier tipo de arbitrariedad por parte del juez o de las partes. Es menester mencionar que el Principio de Legalidad se conceptualiza como el Derecho que tiene toda persona a ser juzgado conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho y por los tribunales previamente establecidos, y esto atañe tanto el aspecto sustantivo como el adjetivo y procesal de la Ley misma.

²³ Mi Constitución Comentada. Volumen I. Vásquez López, Luis. Editorial Liz. Año 2003. Pág. 112.

b) Presunción de Inocencia.

El Artículo 12 inc. 1 de la Constitución de la República consagra dicha Garantía a nivel Constitucional estableciendo lo siguiente: “Toda persona a quien se le impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley y en juicio Público, en el que se le asegurarán todas las Garantías necesarias para su defensa.”

La razón de ser de la Presunción de inocencia es la de garantizar a toda persona su dignidad y que no será sentenciado sin que existan pruebas suficientes que demuestren su responsabilidad o culpabilidad. Esta se presenta como una garantía de la Libertad personal, tanto contra la arbitrariedad de los poderes públicos como contra la reacción vengativa de cualquiera de las partes en conflicto.

La Presunción de Inocencia actúa como un Principio general informador de la Legislación y al mismo tiempo es un criterio directivo que guía la interpretación de todo el ordenamiento procesal.

Actualmente esta garantía incorpora una nueva dimensión que se deriva de su plasmación en la Constitución como Garantía fundamental y ya no es

únicamente un criterio aplicable al ordenamiento jurídico penal, es fundamentalmente una Garantía Constitucional del ciudadano sometido a cualquier clase de juicio. Antes que nada se trata de una norma de directa aplicación y reclamable como Derecho fundamental que contiene en primer término, un mandato dirigido al legislador a quien corresponde establecer un proceso respetuoso con la idea de Inocencia y, junto a ello un mandato dirigido al tribunal, a quien se impone siempre seguir la tesis más favorable al imputado o demandado, resolviendo en caso de duda lo más favorable al mismo²⁴.

La Sala de lo Constitucional considera que solo después de una sentencia firme pronunciada luego de un juicio público se puede declarar responsable a una persona rompiendo así su estado de inocencia, lo que implica un grado de certeza determinado, de lo contrario en aquellos casos en los cuales no se tenga la certeza suficiente para probar algo en contra del demandado o imputado, es decir, que existe duda, debe aplicarse lo más favorable al demandado o imputado.

c) Garantía de Audiencia:

El artículo 11 inciso 1º de la Constitución de la República regula esta garantía inherente a la persona humana al señalar que “ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de

²⁴ Código Procesal Penal Comentado. Tomo I. Casado Pérez, José María y otros. Consejo Nacional de la Judicatura. Año 2003. Pag. 19.

cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oído y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

El derecho de audiencia que es un derecho de contenido procesal, obliga a los juzgadores sean del orden judicial o administrativo, a asegurarle a las partes las condiciones necesarias para que tenga conocimiento del inicio de un proceso o procedimiento en su contra. La privación de derechos para ser válida jurídicamente debe ser precedida de un oír previamente conforme a la ley. Esto último no supone que cualquier infracción implique por sí violación constitucional, sino solamente cuando no se proteja eficazmente a la persona afectada, dejándola desprovista totalmente de medios de defensa²⁵.

Por lo que la esencia del derecho de audiencia consiste en que la privación de derechos debe ser necesariamente precedida de un proceso o procedimiento prescrito para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas y ante entidades previamente establecidas. De manera que la exigencia del procedimiento previo supone: por un lado, hacer saber al administrado, la infracción o el ilícito que se le reprocha; y por otro lado, dar a todos los intervinientes la posibilidad de exponer sus razonamientos y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa.

²⁵ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de La Sala de lo Constitucional de la CSJ. Sentencia de Amparo. Corte Suprema de Justicia. Ref. 642- 2000. Año 2002. pag. 78

Siendo el derecho de audiencia consagrado en el artículo 11 de la Constitución, es un derecho constitucional procesal de contenido complejo, el mismo admite distintas posibilidades de organización en la estructura de los procesos y, también, por tanto, de instancias y medios impugnativos de acuerdo con el contenido de las pretensiones que se plantean y de las normas jurídicas que le sirvan a éstas de basamento.

No obstante lo anterior la concreción que la legislación secundaria hace del derecho de audiencia ha de realizarse siempre en coherencia con la normativa constitucional.

La observancia del derecho de audiencia, contemplado en el artículo 11 de la Constitución, condiciona a que antes de procederse a limitar la esfera jurídica de una persona o privársele por completo de un derecho; debe ser oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, a fin de permitirle alegar y defender sus derechos.

En suma la finalidad de la garantía de audiencia no es sólo atender al castigo o responsabilidad de los culpables o responsables; sino también a la protección de los inocentes o no responsables, incluso del mismo culpable, en cuanto que su culpabilidad o responsabilidad no podrá ser establecida a costa del irrespeto de su dignidad personal por lo que finalmente la garantía de audiencia implica el

derecho que tiene todo gobernado de obtener la protección de los tribunales contra las arbitrariedades del poder público y cuyo objetivo es tutelar la seguridad y certeza jurídica y por consiguiente mantener el orden público²⁶.

d) Derecho de Libertad de Decisión:

La Constitución consagra este derecho en su artículo número 8 el cual literalmente expresa “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”.

Lo que reza el presente artículo es comúnmente conocido como el principio de legalidad, pero luego de realizar un análisis exhaustivo del contenido de dicha norma se llega a la conclusión que el espíritu intrínseco de la misma, lo que hace es darle la libertad al sujeto de decir y exigir de que manera va a actuar siempre y cuando no rebase los límites que la misma ley le impone.

La libertad de decisión es intrínseca a la persona humana y consiste en la potestad que esta tiene de escoger los fines que más le convenga para el desarrollo de su propia personalidad y de elegir los medios respectivos más apropiados para su obtención.

²⁶ Líneas y Criterios Jurisprudenciales de La Sala de lo Constitucional de la CSJ. Sentencia de Amparo. Corte Suprema de Justicia. Ref. 263- 2000. Año 2002. pag. 79.

Este derecho es una potestad compleja, lo que significa que presenta múltiples aspectos de aplicación y desarrollo y es por ello que la Constitución en su parte dogmática se propone asegurar y proteger este derecho, tan importante ; resulta la postura que el estado adopta acerca de la libertad, que la democracia o forma de estado democrático consiste fundamentalmente en el reconocimiento de esa libertad de decisión. Esto quiere decir que no se trata de una mera libertad de hecho, sino de una libertad que el derecho reconoce y que dentro del mundo jurídico queda protegida y reconocida para surtir efectos jurídicos.

Desde el punto de vista jurídico, la libertad de decisión se presenta con el fin de permitir el desarrollo pleno de las capacidades creadoras, como consecuencia de lo anterior, resulta claro que toda persona o entidad privada puede hacer o no hacer todo aquello que le parezca conveniente, siempre que la ley se lo permita, debe cumplir con lo que la ley ordena y debe abstenerse de hacer u omitir todo cuanto en la ley esta expresa ó tácitamente prohibido, en conclusión ninguna persona o autoridad puede obligar a otra a hacer lo que la ley no manda, ni constreñir a otra para que haga lo que la ley deja a decisión y criterio personal.

4.4 Regulación en los Tratados Internacionales.

El Debido Proceso y la Libertad de Decisión por ser Derechos y Garantías de suma importancia para todas las personas, no solamente se encuentran regulados a nivel interno, es decir, en la Constitución de la República de cada país o nación, sino que existe toda una gama de instrumentos a nivel internacional en los cuales se consagran estas garantías, siendo estos instrumentos los Tratados internacionales, los cuales han sido objeto de aprobación y ratificación de muchos países, pero por el objeto de investigación que se desarrolla consideramos exponer los dos grandes tratados en los cuales se reflejan de manera mucho más concreta dichas garantías, siendo estos los siguientes:

4.4.1 Declaración Universal de Derechos Humanos.

El debido Proceso se encuentra integrado por una serie de garantías, de manera que en este Convenio lo que se regula son el conjunto de Garantías que integran al mismo, teniendo como objeto de estudio de nuestra investigación las siguientes:

a) Principio de Legalidad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos regula el Principio de Legalidad en su Artículo 11 numeral 2º el cual expresa: “Nadie será condenado

por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

No obstante que este Artículo es literal al señalar términos propios del Derecho Penal como lo son acciones delictivas, pena o delito es necesario aclarar, que en esta Declaración se regulan derechos de carácter humano los cuales por su propia naturaleza no son posibles de delimitar a una sola rama del Derecho, ya que estos son genéricos a todos los ordenamientos jurídicos, por lo que aplicando uno de los criterios básicos de Interpretación del Derecho internacional en relación a los Derechos propios de la persona podemos concluir que el artículo 11 numeral 2º de esta Declaración expresa lo siguiente: “Ningún ser humano de cualquier nacionalidad, raza, sexo o religión puede ser condenado, culpado o establecer una responsabilidad para con otro por una acción, hecho o situación si esta no ha sido contemplada por la misma ley con anterioridad a la realización de los mismos.

b) Presunción de Inocencia.

La Declaración Universal sobre los Derechos Humanos regula en su artículo 11 numeral 1º la Presunción de Inocencia, al señalar que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe

su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas la garantías necesarias para su defensa”.

Nuevamente podemos observar que en este artículo se hace referencia a instituciones propias del derecho penal, pero no debemos obviar que nuevamente percibimos la presencia de derechos inherentes a la persona; es decir derechos humanos, por lo que es necesario aclarar que este artículo regula el derecho de presunción de inocencia aplicable a todas las ramas del derecho, ya que el término culpabilidad no sólo puede ser una situación jurídica frente a un delito, sino frente a una obligación o responsabilidad de carácter civil ó administrativo. Por otra parte se es inocente cuando simplemente no existe responsabilidad, por lo tanto, el delito no es el único hecho jurídico que puede modificar esa situación de inocencia o de no responsabilidad y en base a lo anterior podemos concluir que este tratado nos establece que ante cualquier demanda ó acusación contra una persona, es obligación del juzgador, garantizar a éste su inocencia o inculpabilidad de conformidad a las leyes vigentes.

c) Garantía de Audiencia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10 establece la garantía de audiencia al expresar:”Toda persona tiene derecho, en condiciones

de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”

Este artículo es claro, al establecer que el ser oído es un derecho fundamental en todo proceso; derecho que no puede ser limitado por ninguna razón y es precisamente esta garantía la que consagra la verdadera defensa material y técnica de la persona, el presente artículo claramente señala que dicha protección se somete únicamente al derecho penal, pero tal afirmación es incorrecta ya que el contenido de este artículo es desarrollado en la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra el debido proceso en su artículo 8 numeral 1º al establecer que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, formulada contra ella ó para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal ó de cualquier otro carácter”; en ese orden el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se explica de la siguiente manera:

Este artículo tiene la característica que expresamente nos establece que toda persona en todo tipo de proceso general, especial, sumario ó abreviado; de

cualquier rama del derecho, incluso en aquellos casos en los cuales no exista una contención expresa; deberá garantizarse a toda persona el derecho de estar presente en el desarrollo del mismo con el fin de que la persona esté enterada del curso del proceso y si es posible participar activamente en cada etapa de este y pueda comprobar que todo acto que se realiza esté apegado al derecho que le asiste, no obstante este artículo deberá contemplar como límite aquellos procedimientos en los cuales la oralidad no sea una característica esencial debiendo garantizar únicamente aquellos derechos propios de la persona en los cuales se contempla su presencia física dentro del proceso escrito.

En esta declaración también se regula como una clara manifestación del derecho a la Libertad Propia de toda persona, el derecho a la libre decisión, siendo esta figura jurídica consagrada en el artículo 1 del mismo al señalar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Toda persona dentro de sus atributos jurídicos posee la capacidad, es decir el derecho de decidir, actuar, ir, ó simplemente de no hacer nada, este artículo simplemente establece que el ser humano es libre en sentido general, pero en un aspecto específico nos señala que el hombre dentro de una serie de

libertades posee entre ellos la de decidir o escoger que es lo que desea y cuando lo desea, que hará para alcanzar su deseo y la obligación del aparato estatal de respetar su voluntad de manera que incluso la búsqueda de la verdad no puede considerarse como una excepción valedera para obligar a una persona a actuar ó confesar un hecho, debiendo el Estado averiguar la verdad por otros medios alternativos, sin vulnerar la voluntad de la persona .

Finalmente es necesario establecer que esta manifestación de libertad la encontramos presente en todo proceso debido a que en todo tipo de juicio o conflicto jurídico en el que se discuta la situación legal de la persona también se encuentra presente su libre voluntad y por lo tanto su derecho a callar o no actuar.

4.4.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

a) Análisis del Artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reza lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de

cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el proceso "es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia", a lo cual contribuyen "el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal". En este sentido, para la Corte el Artículo 8º de la Convención consagra los lineamientos generales del denominado debido proceso legal o derecho de defensa procesal, el cual "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".

Sobre las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención Americana, la Corte ha precisado importantes características de alcance general que se deben tomar en consideración de manera previa, antes de realizar un análisis por separado de cada una de ellas.

- El sentido de la expresión "garantías judiciales" como denominación de los derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención Americana.

Para la Corte Interamericana, el término garantías judiciales debe ser entendido como los mecanismos o recursos judiciales que permiten proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Por esta razón, la Corte entiende que el uso de la expresión Garantías Judiciales para denominar al conjunto de derechos reconocidos en el artículo 8 de la Convención, puede generar confusión porque en esta disposición "no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto" ni contiene "un recurso judicial propiamente dicho".

En este sentido, la Corte ha señalado que el artículo 8 de la Convención contiene "el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a fin de que "las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" (subrayado nuestro). Por estas razones, a nuestra consideración, hubiera sido más adecuado emplear la expresión Debido Proceso (y no la de Garantías Judiciales) para denominar al conjunto de derechos previstos en el artículo 8 de la Convención.

- El sentido de la expresión "garantías mínimas", previsto en el artículo 8.2 de la Convención Americana para los procesos penales, y su aplicación a procesos de otro tipo.

La Corte Interamericana ha señalado que el artículo 8 de la Convención distingue entre acusaciones penales y procesos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, pero aunque ordena que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías por un juez o tribunal en cualquier circunstancia, estipula adicionalmente, para el caso de los procesos penales, un conjunto de garantías mínimas. Para la Corte, "el concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal".

Si bien el artículo 8º de la Convención Americana no especifica una lista de garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo hace en el numeral 8.2 al referirse a materias penales, la Corte ha señalado que "el elenco de garantías mínimas (previstas en el artículo 8.2 de la Convención) se aplica también a esos órdenes y, por ende, en este tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal".

- El debido proceso como derecho exigible ante cualquier órgano o autoridad estatal.

La aplicación de las garantías del artículo 8º de la Convención no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En este sentido la Corte ha señalado:

"De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

En una decisión posterior la Corte volvió a abordar esta materia y precisó que "Cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal."

Esta precisión la realizó la Corte Interamericana a propósito del primer caso sometido a su jurisdicción en el que se alegaba la afectación del debido proceso en el ámbito de un procedimiento administrativo. En aquella ocasión la Corte precisó que "es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas".

La posición de la Corte Interamericana respecto al cumplimiento de las garantías previstas en el artículo 8 de la Convención en el marco de los procedimientos administrativos quedó confirmada en una ocasión posterior, en la cual señaló:

"(...) pese a que el artículo 8.1 de la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos".

Este criterio fue empleado por la Corte en un caso en donde se alegó el despojo arbitrario de la nacionalidad de una persona por parte de un Estado Parte (Perú). En aquella oportunidad la Corte constató que existieron suficientes

elementos para afirmar que durante las actuaciones administrativas no se le comunicó a la víctima los cargos en su contra (adulteración de expediente administrativo) ni se le permitió presentar testigos que acreditarán su posición. Además, la autoridad que dejó sin efecto el título de nacionalidad carecía de competencia para llevar a cabo ese acto administrativo. En base a estas consideraciones, la Corte estimó que el procedimiento desarrollado ante los órganos administrativos de migración del Estado Parte no reunió las condiciones que exigen los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana.

- El debido proceso como derecho exigible en los procesos de carácter sancionatorio.

Asimismo interesa resaltar de modo particular que la Corte Interamericana ha precisado que las garantías reconocidas en el artículo 8º de la Convención deben ser observadas por el Estado en los procesos en donde se materialice su facultad para establecer sanciones. En este sentido ha dicho que el ejercicio de tal potestad, "no sólo presupone la actuación de autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención".

En una decisión posterior, en donde evaluó el respeto del artículo 8 de la Convención Americana en el marco de un procedimiento administrativo de

carácter sancionatorio, la Corte precisó que "en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso". En el caso en donde esgrimió estas consideraciones la Corte llegó a constatar que los despidos de un determinado número de trabajadores estatales, fueron realizados sin un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución²⁷.

b) Garantías que integran el Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En cuanto a las Garantías que integran el Debido Proceso como el Derecho a la Libertad de Decisión, esta convención contiene un extracto de la Declaración Universal de Derechos Humanos y regulan dichas figuras en el mismo sentido, por lo que en este apartado únicamente se señalaran aspectos novedosos que

²⁷ www.wikipedia.com

esta Convención Contiene en relación con la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Principio de Legalidad.

La Convención mencionada regula este Principio en su Artículo 9 inciso primero, su redacción es casi idéntica a lo que establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, existiendo como única diferencia palabras que son sinónimos de las expresadas en la Declaración anteriormente citada, por lo que su esencia e interpretación debe darse en el mismo sentido.

Presunción de Inocencia.

Este instrumento regula esta Garantía en su Artículo 8 numeral segundo, se presenta como una redacción idéntica y mas limitada por lo que en esta investigación únicamente debe de ser valorada como prueba de que la presunción de inocencia, se encuentra regulado en diversos instrumentos internacionales.

Garantía de Audiencia.

La Convención Americana Regula esta Garantía en su Artículo 8 numeral primero, constituye ser el mecanismo a través del cual se desarrolla la Garantía de Audiencia consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos,

además se puede señalar que este Artículo es el que consagra en plenitud el Debido Proceso a nivel internacional y nos aclara la idea de que todas las Garantías que integran el Debido Proceso son aplicables a todas las ramas del Derecho en General.

Derecho de Libertad de Decisión.

Esta Convención regula una manifestación de esta clase de Derecho en su Artículo 8 numeral 2 literal g) al señalar que “toda persona tiene Derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo, ni a declararse culpable”, de manera que en este instrumento se expresa que el Derecho de hablar o de guardar silencio es propio del ser humano, que la persona es libre de tomar todas las decisiones que le afecten como ser humano y su fundamento es el Artículo número 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4.5 Aplicación de las Garantías que integran el Debido Proceso y la Libertad de Decisión en el Reconocimiento Provocado de Paternidad.

El Reconocimiento Provocado de Paternidad por ser de naturaleza Sui generis, no es considerado como un proceso contradictorio, sin embargo luego de analizar detenidamente el desarrollo del mismo se visualiza que se está en presencia de un proceso que reúne todas las etapas; para ser considerado un

proceso contradictorio, y además es importante denotar que se señala a una persona como responsable de la realización de una determinada conducta por lo tanto en dicho proceso se deben de asegurar todas las garantías que la Constitución de la República le reconoce a una persona; cuando está frente al aparato jurisdiccional del Estado.

Una vez señalado lo anterior se hace de suma importancia analizar de que manera operan las garantías que integran el Debido Proceso como son: el Principio de Legalidad, Presunción de Inocencia y Garantía de Audiencia, juntamente con el Derecho de Libertad de Decisión del demandado en el Reconocimiento Provocado de Paternidad, siendo dicho análisis el siguiente:

4.5.1 Garantía del Debido Proceso.

a) Principio de Legalidad.

El principio de legalidad como se ha estudiado anteriormente, implica la exigencia de una ley previa que determine las conductas que serán consideradas como responsables de una obligación y el establecimiento de la misma.

Para el caso del reconocimiento provocado de paternidad se ha determinado que existe una ley previa; siendo esta para el caso el Código de Familia y la Ley

Procesal de Familia, las cuales establecen en los artículos 146 C.F. y 143 L.Pr.F, las circunstancias en las cuales las conductas que realice el demandado tendrán como consecuencia jurídica la declaratoria de paternidad por parte del juez de familia.

Conforme a lo que prescribe el principio de legalidad, dichas conductas son las siguientes:

- ✓ Cuando el demandado responda evasivamente a las preguntas que se le realizan.

- ✓ Cuando no asista a la audiencia para practicarse el examen de paternidad.

- ✓ Cuando asistiendo a la audiencia se negare a realizarse la prueba científica hereditaria y antropomórfica de paternidad.

Así mismo la ley establece que al realizar una de estas conductas se produce como consecuencia jurídica inmediata el reconocimiento provocado de paternidad.

Estableciéndose de esta manera las conductas anteriormente descritas como las únicas que generan el reconocimiento provocado de paternidad; consagrándose de esta manera el respeto al principio de legalidad en él mismo.

b) Presunción de Inocencia.

La Presunción de Inocencia se refiere a que toda persona a la cual se le impute un delito o una obligación, se deberá considerar como inocente o no responsable y ser tratada como tal en todo momento del proceso; hasta no demostrarse clara y fehacientemente lo contrario conforme a la Ley y en juicio en el cual se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa.

La presunción de inocencia refiere dos aspectos: toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y que la carga de la prueba le corresponde únicamente a la parte acusadora o demandante.

En cuanto a que derecho constitucional, la presunción de inocencia condensa varios axiomas, que delimitan la concreción del contenido de este principio constitucionalizado como derecho fundamental, siendo estos:

- ✓ La culpabilidad no existe mientras no haya sido declarada y sólo la sentencia jurídica tiene virtualidad para hacerlo.

- ✓ En el momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades de pronunciamiento, estimatoria y desestimatoria, que se corresponden con las únicas dos situaciones que cabe examinar la culpabilidad o inocencia.

- ✓ La falta certeza, es decir la duda equivale a la inocencia, resultando preferible la absolución de un culpable que la condena de un inocente; el demandado ó imputado no tiene que demostrar su inocencia ni nadie puede ser tratado como culpable, pues goza de la misma situación jurídica que un inocente.

- ✓ No pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir aspectos de la culpabilidad que no precisen ser demostrados²⁸.

La presunción de inocencia actúa, como un principio general informador de la legislación, y al mismo tiempo, como un criterio directivo que guía la interpretación de todo el ordenamiento procesal. Expresa, en primer lugar una garantía Constitucional en cuya virtud el legislador está obligado a establecer un método de protección de la inocencia y libertades del demandado e imputado, asegurando que mientras el proceso se desarrolle será tratado como

²⁸ Código Procesal Penal Comentado. Tomo I. Casado Pérez, José María y otros. Consejo Nacional de la Judicatura. Año 2003. Pag. 19.

inocente. Además, incorpora un criterio directivo en materia probatoria, característico de la tradición jurídica angloamericana, en cuya virtud la carga de la prueba de culpabilidad pesa siempre sobre la parte acusadora o demandante y supone que la culpabilidad resulte demostrada más allá de toda duda razonable, es decir que la prueba completa de la culpabilidad debe ser suministrada por la acusación o demanda, imponiéndose la absolución y desestimación de la demanda o acusación si la culpabilidad no resulta suficientemente demostrada.

Siendo así, y luego de realizar un análisis, en el Reconocimiento Provocado de Paternidad, alguno de los axiomas y de las ideas anteriormente presentadas podrían ser violentadas respecto a lo que a continuación se establece:

En primer lugar, al no existir una plena prueba que indique que el demandado es el padre del menor cuando el mismo no se presenta a audiencia, no contesta a las preguntas que se le realizan o responde evasivamente a las mismas y no se realiza la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad, y la parte que demanda no aporta ninguna clase de prueba que apoye su afirmación, según lo anteriormente detallado da lugar a duda razonable, y por lo tanto, debería de emitirse una sentencia desestimando la pretensión de la parte demandante; a contrario sensu, en el presente proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad se observa que en muchas ocasiones, basta que el presunto padre del menor no se presente a audiencia, no conteste a las

preguntas que se le realizan o responde evasivamente a las mismas y no se realiza la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad, para que se resuelva a favor de la parte demandante, basándose en el indicio de que “El que nada debe nada teme” y por lo tanto, el demandado de no ser el padre accedería a la realización de la prueba anteriormente referida.

En segundo lugar, la Presunción de inocencia reclama que la parte demandante sea la encargada de probar las afirmaciones que realiza, y en el proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad se invierte la carga de la prueba, obligando al demandado a demostrar la falta de veracidad de la pretensión de la parte demandante, cuando la teoría general de la prueba sostiene que, la prueba debe ser aportada por la parte que demanda o acusa y solamente cuando la contra parte realiza afirmaciones se encuentra obligado a probar las mismas.

En tercer lugar, en el Reconocimiento Provocado de Paternidad, al declarar al demandado como padre del menor mediante indicios por no contar con una prueba concreta que demuestre la paternidad de este sobre el menor, se crea una ficción de culpabilidad, por lo que se podría en determinado momento transgredir de esta manera el axioma que indica que “Todo hecho que se le impute o responsabilice a una persona debe ser demostrado clara y

fehacientemente y no pueden existir ficciones de culpabilidad para el establecimiento de la misma.”

Finalmente, es necesario hacer referencia a que la jurisprudencia española establece que una prueba, la negativa del presunto padre a no realizarse la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad no es suficiente para declarar como padre al mismo, y que dicha negativa, necesariamente debe estar unida a otras pruebas para producir el convencimiento de la paternidad que se reclama, para así, cumplir a cabalidad lo que manda la Garantía de la presunción de Inocencia²⁹.

c) Garantía de Audiencia.

La Garantía de Audiencia es aquella que señala que toda persona para ser obligada al cumplimiento de una obligación deberá ser oída y vencida en juicio público donde se le permitan exponer sus razones y hacer uso de su derecho a la defensa material y técnica.

En el proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad, el juez está facultado para declarar padre al demandado cuando este no asiste a la audiencia luego de segunda citación, lo cual en determinado momento puede contrariar la Garantía de Audiencia ya que, la ausencia de este, impide que

²⁹ Revista Judicial Mes de Julio. Corte Suprema de Justicia. Año 2002. Pag. 172.

pueda hacer uso de su derecho de defensa material, Además, si a la ausencia del demandado se suma la ausencia de la persona que ejerza la defensa técnica del mismo esta violación se agrava.

En repetidas ocasiones la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en el sentido que, “Al demandado se le garantiza su derecho de audiencia, en el momento que el mismo es notificado o emplazado, sobre la existencia de ciertos hechos que se le atribuyen; sí el demandado teniendo conocimiento de esto decide no presentarse a la audiencia que se realizará, se citará por segunda ocasión al mismo para que pueda dar su versión de los hechos, sí luego de segunda citación no atiende el llamado de la misma, el proceso seguirá su curso nombrándosele Curador ad litem a efecto de garantizarle su Derecho de Defensa.”

Según lo anterior, un proceso puede seguir su curso con la ausencia del demandado, pero para garantizar el derecho de defensa del mismo, se le nombrará una persona que vele por los derechos del mismo, y en el Reconocimiento Provocado de Paternidad, cobijándose en la naturaleza de este, se dice que no es necesaria la presencia de un abogado que procure a favor del demandado ya que no es un proceso contradictorio, cuando sin lugar a dudas, nos encontramos en un juicio contradictorio cuando el presunto padre niega la paternidad, ya que hay una parte que responsabiliza a otra de la

realización de ciertos actos que le generan obligaciones y otra que niega la realización de dichos actos y tiene su versión de los mismos, por lo tanto, se considera que en virtud de lo que la Honorable Sala de Lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha declarado en el párrafo anterior, cuando el demandado asista o no a esta clase de Audiencias debe de nombrársele una persona que procure a favor de los intereses del mismo para garantizársele su derecho de Defensa, que es la finalidad que persigue la Garantía de Audiencia, y así de esta manera se cumpla por lo prescrito en La Constitución respecto de dicha Garantía del demandado.

d) Derecho de Libertad de Decisión.

El Derecho a la Libertad de Decisión proclama que la persona misma es la única que puede decidir o elegir lo más conveniente para su vida, de manera que únicamente es ella la que puede realizar una acción u omisión la cual deberá ser libre de coacción o presión, siempre y cuando dicha acción y omisión no tras pase los límites impuestos por la ley.

En el Reconocimiento Provocado de Paternidad se establece que el demandado debe responder concretamente a las preguntas que se le realizan, debe asistir a la audiencia para dar su versión de los hechos y debe realizarse

la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad, caso contrario se le declarará al mismo como padre del menor.

Sobre este punto señalamos, que en determinado momento el demandado debe presentarse a la audiencia únicamente con la finalidad de conocer la pretensión de la contraparte y que sea acompañado por apoderado legal que ejerza su defensa técnica, para garantizársele de esta manera igualdad de oportunidades frente a la parte demandante la cual, le señala como responsable de una determinada acción.

Ahora bien, respecto a la obligación de responder a las preguntas que se le realizan al presunto padre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su Artículo 8 numeral 2 literal g) señala que “toda persona tiene Derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo, ni a declararse culpable”, siendo esta una de las claras manifestaciones del derecho a guardar silencio de las personas que se encuentran en determinado momento frente al aparato jurisdiccional del Estado, dejando que la otra parte sea quien pruebe la responsabilidad de la cual se acusa al demandado, por lo que podría verse afectada la voluntad del demandado de no declarar y guardar silencio cuando se le declara padre por este motivo.

Al encontrarnos en el caso de la obligación del presunto padre de realizarse la prueba de ADN, un lado de la doctrina sostiene que la defensa de los principios de la libertad humana y la inviolabilidad de la persona es fundamental; en consecuencia, de acuerdo a esta orientación, no se puede imponer un examen por la compulsión física. Otro sector opina, que todo depende de los valores que se juzguen como de mayor jerarquía. Se alude a una ponderación de Derechos Fundamentales, los cuales a nuestro juicio no deben jerarquizarse por su interdependencia. Siendo esto así, y entendiendo que todos los valores son de un mismo rango no puede interponerse uno sobre otro y, por lo tanto, no puede obligarse a una persona a ejercer una determinada acción cuando el ejercicio de la misma implique la renuncia inmediata a un derecho innato a su persona³⁰.

Finalmente, es de suma importancia señalar que posiblemente en el reconocimiento provocado de paternidad existe una obligación del presunto padre de responder de cierta forma a las preguntas que se le realizan, asistir a la audiencia y realizarse la prueba de ADN, debido a que la negativa a las anteriores le produce una sanción de carácter legal, lo cual claramente expresa que no se da un total respeto a la libertad de decisión del demandado.

³⁰ Sentencia de Apelación. Cámara de Familia de la Sección del Centro. Ref.15- A 2002.

Capítulo V

ANÁLISIS Y TABULACIÓN DE DATOS EMPÍRICOS.

En el presente capítulo se exponen los resultados obtenidos en la investigación de campo, realizada en los cuatro juzgados de familia ubicados en el municipio de San Salvador; como también, abogados litigantes en materia de familia que poseen un conocimiento técnico especializado en el tema en cuestión. Los resultados se han obtenido a través de encuestas y entrevistas dirigidas a colaboradores judiciales, jueces, magistrados de cámara y salas así como abogados particulares.

De las mencionadas encuestas y entrevistas, la información a recabar; refería al problema de investigación, por lo cual las preguntas que conformaban las mismas, versan sobre el Respeto a la Garantía del Debido Proceso juntamente con el Derecho de Libertad de Decisión de los presuntos padres en la figura del Reconocimiento Provocado de Paternidad. Así también se abordó el tema del Interés Superior del Menor juntamente con la prueba indiciaria y la presunción *iuris tantum* en el proceso de investigación de la paternidad.

La muestra utilizada se compuso en lo que respecta a las encuestas por un colaborador judicial de cada uno de los juzgados y por cuatro abogados

Litigantes en materia de familia. Además se realizaron entrevistas, las cuales fueron dirigidas a cada uno de los jueces titulares de cada uno de los Juzgados de Familia del municipio de San Salvador, también se entrevistó al magistrado de la Cámara Primera de Familia de la Primera Sección del Centro y magistrados de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia.

5.1 Análisis de Resultados de Encuestas.

Las encuestas utilizadas a fin de obtener la información pertinente, fueron en su totalidad ocho las cuales han sido dirigidas a los colaboradores jurídicos de los tribunales de familia del municipio de San Salvador y abogados litigantes, exponiéndose a continuación las preguntas y resultados arrojados por estas:

Pregunta 1. ¿Sabe usted en qué consiste el Reconocimiento Provocado de Paternidad?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron ocho respuestas afirmativas, lo que conforman el 100% de la muestra obtenida. Con este resultado concluimos que las personas a las cuales les fue dirigida esta encuesta son las idóneas por conocer todas en qué consiste el reconocimiento provocado de paternidad.

Pregunta 2. ¿Conoce en qué consiste la Garantía del Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron ocho respuestas afirmativas, lo que conforman el 100% de la muestra obtenida. Con este resultado confirmamos la precisión en la elección de las personas encuestadas ya que conocen en su totalidad el tema objeto de la presente investigación.

Pregunta N° 3. ¿Ha participado en un proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad por las causales del artículo 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron cuatro respuestas afirmativas que representan un 50% de la muestra obtenida y cuatro respuestas negativas que representan el 50% restante.

Este resultado se obtuvo por que los colaboradores jurídicos de los cuatro juzgados de familia del municipio de San Salvador no participan de forma directa ó como parte en el proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad, sin embargo conocen a plenitud la figura y en que consiste la misma.

Pregunta N° 4. ¿Considera usted que es correcto que se declare como padre del menor al demandado cuando este conteste evasivamente a las preguntas que se le realizan, por no asistir a la segunda citación o asistiendo se niegue a practicarse la dicha prueba de paternidad?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron tres respuestas afirmativas que representan el 37%, de la muestra y cinco respuestas negativas que representa el 63% de la muestra restante.

Pregunta N° 5. ¿Considera legal que el juez de familia declare como padre al demandado basándose en un simple indicio de prueba cuando se da alguna de las causales anteriormente señaladas?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron dos respuestas afirmativas que representan el 25%, de la muestra y seis respuestas negativas que representan el 75% de la muestra restante.

Con los resultados obtenidos concluimos que para la mayoría de las personas encuestadas se observa una ilegalidad en el momento que el juez de familia declara como padre al demandado basándose únicamente en la negativa del supuesto padre a realizarse la Prueba de A.D.N, ya que la teoría general de la prueba no contempla que la prueba indiciaria sirva para cambiar el estatus jurídico del presunto padre.

Pregunta N° 6. ¿Se encuentra el presunto padre obligado a realizarse la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad y a asistir a la audiencia señalada?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron tres respuestas afirmativas que representan el 37%, de la muestra y cinco respuestas negativas que representan el 63% de la muestra restante.

Deducimos de estos resultados que la mayoría de encuestados considera que el supuesto padre no está obligado a realizar ningún tipo de conducta que atente contra la autonomía de su voluntad de manera que el demandado no está obligado a asistir a la audiencia y mucho menos a realizarse una prueba de paternidad.

Pregunta N° 7. Si el presunto padre no se presenta a la realización de la prueba científica de paternidad ó a la audiencia, ¿Deberá el juez declarar la paternidad del demandado?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron dos respuestas afirmativas que constituyen el 25%, de la muestra utilizada y seis respuestas negativas que representan el 75%, de la muestra utilizada.

Con la información recabada concluimos que la mayoría de encuestados no consideran que el juez tenga un fundamento legal de eminente peso para

declarar padre al demandado solamente por su inasistencia o por su negativa a la realización de la prueba de paternidad.

Pregunta N° 8. ¿Existe una obligación tácita para el demandado de responder concretamente a las preguntas que se le realizan, asistir a la audiencia y practicarse la prueba científica de paternidad?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron tres respuestas afirmativas que representa el 37%, de la muestra utilizada y cinco respuestas negativas que representan el 63% de la muestra empleada.

Los resultados nos indican que tres de los encuestados sostienen que aún y cuando no existe una obligación implícita en la ley, por no existir un término de carácter imperativo en la norma; siempre el presunto padre se encuentra en la obligación de asistir a la audiencia y practicarse la prueba de paternidad ya que la misma norma establece una consecuencia jurídica a la negativa de este.

Por otra parte los cinco encuestados restantes sostienen que existe una obligación implícita en la norma, ya que si bien es cierto como está establecido en el párrafo anterior no existe un término de carácter imperativo en la norma, cuando hay una consecuencia jurídica implícita en la misma obligación.

Pregunta N° 9. La sentencia declarada por el juez de familia en la que se establece la paternidad del demandado y que se dicta en base a los indicios de prueba. ¿Puede violentar la garantía del debido proceso y el derecho a la libertad de decisión del presunto padre?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron cinco respuestas afirmativas que representan el 63% de la muestra empleada y tres respuestas negativas que representan el 37% restante.

Se puede notar que en determinado momento tanto el Debido Proceso como la Libertad de Decisión del presunto padre, pueden ser violentados al momento que el juez de familia declara la paternidad en base a un indicio de prueba ya que no se puede condenar a una persona en base a esto sino que debe existir una prueba concreta para emitir una sentencia que modifique la situación jurídica de una persona y al no existir una prueba concreta el juez puede sentenciar en base a su criterio y cometer una arbitrariedad.

Pregunta N° 10. En su opinión ¿Deberá prevalecer el principio del interés superior del menor sobre las garantías que integran el debido proceso y el derecho a la libertad de decisión del demandado?

De las ocho encuestas dirigidas se obtuvieron cuatro respuestas afirmativas que representan el 50%, de la muestra utilizada y cuatro respuestas negativas que representan el otro 50% de la muestra.

De la información que se ha recabado se observa que la mitad de los encuestados señala la preeminencia del Interés Superior del Menor en la materia de familia, pero al mismo tiempo la otra mitad señala que las garantías fundamentales tanto del presunto padre como del menor deben de estar en una misma jerarquía constitucional.

5.2 Análisis de resultados de entrevistas.

Las entrevistas utilizadas a fin de obtener la información pertinente fueron un total de ocho, las cuales han sido dirigidas a los jueces de familia del municipio de San Salvador y Magistrados de Cámara y de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia exponiéndose a continuación las preguntas y los resultados arrojados por estas:

1- Según su criterio ¿Qué es el Reconocimiento Provocado de Paternidad?

La presente entrevista revela que el 88% de los entrevistados considera que el Reconocimiento Provocado de Paternidad es un medio o un mecanismo que busca exclusivamente establecer la filiación legal entre el presunto padre y el menor, mientras el 12% restante, considera que esta figura propia del Derecho de Familia, únicamente persigue el establecimiento de una obligación para el

demandado, ya que en este caso la finalidad del Reconocimiento Provocado de Paternidad es determinar la paternidad del demandado.

2- Al momento de resolver en esta clase de procesos, según su opinión, ¿Qué Prevalecerá el Principio del Interés Superior del Menor o la Garantía del Debido Proceso y la Libertad de Decisión del Presunto Padre?

El 12% de los entrevistados considera que por ser el Derecho de Familia una rama del Derecho especial, el Principio del Interés Superior del Menor deberá prevalecer ante cualquier otra garantía; otro 12% considera que el Debido Proceso y la Libertad de Decisión del Demandado deberán ser respetados frente al Interés del Menor, ya que dichas Garantías son propias del proceso mismo y el restante 76% considera que ambas garantías tienen un mismo nivel Constitucional, por lo que una no puede prevalecer frente a las otras.

3- ¿En base a que se declara padre del menor al Demandado cuando este responde evasivamente a las preguntas que se le realizan, cuando no asiste a la audiencia o asistiendo se rehusa a realizarse la prueba científica de paternidad?

El 63% de los entrevistados considera que se emite la declaración de paternidad, en estos casos, porque el juez únicamente se basa en la presunción legal que surge en dicha situación; un 25% considera que la declaración es producto del hecho que la ley así lo ordena, por lo que el juez únicamente aplica

lo que la Ley expresamente señala y finalmente el 12% restante considera que la declaración es el resultado eminente del Criterio subjetivo del juez, el cual basándose en su percepción y la sana crítica resuelve en atención a lo que él considera correcto.

4- ¿Considera Ud. Que una sentencia puede basarse únicamente en un indicio de prueba?

El 50% considera que en el Reconocimiento Provocado de Paternidad un indicio si puede fundamentar la declaratoria de paternidad por tratarse de un proceso Sui Generis; por el contrario el otro 50% considera que en base a la teoría general de la prueba un indicio en ningún momento puede servir como único fundamento de la sentencia, ni siquiera por excepción.

5- Según su opinión ¿Cuál es la normativa internacional que existe y protege el Principio del Interés Superior del Menor y la Garantía del Debido Proceso y el Derecho de libertad de Decisión del Demandado?

El 100% de los entrevistados señalan que el Principio del Interés Superior del Menor es tutelado por la Convención de los Derechos del Niño, ya que este instrumento internacional es el que consagra de una manera amplia los Derechos de los niños y la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos es la que tutela y expone de forma amplia y sin limitaciones lo que es el Debido Proceso y la Libertad de Decisión en todos las ramas.

6- La Cámara Primera de Familia del municipio de San Salvador establece a través de una resolución que el Reconocimiento Provocado de Paternidad no es contencioso y por lo tanto no necesita de procuración, ¿Cuál es su opinión sobre esta afirmación?

La entrevista revela que el Reconocimiento Provocado de Paternidad es contencioso, ya que el supuesto padre al momento de negar la paternidad inicia un conflicto jurídico en el cual surgen dos pretensiones contrapuestas, que se visualizan precisamente con el mandato del juez mediante el cual se ordena la prueba de ADN, tal afirmación se fortalece con el hecho de que solo el 12% de los entrevistados considerada que no existe contención y el 88% restante aún con diferencias en cuanto al momento en que esta figura se vuelve contenciosa coinciden en que sí es necesario un procurador como efecto directo del conflicto jurídico que se desarrolla.

7- En la misma resolución se sostiene que en dicho proceso lo que se busca es que el padre responda si es o no el padre del menor y que también lo único que realiza el juez a- quo es fijar día, hora y lugar para la audiencia y la realización de la prueba científica de paternidad, por lo que el presunto padre no está obligado a realizarse dicha prueba o asistir a dicha audiencia, ¿Comparte Ud. Este criterio de la Cámara?

El 63% de los entrevistados considera que la Cámara dice la verdad al señalar que el presunto padre no está obligado a asistir a la audiencia y mucho menos

a realizarse la prueba de ADN, ya que, en caso contrario se vulnera la autonomía del demandado; y el 37% restante señala que el demandado si está obligado, por que la misma ley señala de forma expresa la consecuencia que acarrea la negativa del presunto padre de asistir a la audiencia o realizarse la prueba de ADN.

8- Si no es una obligación como establece la Cámara, según su opinión, ¿Por qué se le declara padre al demandado al no asistir a la audiencia o al lugar en el que se realizará el examen?

El 63% de los entrevistados considera que la declaración de paternidad se da por el simple hecho de que el Art. 146 del Código de familia y 143 de la Ley Procesal de Familia así lo ordena, es decir, porque la ley lo señala; por otra parte el 25% expresa que se emite la declaración porque el presunto padre tiene una obligación y que parte de esa obligación es la consecuencia jurídica que integra o complementa dicha obligación; y finalmente el restante 12% señala que es la conducta del demandado la que permite que el juez, utilizando la sana crítica que la ley le confiere, proceda a declarar padre al demandado.

9- Al declarar la Ley que si el presunto padre no asiste a la audiencia ni a la realización de la prueba científica de paternidad se le declarará como padre, ¿Considera Ud. Que crea la misma Ley una obligación tácita para el demandado?

El 50% de la muestra indica que si existe una obligación tácita por que de lo contrario no es justificable la consecuencia jurídica que sufre el demandado; el 25% señala que no existe una obligación y que por lo tanto no debería existir un efecto para el presunto padre y el 25% restante señala que si existe una obligación, pero que esta es expresa por que las Leyes de Familia así lo indican.

10- Según su opinión, si la Ley obliga al presunto padre a realizar determinadas acciones, ¿Donde queda el criterio establecido por la Cámara al sostener que el demandado no está obligado a actuar de determinada manera?

El 50% de los entrevistados señala que la cámara simplemente expresa una clara contradicción y que por lo tanto, no se puede dar una mejor fundamentación a esta interrogante; un 38% señala que la Cámara expresa una verdad, pero la Ley señala un criterio distinto al de la Cámara y que por lo tanto, el magistrado se ve obligado a ratificar lo que la Ley señala, y finalmente un 12% expresa que la Cámara no es lógica y que por lo tanto, no existe una explicación coherente a su conducta.

11- Según su opinión, la declaración de paternidad que se emite en base a las causales que regulan los Art. 146CFm y 143LPrFm, ¿vulneran las garantías del Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión del presunto padre?

El 37% de los entrevistados señala que existe vulneración al debido proceso por que se violenta el derecho de Defensa, la Garantía de Audiencia y la autonomía del demandado en el Reconocimiento Provocado de Paternidad; mientras que el 63% expresa que no hay vulneración porque la Ley ampara que el juez declare padre al demandado al no contestar concretamente a las preguntas que se le realizan, por no asistir a la audiencia y su negativa a la práctica del examen de ADN.

12- Si la Constitución de la República establece en su Artículo 8 que nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, y la Ley de familia no obliga al presunto padre a realizarse la prueba científica de ADN entonces, según su criterio, ¿Por qué se le declara al mismo, padre del menor por dicha causa?

El 50% de los entrevistados señalan que aunque el Art. 8 de la Constitución dice que nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe, en este caso la Ley señala las obligaciones del demandado por lo que nunca se violenta a la Constitución, mientras que el 50% restante señala que ese comportamiento del demandado es el que permite que el juez

crea que es el padre, de manera que el demandado puede no realizarse el examen de paternidad y nadie lo puede obligar, pero el juez tampoco está obligado a considerar como inocente al demandado, pero también está facultado para inaplicar el Art. 146CFm si considera que existe vulneración al Art. 8 de la Constitución amparándose en la facultad que expresamente le confiere el Art. 185 de la misma.

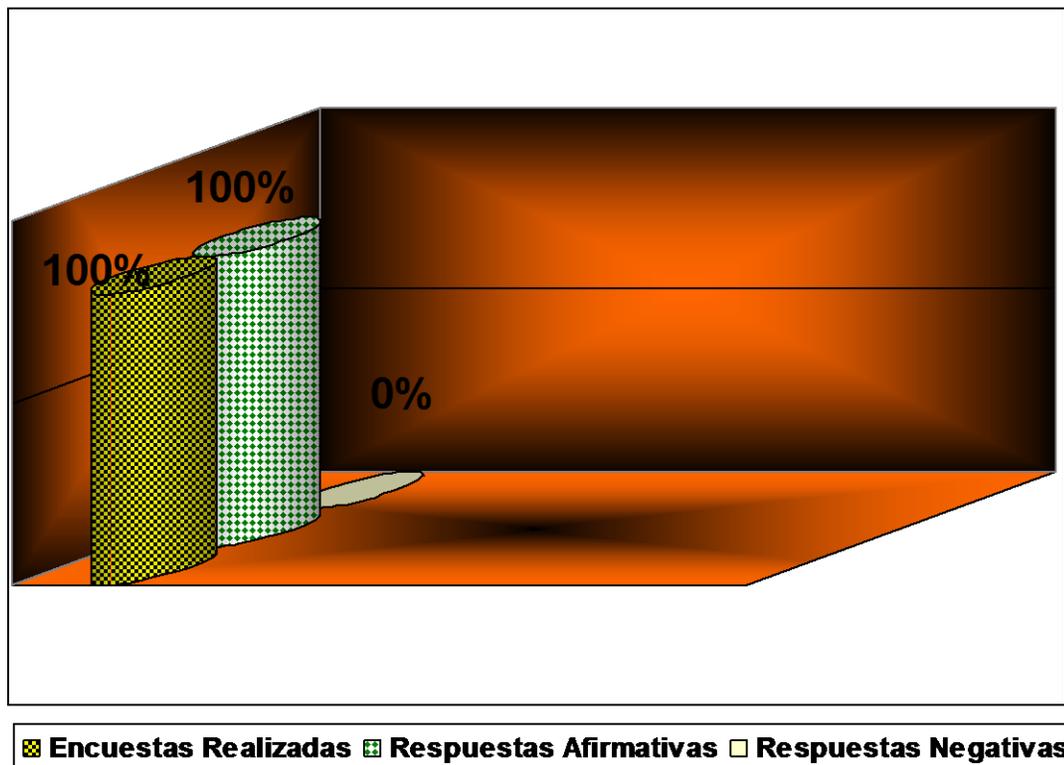
5.3 TABULACIÓN DE DATOS EMPÍRICOS.

5.3.1. Tabulación de Datos obtenidos a través de Encuestas realizadas a personas conocedoras de nuestro tema.

Pregunta 1. ¿Sabe usted en qué consiste el Reconocimiento Provocado de Paternidad?

Encuestas Dirigidas	8
Respuestas Afirmativas	8
Respuestas Negativas	0

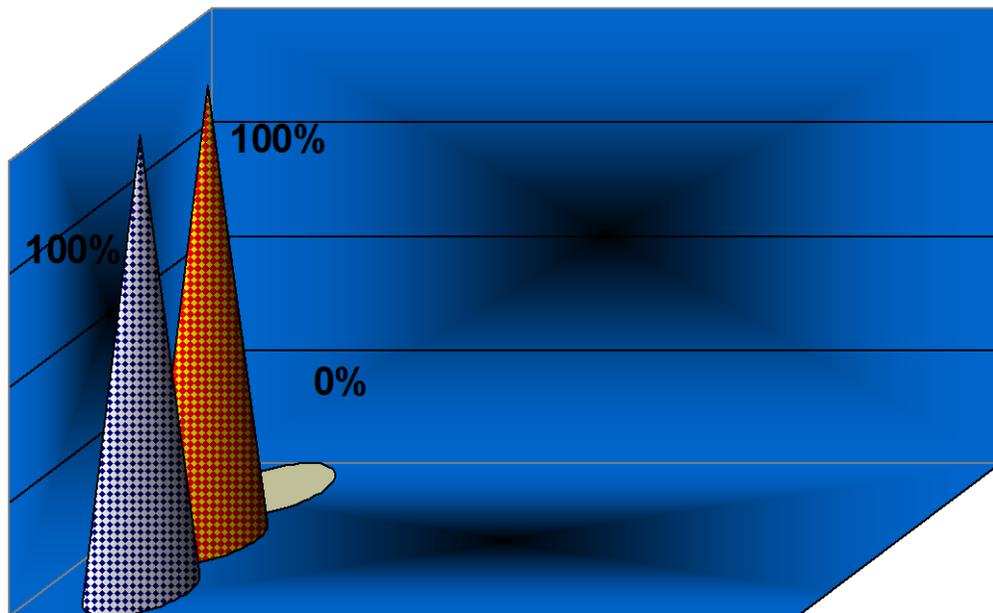
Pregunta N° 1



Pregunta 2. ¿Conoce en qué consiste la Garantía del Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión?

Encuestas Dirigidas	8
Respuestas Afirmativas	8
Respuestas Negativas	0

Pregunta N° 2

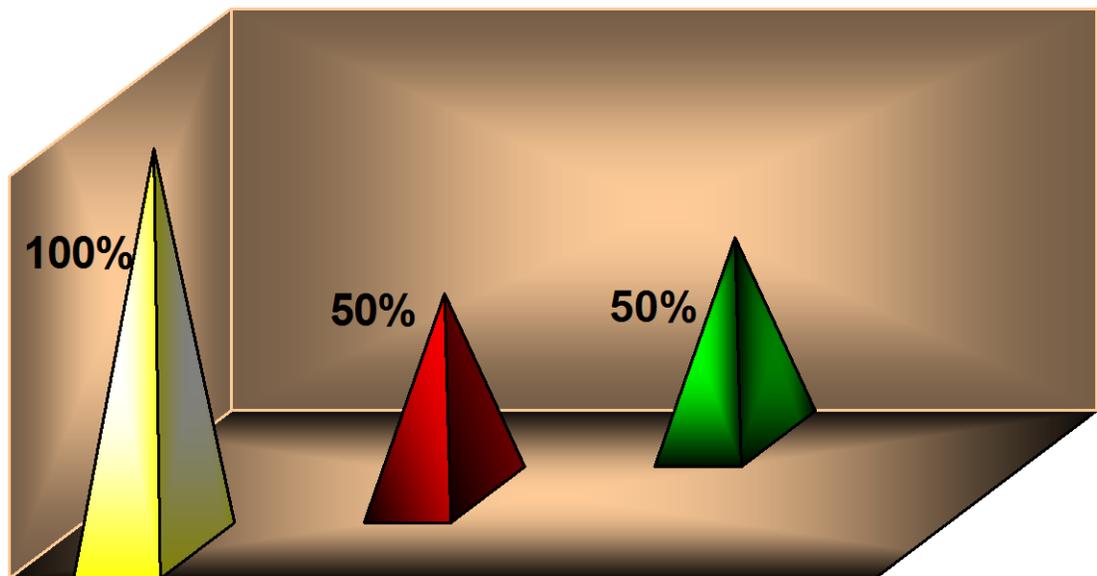


 Encuestas Realizadas	 Respuestas Afirmativas
 Respuestas Negativas	

Pregunta N° 3. ¿Ha participado en un proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad por las causales del artículo 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia?

Encuestas Dirigidas	8
Respuestas Afirmativas	4
Respuestas Negativas	4

Pregunta N° 3

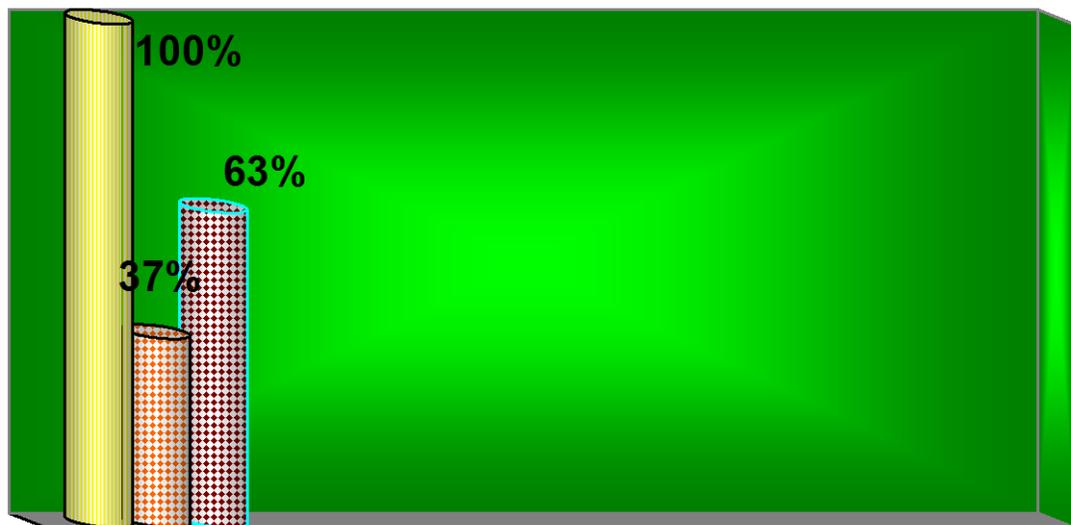


■ Encuestas Realizadas ■ Respuestas Afirmativas ■ Respuestas Negativas

Pregunta N° 4. ¿Considera usted que es correcto que se declare como padre del menor al demandado cuando este conteste evasivamente a las preguntas que se le realizan, por no asistir a la segunda citación o asistiendo se niegue a practicarse la dicha prueba de paternidad?

Entrevistas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	3
Respuestas Negativas	5

Pregunta N° 4

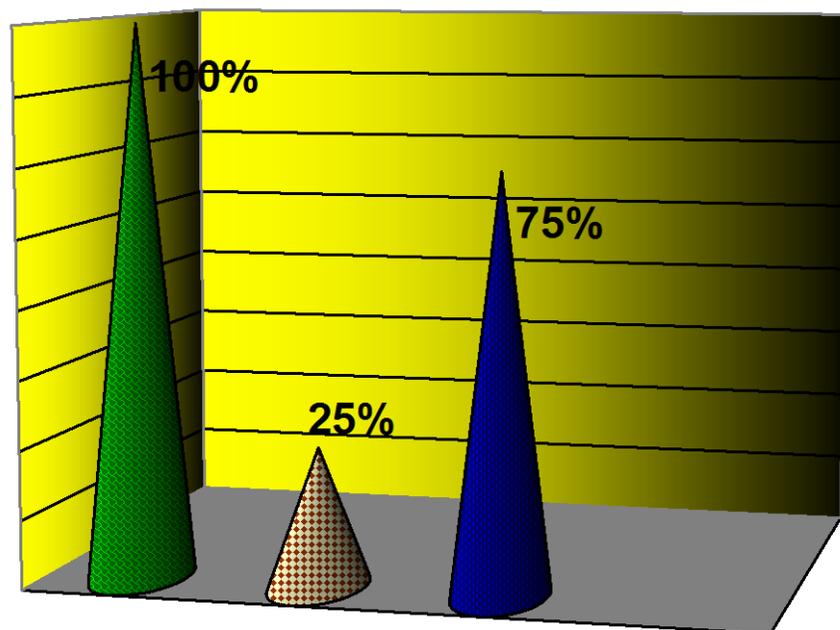


■ Entrevistas Realizadas ■ Respuestas Afirmativas ■ Respuestas Negativas

Pregunta N° 5. ¿Considera legal que el juez de familia declare como padre al demandado basándose en un simple indicio de prueba cuando se da alguna de las causales anteriormente señaladas?

Entrevistas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	2
Respuestas Negativas	6

Pregunta N° 5

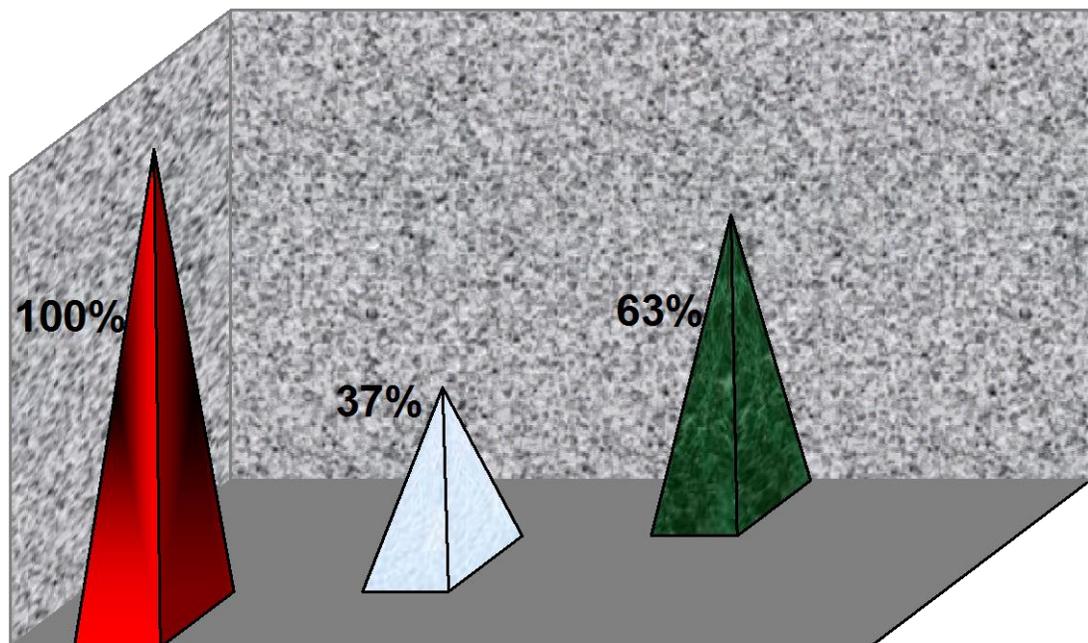


■ Preguntas Realizadas ■ Respuestas Afirmativas □ Respuestas Negativas

Pregunta N° 6. ¿Se encuentra el presunto padre obligado a realizarse la prueba científica, hereditaria y antropomórfica de paternidad y a asistir a la audiencia señalada?

Entrevistas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	2
Respuestas Negativas	6

Pregunta N° 6

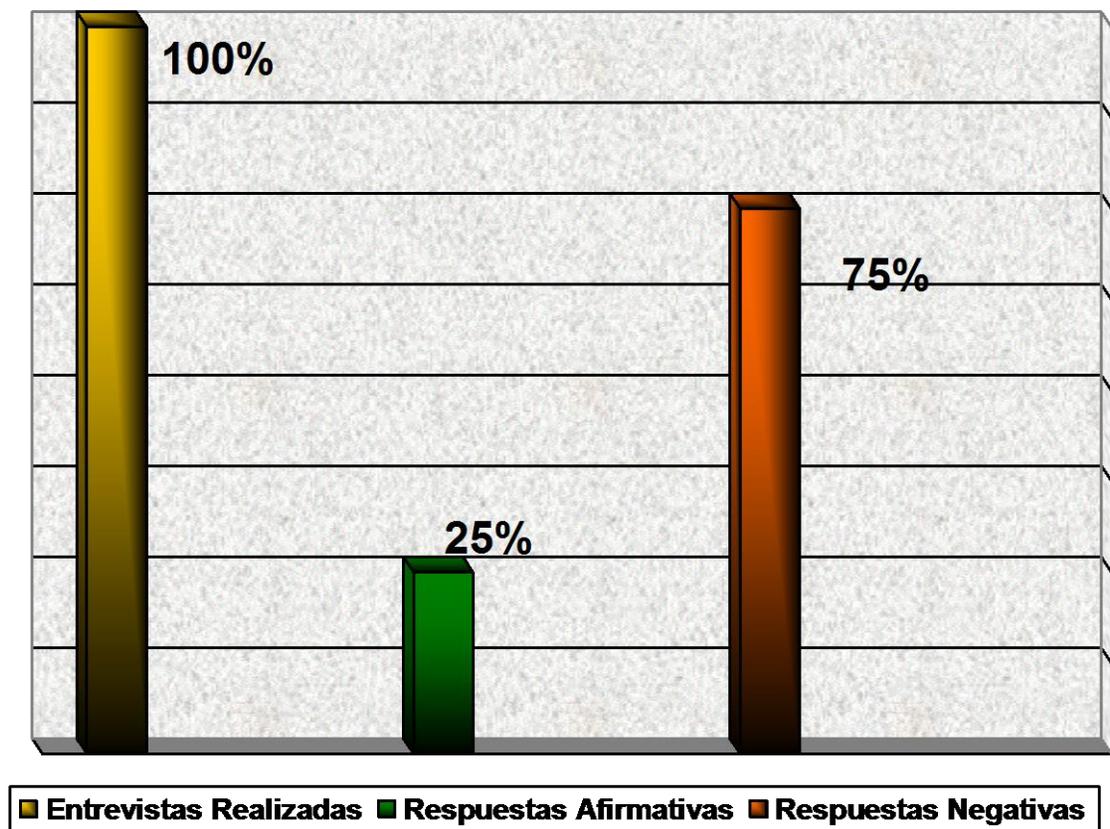


■ Entrevistas Realizadas □ Respuestas Afirmativas ■ Respuestas Negativas

Pregunta N° 7. Si el presunto padre no se presenta a la realización de la prueba científica de paternidad ó a la audiencia, ¿Deberá el juez declarar la paternidad del demandado?

Entrevistas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	2
Respuestas Negativas	6

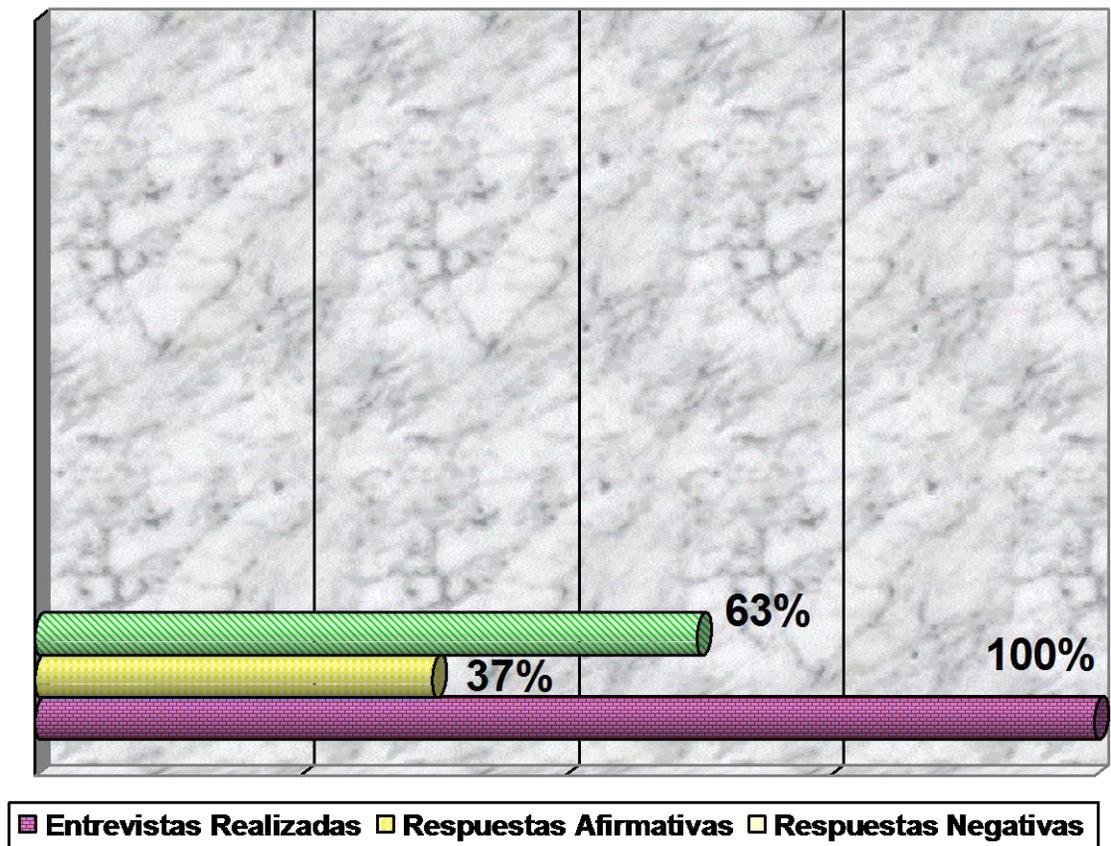
Pregunta N° 7



Pregunta N° 8. ¿Existe una obligación tácita para el demandado de responder concretamente a las preguntas que se le realizan, asistir a la audiencia y practicarse la prueba científica de paternidad?

Entrevistas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	3
Respuestas Negativas	5

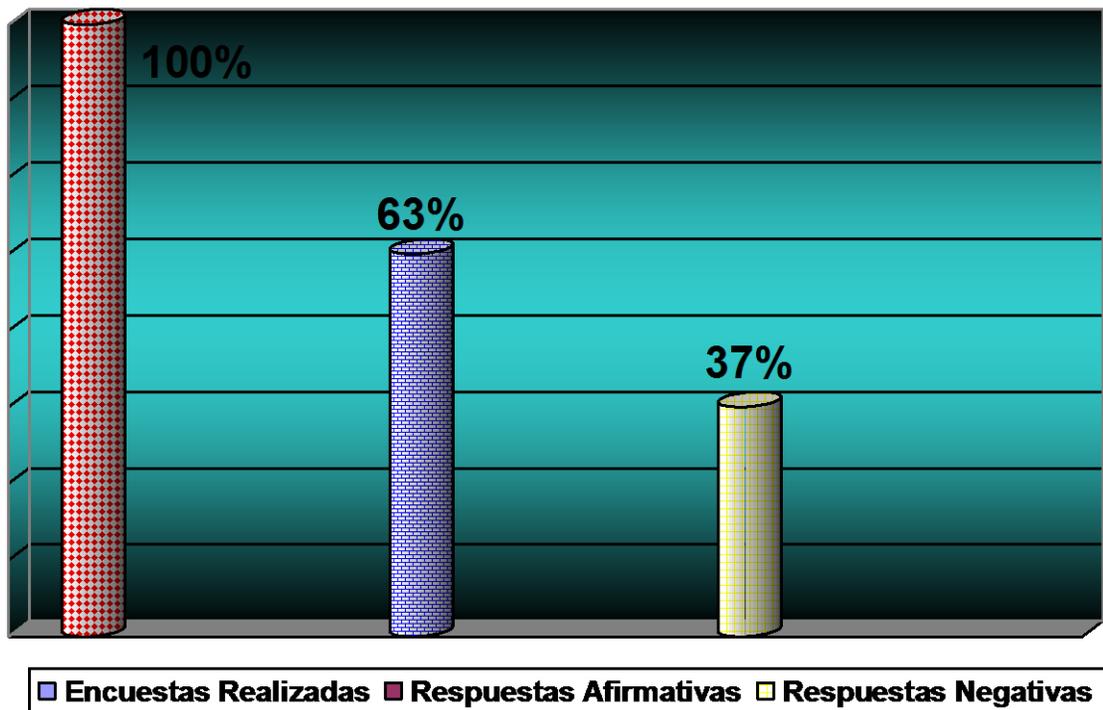
Pregunta N° 8



Pregunta N° 9. La sentencia declarada por el juez de familia en la que se establece la paternidad del demandado y que se dicta en base a los indicios de prueba. ¿Puede violentar la garantía del debido proceso y el derecho a la libertad de decisión del presunto padre?

Entrevistas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	5
Respuestas Negativas	3

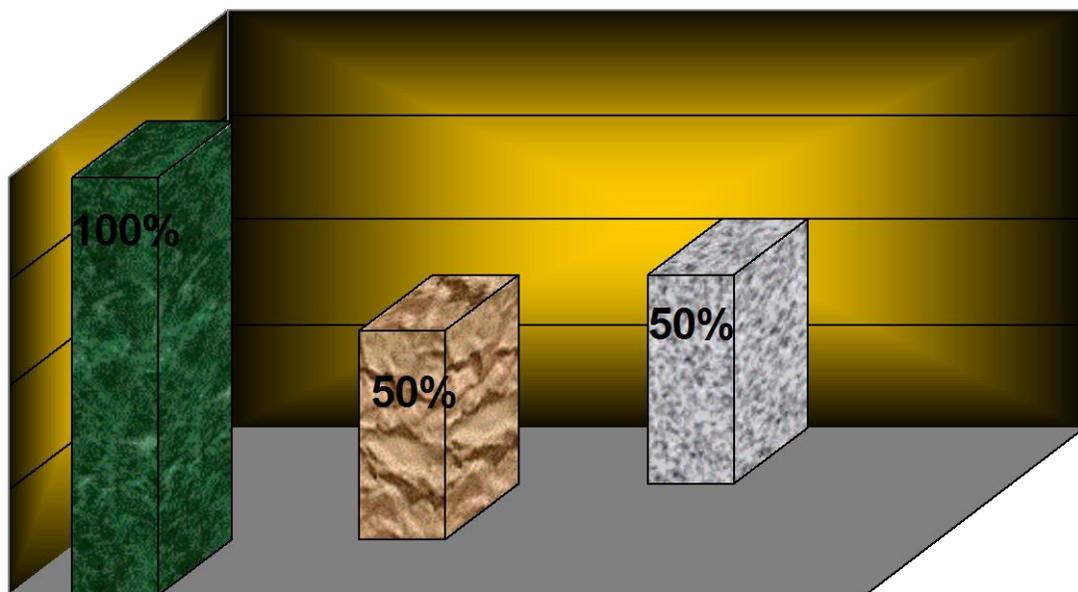
Pregunta N° 9



Pregunta N° 10. En su opinión ¿Deberá prevalecer el principio del interés superior del menor sobre las garantías que integran el debido proceso y el derecho a la libertad de decisión del demandado?

Encuestas Realizadas	8
Respuestas Afirmativas	4
Respuestas Negativas	4

Pregunta N° 10



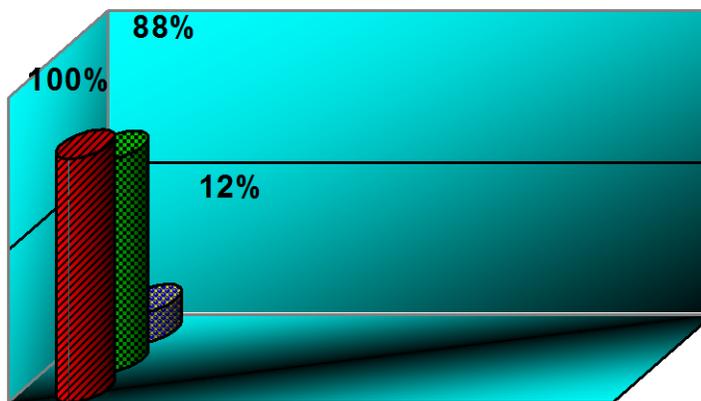
■ Encuestas Realizadas ■ Respuestas Afirmativas ■ Respuestas Negativas

5.3.2. Tabulación de Datos obtenidos a través de Entrevistas realizadas a personas conocedoras de nuestro tema.

Pregunta Nº 1. Según su criterio ¿Qué es el Reconocimiento Provocado de Paternidad?

Entrevistas Realizadas	8
a)Es un mecanismo o figura jurídica la cual tiene como finalidad establecer la relación filial que puede existir entre el presunto padre y un menor.	7
Es un mecanismo jurídico que no provoca un hecho sino que impone una obligación	1

Pregunta Nº 1



■ Entrevistas realizadas

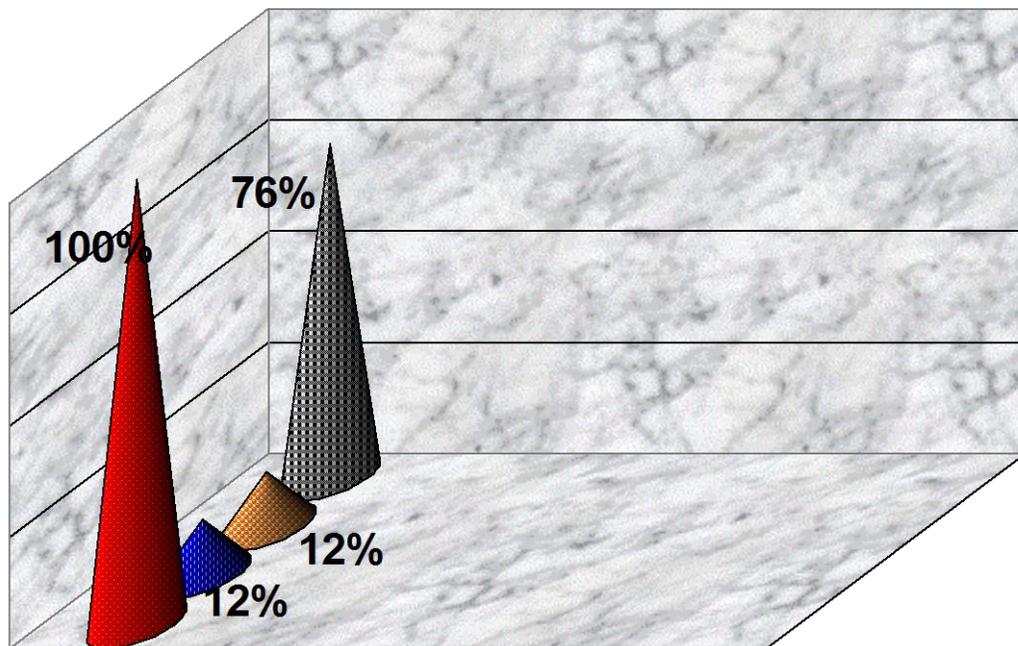
■ Es un mecanismo o figura jurídica la cual tiene como finalidad establecer la relación filial que puede existir entre el presunto padre y un menor.

■ Es un mecanismo jurídico que no provoca un hecho si no que impone una obligación

Pregunta N° 2. Al momento de resolver en esta clase de procesos según su opinión, ¿Qué prevalecerá, el Principio del Interés Superior del Menor, ó la Garantía del Debido Proceso y la Libertad de Decisión del presunto padre?

Entrevistas Realizadas	8
a) El Interés Superior del Menor	1
b) El Debido Proceso y la Libertad de Decisión	1
c) Ambos	6

Pregunta N° 2

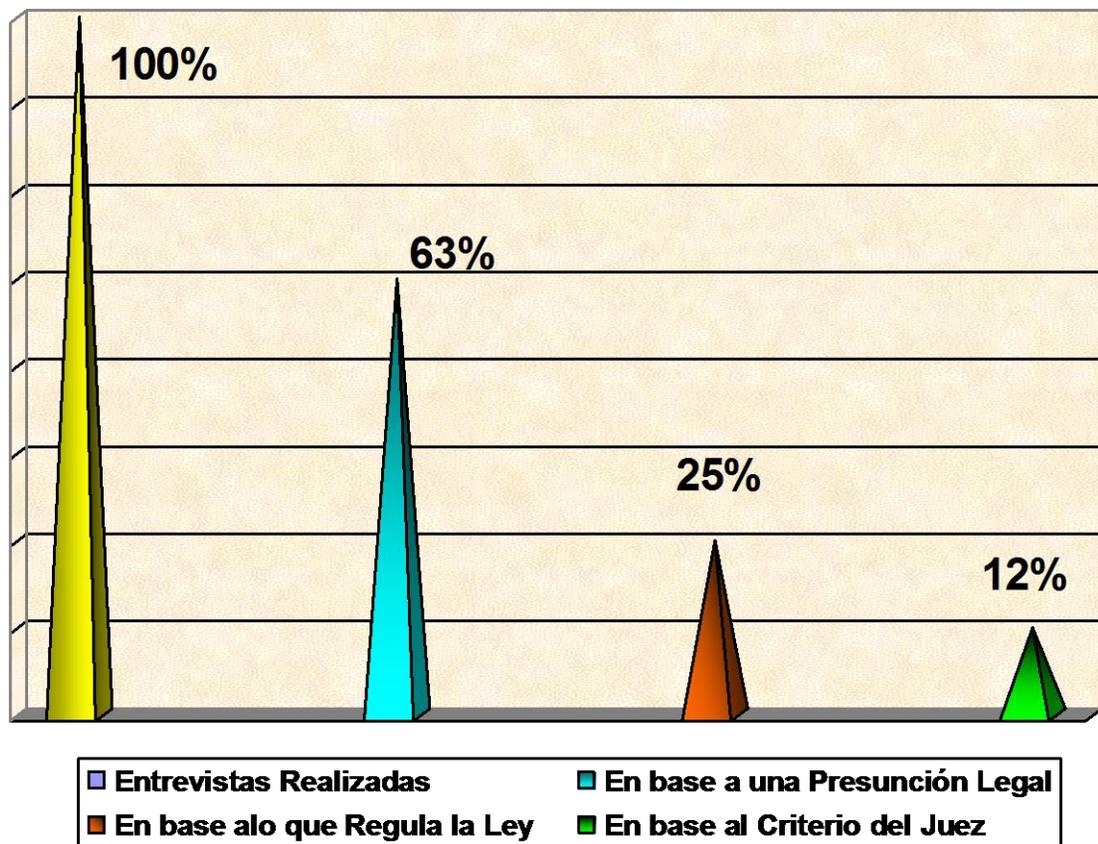


■ Entrevistas Realizadas
■ El Interés Superior del Menor
■ El Debido Proceso y la Libertad de Decisión
■ Ambos

Pregunta N° 3. ¿En base a qué se declara padre del menor al demanda, cuando este responde evasivamente a las preguntas que se le realizan, cuando no asiste a la audiencia ó asistiendo se rehúsa a realizarse la Prueba Científica de Paternidad?

Entrevistas Realizadas	8
a) En base a una Presunción Legal	5
b) En base a lo que Regula la Ley	2
c) En base al Criterio del Juez	1

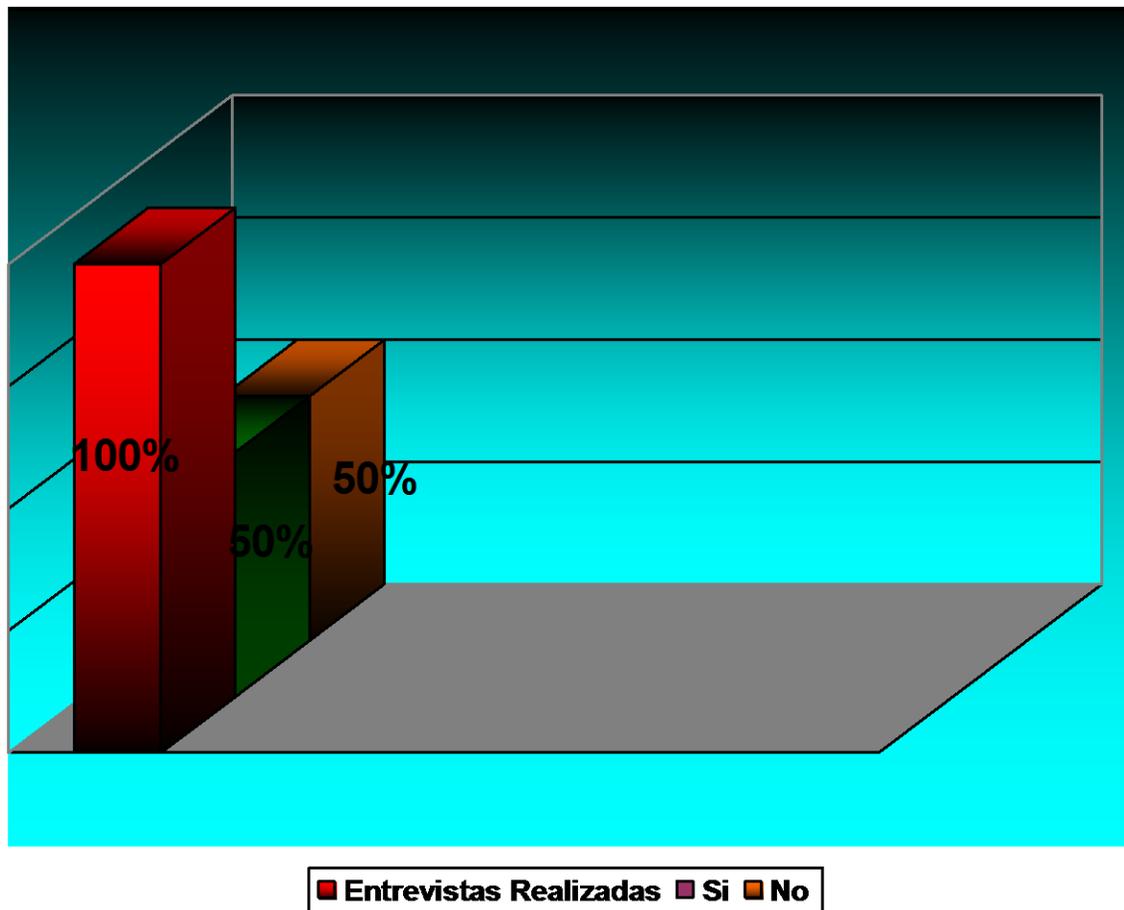
Pregunta N° 3



Pregunta N° 4. ¿Considera usted que una sentencia puede basarse únicamente en un Indicio de Prueba?

Entrevistas Realizadas	8
a) Si	4
b) No	4

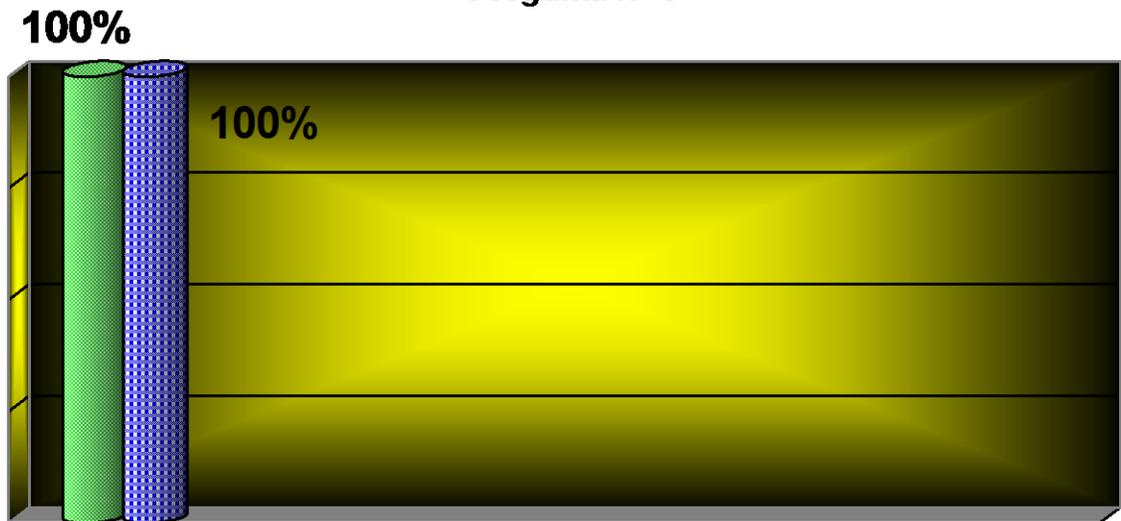
Pregunta N° 4



Pregunta N° 5. Según su opinión ¿Cuál es la normativa internacional que existe y protege el Principio del Interés Superior del Menor y la Garantía del Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión del presunto padre?

Entrevistas Realizadas	8
a) La Convención sobre los Derechos del Niño protege el Principio del Interés Superior del Menor y la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos protege el Debido Proceso y la Libertad de Decisión	8

Pregunta N° 5

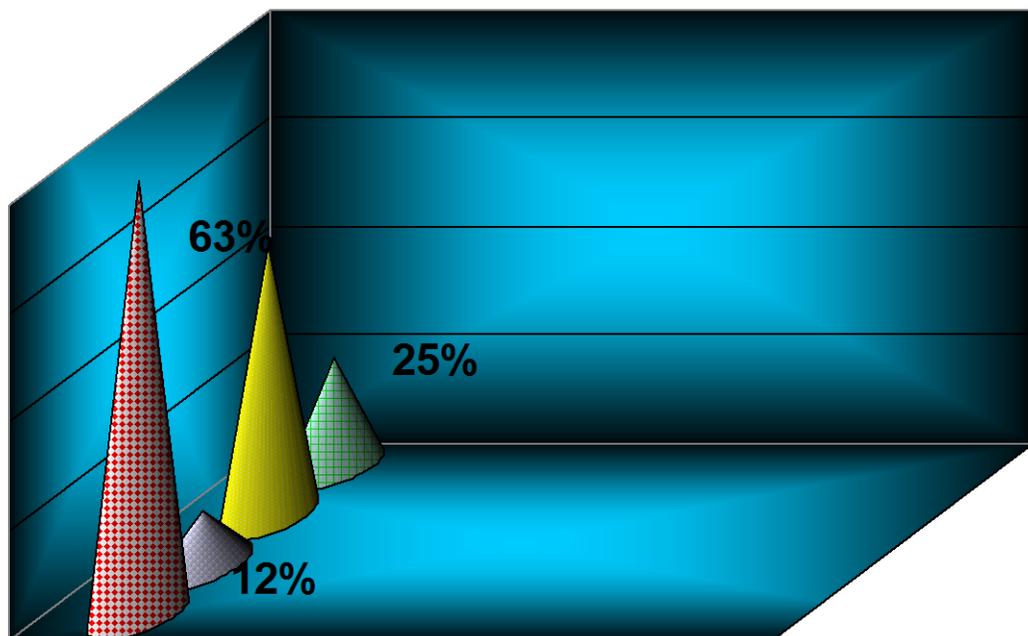


<input checked="" type="checkbox"/> Entrevistas Realizadas
<input checked="" type="checkbox"/> La Convención sobre los Derechos del Niño protege el Principio del Interés Superior del Menor y la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos protege el Debido Proceso y la Libertad de Decisión

Pregunta N° 6. La Cámara de Familia del municipio de San Salvador establece a través de una resolución que el Reconocimiento Provocado de Paternidad no es contencioso y que por lo tanto no necesita de procuración, ¿Cuál es su opinión sobre esta afirmación?

Entrevistas Realizadas	8
a) No es contencioso	1
b) Si es contencioso	5
c) Originalmente no lo es pero si puede llegar a tener contención	2

Pregunta N° 6

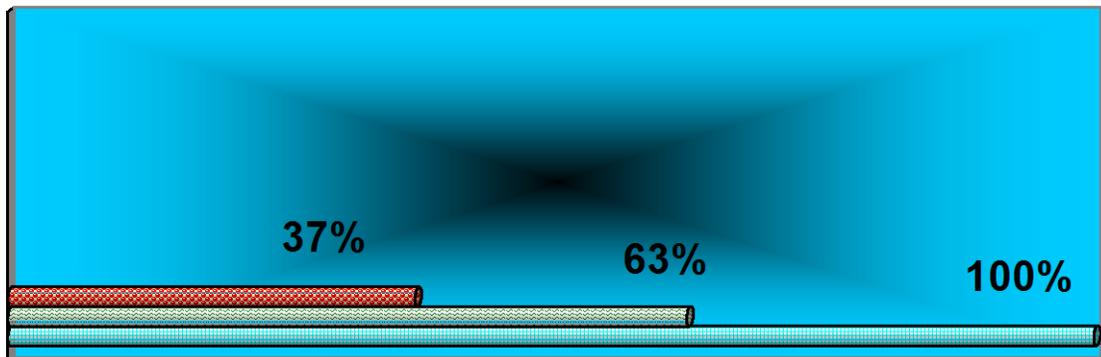


 Entrevistas Realizadas
 a) No es Contencioso
 b) Si es Contencioso
 c) Originalmente no lo es, pero si puede llegar a tener contención

Pregunta N° 7. En la misma resolución se sostiene que en dicho proceso lo que se busca es que el presunto padre responda si es o no el padre del menor y que también lo único que realiza el juez a- quo es fijar día, lugar y hora para la audiencia y para la realización de la prueba científica de paternidad, por lo que el presunto padre no está obligado a realizarse dicha prueba o asistir a dicha audiencia. ¿Comparte usted este criterio de cámara?

Entrevistas Realizadas	8
a) Si comparte el criterio de la cámara, por que al presunto padre no se le puede obligar a nada.	5
b) No comparten el criterio de la cámara por que de no estar obligado el presunto padre a realizar determinada conducta no se debería establecer la paternidad	3

Pregunta N° 7

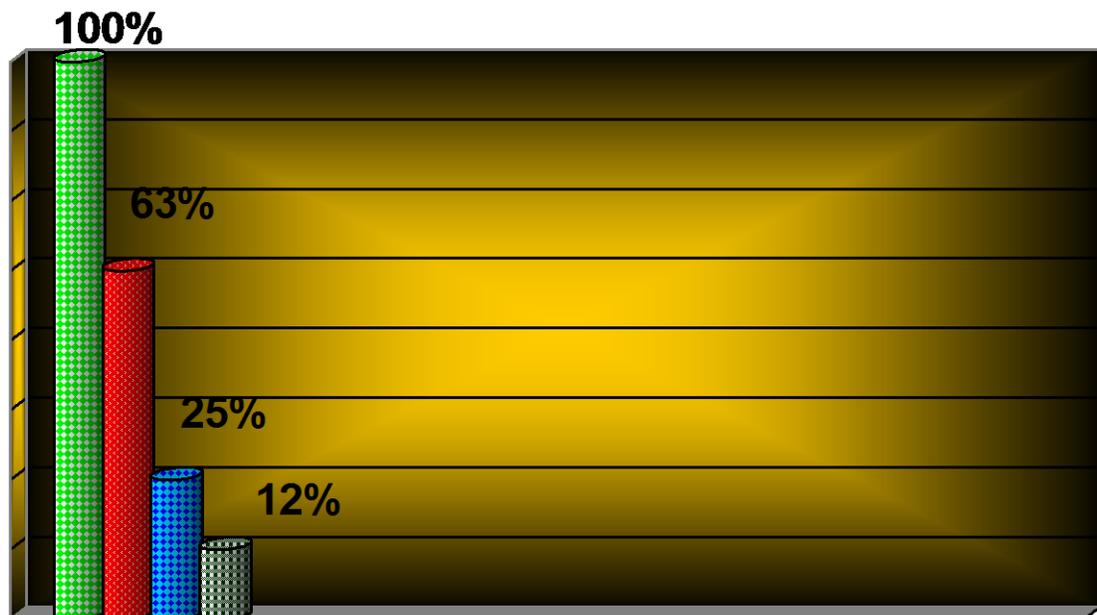


- No comparten el criterio de la cámara por que de no estar obligado el presunto padre a realizar determinada conducta no se debería establecer la paternidad**
- Si comparte el criterio de la cámara, por que al presunto padre no se le puede obligar a nada**
- Entrevistas Realizadas**

Pregunta N° 8. Si no es una obligación como establece la cámara, según su opinión; ¿Por qué se declara padre al demandado al no asistir a la audiencia o al lugar en el que se realizará el examen?

Entrevistas Realizadas	8
a) Por que la Ley lo ordena	5
b) Se declara padre al demandado por que es una obligación	2
c) Por que el juez valora según la Sana Crítica la conducta del demandado	1

Pregunta N° 8

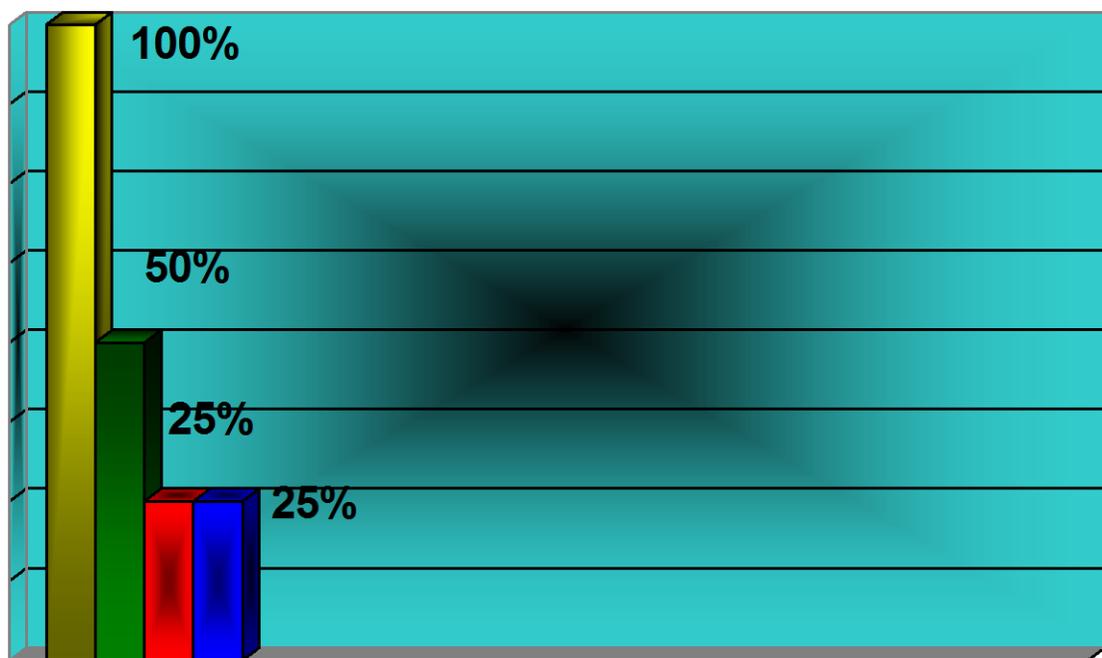


- Entrevistas Realizadas
- Por que la Ley lo ordena
- Se declara padre al demandado por que es una obligación
- Por que el juez valora según la Sana Crítica la conducta del demandado

Pregunta N° 9. Al declarar la ley que si el presunto padre no asiste a la audiencia ni a la realización de la Prueba Científica de Paternidad se le declarará como padre, Considera usted que crea la misma ley una obligación tácita para el demandado?

Entrevistas Realizadas	8
a) Si	4
b) No	2
c) Sí existe una obligación pero más que tácita es expresa	2

Pregunta N° 9

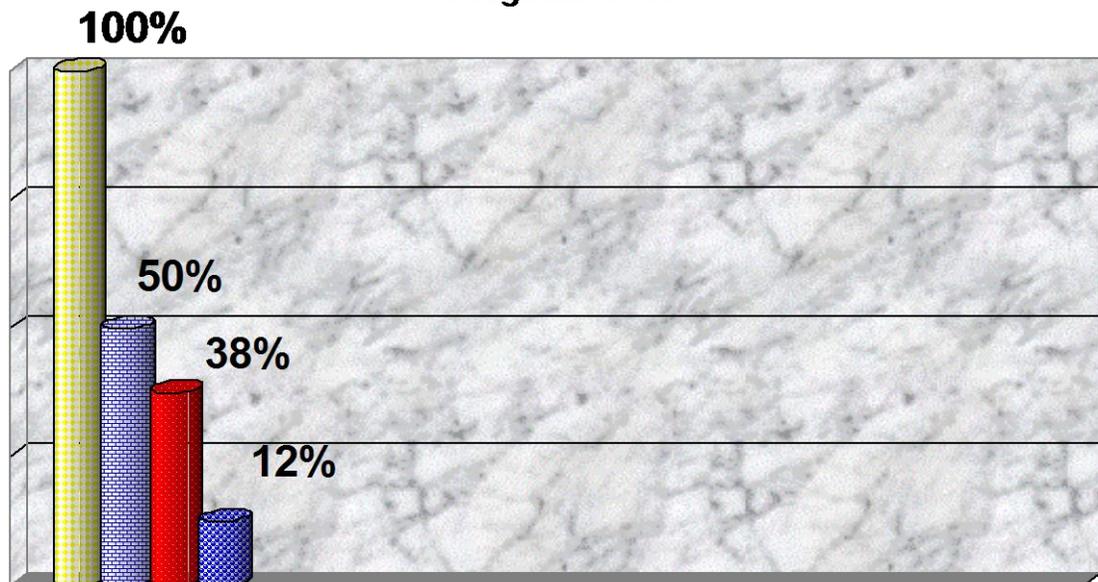


■ Entrevistas Realizadas
■ Si
■ No
■ Si existe una obligación pero más que tácita es expresa

Pregunta N° 10. Según su opinión, si la ley obliga al presunto padre a realizar determinadas acciones, ¿Dónde queda el criterio establecido por la cámara al sostener que el demandado no está obligado a actuar de determinada manera?

Entrevistas Realizadas	8
a) La cámara se contradice	4
b) El criterio de la cámara no es ley por lo que no puede contradecir lo que la ley expresa	3
c) La cámara no se explica	1

Pregunta N° 10

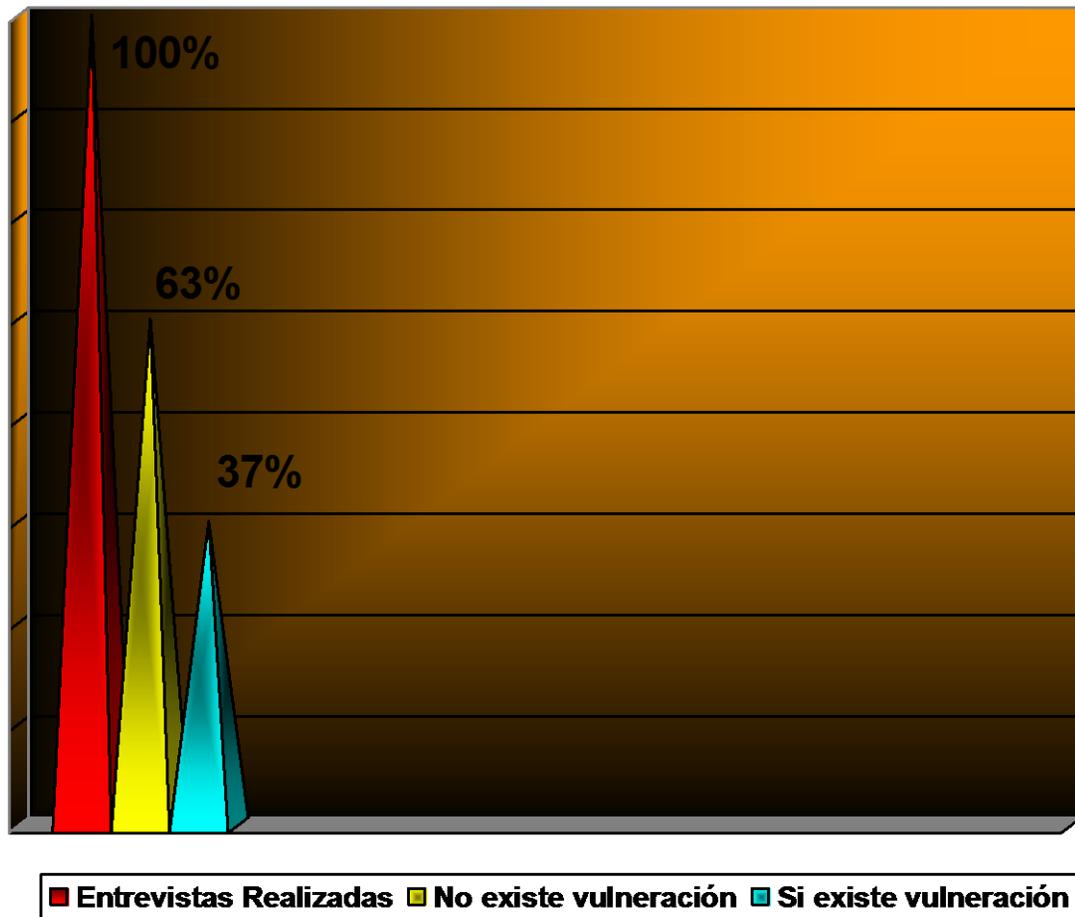


- Entrevistas Realizadas
- La cámara se contradice
- El criterio de la cámara no es ley por lo que no puede contradecir lo que la ley expresa
- La cámara no se explica

Pregunta N° 11. Según su experiencia, la declaración de paternidad que se emite en base a las causales que regulan los artículos 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia, ¿Vulnera las garantías del debido proceso y el derecho de libertad de decisión del presunto padre?

Entrevistas Realizadas	8
No existe vulneración	5
Si existe vulneración	3

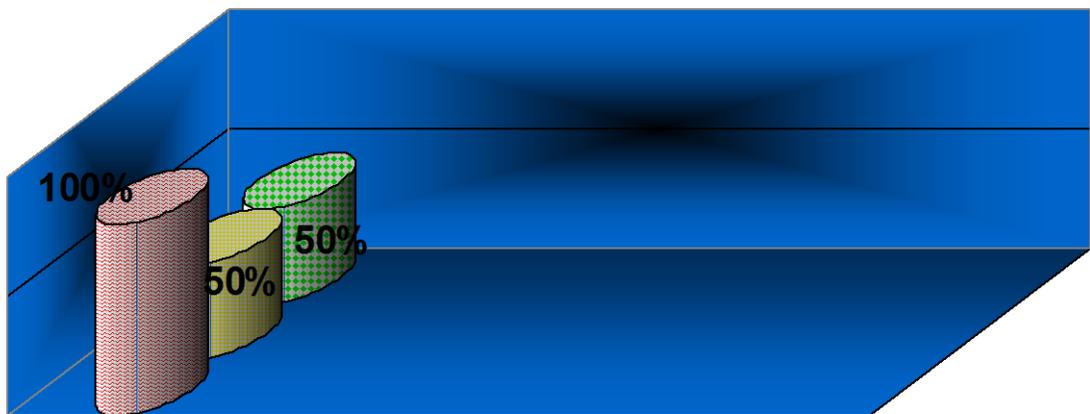
Pregunta N° 11



Pregunta N° 12. Si la Constitución de la República establece en su artículo número 8 “ que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe” y la Ley de familia no obliga al presunto padre a realizarse la prueba científica de A.D.N. entonces, según su criterio, ¿ Por qué se le declara al mismo padre del menor por esta causa?

Entrevistas Realizadas	8
a) Por que la ley así lo establece	4
b) Por que el comportamiento del demandado genera al juez una duda en sentido negativo para el presunto padre y esto motiva la declaratoria de paternidad.	4

Pregunta N° 12



<input checked="" type="checkbox"/> Entrevistas Realizadas
<input type="checkbox"/> Por que la Ley así lo establece
<input type="checkbox"/> Por que el comportamiento del demandado genera al juez una duda en sentido negativo para el presunto padre y esto motiva la declaratoria de paternidad

CAPITULO VI.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

6.1 Conclusiones.

Después de haber realizado la presente investigación, la cual ha versado acerca del Respeto de la Garantía del Debido Proceso y la Libertad de Decisión del Presunto padre en el proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad realizado en los Tribunales de Familia del Municipio de San Salvador, surgieron de todo el trabajo realizado las siguientes conclusiones:

- ✓ La investigación de la paternidad como tal fue regulado por primera vez en la región Centro Americana en la Constitución Política de la República de Centro América de 1921 en su Art. 169; y este derecho de los hijos a investigar la paternidad para conocer a sus verdaderos padres se recoge nuevamente con las reformas realizadas en 1944 a la Primera Constitución como estado unitario de El Salvador(1939), constituyéndose este como el primer antecedente histórico en nuestra legislación de la investigación de la paternidad, abriendo paso así, a la actual regulación del Derecho que poseen los hijos de investigar quienes son sus

verdaderos padres el cual se contempla en el Art. 36 de la Constitución vigente(1983).

- ✓ El reconocimiento provocado de paternidad es un acto jurídico con carácter semi contencioso, conclusivo y potestativo que constituye al mismo tiempo en si mismo un proceso especial o sui generis que en determinado momento puede convertirse en un proceso contencioso común cuya finalidad es determinar la relación paterno filial que puede existir entre un menor y un determinado sujeto.

- ✓ La sentencia que declara la paternidad del demandado en el caso del inc. 3 del artículo 146 del Código de Familia es impugnabile, sin embargo, la presente investigación determino que no existe un mecanismo de impugnación específico para la misma al no establecer la Ley de forma expresa, cual de todos los recursos y medios de impugnación regulados en nuestra legislación es el idóneo para ejercer el Derecho de impugnación que le nace al sentenciado.

- ✓ Los seres más vulnerables e indefensos son los menores de edad especialmente los más pequeños, por ello se le rodea legalmente de una serie de Derechos contenidos en instrumentos tales como la Declaración

Universal de los Derechos del niño, el Código de Familia y sobre todo los que le otorga la misma Constitución de la República, de estos instrumentos se desprende el Principio del Interés Superior del Menor, el cual es el fundamento para declarar como padre al demandado en los supuestos de los artículos 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia en el Reconocimiento Provocado de Paternidad utilizando dicho principio en relación al Principio de Discriminación Positiva según el cual cuando un menor se encuentra en un conflicto jurídico con un adulto el juez deberá resolver en base a lo más favorable para el menor.

- ✓ El Reconocimiento Provocado de Paternidad cumple con las exigencias impuestas por la Constitución de la República, en cuanto al principio de legalidad se refiere, siendo estos que existe una Ley previa que lo regula y determina las circunstancias por las cuales se declarará como padre al demandado en esta clase de proceso, por lo tanto podemos afirmar, que el Principio de Legalidad como parte de la Garantía del Debido Proceso no es violentado de ninguna manera en el Reconocimiento Provocado de Paternidad.

- ✓ Al no establecer claramente la Ley lo que se entenderá por respuesta evasiva a las preguntas que el juez de familia realice en el proceso de

Reconocimiento Provocado de Paternidad, la Ley deja al arbitrio del juez el determinar que se va a entender por evasivo y, por lo tanto, el mismo juez en determinado momento puede violentar la Presunción de Inocencia al considerar que un gesto o una frase pronunciada por el demandado constituya una forma de evadir la pregunta que el juez le realiza.

- ✓ La Presunción de Inocencia se fundamenta en el hecho de que al momento que se señale a una persona como responsable de determinada conducta, acto, hecho u obligación, dicha afirmación debe quedar demostrada clara y fehacientemente y no pueden crearse ficciones de culpabilidad o de realización de determinada acción a una persona, por lo tanto si en el Reconocimiento Provocado de Paternidad se declara como padre al demandado únicamente por no haberse realizado la prueba científica de paternidad o contestar evasivamente a las preguntas que le realiza el juez, en determinado momento el juez puede violentar la presunción de Inocencia, si dichas negativas no están unidas a otras pruebas para lograr el establecimiento claro de la relación paterno filial, debido a que, si bien es cierto que la prueba de ADN es la prueba más eficaz de establecer la paternidad, esta no es la única para la consecución de la misma, pudiendo probarse dicha paternidad mediante prueba testimonial que establezca que existió una relación

marital entre el demandado y la madre del menor; incluso la prueba pericial con la cual se establezca el período de concepción del menor y la concordancia de este período con la relación marital del presunto padre con la madre del menor.

- ✓ En cuanto a la Garantía de Audiencia, el Art. 10 de la Ley Procesal de Familia establece la procuración obligatoria en todo proceso de Familia, sin que en ningún otro Artículo se establezca excepción alguna a dicha regla, siendo que la Garantía de Audiencia tiene como finalidad garantizar la Defensa Técnica y Material del demandado, debe garantizársele a este un abogado; en el Reconocimiento Provocado de Paternidad cobijándose en la naturaleza Sui Generis del mismo, se ha señalado que en esta clase de procesos no es necesaria la procuración, por lo que cabe recalcar que al no existir excepción expresa alguna a lo dispuesto en el Art. 10 de la Ley Procesal de Familia, en esta clase de procesos podría violentarse la Garantía de Audiencia en lo referido a la Defensa Técnica del demandado, si no se le nombra procurador cuando este no asista a la audiencia señalada por el juez o asistiendo a la misma lo haga sin abogado o no cuente con los medios económicos para contraer los servicios de uno particular.

- ✓ El Art. 8 de la Constitución señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella expresamente prohíbe, por otro lado el Derecho a la Libertad de Decisión señala que toda persona es libre de elegir y actuar según lo que considere mejor para si mismo siempre y cuando no contravenga las Leyes, en el caso del Reconocimiento Provocado de Paternidad se regula, que si el demandado no asiste a la audiencia o asistiendo a esta se niega a la realización de la prueba de ADN se deberá declarar como padre, por lo tanto concluimos que no existe violación alguna a la libertad de decisión del demandado debido a que, aun y cuando la Ley no dice expresamente que es una obligación asistir o realizarse la prueba científica de paternidad, la Ley establece una consecuencia jurídica cuando el demandado no asiste o se niega a realizarse dicha prueba siendo esta la Declaratoria de Paternidad, por lo que se infiere que al momento en que la Ley establece dicha consecuencia, esta realiza un mandato a la persona a realizarse dicha prueba y asistir a la audiencia, dejando al arbitrio de esta el acatar o no su mandato, pero al no acatarlo la persona acepta la consecuencia que trae aparejada su voluntad de no obedecer la norma.

- ✓ En la investigación realizada en los tribunales de familia de la Ciudad de San Salvador, pudimos determinar que en el proceso de Reconocimiento

Provocado de Paternidad la representante de la parte demandante, entíendase a esta como la madre del menor, más que lograr establecer la relación paterno filial que existe entre el menor y el presunto padre tiene como verdadera finalidad obtener un beneficio económico extra, afirmación que ha sido fundamentada por el hecho de que, la mayoría de los demandados en esta clase de procesos, son personas con una cómoda o estable posición económica.

- ✓ Cabe hacer destacar que surgieron, al respecto, dos posiciones que se contraponen una con la otra, respecto de la muestra que ha sido utilizada u obtenida. Así, la primera de las posiciones, establece que un porcentaje mayor del 60% de los encuestados, se encuentran de acuerdo y afirman que en el Reconocimiento Provocado de Paternidad ,el juez en determinado momento, al dictar la Declaratoria de Paternidad en los supuestos en que el Demandado no se presente a la segunda citación, contesta evasivamente a las preguntas realizadas por el juez o se niegue a realizarse la prueba científica de paternidad llega a violentar la Garantía del Debido Proceso, en específico la Garantía de Audiencia y Presunción de Inocencia, así como el Derecho de Libertad de Decisión del Demandado, siendo la parte restante de los encuestados de la opinión que no se violenta de ninguna manera el Debido Proceso y la Libertad de Decisión del Demandado.

- ✓ Respecto a las entrevistas realizadas, la opinión es contraria a la de los encuestados, ya que un porcentaje mayor del 60%, aunque con distinto argumento, de las personas entrevistadas concordaron que en ningún momento se vulnera la Garantía del Debido Proceso y la Libertad de Decisión del Demandado en el Reconocimiento Provocado de Paternidad, siendo el restante de las mismas entrevistadas de la opinión, que existe en determinado momento violación a la Garantía del Debido Proceso y Derecho de Libertad de Decisión del Demandado.

- ✓ Finalmente, cabe destacar que el sector al cual se le realizó la encuesta han sido Abogados Litigantes, los cuales en su mayoría sostienen que en un momento determinado los jueces de familia sobreponen lo que demanda la normativa secundaria en materia de familia a las garantías Constitucionales del Debido Proceso y el derecho de Libertad de Decisión del demandado consagrados en la Constitución de la República; a contrario sensu, el sector entrevistado, siendo estos Jueces y Magistrados tanto de Cámara como de Sala, aún y cuando existe en algunos de ellos la opinión que, puede ser violentada la Garantía del Debido Proceso y el Derecho de Libertad de Decisión del demandado, afirmando que incluso se podría inaplicar la regulación secundaria referida al Reconocimiento Provocado de Paternidad, la mayoría de ellos son de la opinión que bajo ninguna razón o circunstancia en el

Reconocimiento Provocado de Paternidad se violenta la Garantía del Debido Proceso y la Libertad de Decisión del Presunto Padre. En razón a lo anterior, se puede notar que la interpretación de la figura jurídica del Reconocimiento Provocado de Paternidad y la normativa referente a la misma encontrada en los Arts. 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia se fundamenta en el criterio subjetivo, tanto de las partes como de los aplicadores de la ley, siendo estos últimos los que tienen en última instancia el manejo de la misma.

6.2 Recomendaciones.

En base a la investigación anteriormente realizada, consideramos de suma importancia resaltar que en uno de los casos estudiados en la investigación ocurrió que el demandado al momento que el juez le realizaba una serie de preguntas contestaba con lenguaje mímico específicamente realizando una señal, pidiendo la realización de un examen de ADN, lo cual fue interpretado por el juez como una respuesta evasiva, procediendo de esta forma a emitir la declaración de paternidad en perjuicio del demandado, por lo tanto, consideramos necesario definir a lo que se refiere el Art. 143 de la Ley Procesal de Familia, cuando se refiere a las circunstancias por las cuales se va a emitir la declaratoria de paternidad, específicamente a la causal que indica “cuando el presunto padre respondiese de forma evasiva, definiéndose como el término

evasivo, como el recurso para no comprometerse”, algo vago o impreciso, razón por la cual consideramos que el legislador ya sea mediante una reforma o mediante interpretación autentica establezca los parámetros que los jueces deben tomar en cuenta para definir la situación de evasividad del demandado, en pro de evitar que el criterio o potestad que tiene el juez, no puede atentar contra los derechos individuales de los presuntos padres , ya que si no se subsana dicha situación, podría resultar atentatorio al aplicarse esta presunción a un caso concreto.

En segundo lugar recomendamos que si el Artículo 10 de la Ley Procesal de Familia, establece procuración obligatoria en todo proceso de familia y la investigación realizada nos expone el dato que para los jueces de familia el proceso de Reconocimiento provocado de paternidad es un proceso especial o sui generis, y que por lo tanto el demandado no necesita comparecer acompañado por un procurador, es necesario que el legislador determine la excepción que opera en el proceso de Reconocimiento provocado de paternidad en el cual no es necesario que el demandado sea asistido por un procurador ya que en este únicamente es citado el demandado para responder si acepta o no la paternidad que se le atribuye.

En tercer lugar si en el Reconocimiento Provocado de Paternidad regulado en el Art. 146 del Código de Familia, se expresa: “El juez a su criterio, podrá ordenar

la Prueba científica, hereditaria y antropomórfica del supuesto padre”, entonces entendemos, que es el juez el que determina en cada caso si es necesario o no la prueba de ADN. También podemos observar que en algunos casos el demandado es declarado como padre del menor por los motivos enumerados en los Arts. 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia los cuales son: 1° Contestar evasivamente a las preguntas que se le realizan, 2° por no asistir a la audiencia después de la segunda cita y 3° por negarse a realizarse la prueba de ADN; ninguna de las situaciones anteriores contiene una orden de realización de este tipo de conductas por parte del presunto padre expresa en la ley, por lo tanto es una facultad discrecional del Juez ordenarlas o no por lo que dicha decisión puede dañar la presunción de inocencia y la garantía de audiencia del demandado en razón de que este no está obligado a llegar a la audiencia, y dicho acto no es señal de culpa o responsabilidad, sin embargo se produce la declaratoria de paternidad. Recomendamos que se reforme el Art. 146 del Código de Familia en el sentido de que el juez no tenga la facultad de decidir en que caso se debe realizar la prueba de ADN y proceder de conformidad a la recomendación tercera de este capítulo en la cual se propone señalar de forma expresa la obligatoriedad de asistir a la audiencia y realizar la prueba de paternidad.

Finalmente consideramos que sí el Art. 146 del Código de Familia y 143 de la Ley Procesal de Familia señalan que la negativa a comparecer ante el Juez,

responder de forma evasiva a las preguntas que se le realizan o negarse a realizarse la prueba de ADN, son conductas que provocan que el demandado sea declarado como padre del menor y los mismos artículos previendo que dichas causales puedan ser en determinado momento mal aplicadas por el Juez, establecen el derecho de impugnar que le nace al demandado, pero en nuestra investigación logramos determinar que no existe en la ley de forma expresa el Recurso o el medio a través del cual se pueda recurrir la sentencia del proceso de Reconocimiento Provocado de Paternidad y las causales que permiten tal impugnación, produciendo que en algunos casos se haga uso de la impugnación de la paternidad regulada en el Código de Familia o del Recurso de Apelación del mismo cuerpo normativo, por lo que recomendamos que se señale en el artículo 143 de la Ley Procesal de Familia que regula el procedimiento del Reconocimiento Provocado de Paternidad, el recurso pertinente que procede contra esta figura propia del derecho de familia, un procedimiento especial para tal recurso si es necesario y los motivos o causales de derecho en las que se deberá fundamentar dicho recurso.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Bertrand Galindo, Francisco. **Manual de Derecho Constitucional**, tomo II, Centro de Información Jurídica, Ministerio de Justicia, tercera edición, El Salvador 1999.

Calderón De Buitrago, Anita. **Manual de Derecho de Familia**, tercera edición, Ministerio de Justicia, El Salvador 1996.

Casado Pérez, José Maria. **Código Procesal Penal Comentado**, tomo I, Consejo Nacional de La Judicatura, El Salvador 2003.

Casado Pérez, José Maria. **Derecho Procesal Penal Salvadoreño**, Agencia Española de Cooperación Internacional, primera edición, El Salvador 2000.

Comisión Coordinadora para el sector justicia. **La carga de la prueba**, tomo I, primera edición, El Salvador 1994.

Moreno Carrasco, Francisco. **Código Penal de El Salvador Comentado**, Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador 1999.

Ovalle Favela, José. **Teoría del Proceso**, Editorial Textos Jurídicos Universitarios de México, tercera edición, México 1999.

Tribunal Supremo de España. **Investigación de la Paternidad**, primera edición, Editorial Tecnox, España 1992.

Vaquerano Gutiérrez, Nelson Armando. **Diez Años de Convivencia Sobre Los Derechos de La Niñez**, Fespada Ediciones, El Salvador 2002.

Vásquez López, Luís. **Estudio del Código de Familia**, primera edición, El Salvador 1998.

Vásquez López, Luís. **Mi Constitución Comentada**, tomo I, Editorial Lis, El Salvador 2003.

REVISTAS

Corte Suprema de Justicia. **Revista Judicial de Sentencias Apeladas de La Cámara de Familia de La Sección Primera del Centro**, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, El Salvador 2002.

Corte Suprema de Justicia. **Revista Judicial del Mes de Julio**, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, El Salvador 2003.

Sala de Lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia. **Revista de Líneas y Criterios Jurisprudenciales**, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, El Salvador 2002.

TESIS

Callejas, Silvia. **Efecto Jurídico En La Declaratoria Judicial de Paternidad Cuando La Parte Demandada Se Niega a Efectuarse La Prueba de A.D.N.** Universidad de El Salvador, tesis, El Salvador 2000.

Carrasco De Jiménez, Patricia. **Análisis del Anteproyecto del Código de Familia.** Universidad de El Salvador, tesis, El Salvador 2002.

López Cortés, Julia Maria. **Declaratoria Judicial de Paternidad e Investigación del Reconocimiento Voluntario.** Universidad de El Salvador, tesis, El Salvador 2002.

LEGISLACIÓN

Constitución De La Republica de El Salvador de 1983. Decreto Constitucional sin número de 15 de Diciembre de 1983. Publicado en El Diario Oficial N° 234, tomo 281, de 16 de Diciembre de 1983.

Código De Familia. Decreto Ley N° 503 de 9 de Septiembre de 1994. Publicado en El Diario Oficial N° 240, tomo 341, de 23 de Septiembre de 1994.

Convención Sobre Los Derechos Del Niño. Decreto Ley N° 415 de 2 de Septiembre de 1990. Publicado en El Diario Oficial N° 328, tomo 440, de 26 de Enero de 1991.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Decreto Ley N° 440 de 18 de Noviembre de 1969. Publicado en El Diario Oficial N° 274, tomo 330, de 21 de Noviembre de 1969.

Declaración Universal De Derechos Humanos. Decreto Ley N° 544 de 20 de Febrero de 1952. Publicado en El Diario Oficial N° 379, tomo 234, de 14 de Marzo de 1955.

Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos. Decreto Ley N° 220 de 16 de Septiembre de 1966. Publicado en El Diario Oficial N° 270, tomo 339, de 3 de Enero de 1976.

Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Decreto Ley N° 475 de 16 de Diciembre de 1966. Publicado en El Diario Oficial N° 378, tomo 324, de 8 de Mayo de 1969.

Ley Procesal De Familia. Decreto Ley N° 318 de 20 de Septiembre de 1994. Publicado en El Diario Oficial N° 173, tomo 324, de 20 de Septiembre de 1994.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

WWW.Biblio/Méndezcosta.com. **Análisis Del Artículo 8 De La Convención Americana Sobre Derechos Humanos**, consultado el 29 de Septiembre de 2006.

WWW.Wikipedia.com. **El Principio Del Interés Superior Del Menor**, consultado el 18 de Agosto de 2006.