

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
IV SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS. – PLAN 1993



TEMA

**EL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO RECONOCIDO  
CUANDO ESTA ES IMPUGNADA POR UN TERCERO Y LA MADRE SE  
NIEGA A LA PRACTICA DEL A.D.N.**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS.

PRESENTADO POR:  
**QUIJADA SOLIS, ANA CECILIA  
VASQUEZ MONTOYA, CLAUDIA ANA MARIA**

ASESOR:  
**LIC. RAFAEL ERNESTO RIVAS GÓMEZ**

SAN SALVADOR, FEBRERO DEL 2002

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

RECTORA  
DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO  
ING. JOSE FRANCISCO MARROQUIN

VICE- RECTORA ADMINISTRATIVA  
LICDA. MARIA HORTENSIA DUENAS DE GARCIA

SECRETARIA GENERAL  
LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ

FISCAL GENERAL  
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANO  
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

VICE-DECANO  
LIC. EDGARDO HERRERA MEDRANO

SECRETARIO  
LIC. JORGE ALONSO BELTRÁN

COORDINACIÓN DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
LIC. WILMER HUMBERTO MARIN SÁNCHEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO  
LIC. RAFAEL ERNESTO RIVAS GÓMEZ

**INDICE**

CONTENIDO

Págs.		
INTRODUCCIÓN .....		i
CAPITULO I		
ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACIÓN POR MEDIO DE LA PRUEBA DE A.D.N. PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA PATERNIDAD.		
1.1.	La Filiación	
1.1.1.	Definición .....	1
1.1.2.	La Cientificidad de la prueba (generalidades) .....	2
1.2.	Evolución Históricas de las Pruebas Científicas .....	
1.2.1.	Los Pueblos Primitivos .....	4
1.2.2.	Grecia Antigua .....	5
1.2.3.	Roma .....	6
1.2.4.	Edad Media .....	6
1.2.5.	Edad Moderna .....	7
1.2.5.1.	La Prueba o Métodos de Kuhne .....	9
1.2.5.2.	Las Pruebas Hematológicas de Compatibilidad .....	10
1.2.5.2.1.	La Prueba de Grupos Sanguíneos .....	10
1.2.5.2.2.	Sistema HLA .....	12
1.2.5.2.3.	Las Proteínas Séricas .....	13
1.2.5.3.	La Prueba del A.D.N. ....	14
1.2.5.4.	La Prueba de la Exclusión e Inclusión .....	15
1.3.	La Investigación de la Paternidad .....	20
1.3.1.	La Filiación e Investigación d la Paternidad en la Legislación Salvadoreña .....	21

## CAPITULO II

### DOCTRINAS AFINES AL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO RECONOCIDO POR LA NEGATIVA DE LA MADRE A LA PRUEBA DE A.D.N.

2.1.	Desplazamiento de la Paternidad	
2.1.1.	Definiciones .....	24
2.1.2.	Doctrinas Afines al Desplazamiento de la Paternidad .....	25
2.1.2.1.	La Impugnación .....	26
2.1.2.2.	Establecimiento de la Paternidad .....	27
2.2.	La Negativa a Someterse a las Pruebas sobre el Nexo Biológico .....	34
2.3.	Teorías de la Toma de Muestras para Obtener las Evidencias Biológicas .....	38

## CAPITULO III

### LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD PRO TERCEROS Y LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS.

3.1.	Impugnación de la Paternidad del hijo Reconocido .....	41
3.1.1.	Los Terceros que pueden Impugnar .....	41
3.1.2.	Tiempo de Calidad de la Acción .....	42
3.1.3.	Diferencias entre caducidad y Prescripción .....	42
3.1.4.	Medios de Reconocimiento Voluntario .....	43
3.1.5.	Formas de Hacer el Reconocimiento .....	44
3.1.6.	Cualquier otra persona a quien Irrogare Perjuicio Actual .....	45
3.2.	Medios Probatorios en Materia de Familia	
3.2.1.	Definiciones .....	47
3.2.2.	La Prueba .....	47

3.2.2.1. Importancia y Nociones Generales de la Prueba .....	48
3.2.2.2. Normas que Regulan La Prueba .....	49
3.2.3. Objeto de la Prueba .....	50
3.2.4. Fin de la Prueba .....	51
3.2.5. Carga de la Prueba .....	51
3.2.6. Los Medios Probatorios en materia de Familia .....	53
3.2.6.1. Los Instrumentos .....	54
3.2.6.2. La Prueba Testimonial .....	54
3.2.6.3. La Prueba por Confesión .....	55
3.2.6.4. La Prueba por Presunciones .....	56
3.2.6.5. Prueba Documental .....	58
3.2.6.6. Prueba por Informe de Peritos .....	58
3.2.6.7. La Prueba por Medios Científicos .....	59
3.2.7. Valoración de la Prueba en Materia de Familia .....	59
3.2.7.1. Sistema de la Sana Crítica .....	59

#### CAPITULO IV

##### LOS EFECTOS DEL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD CUANDO LA MADRE SE NIEGA A LA PRUEBA DE A.D.N.

4.1. Generalidades .....	62
4.2. La Negativa crea una presunción en Contra de quien se niega .....	65
4.3. Efectos Jurídicos del Desplazamiento de Paternidad .....	69
4.4. Exposición de los Resultados de la Investigación de Campo..	71

#### CAPITULO V

##### MECANISMOS PARA PROTEGER LOS DERECHOS DEL MENOR

ANTE LA NEGATIVA DE LA MADRE A LA PRACTICA DE LA PRUEBA  
DEL A.D.N.

5.1.	Derechos del Menor que Motivan la Adopción de Mecanismos para su Protección en los casos de Filiación ....	83
5.1.1.	El Interés Superior del Niño .....	83
5.2.	Mecanismos para Proteger los Derechos del Menor ante la Negativa de la Madre a la Prueba del A.D.N. ....	87

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1	Conclusiones .....	92
6.2	Recomendaciones .....	94
-	BIBLIOGRAFÍA .....	96
-	ANEXOS	
	Anexo 1 - Consideraciones Legales .....	100
	Anexo 2 - Pruebas Prenatales .....	101
	Anexo 3 - Toma de Muestras .....	102
	Anexo 4 - Confiabilidad de los Resultados .....	104
	Anexo 5 - Sentencia pronunciada por la cámara de Familia.....	108

**DEDICATORIA**

A la memoria de nuestro querido y respetado Asesor, Licenciado RAFAEL ERNESTO RIVAS GOMEZ, como una muestra de nuestro agradecimiento por la guía,

enseñanza y ayuda que siempre nos brindo para la elaboración del presente trabajo y por los conocimientos jurídicos transmitidos; así como la amabilidad característica de su persona, con la cual dedico incondicionalmente parte de su valioso tiempo, contribuyendo a la formación de generaciones de licenciadas (os) en nuestro país.

Ana Cecilia y Claudia Ana Maria

## **DEDICATORIA**

A Dios Todopoderoso, por haberme permitido el existir y darme fortaleza.

A mis Padres, Adrián Quijada (Q.E.P.D.) y Cecilia Solís, quienes cimentaron principios y valores inquebrantables que me convirtieron en una persona de bien y con su cariño y comprensión han sido mi mejor aliciente durante este periodo.

A mis Hermanas y Hermanos, Zoila, Magdalena, Irma, Silvia, Rosendo, Victorino y

Avilio, por haberme apoyado y confiado en la decisión de continuar con mis estudios universitarios.

A mis Cuñadas, Cuñados, Sobrinas y Sobrinos, en especial a Tania, por todos los estímulos que han proporcionado en todo momento para lograr este triunfo.

A mis Abuelos, y demás familia, que son motivo suficiente para seguir adelante.

A Claudia, Compañera de tesis por su amistad y tolerancia al realizar la investigación.

Y a todas aquellas personas que oportunamente me acompañaron en los momentos más difíciles para no desfallecer, en fin a cada uno de ellos (as) mis mas sinceros agradecimientos por haberme hecho posible una de mis metas en la vida.

Ana Cecilia

#### DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso, por darme fuerza y el valor necesario para seguir adelante, por iluminarme y estar siempre conmigo.

A mis Padres, Alberto y Beatriz, con mucho amor y agradecimiento por el apoyo que siempre me han brindado y por ser lo que yo mas quiero.

A mis Hermanos, Eber y Alex y sus respectivas familias, con inmenso cariño y agradecimiento por el afecto que siempre me dan y por estar conmigo siempre que los necesito.

A mi Compañera de tesis, Ana Cecilia, por la comprensión, ayuda y amistad brindada al realizar el presente trabajo.

A mis Familiares y amigas (os), con muchísimo cariño porque siempre han estado conmigo y por ser tan especiales para mí.

Claudia Ana Maria

## INTRODUCCIÓN

El desplazamiento de la paternidad en el proceso de familia, es un tema muy controversial, por su gran importancia en el proceso, donde se encuentran en juego los intereses del padre, la madre y del menor, razón por la cual escogimos este como nuestro tema de investigación enfatizando cuando el hijo ya ha sido reconocido y siendo impugnada la paternidad por un tercero, la madre se niega a la prueba del A.D.N.

El trabajo que hemos realizado constituye el requisito académico para optar al grado de licenciadas en ciencias jurídicas.

El problema objeto de la presente investigación se encuentra enfocado a la afectación de los derechos que asisten al menor en el caso del desplazamiento de la paternidad del hijo reconocido por la negativa de la madre a la practica del A.D.N. cuando esta es impugnada por un tercero, debido al vacío legal que existe en el artículo 140 de la ley procesal familiar respecto a la forma en que el juzgador va a valorar la conducta negativa de la madre a someterse a las pruebas científicas.

El contenido de este documento de investigación se presenta en un conjunto de capítulos ordenados de la forma siguiente:

El primer capítulo titulado, los antecedentes históricos de la filiación por medio de la prueba de A.D.N. para el establecimiento de la paternidad, incluye definiciones,

generalidades y evolución histórica de la filiación y pruebas científicas incluyendo en ella los pueblos primitivos, Grecia antigua, Roma, la edad media y la época actual donde se toman en cuenta la prueba o método de kuhne, las pruebas hematológicas, la prueba del A.D.N. y la prueba de inclusión y exclusión; Además se enfoca la investigación de la paternidad en la legislación extranjera del derecho romano, legislación Española y derecho Francés, así como la filiación e investigación de la paternidad en la legislación Salvadoreña.

En el capítulo segundo, citamos las doctrinas afines al desplazamiento de la paternidad del hijo reconocido por la negativa de la madre a la prueba del A.D.N. incluyendo en el definiciones, y doctrinas afines al desplazamiento de la paternidad como lo son; la impugnación, el desconocimiento, reconocimiento, citando en éste los sistemas de Bridel; la negativa a someterse a las pruebas sobre el nexo biológico y las teorías de la toma de muestras para obtener las evidencias biológicas encontrando en esta la teoría negatoria y la teoría positiva.

En el tercer capítulo, denominado la impugnación de la paternidad por terceros en el caso del hijo reconocido y los diferentes medios probatorios. En este capítulo incluimos la impugnación de la paternidad por los tercero en el caso del hijo reconocido, los terceros que pueden impugnar la paternidad, el

tiempo de caducidad para ejercer la acción, diferencias entre la caducidad y la prescripción, los medios de reconocimiento voluntario, las formas de hacer el reconocimiento, cualquier otra persona a quien irripare perjuicio actual, medios probatorios en materia de familia haciendo referencia a las definiciones de prueba y medios de prueba, su importancia, las normas que regulan la prueba, el objeto de la misma, el fin y la carga de la prueba, los medios probatorios en materia de familia, podemos encontrarlos establecidos en el Código Procesal Civil artículo 253 en donde es permitida la prueba documental, testimonial, con el juramento o la confesión contraria, por presunción, por informe de peritos, con la vista de los lugares o inspección ocular de ellos o de las cosas y el artículo 51 de la ley procesal de familia que establece la admisibilidad de los medios de prueba antes mencionados así como los medios científicos, además los sistemas de valoración de la prueba en materia de familia.

En el capítulo cuarto, llamado los efectos del desplazamiento de la paternidad cuando la madre se niega a la prueba de A.D.N. incluimos en él generalidades sobre la negativa, la negativa crea una presunción en contra de quien se niega, los efectos jurídicos del desplazamiento de paternidad y la exposición de los resultados de la investigación de campo. <sup>iv</sup>

En el capítulo quinto, denominado mecanismos para proteger los derechos del menor ante la negativa de la madre a la practica de la prueba de A.D.N. se incluyeron los derechos del menor que

motivan la adopción de mecanismos para su protección en los casos de filiación, el interés superior del niño, los mecanismos para proteger los derechos de menor ante la negativa de la madre a la prueba del A.D.N. tomando en cuenta el derecho internacional y el derecho nacional.

En el capítulo sexto se elaboraron las conclusiones y recomendaciones que consideramos pertinentes.

Al terminar los capítulos presentamos una referencia bibliografica para detallar la fuente de información utilizada en el presente trabajo.

Y para finalizar en la sección de anexos se incluye una sentencia obtenida en la cámara de familia de un proceso referente a nuestro tema de investigación.

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FILIACION POR MEDIO DE LA PRUEBA DE A.D.N. PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA PATERNIDAD.

#### 1.1- LA FILIACION

##### 1.1.1. DEFINICIÓN.

Etimológicamente la palabra filiación remonta sus orígenes a la acepción latina *Filiu Filii*, que quiere decir hijo.

Para Ramón Meza Barros, “ la filiación es el vínculo que une al hijo con su padre o madre”<sup>1</sup> según él, paternidad, maternidad y filiación son términos que sirven para designar una misma relación jurídica, vista desde ángulos diferentes, pero filiación es el que más adecuadamente designa la relación genérica total.

Marcel Planiol dice que: “La filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra”.<sup>2</sup>

Significa que la filiación entonces es la línea descendente que existe

---

<sup>1</sup> Ramón Meza Barros, Editorial Jurídica, Chile 1975 Manual de Derecho de Familia tomo II Pág. 455.

<sup>2</sup> Marcel Planiol, Editorial M.Cajica Puebla, Tratado Elemental de Derecho Civil volumen IV Pág. 111.

entre dos personas en donde una es la madre o el padre de otra.

El Código de Familia en el artículo 133 libro II regula que la filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres.

Para Fabio Enrique Bueno Rincón la filiación encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación, salvo obviamente en la adoptiva que corresponde a una creación legal, la maternidad así como la paternidad constituyen una doble fuente de la filiación; consistiendo la primera en el hecho de que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto, la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con otra; es un estado social porque es en cuanto se tenga con respecto a otras personas, es un estado civil por la implicación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo que determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos así como el cumplimiento de determinadas obligaciones.

#### 1.1.2. LA CIENTIFICIDAD DE LA PRUEBA (Generalidades)

En el proceso según Bueno Rincón, la prueba es de suma importancia pues ella produce la certeza al Juez, prescindir de ella sería atentar contra los derechos de las personas.

El anhelo indiscutible en la realización de toda investigación judicial es la correcta verificación de los hechos, para que la certeza del juez corresponda a la verdad de aquellos hechos, y es la ciencia y la técnica las que les ofrecen y le seguirán ofreciendo, cada día más, valiosos instrumentos para facilitarles y hacer de esta manera posible el logro de los resultados esperados.

El avance de la cientificidad de las pruebas judiciales se debe al aumento de la importancia otorgada al dictamen pericial como medio de prueba y del perito como auxiliar de la justicia, en la investigación de los hechos que interesan al proceso. Por lo que gracias a las aportaciones científicas y técnicas se le da a la investigación jurídica más seguridad y se elimina en mayor grado el riesgo de los errores judiciales en el aspecto probatorio de los procesos y el peligro de la arbitrariedad del juez en materias sobre las cuales no ha recibido una adecuada ilustración, por su carácter especializado y extrajurídico.<sup>3</sup>

4

## 1.2. \_ EVOLUCION HISTORICA DE LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS.

### 1.2.1. - LOS PUEBLOS PRIMITIVOS:

Hubo épocas en que el matrimonio, la paternidad y la filiación fueron completamente ignorados. El parentesco no era considerado como un lazo

---

<sup>3</sup> Fabio Enrique Bueno Rincón, la Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas. Editorial Jurídico Gustavo Ibáñez, Colombia Págs., 34-35.

biológico, sino como un lazo místico, el parentesco primitivo es una participación mística en un grupo y en todos los valores religiosos morales que representa el grupo.

En las sociedades totémicas todos los miembros del clan son considerados participantes de la naturaleza de un antepasado.

El hombre primitivo no tiene ninguna idea de parentesco, no distingue las relaciones familiares entre su padre y su madre, por lo que el hombre primitivo durante largo tiempo no relaciona el acto sexual con el nacimiento e ignoró el papel del padre en la fecundación. Este como otros tantos fenómenos naturales cuyo origen causal desconocía, ya que en ocasiones atribuyó al tótem del grupo, en otras al espíritu de los antepasados, o a obra de los dioses y en algunas ocasiones lo relacionaba con los astros.

El hecho es que estos pueblos no reconocieron nada más que la filiación materna y no tuvieron quizá idea de la paternidad.

La aparición y preocupación por la paternidad surge con la evolución cuando de forma más definida va apareciendo la autoridad del marido, los lazos que lo unen adquieren más fuerza, el jefe de familia o grupo rinde culto a los antepasados y lega a su hijo, es decir al que cree que es de su hijo la misión de continuar el culto. Para asegurarse de la paternidad en unos pueblos sometían a la mujer a vigilancia y en otros sería el mismo quien aceptaría o rechazaría el hijo al serle presentado poco después del nacimiento.

---

### 1.2.2. - GRECIA ANTIGUA

En la antigua Grecia, Hipócrates, quien es llamado el padre de la Medicina, incluía ya como método de investigación de la paternidad, la duración del embarazo. Pero la falta de objetividad y seguridad de estos medios, por el poco desarrollo científico de la época, provocó que tuvieran poca utilización práctica, optándose por la teoría de las presunciones legales que a través del Derecho Romano ha perdurado en nuestro derecho en la figura de la presunción de la paternidad marital; otro de los medios identificativos que daba lugar a múltiples confusiones, fue el parecido familiar o semejanza fisiognómica (es decir el estudio de la conducta y carácter de los seres humanos mediante las características corporales, la expresión y los gestos).

Entre los hebreos encontramos que en el antiguo testamento se hace mención del famoso juicio del Rey Salomón, en el cual dos mujeres se disputan ante el rey la maternidad de un recién nacido, resolviéndose el caso con la utilización de lo que Lorente Acosta califica como utilización del criterio psicológico basándose en las reacciones psicológicas y emocionales mostradas por las dos mujeres que se disputaban al infante.<sup>6</sup>

### 1.2.3.- ROMA

En Roma se usaba el procedimiento de la indagación (el cual consistía en investigar o averiguar el autor de un delito, por el cual las personas con una tendencia o una enfermedad son descubiertos por el investigador) es así, como

se investigó, no solo el origen de los fundadores de la ciudad, sino también el autor de la muerte de Remo. Remontándose en las averiguaciones hasta el nacimiento de los gemelos Rómulo y Remo, hijos de Rea Silvia y del dios Marte, la leyenda sobre estos relata que la familia de Rea Silvia había perdido su derecho al trono, por lo que la oligarquía reinante a fin de apartar la amenaza que esta representaba contra su poder, ordenó que ella y sus hijos fueran ahogados en el río Tiber. Pero la fortuna favoreció a los gemelos embarrancando su cuna a orillas del río, donde los encontró una loba quien los llevó a la cueva y los amamantó junto con sus lobeznos, luego fueron encontrados por un pastor llamado Faustolo quien los crió como sus hijos. Rómulo y Remo al crecer decidieron fundar una ciudad a orillas del Tiber pero al tratar de ponerle nombre discutieron y Rómulo asesinó a Remo. Rómulo se convirtió en el rey de la nueva nación y bautizó la ciudad con su nombre.

#### 1.2.4.- EDAD MEDIA

En la Edad Media hubo una gran tolerancia hacia estas pruebas, provocada por el hecho de que los bastardos estaban a cargo de las parroquias, buscando estas a los padres para liberarse de dicha carga. Así se utilizaba la duración del embarazo Sistema de las Partidas de Alfonso X el Sabio y la curiosa ordalía del Fuego de Corita de los Canes por la que se aplicaba a la mujer un hierro candente, si se quemaba mentía, y si no, decía la verdad sobre el padre de su hijo.

En el Renacimiento se introdujeron aportaciones médicas como lo son la prueba heredo biológica y antropomórfica las cuales estaban basadas en el estudio de

caracteres morfológicos cuya herencia se transmite según las leyes Mendelianas de la madre y del presunto hijo.

1. - De carácter cronológico, la cual estaba relacionada con la duración del embarazo.

2. - De carácter fisionómico parecido físico que existía entre el hijo y sus ascendientes como color de ojos y pelo etc.

3. - Circunstancias fisiológicas, (las cuales estaban en relación con el cúmulo de características hereditarias bien definidas, es decir, la tendencia a tener las mismas expresiones artísticas, deportivas, coeficiente intelectual, etc. Citase por ejemplo: La extraordinaria aptitud de la familia Bernoulli para las matemáticas, de los Bach para la música, TIZIANO Y HOLBEIN para la pintura.

4. - De carácter patológicas, estas tenían que ver con las enfermedades de carácter hereditario y también con la impotencia del presunto padre, etc.

8

Se rige por las leyes de Mendel fundamentalmente aunque estas no siempre se cumplan y trata sobre la rareza de ciertas enfermedades las cuales pueden ser de tipo dominantes (como las taras morfológicas entre las cuales esta la braquidactilia, las unas en forma de garra, el labio leporino, los pies planos, etc.)

En Suecia se resolvió un caso de paternidad por medio de una tara hereditaria que consiste en La Braquidactilia (malformación genética que afecta a los dedos, provocando dedos muy cortos, aparentemente formados por dos falanges en vez de tres. Dominantes orgánicas ( como la aniridia), humorales

(como es la diabetes) y neuro-psíquicas (parálisis periódicas familiar y la neurofibromatosis) las afecciones de tipo recesivas son variadas en ellas encontramos el pie zambo congénito, el enanismo, albinismo, sordo mudéz congénita, epilepsia, esquizofrenia, etc. Entre las enfermedades ligadas al sexo están: el cromosoma X (femenino) la hemofilia, daltonismo etc. Y al cromosoma Y (masculino) la ictiosis congénita.

Pero el verdadero avance científico en esta materia se da con la llegada de la heredo biología ( la cual se refiere a los factores endogenos hereditarios o causados por ellos) comenzándose a estudiar los dermatogrfos (líneas de los dedos, estudio emparentado con la dactiloscopia), y la capacidad de percibir el sabor amargo.

La semejanza en los caracteres antropomórficos (la cual esta basada en el estudio de los caracteres morfológicos del ser humano, cuya herencia se transmite según las leyes de Mendel de la madre y del presunto padre en el hijo) fuerón quizás, las primeras formas de establecer indicios acerca de la posible vinculación biológica de personas de existencia física.

#### 1.2.5.- EDAD MODERNA

##### 1.2.5.1.- LA PRUEBA O METODO DE KUHNE

Es una variedad de la prueba heredo-biológica, conocida como "prueba morfológica de columna vertebral" esta se funda en la transmisión hereditaria de ciertos caracteres morfológicos de la columna vertebral considerando que las vértebras son de varias clases: siete cervicales, doce dorsales, cinco lumbares,

cinco sacras y de tres a seis coccígeas, cada clase tiene caracteres más o menos definidos, pero no se presentan puros casi nunca, esta prueba es eficaz sólo en la exclusión de paternidad excluyéndose entonces de algunos de paternidad. La prueba heredo biológica o antropobiológica da lugar a varios resultados, según una amplia gama de posibilidades.

La Sociedad Alemana de Antropología las concreta en los siguientes grados:

- Paternidad no determinable
- Paternidad posible
- Paternidad probable o improbable
- Paternidad más probable que la no-paternidad
- O viceversa
- Paternidad prácticamente probada o excluida

Las pruebas bioantropológicas hoy son poco aceptadas por no decir descartadas en la práctica jurídica, debido a la fuerte carga de subjetivismos <sup>que</sup> <sub>10</sub> comportan, no obstante la gran cantidad de caracteres que actúan (casi 300) hace que tengan utilidad como pruebas de carácter complementario. Así la ley procesal de familia de nuestro país en el art. 140 permite la prueba pericial de carácter antropomórfica, hereditarias y biológicas del hijo y del presunto padre o madre.

#### 1.2.5.2.- LAS PRUEBAS HEMATOLÓGICAS DE COMPATIBILIDAD

Para estas pruebas de compatibilidad inmunogenéticas se extrae una muestra de sangre a los individuos involucrados en el estudio.

Dichas pruebas pueden agruparse de la siguiente manera:

#### 1.2.5.2.1.- LA PRUEBA DE GRUPOS SANGUÍNEOS

No cabe ninguna duda que se trata de la más importante y mejor acreditada entre las pruebas biológicas las que originariamente se fundan en un descubrimiento realizado.

En 1900 por Karl Landsteiner en donde la heredabilidad de la sangre y desde entonces la hematología ha avanzado vertiginosamente, por lo que la prueba de los grupos sanguíneos tiene un gran valor probatorio que la ha convertido en la prueba estándar en los procesos de filiación, ya que se parte del principio biológico de que lo que se hereda genéticamente procede del padre o de la madre, hijo y supuesto padre o madre puede ser excluida o resultar posible la paternidad o maternidad.

En 1930 se desarrollan las técnicas de laboratorio seguras y confiables, aplicando los fundamentos teóricos de Landsteiner, y nacen así las pruebas hematológicas que se originan tras observar la mezcla de sangre de dos individuos de la misma especie, dando lugar a veces a una aglutinación, comprobándose que los hematíes de la sangre humana tienen un aglutinogeno que se denominan A Y B los que pueden manifestarse separadamente o conjuntamente, o faltar ambos, sin embargo una misma sangre no posee aglutininas contra sus propios hematíes, de lo que da como resultado cuatro grupos sanguíneos diferentes que son (A, B, AB y O), las leyes en las que se fundamenta son: Primera " Las propiedades de los grupos A y B se heredan según las leyes de Mendel, como propiedades dominantes. por tanto no puede darse en los hijos si no existía en los padres". La segunda dice; " El padre o la

madre del O no puede tener un descendiente del grupo AB; el padre o madre AB no pueden tener un hijo O". Una vez comprobada su transmisión hereditaria por Von Dungern y Hirszfeld, nació la llamada Hemogenética forense la cual es una rama de la heredo biológica que estudia determinados factores tomados de la sangre y que tienen una expresión genética, la posibilidad actual de obtener estos factores de otras estructuras organizadas como: Saliva, piel, pelo hace que hablemos ya de homogenética, en vez de hemogenética.

Poco a poco se fueron encontrando otros sistemas útiles para estas investigaciones como lo es el M y N, heredados independientemente son los antígenos (sustancia extraña, generalmente proteína o complejo, que forman<sup>12</sup> anticuerpos específicos en un organismo) no independientes entre sí, ya que siempre existe uno u otro de los dos, o ambos; lo que significa que son tres posibilidades o clases de sangre en este sistema (M, N, MN) cuyos caracteres actúan ambos como dominantes y están localizados en el mismo punto de los cromosomas, habiendo un gene por cromosoma.

En 1937 el factor "Rh" positivo y "Rh" negativo llamado así por ser encontrado por primera vez en sangre de monos del género Rhesus. Y alrededor de un 85% de personas de raza blanca son Rh positivos, o sea que contienen antígeno Rh en sus glóbulos rojos, y el 15% son Rh negativo, sin este antígeno. Si una mujer es Rh negativo y su marido Rh positivo, el feto podrá ser también Rh positivo, por herencia paterna. Por lo que este sistema es muy complejo ya que "Todo gene o antígeno de este sistema "Rh" presente en el hijo y ausente en uno de sus progenitores debe forzosamente proceder del otro" y "Todo gen en estado

homocigótico en el hijo debe encontrarse a la vez en el padre y en la madre, si uno de los dos la posee; si uno de los dos no lo posee, debe ser "excluido".

A pesar de estos importantes descubrimientos el Código Napoleónico, impedía la investigación de la paternidad con la intención de proteger a la familia sobre cualquier problema que se suscitare.

Estos sistemas encuentran recepción en los códigos de leyes de algunos países, mediante ellas se puede descartar un vínculo biológico paterno filial con una certeza absoluta.

#### 1.2.5.2.2.- SISTEMA HLA

El origen del sistema HLA se encuentra en las investigaciones iniciadas por el doctor Jean Dausset en 1952 tendientes a resolver los problemas por los rechazos inmunológicos en los trasplantes de órganos. Los antígenos del sistema, son proteínas codificadas, ubicadas en el sexto par cromosómico ubicados en la membrana citoplasmática de todas las células nucleares del organismo, se han identificado 124 formas diferentes de antígenos, que se combinan para formar cinco pares de ellos, que se ubican en lugares diferentes del sexto par cromosómico llamados loci en donde en cada uno de ellos se encuentra un par de antígenos, uno suministrado por la madre y el otro por el padre; cada loci se identifica con la letra A,B,C,D,Dr, y la forma del antígeno con un número, de tal manera que podemos decir que el niño tiene en el loci A, un antígeno A2 (la letra es el sitio y el número la forma) suministrado por la madre y tiene un antígeno A9 suministrado por

el padre. En el loci A el par de antígenos será A2 suministrado por la madre y A9 por el padre en suma será A2A9.

La prueba del HLA se centra en el examen o identificación de las marcas genéticas depositadas en los leucocitos blancos de la sangre dicha prueba permite crearle certeza al juez, como dictamen pericial que es, vertida al proceso, sujeta a la libre valoración de la prueba, científicamente permite establecer si es o no el padre, sobre todo, cuando es estudiada combinada con los sistemas <sup>14</sup> sanguíneos.

#### 1.2.5.2.3.-LAS PROTEINAS SERICAS

Las proteínas del suero sanguíneo mas utilizadas en los estudios de filiación son la ha heptoglobina, transferina, proteína especifica, complemento C3, ceruloplasmina, alfa1, antritipsina y fundamentalmente las inmunoglobulinas y el BF.

El estudio de las proteínas séricas otorga un poder de exclusión por si mismo del 70%, es decir mayor que el de los grupos sanguíneos. Por lo tanto, no es aceptable un estudio de filiación que contenga la identificación de los hálelos de las proteínas.

#### 1.2.5.3.- LA PRUEBA DEL A.D.N.

Es a partir de los trabajos de Jeffreys de 1985 que se aplica la técnica del poliformismo molecular de A.D.N. y mediante ella nos acercamos mucho a la certeza absoluta en materia de asignación de un vinculo biológico.

El llamado ácido desoxirribonucleico A.D.N se encuentra en el interior del núcleo de todas las células de nuestro organismo y contiene toda la información básica sobre lo que somos. Todo lo que hay escrito en él es lo que llamamos genotipo (constitución hereditaria fundamental, distribuidor de genes, de un organismo dado), y su manifestación externa es el fenotipo; este ácido conforma los cromosomas y procede la mitad del padre y la mitad de la madre, nuestras características serán el resultado de una mezcla o combinación de la información genética aportada por el ADN del óvulo o del espermatozoide. En esta importantísima sustancia, fuertemente identificadora, pueden realizarse estudios, tras obtenerla de cualquier fluido o resto de la persona.

En cada generación de células el gen, la cadena de A.D.N, experimenta auto reproducción, de modo que cuando la célula se divide, cada una de las dos células hijas reciben una copia exacta del código. Igualmente, en cada generación celular pueden hacerse una o más transcripciones del código, mediante las cuales se usa la información genética para regular el montaje de una enzima (proteína catalizadora producida en el interior de un organismo vivo que acelera reacciones químicas específicas), el A.D.N nos hace químicamente únicos a cada uno de nosotros. Fuera de los gemelos univitelinos no existen dos personas totalmente iguales a nivel de su estructura de A.D.N, ni aun siendo consanguíneos directos, las diferencias en el A.D.N entre personas en localizaciones específicas se conocen con el nombre de poliformismo, y constituye la clave de la identificación. Los científicos pueden discriminar entre el A.D.N de diferentes personas examinando varias regiones variables específicas llamadas sitios o regiones polimórficas. Es así como los científicos pueden determinar los patrones de individualidad en estas áreas polimórficas midiendo el tamaño de las secciones repetidas. Esto es la base del estudio del polimorfismo

molecular del A.D.N.

Los resultados del estudio del A.D.N en las evidencias pueden determinar la culpabilidad o inocencia en actos criminales de una determinada persona, o el diagnóstico de paternidad.

#### 1.2.5.4.- LA PRUEBA DE LA EXCLUSIÓN E INCLUSIÓN

La exactitud de la exclusión y de la inclusión en un estudio de filiación, si bien<sup>16</sup> esta última está condicionada por la primera, depende de varios factores, algunos ajenos a los de las pruebas de compatibilidad inmunogenética. No debemos olvidar que todo hombre no excluido será incluido como padre biológico si cumple una serie de requisitos elementales, especialmente presentar un valor de inclusión o de probabilidad de paternidad "w" adecuado y cumplir algunas probabilidades a priori.

Al hablar de exclusión se hace referencia al acto médico pericial por el cual un individuo alegado como padre es rechazado como padre biológico de un niño, y la no exclusión es la imposibilidad de negar la paternidad biológica de un individuo y de asegurarla. La inclusión es el acto médico pericial por el cual se asigna con gran seguridad la paternidad biológica de un individuo alegado como el padre.

Reglas de la exclusión: La paternidad de un individuo será rotundamente negada si se constatare:

1.- Exclusión por fenotipo o exclusión de primer orden.

Esta consiste en que el niño no puede presentar un determinado marcador genético si no lo presenta uno de sus padres, de esta regla se infiere que todo marcador genético presente en el niño y no en la madre deberá necesariamente ser aportado por el padre biológico (genes obligados) como por ejemplo:

Padre alegado HLA-A2/A3

Madre HLA-A1/A9

Niño HLA-A1/AW19

17

En tal caso el padre alegado queda excluido por la primera regla al no presentar en su fenotipo el antígeno obligado HLA-AW19.

## 2.- Exclusión por genotipo o exclusión de segundo orden.

En este caso el niño debe necesariamente presentar aquellos marcadores genéticos para los cuales uno de los padres es homocigoto.

Puede extenderse la regla diciendo que cuando un niño presenta un marcador genético con carácter de homocigoto este debe de estar aportado por ambos padres ejemplo:

Padre alegado AB

Madre O o AO o BO

Niño OO

De esta manera se descarta que ambos factores A y B viajen en el mismo cromosoma.

## 3.- También es exclusión por genotipo.

Los complejos genéticos que están asociados en un cromosoma, se transmiten en bloque y se heredan en unidades indivisibles.

La excepción a esta regla es el cross –over.

Sin embargo esta situación de traslocación de material genético es rara y fácilmente detectable en laboratorios con experiencia en inmunogenética.

#### CLASES DE EXCLUSIÓN.

18

Pueden ser:

1- Exclusión simple

2- Exclusión compuesta

La exclusión simple en la cual se cumplen algunas de las reglas de exclusión mencionadas. Esta puede ser directa o indirecta.

La exclusión simple directa es la más delicada desde el punto de vista pericial, se fundamenta en la realidad biológica de la maternidad y de la probabilidad circunstancial de la paternidad. Se habla de esta cuando el padre alegado es rechazado como el padre biológico por presentar al igual que la madre el carácter heredado por el niño.

Ejemplo:

Padre alegado            M

Madre                    M

Niño                      MN

La exclusión simple directa debe evitarse agotando el diagnóstico de todos los marcadores genéticos posibles.

La exclusión simple indirecta queda constituida cuando el padre alegado no aporta el carácter obligado que tan poco está en la madre. Ejemplo:

Padre alegado	N
Madre	M
Niño	M

Esta clase de exclusión es evidente.

19

La exclusión compuesta es aquella que emana de los valores del índice de paternidad "IP" y de la probabilidad de paternidad "w". Los valores bajos de ambos índices ya sea como número absoluto o como porcentaje obligan a rechazar a un individuo como padre biológico aún sin cumplir ninguna de las tres reglas básicas de exclusión.

#### FALSAS EXCLUSIONES.

Se deben fundamentalmente a errores humanos y técnicos, la única forma de evitarlos es elegir y controlar adecuadamente los centros que realizan los estudios; Aquellas alteraciones propias de la transmisión genética como las mutaciones y los cross-over ( intercambio de factores) deben evaluarse en el contexto del estudio familiar y son fácilmente detectables por los expertos.

#### LAS CAUSAS DE ERROR SON:

1- En la toma de muestras: cambio de muestras en forma dolosa o accidental, transfusión o sustitución proteica, cambio de niño etc.

2- Técnicas de laboratorio:

- Debido al personal: Falta de entrenamiento, mezcla de muestras, accidentes en el procesamiento de muestras por inexperiencia.

- 
- De las técnicas: Reactivos inadecuados, sueros de baja especificidad, etc.
- 
- Mal control del tiempo, temperatura y otras variables de las reacciones.
- 
- Voltajes inadecuados en la electroforesis, etc.
- 
- 3- En la interpretación. Uso de tablas de frecuencia no adaptadas a la población, no tomar en cuenta los desequilibrios de ligamento, los cross over, etc.

20

### 1.3. - LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

El derecho del hijo a exigir la certeza de su filiación mediante la acción judicial correspondiente, ha sido una de las cosas que más se han debatido en doctrina y por lo que se han tenido que regular en la legislación correspondiente con criterios diferentes, entre las posturas que se han asumido tenemos: la prohibición tajante a la investigación de la paternidad, la libertad absoluta para el hijo de indagar su origen y reclamarlo ante los tribunales, y la permisión limitada al mismo, cuando tiene a su favor limitadas pruebas. Por lo que en el Derecho Romano la condición de hijos naturales surgía del concubinato, que era una forma permitida por la ley de unirse dos personas de condición desigual.

Sus hijos eran tenidos con paternidad cierta en relación con el concubinato. No necesitaban para ello reclamar su estado. Los hijos de personas libres no unidas en matrimonio, no tenían la condición de naturales por considerarse que sus

padres habían cometido el delito de estupro.

En la legislación Española, el Fuero Juzgo no trata sobre el concubinato ni sobre los hijos naturales. Hasta 1925, el Fuero Real habla sobre los hijos habidos de padre y madre solteras, es posteriormente, las Partidas hacen suya la legislación romana respecto al concubinato, y llaman hijos naturales a los habidos con barragana o hijos de "Ganancia". Sin embargo la ley II de Toro consideró como hijo Natural aquel nacido de estupro, sin expresar si era preciso el reconocimiento del hijo o bastaba el tácito, deducido de presunciones fundadas en hechos. En la práctica prevaleció el último criterio y la investigación de la paternidad se hizo corriente.

En el Derecho Francés antiguo la paternidad podía investigarse mediante acción judicial, y los gastos del parto eran impuestos por la simple declaración de la madre respecto de la identidad del padre de su hijo.

El código civil Francés negó la investigación de la paternidad (Art. 3409, como reacción a la práctica de la misma durante la época revolucionaria que, se decía, llegó a extremos abusivos. Solo se permitía en el código Napoleón, en casos de rapto cuando coincide este delito con la época de la concepción.

El código civil Español es contrario a la libre investigación de la paternidad Art. 141 y habla del reconocimiento forzoso de parte del padre cuando exista prueba documental del mismo, o por sesión continua de estado por parte del hijo, y que en los casos de violación, estupro, o rapto, de acuerdo a lo que disponga el código penal.

### 1.3.1.- LA FILIACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA 22

En nuestro país el código civil de 1859 artículo 279 permite el reconocimiento voluntario por su padre o declarados reconocidos de parte de este por el Juez respectivo teniendo la calidad legal de hijos naturales en el código civil de 1860 en su Art. 274 hacía mención de que los hijos nacidos fuera del matrimonio podían ser reconocidos por su padre y tendrían la calidad legal de hijos naturales pero no así los de dañado ayuntamiento ( aquellos hijos que eran fruto de la relación de padres de matrimonios diferentes) comprendiendo entre estos a los sacrílegos( los concebidos entre padres de los cuales alguno era clérigo de ordenes mayores, o persona ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa reconocida por la iglesia católica) y también a los manceres (que eran los hijos nacidos de ramera o mujer publica).

La ley del 30 de marzo de 1880 suprimió el texto “de dañado ayuntamiento” permitiendo que todos los hijos nacidos fuera del matrimonio sin excepción podrían ser reconocidos por su padre y adquirir con ello la calidad de hijos naturales,

Pero una reforma de este artículo por Decreto Legislativo del 12 de noviembre de 1928 estableció que los hijos nacidos fuera del matrimonio podrían ser reconocidos por su padre voluntariamente o declarados reconocidos por el Juez respectivo y tendrían la calidad de hijos naturales.

Así en materia de paternidad, se permitió la investigación judicial de la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio, por todos los medios de prueba que el mismo legislador estableció. En esta última reforma se instituye

como medio de investigación de paternidad la posesión de estado para lo <sup>23</sup> que se instituyeron como modos de reconocimiento voluntario; que el padre haya dado a conocer al hijo como suyo a sus herederos y que haya criado y educado a sus expensas en concepto de tal. Todo lo anterior regulado en la legislación civil ya que es a partir de la entrada en vigencia de la nueva legislación familiar que no se discrimina el origen es el artículo 202 del código de familia el que determina que todos los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación tienen los mismos derechos y deberes familiares, el artículo 139 del código de familia otorga el derecho a investigar la paternidad por lo que en El Salvador actualmente es permitida la investigación de la paternidad, mediante todos los medios de prueba admisibles en el proceso civil, pero siempre que este determinados por la ley. En el Art.51 de la ley procesal de familia se establece que son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos, y el Art.140 de la misma menciona que en los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad se podrá ordenar la practica de las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y a terceros para reconocer parcialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre.

## CAPITULO II

### DOCTRINA AFINES AL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO RECONOCIDO POR LA NEGATIVA DE LA MADRE A LA PRUEBA DE A.D.N.

#### 2.1. - DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD

##### 2.1.1. DEFINICIONES

**La impugnación;** Objeción, refutación, contradicción. // La impugnación se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales, como a las resoluciones judiciales que no son firmes, y contra las cuales cabe algún recurso.

**El Desconocimiento;** Acción y efecto de desconocer.// Rechazamiento, ignorancia, Negación.

25

**El Desplazamiento;** Acción y efecto de quitar a una persona o casa de un lugar y poner en otro. O sea, un traslado por obra ajena y en cierto modo estático.<sup>4</sup>

#### 2.1.2.- DOCTRINAS AFINES AL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD

##### 2.1.2.1. - LA IMPUGNACION

---

<sup>4</sup>Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Quinta Edición.

Con respecto a la impugnación doctrinariamente, es necesario advertir que ella puede presentarse de dos maneras: Se puede impugnar la paternidad o bien lisa y llanamente desconocerla.

La doctrina italiana y francesa en defecto de disposiciones legales sobre si el padre podía impugnar el reconocimiento que hizo, consideran imprescriptibles las acciones destinadas a la constatación o impugnación del reconocimiento de hijos naturales, advirtiendo que en tales casos no prevalece la coincidencia del reconocimiento con la posesión de estado a los efectos de atribuir al hijo una situación inatacable.

Somarriva, se refiere a la impugnación diferenciándola del desconocimiento de la paternidad, ya que a su manera de ver se impugna la paternidad cuando el hijo esta amparado por la presunción "pater is est" (paternidad) y esta descansa principalmente en la suposición de que los cónyuges han cohabitado, y corresponderá al que impugna destruir esta presunción. En cambio hay simple desconocimiento de la paternidad, cuando el hijo no esta amparado por dicha presunción. En el caso del desconocimiento la situación del que impugna es mucho más favorable, pues nada debe probar, sino limitarse a desconocer la paternidad del hijo que se le atribuye.

En cuanto a que el padre pueda impugnar el reconocimiento que hizo, la doctrina se encuentra dividida en Italia, prevalecía la opinión afirmativa fundamentándose en que por medio de aquel acto se reconocía un hecho que, caso de ser falso, no debía producir efecto alguno, no obstante las apariencias de verdad que tuvo en su origen. Sin embargo a esta teoría pueden oponerse la naturaleza irrevocable de la confesión, la permanencia y la estabilidad del orden social y el principio jurídico de que nadie puede ir en contra de sus

propios actos.

El sistema de derecho español, es adverso a la impugnación en el cual manifiesta que ni aun el reconocimiento hecho en testamento puede ser anulado, pese a la mutabilidad de la voluntad humana para el acto de testar. Sin embargo, este criterio no es tan absoluto como pudiera deducirse ya que a pesar de no permitir la anulación de el reconocimiento que el padre hizo, hace la salvedad para los casos en que ataque por error, intimidación o violencia convenientemente probadas. El profesor Pires de Lima, sostiene la tesis que la imposibilidad jurídica de ir contra los propios actos, si es que se realizan espontáneamente, pues innecesario resulta aclarar que desde el momento que en ellos intervino cualesquiera de los vicios de la voluntad que quedan mencionados, el interesado es libre de cumplir o no los compromisos que aparentemente contrajo.

Por otra parte en Francia aunque la doctrina presenta profundas dudas admite la impugnación del reconocimiento que el padre ha hecho.

#### 2.1.2.2. - EL DESCONOCIMIENTO

En cambio hay simplemente desconocimiento de la paternidad cuando el hijo no esta amparado por dicha presunción En este caso, la situación del <sup>27</sup>, impugna es mucho más favorable, pues, nada debe probar, sino limitarse a desconocer la paternidad que del hijo se atribuye.

Las presunciones pueden ser destruidas y con ellas hacer desaparecer del derecho la filiación matrimonial que se atribuía al hijo; para ello es necesario intentar la denominada acción de desconocimiento de la paternidad.

El desconocimiento de la paternidad, según Colins, esta basado en la admisión anticipada por parte del marido de los hijos que nazcan del matrimonio; y en la

opinión de otros en el carácter fecundo de una cohabitación profunda o probada, su exclusión se explica como la demostración de que el hijo no ha nacido de una cohabitación matrimonial, bien porque no hubo tales relaciones en el período legal de concepción o bien porque, si las hubiera habido, no nació el hijo de ellas sino de otras. En tal virtud el desconocimiento de la paternidad podrá hacerse en dos planos:

En el de la cohabitación, demostrando que no hubo, que fue imposible en la época legal de concepción del hijo y, en el de la causalidad, probando que no fue de esa cohabitación, caso de haberla, de la que nació el hijo.<sup>5</sup>

El desconocimiento de la paternidad no se encuentra contemplado por nuestra normativa de familia.

#### 2.1.2.3. - ESTABLECIMIENTO DE LA PATERNIDAD.

28

El ocultamiento o secreto de la concepción dificulta la prueba de paternidad por lo que es un problema determinar la paternidad en cada una de las personas que nacen diariamente, es por ello, y debido a la importancia de las personas en la formación del Estado, en donde el interés público predomina sobre el privado que no podía quedar únicamente a la voluntad de los particulares, es así como los legisladores han dictado las presunciones que permiten limitar la actuación arbitraria de los jueces.

Bridel hace referencia al establecimiento de la paternidad en base a lo que ha

---

<sup>5</sup> Antonio D' Jesús M. Paredes editores, Caracas 1991, Lecciones de Derecho de Familia. Pág. 140.

denominado sistemas abstractos y posibles para suplir la prueba de paternidad.

#### A) Sistema Negativo

Que no atribuye ninguna importancia jurídica al parentesco masculino ni a la paternidad, ya que supone el desconocimiento de la paternidad, que sólo es posible en un estudio sociológico, donde el hombre no ha intervenido en la generación y en el nacimiento de la persona. El hijo sólo queda vinculado a la madre que lo alumbró y a la familia de ésta, el padre jurídicamente; no existe ni preocupa la paternidad. Conceptualmente no significa este sistema solución en la determinación de la paternidad, por cuanto que la ignorancia, aquí no se plantea el problema de la paternidad.

#### B) Sistema Arbitrario .

La filiación paterna resulta exclusivamente de la voluntad de un hombre, que puede admitir o rechazar libremente al hijo con el que se le relaciona jurídica<sup>29</sup> y sociológicamente hay un avance respecto al sistema negativo, ha avanzado la organización social, aparece la familia constituida sobre la base del matrimonio monógamo y de estructura patriarcal. En la creación del lazo paterno-filial en la determinación de la paternidad, es decisiva la voluntad del pater familias, quién en un acto, que para unos autores solo tiene significación religiosa, para otros tiene pleno valor jurídico, acepta o rechaza al recién nacido que le es presentado. En el derecho romano primitivo se manifiesta a través de la ceremonia del "tollere liberum": Si levanta el recién nacido que le es presentado y dejado a sus pies, este ingresa en la familia en calidad de hijo; si lo rechaza puede ser expuesto y abandonado; el pater familias no lo acepta niega su

paternidad. Este sistema tuvo vigencia entre algunos pueblos antiguos como Grecia, pueblos germánicos y Roma.

El Sistema Arbitrario en cuanto a que la asistencia de la paternidad quedaba al libre arbitrio del supuesto padre. La manifestación de la organización familiar y del poder patriarcal romano ha dejado profunda huella en el establecimiento de la paternidad en la filiación natural y en el sistema de impugnar la paternidad legítima, reservado al marido de forma exclusiva y excluyente en casi toda la legislación especialmente en las latinas.

#### C) Sistema Legal

En el que el hijo matrimonial es atribuido por la ley automáticamente al marido de la madre. La exclusiva voluntad del marido para crear la paternidad era incompatible con un espíritu y una organización jurídica un poco desarrollada. La ley viene a sustituir a la voluntad del marido, que en principio, padre será el propio marido. La paternidad viene impuesta por la ley sin embargo el sistema legal puro no existe, ya que la ley no puede dictar la paternidad imponiéndola, sin riesgo de caer en arbitrariedad semejante a la que trataba de evitar, ya que el matrimonio no equivale a fidelidad absoluta.

#### D) Sistema Judicial

En la paternidad judicial se establece previo juicio en el que deberá ser demostrado la relación de generación entre padres e hijos. Para este la paternidad es cuestión de mero hecho, deberá probarse judicialmente en cada

caso, un hecho no susceptible de prueba directa y positiva, los tribunales habrán de deducirla en relación con otros hechos, tales como el matrimonio, el momento del nacimiento, grado de madurez del recién nacido y la relación que guarda con la época de la cohabitación presunta, posible o probable y demás hechos que valorados convenientemente pueden contribuir a probar indirectamente aquella paternidad.

Además actualmente los tribunales aceptan las pruebas científicas como una forma de determinar la filiación

La prueba de grupos sanguíneos se ha ganado la confianza de los tribunales de justicia de todos los países, y su valor probatorio y solvencia científica es hoy indiscutible siendo utilizada tanto en cuestiones de filiación legítima como ilegítima, con ciertas restricciones en cuanto a la impugnación de paternidad<sup>en</sup><sub>31</sub> algunos países será según su sistema legal de impugnación. La jurisprudencia de todos los países ha debido ceñirse a los respectivos textos legales, observándose una progresiva corriente de apertura a medida que el prestigio científico de estas pruebas biológicas se van consolidando y desaparecen viejos recelos y prejuicios vencidos por el signo de los tiempos y cierta evolución, también indiscutible a favor de la verdad biológica y paternidad verdadera en el campo de la filiación.

En el orden doctrinal vencidos también los mismos prejuicios y recelos y de acuerdo prácticamente todos los autores en que el derecho, en cuanto ciencia social, no puede vivir de espaldas a las nuevas conquistas científicas, que forman parte del acervo cultural humano, esta igualmente acreditada y admitida la prueba hematológica que constituye eficaz ayuda para resolver uno de los más difíciles problemas en materia de filiación. La única ayuda y actual discusión

radica ya en el alcance que deba darse al empleo de esta prueba en la impugnación de paternidad y mientras que para unos su papel debe quedar limitado al de prueba complementaria de los hechos y medios clásicos de impugnación, otros se preguntan si no sería más conveniente el dar a esta prueba una eficacia autónoma en la impugnación de paternidad puesto que en los casos en que resulta eficaz, es prueba concluyente y segura de la no-paternidad del marido.

En algunos autores hay cierta desconfianza y recelos respecto de las pruebas biológicas hasta temor a cederles demasiado terreno. Alegan lo efímero de ciertos descubrimientos científicos y que las teorías no son siempre eternas, el diferente espíritu y métodos que rigen y manejan la justicia y las ciencias biológicas, la no siempre coincidencia entre verdad judicial y verdad científica los peligros que supondría para el derecho en basar la filiación sobre la simple biología, y aunque no es la verdad real o la paternidad biológica la principal preocupación de algunos códigos. Por estas razones dicen los que así piensan que la función de las pruebas biológicas debe ser siempre limitada complementaria en el sistema general de la impugnación de la paternidad, un argumento más o “presunción que no es de despreñar”, pero no se puede acoger sistemáticamente la prueba sanguínea y remitirse a ella para resolver todo litigio referente a filiación, particularmente en la impugnación de paternidad.

Para otros eso resulta insuficiente y creen conveniente el hacer de las pruebas de grupos sanguíneos un caso especial de impugnación de paternidad. “Prueba cierta por sí misma”, la prueba de sangre debería de ser admitida sin problema alguno. El requisito previo no es necesario nada más que para evitar demandas abusivas” (Merry). Gebler, piensa en la misma forma, “una exigencia más

imperiosa de la verdad (en materia de impugnación de paternidad) debería abrir ampliamente el recurso a la prueba hematológica". Los peligros que ello supondría, derivados de un posible abuso de esa prueba por el marido celoso o que sospechara infundadamente de su mujer no serían tan nefastos como se cree, si era fundada la sospecha, tendría mejor oportunidad de demostrar la ilegitimidad del hijo, sin los inconvenientes del actual sistema estrecho de impugnación; y si era infundada esta prueba vendría a esclarecer la verdad y a devolver la confianza al marido y la paz al hogar. La introducción de esta prueba como un caso especial y autónomo de impugnación presentaría <sup>33</sup> ventajas que inconvenientes.

Las pruebas hematológicas son de indiscutible valor. Los tribunales ya venían aplicando el sistema HLA o complejo mayor de Histocompatibilidad o de compatibilidad inmunogenética que integra el grupo de técnicas de comprobación de la herencia de caracteres bioquímicos. Se basa en la transmisión hereditaria de los antígenos, proteínas que cada persona tiene recibidas del padre y la madre cuyo estudio permite la determinación positiva de la paternidad y la maternidad con un nivel de certeza que puede llegar al 99.85%. La más reciente incorporación a este tipo de técnicas es el A.D.N. examen denominado "tipificación del A.D.N.". O "huellas de A.D.N."; técnica que permite determinar tanto la maternidad o paternidad como otros parentescos consanguíneos más lejanos. Según Leonardi, supera totalmente a las técnicas bioquímicas anteriores que en su comparación parecen métodos primitivos.

Los exámenes tradicionales de material biológico tanto de grupos sanguíneos como el muy sofisticado HLA, buscan marcar o señalar esas diferencias, con el propósito de identificar a los individuos. Pero en definitiva no logran más que una identificación indirecta, con diversos grados de exactitud según el tipo de

examen que se utilice. En cambio el examen de tipificación del A.D.N. se dirige exactamente a la molécula del A.D.N. esta, como si fuere un disco magnético de computadora lleva codificada la información genética que no solo determina si un individuo será un perro, un hombre, o talvez un cactus, sino que también provoca la aparición de aquellas diferencias dentro de una misma especie que los exámenes tradicionales buscan detectar.

#### E) Sistema Mixto

Bridel lo llama también "clásico", relacionándolo quizá con la jurisprudencia clásica romana, en cuya época empezó a dibujarse sobre la base de la máxima pauliana "pater is est" es un sistema complejo que se funda eminentemente sobre el legal ya que parte de una disposición legal que dicta la paternidad del marido de la madre. Pero se haya limitado y completado por otros principios, como vestigios del sistema arbitrario, el que concede al padre la facultad de negar la paternidad que se le atribuye; se relaciona con la judicial en que la discusión sobre la paternidad deba ventilarse en un procedimiento judicial, generalmente regulado con rigor formal en cuanto a los motivos, tiempo y personas habilitadas para impugnar.

## 2.2. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS SOBRE EL NEXO BIOLÓGICO.

Existe un interés especial en torno a la posible negativa de una o ambas partes a someterse a las pruebas biológicas, ya que estas permiten acreditar la paternidad o descartarla.

Descartamos las hipótesis de negativa, justificadas por razones medicas. El juez no podrá valorar en ningún sentido la negativa de alguna de las partes debidamente justificada en el pleito de someterse a tales pruebas.

Una segunda aproximación al tema nos indica que evidentemente las pruebas biológicas no pueden efectuarse contra la voluntad de la parte. Quien notificado fehacientemente de la fecha en que comienza la prueba en cuestión, no concurre al lugar indicado o se opone previamente a su recepción, en este caso no puede ser compelido a someterse al examen medico pericial. En consecuencia, el examen no puede ser ordenado bajo apercibimiento de '35' pues no podrá darse luego contenido al apercibimiento. Expresa Alcina, que si bien es cierto que la negativa a someterse al examen pericial es ilegítima, "esa medida no puede autorizarse si ha de emplearse fuerza, y que, como la obligación de sufrir el examen pericial no esta garantizada por sanción directa no procede la intimación bajo apercibimiento alguno, siendo en cambio lógico que se deduzca una presunción de la existencia del hecho alegado, que unida a otras pruebas llevan la convicción al animo del juez. El problema consiste en la valoración jurídica de esa actitud esquiva de quien es parte en la acción de filiación y rehúsa pasar el análisis pericial a quien se le otorga el hacer uso del criterio de la sana critica.

La tercera idea es que el rehusarse a la prueba biológica no puede resultar intrascendente jurídicamente, cuando del nexo biológico se trata; sin embargo se ha sostenido doctrinariamente que la negativa a someterse a las pruebas biológicas de quien rechaza el vinculo de filiación y de quien afirma su existencia debe ser considerada en forma distinta.

La prueba de grupos sanguíneos o hematológica, solo es apta para demostrar la incompatibilidad sanguínea, es decir, la inexistencia del vinculo de filiación o mejor dicho para excluir, y si existe compatibilidad sanguínea el vinculo de

filiación no puede afirmarse, pues muchos sujetos pueden tener compatibilidad sanguínea.

En Argentina el tercer congreso de Derecho Civil en el año de 1961 ya recomendó admitir como medio de prueba en los juicios en que se dispute la filiación, el análisis de los grupos sanguíneos, con la determinación de los efectos que acarrearía la negativa de quienes deberían someterse a dicho análisis. La prueba biológica para llevarse a cabo la extracción de sangre habitual para los análisis de laboratorios bioquímico. No se exige ni un quehacer médico que supere la común concurrencia al laboratorio para efectuar los análisis corrientes.

Se valora que el examen puede producir emociones encontradas y desequilibrios psíquicos en la persona, por su profunda significación emotiva pero no puede por sí el examen causar un perjuicio en la salud física del sometido a la prueba.

Esa negativa configura una grave presunción en contra de quien con su actitud contrarresta la filiación en debate, en que la ley está interesada. Con la sola negativa a pasar la prueba biológica no se puede constituir el fundamento del decisorio judicial; pues ella y otros medios de prueba podrán converger en conjunto a la formación para la convicción del juez.

Por su parte Rivero, manifiesta que negarse injustificadamente a prestarse a un reconocimiento a una prueba puede constituir un abuso, y ahí termina también el derecho. Por lo que podría decirse que en un proceso de filiación existe un interés privado, lo que no lo hace obligatorio ya que se argumenta el

respeto debido a la libertad individual como a la integridad y a la propiedad del cuerpo humano. Cuando hay colisión de intereses, además, hay que ponderarlos justamente, debiendo triunfar el que aparezca superior, más valioso; y en este caso no puede haber ninguna duda. Cuando se tratare de una parte procesal se debe aplicar según algunos autores la "ficta confessio" por ser semejante su actitud a la de la parte que se niega a comparecer para confesar; los móviles suelen ser los mismos, miedo a la verdad. En derecho de familia hay ocasiones en que es más eficaz un comportamiento, una actitud equivalente a confesión o manifestación tácita, que la confesión expresa.

Para Gruffy, la única solución es la "astreinte" (abstención), con la consiguiente indemnización por daños causados a quien solicitó la prueba, y a pagar por quien la ha hecho imposible con su negativa.

Carbonnier, dice que las dificultades en esta cuestión surgen por la carencia de textos legales que las resuelvan, y que más que judicial, es cosa del legislador, quien debe abordar y resolver el problema de la obligatoriedad de esta prueba para las partes y consecuencias de su negativa.

Dicha negativa podría constituir también un abuso de derecho y una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia.

Guldener, piensa en forma semejante; en donde debido a la inexistencia de un deber de Derecho público no implica la de una pretensión de derecho privado, contra ese tercero, si esa pretensión y la obligación de satisfacerla no están

previstas en la ley, el juez puede apelar al principio de buena fe, que obliga a colaborar en la medida de sus posibilidades al posible esclarecimiento de la 38 verdad de la filiación, o sea, a someterse a la prueba; de su negativa se derivaría un grave daño para otros interesados.<sup>6</sup>

### 2.3.- TEORIAS DE LA TOMA DE MUESTRAS PARA OBTENER LAS EVIDENCIAS BIOLÓGICAS.

#### 1.- TEORIA NEGATORIA

Priva fundamentalmente las garantías constitucionales, como el derecho a la intimidad y libertad personal, esto tiene que ver con el temor de que la legalización de este tipo de compulsiones pueda ser luego utilizado para aplicarlo a muchos otros casos. Admitiendo así la extracción forzosa de sangre u otro material biológico para otros propósitos, más allá de la vaguedad de este argumento, es real que señala la necesidad de evitar deslizamientos y abusos.

La teoría negatoria se apoya también en la violación al derecho de la integridad física para obtener muestras compulsivamente habría que violar esta integridad física o integridad corporal, además señalan que a través de las muestras biológicas que se obtienen contra la voluntad del demandado se obtendría simultáneamente una confesión no voluntaria del mismo y que en el caso de ser positiva se convertiría en una declaración en su contra.

#### 2.- TEORIA POSITIVA

Priva fundamentalmente el interés social por la identificación y penalización de los delincuentes en materia penal y el derecho a la propia identidad que podría haberse afectado tanto en materia civil como penal (Derecho a la verdad

---

<sup>6</sup> Francisco Rivero Hernández, Editorial Tecnos, Madrid 1971, La Presunción de Paternidad Legítima Págs. 534 – 538.

biológica.) El principio subyacente a la protección es el resguardo de una esfera<sup>39</sup> de privacidad o intimidad en la que no haya injerencia de terceros cual sea la esfera apropiada que deba resguardarse es una evaluación que varía culturalmente y ha variado a través del tiempo. Para la teoría positiva la obtención de muestras compulsivas únicamente limitan el derecho a la integridad física o integridad corporal ya que lo importante es que ese hipotético daño que se produciría en la persona es perfectamente controlable, mínimo y no implica ningún riesgo para la salud.

Sin embargo, los partidarios de esta teoría aseguran del mismo modo que en el caso del derecho a la integridad física este no es un derecho absoluto y que así como el proceso penal implica una restricción a la libertad del imputado y de las personas que están obligadas a colaborar en el proceso, como no hay inmunidad para ser sometido a ese proceso penal o para ser compelido a colaborar tampoco puede haber inmunidad general a la intervención sobre el cuerpo de los imputados, con el fin de investigar delitos resguardando de esta manera el mayor ámbito de libertad posible. El derecho a conocer su origen de cada persona justificaría ampliamente la obtención del material biológico contra la voluntad del imputado cuando se investiguen delitos como la supresión y ocultación del estado civil y en acciones de reconocimiento de estado del hijo en materia civil.

Se considera que por un lado un sector de la doctrina esgrime la protección de los derechos constitucionales e individuales. Otro sector entiende superior como bien jurídico a proteger, el de la sociedad y el de todo ser humano a conocer su

---

propia identidad.

Si bien es atendible la posición expresada por los que defienden la pos<sup>40</sup> negatoria, esta no debe ser absoluta, es decir, el estado de algún modo debe vigilar y asegurar que la prevención y sanción de los delitos sea efectiva y posible

Entonces Rivero dice que el principio constitucional de libre investigación de la paternidad el cual que lleva al principio de la verdad biológica no es absoluto por dos razones: Primero porque ni el principio ni la veracidad son absolutas, y segundo porque el legislador, en esa regulación concreta de las acciones de filiación y su régimen jurídico, no garantizan demasiado la realidad de ese principio.

## CAPITULO III

### LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD POR TERCEROS EN EL CASO DEL HIJO RECONOCIDO Y LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIOS.

#### 3.1. - IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD DEL HIJO RECONOCIDO.

El artículo 156 del código de familia establece que el reconocimiento voluntario de paternidad podrá ser impugnado por el hijo, por los ascendiente del padre y por los que tuvieren interés actual, probando que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente. Con relación al hijo la acción es imprescriptible.

La ley faculta a determinadas personas para impugnar la paternidad. , Así, en vida del marido están facultados para impugnar los que determina el artículo anterior y si el marido muere los facultados para impugnar son los que enumera el artículo 153 del Código de familia.

##### 3.1.1.- LOS TERCEROS QUE PUEDEN IMPUGNAR

Los terceros que pueden impugnar la paternidad son los siguientes:

- El hijo
- Los ascendientes del padre
- 
- Y los que tuvieren interés actual.

-

La ley establece que los facultados podrán impugnar el reconocimiento voluntario de paternidad debiendo probar que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente.

### 3.1.2. - TIEMPO DE CADUCIDAD DE LA ACCION

El artículo 157 del código de familia expresa que los ascendientes del padre no podrán impugnar el reconocimiento una vez transcurrido 90 días después de aquel en que tuvieron conocimiento del acto.

En cuanto a los demás interesados no podrán impugnar el reconocimiento una vez transcurrido 300 días después de aquel en que tuvieron interés actual en ellos y pudieron hacer valer sus derechos.

Con relación al hijo la acción es imprescriptible según el artículo 156 del código de familia.

El Código de Familia ha querido ser claro, expreso y tajante con respecto de esta institución jurídica, y por ello ha utilizado el término "caducidad" y no "prescripción", queriendo referirse precisamente al de caducidad.

### 3.1.3.- DIFERENCIAS ENTRE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

Las diferencias entre la caducidad y la prescripción:

43

- a) La caducidad opera sin la necesidad de ser alegada, obra de pleno derecho. En cambio la prescripción debe de ser alegada.
- b) En la caducidad no existe la interrupción, ni la suspensión por el transcurrir del tiempo. En la prescripción si tiene aplicación.

- c) La caducidad no proviene de vinculo jurídico entre personas privadas. La prescripción sí.
  
- d) La caducidad considera el hecho objetivo de la inacción del derecho solamente. La prescripción tiene en cuenta el factor subjetivo o negligencia del titular del derecho.

#### 3.1.4. - MEDIOS DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

En cuanto al reconocimiento voluntario, ya se dijo que la filiación matrimonial queda establecida dentro del matrimonio, aun cuando no exista reconocimiento de los padres.

Pero la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio en cambio solo puede quedar establecida por reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare que existe el vinculo de filiación.

Se conceptualiza el reconocimiento como un acto jurídico familiar, destinado a establecer el vinculo jurídico de filiación.

El acto de reconocimiento voluntario tiene las características siguientes:

**DECLARATIVO:** no requiere la capacidad propia de los actos jurídicos, y <sup>44</sup> efectos retroactivos al día de la concepción. Una persona es hija de otra no a partir del momento que la reconoce, sino desde que la engendro.

**PERSONALISIMO:** No puede hacerlo sino el propio padre en forma personal o por intermedio de apoderado especial.

**UNILATERAL:** Ya no es necesaria la aceptación por parte del reconocido y tampoco la intervención directa en el acto del beneficiario.

Irrevocable: una vez reconocida la paternidad no existe la posibilidad de revocarla, ya que con esta se crea una relación paterno filial llamada a perdurar en el tiempo, además es irrevocable por el carácter de orden publico que tienen las normas que rigen el estado familiar de las personas, las cuales son inderogables por la voluntad de las mismas.

FORMAL: La declaración de voluntad debe ser manifestada de acuerdo con las formalidades exigidas por la ley para cada caso particular.

PURO Y SIMPLE: En un acto de estas características, la voluntad no puede quedar subordinada a condición o termino, así lo determinen las más elementales nociones de moral y las buenas costumbres.

### 3.1.5. - FORMAS DE HACER EL RECONOCIMIENTO.

El artículo 143 del Código de Familia establece como medios de reconocimiento voluntario de la paternidad los siguientes:

- 1.- En la partida de nacimiento del hijo, al suministrar los datos para su inscripción en calidad de padre, donde se hará constar su nombre y demás datos de identidad, quien deberá firmarla si supiere o pudiere.
- 2.- La escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y Alcaldes Municipales.
- 3.- En acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales.
- 4.- En escritura pública aunque el reconocimiento no sea el objeto principal del reconocimiento.
- 5.- En testamento.

6.- En escritos u otros actos judiciales. En estos casos el juez deberá extender las certificaciones que le soliciten los interesados.

Las formas de hacer el reconocimiento implican confesión de la paternidad puede hacerse constar en cualquiera de estas formas que indica la ley ya que el reconocimiento es un acto declarativo.

Las pretensiones para impugnar la paternidad solo pueden ejercitarse en los casos de paternidad por disposición de la ley o por reconocimiento voluntario, y se aplican tanto a hijos habidos dentro del matrimonio como fuera de él. Cambian las presunciones legales y las pruebas de tipo biológicas.

### 3.1.6. - CUALQUIER OTRA PERSONA A QUIEN IRROGARE PERJUICIO ACTUAL.

No obstante lo expresado por el artículo 988 Código Civil el artículo 156 del código de familia determina que debe la pretendida paternidad irrogarle perjuicio actual a esta persona.

Entre las personas que tuvieren interés actual encontramos a los hijos del padre, sus legatarios o donatarios. No es factible que esta acción sea iniciada por <sup>46</sup> propio padre tal como lo dispone el artículo 147 del código de familia. El reconocimiento de paternidad es irrevocable.

Los terceros son las personas que sin ser partes directas en el juicio, intervienen en él por tener interés actual en sus resultados. La participación de los terceros en el pleito se ha permitido en razón del interés general que existe en el resultado de los fallos, se extienda al mayor número de personas, facilitando la intervención de aquellas que tienen un interés comprometido en los resultados de un juicio ya iniciado.

La admisión de los terceros en el juicio por regla general se debe ha que siempre

que tenga interés actual en un juicio.

En cuanto a la irrogación del perjuicio, hay quienes piensan que se refiere al interés para obrar, el cual permite el ejercicio válido de la acción, sin embargo esta aseveración no es correcta ya que se trata de un interés sustancial y no procesal, por lo que no se trata de interés para obrar, sino de interés en la pretensión para la sentencia de fondo.

Este interés jurídico lleva al demandado a reclamar la intervención del órgano Jurisdiccional del Estado, este interés generalmente será material o económico, pero puede ser moral o familiar, o consistir en la necesidad de darle certeza a una relación o situación jurídica.<sup>7</sup>

Dicho interés debe de ser actual según la ley, ya que este debe de darse oportunamente.<sup>47</sup>

## **3.2. - MEDIOS PROBATORIOS EN MATERIA DE FAMILIA**

### **3.2.1. - DEFINICIONES**

#### **Prueba.**

Palacio la define como: “La actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”.

Abelardo José García, por su parte dice: “Son los elementos de convicción

---

<sup>7</sup> Devis Echandia, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I Biblioteca Jurídica, Medellín, 1994 Págs. 253-265.

aportados al proceso con el fin de comprobar lo planteado”.

### **Medios de Prueba.**

“Modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos”.<sup>8</sup>

#### **3.2.2. - LA PRUEBA.**

Según el código de procedimientos civiles artículo 235, prueba es “el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido”.

48

Las pruebas se dividen en plena y semi plena según el artículo 236 del código procesal civil, Plena o completa es aquella por la que el juez queda bien instruido para dar la sentencia; y semi plena o completa, la que por si sola no instruye lo bastante para decidir.

En el mundo del proceso la prueba es fundamental ya que está destinada a producirle certeza al juez, no se puede prescindir de ella sin atentar contra los derechos de las personas. El juez reconstruye los hechos tal cual como se supone ocurrieron y los subsume en la norma general y abstracta prevista por el legislador. Sin esta labor sería imposible la aplicación de las normas.

La palabra prueba puede usarse con distintas acepciones significando:

---

<sup>8</sup> Jorge Fa brega P. Teoría General de la Prueba, Editorial Jurídica Ibáñez, Santa Fe de Bogota 1997.

- a) Producir los elementos de convicción, como cuando se dice que en tal caso el demandante tiene el peso de la prueba.
- b) Los medios de prueba mismos, al expresarse, por ejemplo, que se tienen pruebas de lo afirmado.
- c) La rendición o resultado de la prueba, al manifestarse, por ejemplo, que se rindió una buena prueba.

#### 3.2.2.1.- IMPORTANCIA Y NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA.

La prueba tiene especial importancia porque para gozar de un derecho no bastará que dicho derecho exista, sino que en muchos casos va a ser necesario demostrar que él nos corresponde. En tal situación la falta de prueba de un derecho equivaldrá a la inexistencia del mismo. 49

La prueba no es, sin embargo, un elemento del derecho, ni un elemento del acto jurídico.

El derecho se tiene o el acto jurídico existe independientemente de la prueba respectiva.

#### 3.2.2.2.- NORMAS QUE REGULAN LA PRUEBA.

Dentro de las normas que regulan la prueba, tenemos normas procesales que se refieren a los aspectos siguientes: Que debe probarse, a quien corresponde probar, como debe probarse, o sea, los medios de prueba, su admisibilidad, su valor o fuerza probatoria, oportunidad procesal, momento procesal, la proposición de la prueba y la producción de la prueba.

### 3.2.3. – OBJETO DE LA PRUEBA.

El objeto de la prueba se halla constituido por los hechos invocados en las alegaciones, debiendo entenderse por “hechos” todos aquellos sucesos o acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción.

Prieto Castro, escribe sobre el objeto de la prueba “Son los hechos tanto del mundo exterior como interno con tal que sean de importancia para la resolución, es decir, en cuanto formen el supuesto de la norma jurídica que se pretende aplicable y necesaria para la resolución. A veces el hecho objeto de prueba no interesa por sí, sino para demostrar la autoridad de un medio de prueba”.

50

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma en sentido lato, como todo aquello que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta (como puede serlo el alma), y no en su significado literal, ni mucho menos reducido exclusivamente a sucesos o acontecimientos. Por lo que se entiende por hechos:

- a) Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga.
- b) Los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana;
- c) Las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos;
- d) Las personas físicas humanas, su existencia y características, estado de salud, etc.;

- e) Los estados y hechos psíquicos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito. En general la prueba podría recaer sobre las afirmaciones de las partes relativas a los hechos de la causa o sobre una regla jurídica, es decir, sobre el derecho objetivamente considerado.

El objeto de la prueba en las acciones de filiaciones siempre el nexo biológico paterno-materno-filial ya sea para demostrar que no existe entre aquellos <sup>51</sup> aparece como padres-madre e hijos o que existe entre un presunto padre o una presunta madre o ambos y un hijo.

La trascendencia única e irremplazable del nexo biológico se debe a que en él reside la esencia de la filiación, pero siendo en principio, imposible demostrar directamente la generación, el objeto de prueba se desplaza tradicionalmente a extremos que permiten inferirla. La precedente afirmación se encuentra actualmente conmovida por el afianzamiento científico de medios de prueba que demuestran directamente el hecho generacional.

#### 3.2.4. - FIN DE LA PRUEBA.

CARNELUTTI habla de que la prueba tiene por fin la fijación formal de los hechos.

Explica que el juez tiene la obligación de no poner en la sentencia hechos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos requeridos por la ley. El proceso no sirve para “conocer los hechos, o sea para establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos”.

#### 3.2.5. - CARGA DE LA PRUEBA.

La carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por

medio de la cual le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cual de las partes interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.

Al estudiar la carga de la prueba u *onus probandi* debemos determinar la persona a quien le corresponde producir la prueba. 52

Ante todo debemos señalar que el rendir prueba no es una obligación; es simplemente una necesidad para el que quiere fundamentar su derecho.

Braundy-Lacantinerie dice que: "La necesidad de probar se impone a aquel que asevera un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas, o bien contrario a una situación adquirida.

Procesalmente se dice en forma general que corresponde al demandante probar los fundamentos de su acción y al demandado los fundamentos de su excepción.

Volviendo a la división de los hechos que hemos señalado, corresponderá el peso de la prueba a l que alegue en su favor un hecho constitutivo específico, para demostrarlo. Lo mismo los que invoquen en su beneficio hechos impeditivos, modificativos o extintivos, tendrán necesidad de probarlos.

"El problema de la carga de la prueba es un problema de aplicación del derecho. Una norma únicamente puede aplicarse cuando la tipicidad hipotética, abstractamente formulada y hecho su presupuesto por la ley, se ha convertido en realidad concreta, y debe omitirse ka aplicación cuando en caso de controversia, el magistrado no ha logrado la plena convicción. Los inconvenientes de esta incertidumbre los soporta la parte cuyo éxito procesal exige la aplicación de este precepto jurídico.

De lo anterior surge sin esfuerzos el principio de la carga de la prueba; cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos ( aun de los negativos) de las normas sin cuya aplicación<sup>53</sup> puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra, sobre los presupuestos de las normas que le son favorables.<sup>9</sup>

### 3.2.6. - LOS MEDIOS PROBATORIOS EN MATERIA DE FAMILIA.

La ley procesal de familia en el artículo 51 establece que en el proceso de familia son admisibles los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental y los medios científicos.

Los medios científicos de prueba, son el resultado de elementos materiales, que no son textos documentales y entre estos tenemos: Las pruebas heredo-biológicas las de los grupos sanguíneos, y la prueba del A.D.N. Los medios de prueba son aquellos motivos, razones o argumentos que las partes pueden emplear y suministrar al juez para el conocimiento de los hechos que integran el tema de la prueba, de acuerdo a la ley, para producir el convencimiento del juez

Las partes no están autorizadas para establecer la verdad en cualquier forma que estime conveniente; deben necesariamente usar un medio autorizado por la ley, y este es el que se denomina medio de prueba.

#### 3.2.6.1. - LOS INSTRUMENTOS

Instrumento es en general todo escrito en que se consigna un hecho.

Los instrumentos constituyen un medio de prueba generalmente escrito y preconstituido.

---

<sup>9</sup>Jorge Fabrega P. Teoría General de la Prueba, ediciones Jurídicas Ibáñez, Santa Fé de

El legislador le da especial importancia, ya que como elemento probatorio el instrumento tiene indiscutibles ventajas.

Como prueba preconstituida da seguridad a las relaciones jurídicas, con <sup>54</sup> prueba escrita no esta sujeta a las alteraciones, error, el recuerdo infiel o la mala fe que se producen en otros medios de prueba.

### 3.2.6.2. - LA PRUEBA TESTIMONIAL.

El testimonio es un medio de prueba que consiste en un relato que un tercero hace a un juez sobre el conocimiento que tiene de hechos en general.

Las palabras testigo y testimonio dan la impresión de ser sinónimas pero la deferencia según Gustavo Rodríguez es:

Testigo es la persona física que en orden al descubrimiento de la verdad declara o puede declarar ante la autoridad respectiva, datos y circunstancias de que tiene conocimiento o información, relacionados con los hechos materia de investigación.

Testimonio es la declaración o deposición que hace el testigo, es decir el elemento o medio de prueba. Para que tenga la eficacia o finalidad por la cual se solicita deben concurrir en el testigo las circunstancias de modo, tiempo y lugar, lo cual constituye el objeto de la prueba.

Son testigos aquellos que, sin ser partes en el proceso, declaran solo hechos de que tienen conocimiento.

Lo que caracteriza a los testigos y los diferencia de otros medios de prueba, como la confesión, es la circunstancia de ser, procesalmente, personas extrañas al pleito.

En materia de familia el artículo 52 de la ley procesal de familia establece que en los procesos de familia no se aplicaran las normas sobre incapacidades y tachas reguladas para la prueba testimonial en la legislación común. 55

Para los juicios de establecimiento de la paternidad la prueba que se usa con mayor frecuencia es la de los testigos, con la cual se comprueba la forma efectiva las relaciones íntimas existentes entre un hombre y una mujer por lo que se obtiene de una manera directa sino utilizando las presunciones.

### 3.2.6.3. - LA PRUEBA POR CONFESIÓN.

La confesión de parte es el reconocimiento que uno hace de la verdad de un hecho que puede producir consecuencias jurídicas en su contra.

Gustavo Humberto Rodríguez, afirma: "Tenemos sentado que la confesión es una declaración de parte en su sentido procesal, o mejor, una especie de declaración dada por una de las partes, en la cual se aceptan hechos que le perjudican o benefician a la contra parte, dicho esto en un concepto general". La confesión según Jairo Parra Quijano, puede definirse como la declaración que hace una parte sobre los hechos propios, o el conocimiento que tiene de hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contra parte.

De lo anterior puede deducirse que la confesión:

- 1.- Configura una de las modalidades del testimonio, pero específica es decir, de quien tiene la calidad de parte en el proceso.
- 2.- Debe versar sobre hechos aunque se pueden hacer aseveraciones jurídicas, que significaran narración simplificada de hechos.
- 3.- Siendo como es, una especie del testimonio, la confesión debe versar sobre hechos pasados.

4.- Puede versar sobre hechos personales del confesante o sobre el conocimiento que tiene de hechos ajenos, pero con la condición que ellos causen perjuicio.

Sus características son:

1.- Es una declaración de voluntad. La cual reviste jurídicamente el carácter de unilateral.

2.- Esta declaración unilateral produce consecuencias jurídicas en contra del confesante. No favorece al que la presta sino a la parte que la obtuvo a la pidió.

3.- Es indivisible. Por cuanto la confesión, por regla general, no puede dividirse en perjuicio del confesante.

Clasificación de la confesión.

Puede ser perjudicial o extrajudicial, según se preste o no el pleito en que debe obrar la prueba.

Puede ser expresa o tacita. Expresa, cuando se presta en términos formales y explícitos. Tacita cuando la parte citada a absolver posiciones no comparece o, compareciendo, se negare a responder o diere respuestas evasivas.

Atendiendo a la forma como se obtiene se clasifica en espontánea o provocada. La primera es la que se presta a iniciativa del confesante mismo. La provocada es aquella que se presta, previo requerimiento del juez, a petición de parte interesada, y dentro del mecanismo llamado absolución de posiciones.

Puede finalmente ser verbal o escrita.

Para la ley procesal de familia los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria, no requieren ser probados, sin embargo cuando la ley exija prueba específica ordenara el Juez su recepción aún de oficio, la que debe ser producida en audiencia. Art. 55.

#### 3.2.6.4. - LA PRUEBA POR LAS PRESUNCIONES.

57

Presumir un hecho es deducirlo de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

La presunción requiere la existencia clara y precisa de ciertos hechos o datos en que se fundamentará. Estos son los llamados presupuestos de la presunción.

Las presunciones pueden ser legales o judiciales.

Presunciones legales, son aquellas en que la ley o infiere de ciertas circunstancias conocidas un hecho nuevo o desconocido.

En las presunciones legales hay que probar los fundamentos en que descansa. Probados éstos opera la presunción.

Se distinguen dos clases de presunciones legales; propiamente tales y presunciones de derecho.

Las primeras tienen pleno valor probatorio, pero admiten prueba en contrario, de modo que el efecto que prácticamente producen es el de invertir la carga de la prueba. Por cuanto toca a la parte que pretende destruir la presunción probar los hechos que la desvirtúan.

Las presunciones de derecho son aquellas que, además de revestir pleno valor probatorio, no admiten prueba en contrario. Constituyen un verdadero dogma, que deviene inatacable. Su valor probatorio es el mas completo. No es necesario que la ley diga que se trata de presunciones de derecho para que existan estas presunciones.

Basta que aparezca claramente que la presunción pueda ser destruida por prueba contraria.

Presunciones judiciales, son aquellas en que el juez, de ciertos antecedentes o circunstancias conocidos, infiere o deduce un hecho desconocido en el proceso.

En principio la prueba de presunciones judiciales sirve para probar toda clase de hechos, sean jurídicos o materiales, salvo tratándose de actos o contratos solemnes, en los cuales la solemnidad exigida sea el instrumento público, pues éste no puede ser suplido por prueba alguna.

#### 3.2.6.5. – PRUEBA DOCUMENTAL.

Documento; es toda la constancia material de actos o hechos por ejemplo: videos, fotografías, casets, etc. Los cuales constituyen una novedad dentro de los medios de prueba establecidos en el Derecho Procesal de Familia, pero que vienen a contribuir de gran manera al esclarecimiento de las pretensiones que se discuten en el proceso.

#### 3.2.6.6.- PRUEBA POR INFORME DE PERITOS.

El informe de peritos o peritaje es un medio de prueba que consiste en un dictamen u opinión sobre hechos discutidos en el pleito, para cuya apreciación se requieren conocimientos especiales de alguna ciencia o arte.

El informe de peritos puede ser obligatorio en los casos en que la ley lo exija.

Puede ser facultativo, es decir, decretará el tribunal cuando verse sobre hechos que requieren conocimientos especializados, y también sobre algún punto de derecho referente a legislaciones extranjeras.

#### 3.2.6.7. - LA PRUEBA POR MEDIOS CIENTÍFICOS.

Para la demostración del vinculo filial se admite cualquier medio de prueba.

Por otra parte las pruebas hematológicas son de indiscutible valor en la determinación que lleve al esclarecimiento de las relaciones paterno-filiales, en

los casos de paternidad controvertida se extrae una muestra generalmente sanguínea del hijo, de la madre y de los posibles padres para compararlas entre sí. Así encontramos entre los medios científicos de prueba; las pruebas hematológicas y el A.D.N.

La posibilidad de las pruebas bioquímicas no desplaza radicalmente la importancia de otros recursos probatorios, por ejemplo de los testimonios destinados a demostrar las relaciones íntimas o la posesión de estado.

### 3.2.7. - VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA DE FAMILIA.

El valor probatorio es la fuerza relativa que, como elemento de convicción tiene cada medio de prueba respecto a las demás. No todos tienen el mismo valor probatorio.

El artículo 56 de la ley procesal de familia literalmente dice: "Las pruebas se apreciarán por el juez según las reglas de la sana crítica.

Naturalmente, para este tipo de prueba es indispensable la colaboración de ambas partes. La oposición de cualquiera de ellas imposibilita que sean rendidas planteándose la cuestión de valorar esa actitud de rechazo de los exámenes necesarios de las pequeñas intervenciones que requieren para extraer mínimas porciones de sangre, que no pueden compulsivamente ser impuestas por respeto a la persona del afectado.

#### 3.2.7.1. - SISTEMA DE LA SANA CRITICA.

La Sana Crítica constituye un sistema intermedio entre la tarifa legal y la libre convicción. "Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última configura una feliz fórmula, de regular la actividad intelectual del Juez frente a la valoración de la prueba las reglas de la sana crítica son ante

todo, las reglas de la lógica, las reglas de la experiencia del Juez”.

La sana crítica implica;

1.- Las pruebas deben obrar, validamente, en el proceso, esto es, debe haberse practicado con arreglo a las disposiciones legales.

2.- La apreciación debe tener puntos objetivos de referencia y dejarse constancia de ello en el fallo.

3.- Examen integral de cada medio de prueba, entrelazando con los distintos medios que obren en el expediente. El examen en conjunto requiere obviamente análisis del valor probatorio de cada medio en sus particularidades. Unos y otros aparecen; finalmente como los elementos de un todo y será ese conjunto el que dará la prueba sintética y definitiva, aquella sobre la cual se podrá levantar la reconstrucción de los hechos.

Las reglas de la sana crítica, son las que conducen al descubrimiento de la verdad, según la lógica del sentido común y los consejos de la recta razón, especialmente, respecto del dictamen de los peritos y del testimonio de los testigos, pues en cuanto las presunciones legales que regulan su valor en el juicio. El criterio racional puesto en ejercicio, es la norma a que los jueces y tribunales han de ajustarse al hacer la apreciación de aquellas pruebas y de todas las que no tienen un valor tasado por las leyes.

Características de la Sana Crítica.

a) El juez debe examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas

de la lógica y de la experiencia.

- b) La prueba debe haber sido practicado y aportada al proceso de acuerdo con las formalidades legales.
- c) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los otros y examinarlo en conjunto.
- d) Para que sean apreciadas las pruebas; se requiere que revista los elementos esenciales y que sean incorporados validamente al proceso.

De lo anterior cualquier prueba que se incorpore sin apego a las leyes correspondientes no pueden tomarse en cuenta aunque su valor probatorio sea indiscutible.

## CAPITULO IV

### LOS EFECTOS DEL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD CUANDO LA MADRE SE NIEGA A LA PRUEBA DE A.D.N.

#### 4.1.- GENERALIDADES

La posición que se debe asumir legalmente ante la actitud renuente de la madre o de uno de los litigantes a someterse a la prueba del A.D.N. dependerá fundamentalmente de lo que dice la doctrina y la legislación correspondiente, además de los valores que se juzguen como de mayor jerarquía. Es así como ha predominado la opinión de aquellos para quienes es sustancial la defensa de los principios de la libertad humana y de la inviolabilidad de la persona. No puede, pues, en consecuencia, imponerse un examen por la compulsión física. Sin embargo, teniendo en cuenta otras valoraciones con un peso significativo, como que el juzgador tiene el deber de descubrir la verdad y la contra parte de auxiliarlo con el propósito de probar de una manera leal, por ello el pensamiento jurídico recogió ambos intereses en juego arribando a una postura de equilibrio. No se impone la vía forzada, pero como el examen es inocuo para la salud personal, debe desconfiarse de una negativa injustificada, ya que la resistencia constituye un abuso de derecho que sólo beneficia a los litigantes de mala fe, por lo que la legislación no puede tolerar tal actitud. Es necesario la

apreciación de esta conducta en la decisión sobre la paternidad controvertida ya que indudablemente la madre es la mas interesada a que dicha situación se esclarezca de la mejor manera posible.

De la negativa de una de las partes a someterse a la prueba se debería por el mismo hecho extraerse las debidas consecuencias procesales porque una actitud pasiva, al igual que en la prueba por confesión origina una presunción en contra del renuente. El respeto a la personalidad humana que impide el uso de un acto de fuerza, no significa que por arbitrio de una de las partes quede excluido un medio de prueba. Hay una opinión mayoritaria en valorar la resistencia a la ejecución del examen como presunción en contra de quien se niega, la que tendrá distinta gravitación según de quien se trate la negativa, ya que se correlaciona la consecuencia de la negativa con la fuerza probatoria que se ha dado al resultado de la pericia sanguínea. Si resiste el que rechaza la existencia del vinculo el marido en la acción de desconocimiento de su paternidad el juez sólo puede extraer de esta conducta la suposición de que hay compatibilidad sanguínea, insuficiente por sí sola para sostener la existencia del nexo biológico. La presunción desfavorable, en este caso, únicamente opera dentro del conjunto de antecedentes del proceso y tiene carácter complementario para la convicción judicial. Pero la negativa, por si misma, carece de entidad para definir la paternidad reclamada, sirve para reforzar los elementos que la apoyan ya que las máximas de experiencias indican que si la persona imputada como la madre o el padre no lo fueran realmente, en modo alguno eludiese la realización de una prueba destinada precisamente a poner de manifiesto tal imposibilidad filial. En el proceso de impugnación de la paternidad del marido, la negativa de este ultimo puede no tener repercusión en el litigio, si

logra probar algunas de las causales del ordenamiento.

Cuando la negativa proviene de la parte que afirma el vínculo en este caso de la madre, la fuerza de la presunción desfavorable en contra del renuente adquiere mayor gravitación, porque la pretensión es trabar una prueba que podría ser definitiva para la exclusión de paternidad, sin embargo en los juicios de impugnación es más compleja la resolución ya que con la sola prueba de exclusión no es suficiente para que el actor triunfe.

Este tema ha producido serias controversias doctrinariamente a nivel internacional; en el país no podemos afirmar tal situación ya que sobre esta temática lastimosamente no hemos encontrado autores Salvadoreños que hayan escrito sobre éste, sin embargo hemos podido comprobar que en sentencias emitidas por la Cámara de Familia ha predominado la doctrina para llegar a emitir los fallos; por otra parte la postura mayoritaria es que deben respetarse los derechos individuales del que se ha negado a que se le practiquen pruebas y no obligarlo compulsivamente a la toma de muestras cuando se plantea un proceso en el que se busca investigar el origen filiatorio de una persona; estas pruebas se justifican por su importancia y confiabilidad, es por ello, que el Estado en ningún momento debe renunciar a ellas en razón de escrúpulos originados en el brumoso limbo del respeto a la personalidad humana, porque ningún servicio es preferible al de la justicia, que no se concibe sin el averiguamiento de la verdad y de ningún modo se respetarían mejor las prerrogativas del hombre que cuando se estabilizan y se perfeccionan los instrumentos que exigen la necesidad de dar a cada uno lo que le corresponde sin temor a cometer arbitrariedades

#### 4.2.- LA NEGATIVA CREA UNA PRESUNCIÓN EN CONTRA DE QUIEN SE NIEGA.

En el artículo 140 inciso segundo de la Ley Procesal de Familia, establece que la negativa de la parte o de su representante legal, a la práctica de exámenes científicos, deberá ser apreciada por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

De la norma que se comenta surge implícitamente una obligación a las partes a someterse a la prueba de los exámenes biológicos, pues el incumplimiento de dicho deber deduce consecuencias que pueden ser adversas en contra de quien se resiste.

Los autores y Jueces en gran mayoría han coincidido siempre en que no cabe la compulsión física para la realización de las pruebas hematológicas, pero que de la actitud de resistencia de alguna de las partes debía extraerse las debidas consecuencias procesales. De esta manera, han valorado esta conducta como una presunción en contra del renuente. Sin embargo, la gravitación de esta presunción ha variado en el transcurso del tiempo cuando quien se negaba era quien rechazaba la existencia del vinculo filial. En una primera etapa el juez solo podría extraer de esta conducta la suposición de que hay compatibilidad sanguínea, insuficiente por si sola para sostener la existencia del nexo biológico, por que esta compatibilidad podría darse con muchos otros hombres, además del presunto padre. Pero a medida que se emplearon en las pericias diversos sistemas biológicos para el examen comparativo, el criterio vario. La concordancia que podría encontrarse adquirió mayor entidad, pues disminuyo la posibilidad de obtener el mismo resultado con otros hombres distintos al

padre alegado. Llegamos de esta manera al momento actual en que la concordancia hallada en los exámenes genéticos, mediante la investigación del grupo sanguíneo, sistema de histocompatibilidad (H.L.A.), hizo enzimas heritocitarias, proteínas plasmáticas y recientemente el A.D.N. , puede llevar a la determinación positiva de la paternidad con un alto grado de probabilidad e incluso, a la certeza absoluta (cotejo del A.D.N.). como consecuencia de estas nuevas posibilidades que abren los exámenes la tendencia actual es considerar que la negativa del presunto padre en su realización constituye una presunción relevante de que efectivamente es el padre biológico.

Sin embargo, no se observa un criterio coincidente en cuanto a la valoración de la negativa frente a las distintas hipótesis que puedan presentarse.

Entre las distintas posiciones que pueden presentarse tenemos:

- La negativa del demandado (a) a someterse a las pericias biológicas ordenadas en los juicios de filiación paterna puede tener lugar entre supuestos distintos en relación con las pruebas que se han producido en el proceso: 67
- - a) el único elemento de juicio existente en el juicio es la negativa.
  - b) junto a la renuencia del presunto padre hay otras pruebas que avalan la filiación invocada.
  - c) Se han producido comprobaciones que desvirtúan la existencia de un nexo biológico.

A. Caso en que el único elemento de juicio es la negativa del demandado (a)

El caso que ofrece mayores dificultades y el que más dudas han suscitado es aquel en que el sentenciante solo tiene como elemento probatorio para dictar un pronunciamiento la negativa del demandado a someterse a las pericias ordenadas. El interrogante es: en este caso ¿Debe el juez hacer lugar a la filiación reclamada sobre la base de la actitud renuente de la madre o del presunto padre o bien rechazar la acción por no haberse acreditado el vínculo invocado?. Esta es una opción frente a la cual es necesario evaluar los derechos que están en juego y las consecuencias que resultan de adoptar una u otra alternativa.

El efecto de la negativa que se propone no tiene un carácter sancionatorio; solo es un modo de componer el conflicto. Si el juez rechazara la demanda por ausencia de elementos de convicción, el emplazamiento filial que representa un derecho para el niño, perdería efectividad por voluntad y arbitrio del presunto padre. Es decir, la igualdad de las filiaciones se convertiría en una declaración formal desprovista de contenido. No basta que un texto legal acuerde al hijo la acción de reclamación de estado; es necesario darle los recursos para que ese derecho sea efectivo y tal intención se desnaturaliza si desde la ley y la justicia se tolera la traba de una prueba esencial en la determinación del vínculo filial. Mantener la igualdad de las partes implica para el caso, impedir una conducta negativa que convierta en ilusoria la posibilidad de acreditar la filiación, es decir, que signifique simple y llanamente llegar a una denegación de justicia. Frente a este riesgo no queda otro camino, pues, que valorar la actitud de obstrucción que impide llegar a la determinación de la verdad biológica, como un reconocimiento de los hechos aducidos por el actor, salvo prueba en contrario,

aun cuando no hubiese ningún otro elemento de comprobación de la filiación alegada.

Arazi, señala que el indicio es fuente de presunción y la sentencia puede fundarse exclusivamente en presunciones cuando hubiere bien único imposibilidad de obtener otra prueba. En este caso, de un indicio como la negativa a someterse a las pruebas se extrae la presunción de que la paternidad reclamada es cierta. Se extrae esta presunción, por que el indicio si es lo suficiente grave y preciso para formar convicción de la verdad de la filiación reclamada. Desde el punto de vista del proceso no habría diferencia entre fundar una sentencia en la renuencia del obligado a producir una prueba de máxima gravitación en el juicio, o basarla en la declaración de testigos que saben de las relaciones amorosas de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción, pero que no pueden dar fe de la concepción. En ambos casos no hay prueba directa sino que se extrae una presunción de que la filiación invocada es cierta.

69

B. En el juicio de filiación hay otros elementos de prueba.

Cuando hay otras pruebas que permiten probar el nexo biológica de tal resistencia no hará mas que robustecer la prueba ya existente.

Muchas veces, en el proceso existen muy débiles elementos de convicción que se ven fortalecidos por esta falta de colaboración del demandado en la búsqueda de la verdad biológica. Esta actitud constituye un importante elemento de juicio, pues el sentido común demuestra que la resistencia del demandado se debe al temor de que la prueba demuestre la probabilidad de la filiación reclamada.

C. Hay elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia del nexo biológico.

D. Si hay elementos probatorios que desvirtúan la presunción que surge de la negativa, esta no debe ser tomada en cuenta.

Esta conclusión es razonable, porque similar resultados se llegaría incluso, con la realización de la prueba hematológica cuando hay datos certeros que la contradicen. La búsqueda de los mecanismos para neutralizar los obstáculos que puede poner el presunto padre para evitar la realización de las pruebas biológicas no significa desconocer el peso de las otras probanzas

#### 4.3.- EFECTOS JURÍDICOS DEL DESPLAZAMIENTO DE PATERNIDAD.

El desplazamiento de la paternidad afecta los derechos de los menores e influye psicológicamente sobre estos, debido a los cambios que ocasiona.

70

Entre los efectos del desplazamiento de paternidad sobre el menor podemos mencionar:

1 - Se rompe el estado familiar del menor.

Es decir que al desplazar la paternidad del menor, se rompe el vínculo existente hasta ese momento del menor con quien se consideraba su padre, es decir se hace referencia a un efecto directo.

2 - Se afecta el derecho a la identidad.

El menor después de haber sido reconocido y de tener un apellido paterno, es desplazado de su filiación, pierde su identidad genética y pierde su apellido lo cual le hace perder uno de los elementos que conforman su nombre, afectando de esta manera el derecho al nombre que el menor tiene y que lo identifica

legítimamente.

3 - Se afecta el derecho a recibir crianza, educación, protección, asistencia y seguridad.

Esto es porque a los padres les corresponde principalmente la obligación de criar y educar a los hijos, así como proveer para sus alimentos, protección, asistencia y seguridad, es decir, cubrir todas las necesidades biológicas de los hijos con el propósito de que los menores tengan lo necesario para subsistir y que estos desarrollen su personalidad bajo el cuidado de los padres en un ambiente social y emocionalmente equilibrado. Al ser desplazado el menor pierde el derecho de alimentos, el derecho a recibir crianza, educación, protección, asistencia y seguridad, ya que al negarse la filiación no podrá de nuevo recuperar la anterior<sup>71</sup> aunque el menor siempre tendrá el derecho a investigar quien es su verdadero padre.

4 - Se afectan los derechos sucesorios.

Es decir al desplazarse la paternidad, se rompe el vínculo de la filiación por lo cual el menor pierde todo derecho a suceder.

4.4.- EXPOSICIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO REFERENTE AL DESPLAZAMIENTO DE LA PATERNIDAD DEL HIJO RECONOCIDO CUANDO ESTA ES IMPUGNADA POR UN TERCERO Y LA MADRE SE NIEGA A LA PRACTICA DEL A.D.N.

Después de haber aplicado la cedula de entrevista a una muestra selectiva de

jueces y secretarios(a) en los tribunales de familia de la ciudad de San Salvador, expondremos los resultados obtenidos.

Las entrevistas se realizaron con el propósito de obtener información de profesionales del derecho involucrados con dicha problemática, para ello se obtuvo información de los siguientes tribunales de familia:

Juzgado Primero de Familia, Juzgado Segundo de Familia, Juzgado Tercero de Familia y Juzgado Cuarto de Familia.

Los resultados son los siguientes:

1 - En cuanto a la efectividad de la aplicación del artículo 140 inc. <sup>72</sup>Primero y segundo de la Ley Procesal de Familia en relación al desplazamiento de paternidad cuando la madre se niega a la práctica de la prueba del A.D.N.

- De acuerdo al artículo mencionado si se niega la madre a la práctica del A.D.N., la Juez de acuerdo a la sana crítica valorará la negativa de esta con el propósito de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la negativa en materia de familia, en armonía con los principios del derecho procesal.
- Esta disposición es aplicada en gran medida en los procesos de establecimiento de paternidad, y no en procesos de desplazamiento de paternidad, los cuales en la práctica no se dan, ya que a la fecha, no se conoce ninguno de ellos; pues se promueven solo procesos de impugnación de paternidad.
- En todos los casos se ordena prueba científica, cuando la madre se niega

no hay mecanismo para obligarla, en todo caso el juez valorara de acuerdo a todas las demás pruebas y la actitud de negativa.

2- En cuanto a las razones que motivan la aplicación de criterios de valoración de la prueba científica en el desplazamiento de paternidad dentro del proceso de familia.

- La búsqueda de la verdad real, el respeto al derecho del hijo de conocer quien es su padre biológico.

73

- Dentro de los procesos de filiación, la prueba más efectiva es la científica, especialmente la del A.D.N., ello es así por su mismo carácter científico por lo que se releva otro tipo de prueba, situación similar debe presentarse en los llamados desplazamientos de paternidad.

- Los principios de valoración de la prueba, atendiendo a un margen de error existente, el porcentaje de probabilidad en las pruebas sanguíneas, y el grado de certeza de la prueba del A.D.N.

3- En cuanto a las restricciones en materia de impugnación de paternidad cuando es promovida por terceros.

- El artículo 153 del Código de Familia no habla de ninguna restricción, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos.

- En tal caso ya no es posible la practica de la prueba científica del A.D.N.
- Los requisitos son establecidos por él articulo 153 del Código de Familia, pero esta disposición como que no deja en claro los presupuestos que deben cumplir los terceros, y en la practica les genera confusión, tal es así, que muy a menudo se les declara inadmisibile la demanda por falta de presupuestos o requisitos legales.

4.- En cuanto a la aplicación efectiva de las pruebas biológicas en el desplazamiento de paternidad cuando hay impugnación y la madre se niega a la practica de esta.

- Una vez practicada dicha prueba biológica, ya no se puede impugnar la paternidad o maternidad, ahora bien si la madre se niega a la practica, esta tampoco la puede impugnar puesto que de acuerdo a la sana critica la suscrita Juez valora dicha prueba por oponerse a realizarse dicha prueba, no obstante advirtiéndole las consecuencias en que se incurre.
- Se puede hacer valer la responsabilidad penal por la desobediencia o bien se puede imponer multas con base al articulo 174 inc. Segundo de la Ley Procesal de Familia.
- Nunca se ha dado esta situación, pues en la practica las madres son las mas interesadas en practicarse pruebas biológicas.
- Se valora en relación a las demás pruebas.

5 -En cuanto a los efectos jurídicos del desplazamiento de la paternidad en los menores.

- Los efectos de la posesión de estado no pueden operar con el mismo sentido y alcance que la posesión de las cosas durante cierto tiempo. Por ejemplo si un menor de edad alcanza la mayoría de edad este puede impugnar tal paternidad.
- Se pierden todos los derechos y deberes derivados de la autoridad parental respecto del padre cuya filiación ha sido impugnada; se puede demandar al padre biológico para emplazarlo de la paternidad con la finalidad de que al hijo le correspondan con relación a estos nuevos derechos y deberes.
- 
- 
- En los casos de impugnación de paternidad, el menor, jamás puede tener por padre al ya absuelto en juicio, por lo que el o su representante legal, pueden perseguir al que se crea presunto padre. Respecto al menor no caduca su derecho a saber quien es su padre.
- 
- Se rompe el estado familiar del menor, el que era considerado como padre ya no tendrá deberes para con el menor, son efectos directos.

6 -En cuanto a los tipos de prueba admitidos en el proceso:

- Las respuestas fueron concretas, refiriéndose directamente a lo que la ley expresa en el artículo 51 de la ley Procesal Familiar, admitiéndose todos los medios de prueba reconocidos en el derecho común, la prueba documental, y los medios científicos. En cuanto a la prueba del ADN. se ordena de oficio en los casos que el Juez considera necesario y los costos de esta son cubiertos por un convenio existente con España.<sup>76</sup>

Sin embargo las pruebas científicas ofrecen cierto grado de probabilidad, y la del A.D.N. es la que proporciona un 99.9% de certeza, pero siempre deberán ser valoradas por el juez, y además se tendrán en cuenta las demás pruebas presentadas por las partes.

7 -En cuanto a sí existía un mecanismo para obligar a la madre a la práctica de la prueba del A.D.N. para proteger los derechos del menor.

- No existe ningún mecanismo de coacción para la parte que se niega, ni siquiera en los procesos penales, ya que esto violentaría derechos consagrados en los pactos internacionales y en la constitución, los cuales hacen referencia a los siguientes derechos fundamentales de la persona: derecho a la integridad física de la persona o intimidad, derecho a la libertad personal y al derecho a no declarar contra sí mismo.
- Otra de las opiniones sustentaba que la rebeldía de esta sería apreciada por el juzgador en el proceso de acuerdo al artículo 146 del código de

familia.

Respecto de los procesos de desplazamiento investigados es importante mencionar el proceso 1011-156/97 en el cual encontramos lo siguiente:

- a) Que la demanda es interpuesta por un tercero en contra del menor, la madre y el supuesto padre. Respecto del padre, aunque la ley no dispone nada, de la doctrina se establece que tiene también la calidad de demandado en el presente proceso.
- b) Que el ofrecimiento de las pruebas científicas (Hematológicas, de Exclusión de paternidad y A.D.N.) debe de ser en el momento de interponer la demanda o en la contestación de la misma.
- c) Para la realización de dichas pruebas el tribunal solicita al Instituto de Medicina Legal le haga llegar el informe de costos de la prueba, lugar de realización, así como la fijación de fecha y hora para su realización.
- d) En cuanto a la prueba del A.D.N. ésta es realizada fuera del país, el tribunal puede ordenar de oficio cuando lo considera necesario, en el proceso que investigamos la parte demandante ofreció cubrir los gastos. Para ello se cuenta con la colaboración del Laboratorio de Identificación Genética de la universidad de Granada (España) este tiene una base de

datos de la población de El Salvador relativa a la frecuencia de los distintos marcadores genéticos que se usan en este tipo de estudios a un precio de 100 dólares por muestra, má. 78 costo del envío por DHL.

Se requieren las muestras de la madre, del hijo, y del presunto padre (tres muestras = 300 dólares), los cuales son pagados directamente a la Universidad de Granada, el Instituto de Medicina Legal se encarga de coleccionar adecuadamente las muestras, preparar el envío y acompañar a las oficinas de DHL a los interesados para garantizar que el envío se realice adecuadamente y de acuerdo a las normas de cadena de custodia de la Institución. También existe la colaboración del Instituto de Medicina Legal de Oslo, noruega.

e) En este proceso la Juez ordena las siguientes pruebas a efecto de investigar científicamente la existencia del vínculo biológico entre el menor y la persona que le había reconocido como padre:

- Prueba de Exclusión de paternidad.
- Pruebas Hematológicas de investigación de paternidad: HBO, MNS, ABO, Y MN.

Tomando como base el interés superior del niño con fundamento en los artículos: 4, 139, 148, 149, 350, 351 ord.

3° y 4° código de familia y 3° literal "d" y 7° literal "a", "c" y "e" y 140 L>Pr.F.

79

El tribunal notifico y citó a las partes, los cuales se presentarían al Tribunal en la fecha y hora asignada para ser llevados al Laboratorio del Instituto de Medicina Legal por un representante del Tribunal para la realización de las pruebas.

La madre, el menor y el padre deben de firmar una hoja en la cual están expresados sus derechos y consentimientos para la toma de muestras de origen biológico.

Esta hoja expresa lo siguiente:

1.- Usted tiene el derecho de saber que tipo de muestras se le tomaran.

2.- Usted tiene el derecho de negarse a que se le tomen las muestras.

f) En el proceso investigado las partes se hicieron presentes a la prueba de exclusión de paternidad y hematológicas, de las cuales el resultado fue que no podía excluirse al supuesto padre, sin embargo esto no confirma que él fuese el padre, ya que el hecho de que no se excluya no implica que sea el padre por que pueden haber otras personas con el mismo tipo

sanguíneo, encontrando que los tres eran donar 80 universales ORH+.

En cuanto a la prueba del A.D.N., no obstante el tribunal notificare y citare, a la madre y el menor no se hicieron presentes en las tres ocasiones requeridas, a lo cual la madre adujo en su primera declaración que se encontraba trabajando, y en la segunda declaración manifestó que estaba cuidando a su mama porque se encontraba enferma, por lo cual la juez tuvo que emitir su fallo en base a la sana critica ante la negativa tacita de la madre a la practica de la prueba de A.D.N., emitiendo un fallo en el cual negaba el desplazamiento de paternidad.

g) El abogado de la parte demandante entonces, apeló de dicha resolución, haciendo alusión por ello a la doctrina, y a los grandes tratadistas del derecho los cuales consideran esta conducta como una obstrucción al derecho y que nadie se puede amparar en principios constitucionales para negarse a someterse a una prueba de esa naturaleza, la que además no posee ningún riesgo para la persona que se la practique.

En el Art. 140 de la L. Pr. F. Presenta un vacío legal, al no encontrarse regulado en que forma el juzgador va a valorar la conducta negativa de la persona a someterse a las pruebas científicas que el tribunal ordenare, pero que ante ese vacío se tienen que interpretar las normas de una manera sistemática, acudiendo a los principios generales del derecho,

y de otras normas que regulan la materia de familia.

El artículo 218 L. Pr. F. Nos remite supletoriamente al código de procedimientos civiles, en todo aquello que no este regulado expresamente en el código de familia y ley procesal familiar.

El artículo 421 del código de procedimientos civiles nos dice, que a falta de ley expresa, el juzgador se debe fundamentar en la doctrina de los expositores del derecho y a falta de uno y otro, por el buen sentido o razón natural.

La negativa lleva implícita una presunción, y la carga de la prueba se revierte al demandado para desvirtuarla.

Dicho proceso fue examinado minuciosamente y la cámara valoró la negativa de la madre a la prueba del A.D.N. citando en su resolución la doctrina y los expositores del derecho emitiendo un fallo de desplazamiento de paternidad. Al concluir nuestra investigación, realizada sobre el desplazamiento de la paternidad del hijo reconocido, cuando esta es impugnada por un tercero jul la madre se niega a la practica de la prueba del A.D.N., comprobamos la hipótesis general “ La negativa de la madre a la practica de la prueba del A.D.N., del hijo reconocido cuando la paternidad es impugnada por un tercero, genera violaciones a los derechos del menor.” ya que lo anterior genera violaciones a los derechos del menor, como lo es el perder los derechos que había obtenido legalmente, el derecho a la verdad biológica

sobre quien es su verdadero padre, el derecho de identidad, el derecho al nombre, el derecho de asistencia y seguridad del padre hacia el menor, el derecho a no ser separado de sus padres. Así mismo se comprueba la hipótesis específica de que la negativa de la madre a la práctica del A.D.N. provoca inestabilidad jurídica en el menor, afectando el derecho de filiación del menor, el derecho del menor a tener una familia, el derecho del hijo a mantener su medio natural de vida y daña la integridad del menor.

En cuanto a la segunda hipótesis específica comprobamos que no siempre la práctica de la prueba científica del A.D.N. genera una carga económica para quien demanda, ya que en la mayoría de los casos el tribunal correspondiente ordena dicha prueba de oficio, sin embargo esto no significa que el demandante no puede correr con los costos de dicha prueba cuando el así lo disponga en la demanda que se presenta.

## CAPITULO V

### MECANISMOS PARA PROTEGER LOS DERECHOS DEL MENOR ANTE LA NEGATIVA DE LA MADRE A LA PRACTICA DE LA PRUEBA DEL A.D.N.

#### 5.1.- DERECHOS DEL MENOR QUE MOTIVAN LA ADOPCIÓN DE MECANISMOS PARA SU PROTECCIÓN EN LOS CASOS DE FILIACIÓN.

Los menores por su condición de persona humana están dotados de ciertos derechos inalienables, los cuales le reconocen una protección especial incluyendo la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

De esta manera los estados que suscriben la Convención sobre los derechos del Niño, consideraron que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión y que estos derechos se encuentran en una posición igualitaria a los derechos de las personas adultas.

##### 5.1.1.- EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

El interés superior del niño forma parte de las llamadas “naciones-marco” particularmente frecuentes en el derecho de familia. Con su introducción se produce una auto limitación del poder Legislativo, pues se deja en manos del juzgador tomar la decisión de acuerdo con la información que surge del caso

concreto, o sea, conforme a las circunstancias de hecho, de lugar y de tiempo. De alguna manera el propósito es ofrecer un espacio abierto y flexible al juez o funcionario público y legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa.

Detrás de la valoración circunstanciada de cual es el "interés del niño" subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia vislumbramos aquí las dos caras indisolubles de la nación, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define que es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales.

En muchas culturas se piensa que no lesiona el interés del niño la aplicación de costumbres que implican verdaderas mutilaciones y atentados a la integridad personal del niño.

En la valoración de cual es el mejor interés del niño juegan también los valores tradicionales de cada país.

Los jueces son portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales. El juez o funcionario, al decidir cual es el mejor interés del niño, al referenciar los hechos, los mediatiza a través de sus valoraciones particulares, de su historia y sus experiencias personales.

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Este se desarrolla en la Constitución de la República

en el artículo 33, al hacer referencia a la creación de las instituciones necesarias que garanticen la aplicabilidad de la normativa, estableciendo reciprocidad de derechos y deberes sobre bases equitativas lo que nos lleva a que el menor nunca será visto de manera inferior ante sus padres.

La Convención califica el interés del niño como “superior” no porque sean superiores a los de los adultos, sino que fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que el niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado. Cuando se defiende el interés del niño ello implica la protección y defensa de un interés privado, pero, al mismo tiempo, el amparo de un interés social.

Así, en materia filial, a la comunidad le interesa la averiguación de la verdad biológica, asegurar la responsabilidad en la procreación y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial.

Por otra parte, la pauta de decisión pretende poner una valla a las reivindicaciones de los adultos cuando amenazan las necesidades propias del niño. Es decir, alienta la idea de que frente a un conflicto de interés se consideran de mayor jerarquía aquellas que permiten la realización plena de los derechos del niño.

El Tribunal, aún cuando respalde su solución en el interés del niño, no dejará de tomar en cuenta los demás intereses en juego.

Por lo que el texto de la Convención cuando alude el “interés superior” del niño,

lo ubica como una consideración primordial a la cual se atenderá, es decir, como un elemento fundamental, pero no único ni exclusivo.

El mejor interés del niño reclama que se le asegure un derecho hereditario de filiación, que se haya asociado a su derecho a la identidad personal, uno de sus atributos esenciales es precisamente tener un nombre y conocer a sus padres, sobre esto Grossman considera como necesarios para proteger los derechos del menor y llegar a la verdad sobre la filiación las siguientes medidas:

- a) El apercibimiento por la fuerza pública para el esclarecimiento de la filiación mediante el auxilio de expertos en el área psico-social.
- b) La obligatoriedad de someterse a las pruebas biológicas en los juicios de filiación, bajo apercibimiento de que la negativa injustificada hará presumir la verdad del reclamo judicial, salvo prueba en contrario.

Por otra parte el Art. 350 del Código de Familia nos da un concepto de lo que se debe entender por interés superior del menor que es “todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”. Sin embargo lo anterior siempre estará sujeto a lo que el juzgador estime como el interés superior del menor.

## 5.2.- MECANISMOS PARA PROTEGER LOS DERECHOS DEL MENOR ANTE LA

## NEGATIVA DE LA MADRE A LA PRUEBA DEL A.D.N.

Cuando la madre se niega a la realización de la práctica de la prueba del ADN ella misma está violentando los derechos del menor como lo son el derecho a conocer a su verdadero padre, el derecho a la identidad, el derecho al nombre.

Debido a lo anterior el estado está en la obligación de velar por la protección y seguridad jurídica de los menores, a él corresponde crear mecanismos que protejan los derechos del menor y su estabilidad social, jurídica y familiar, valiéndose de las normativas jurídicas adoptadas de la legislación extranjera y de las leyes secundarias desarrolladas en la legislación de familia.

### A.- DERECHO INTERNACIONAL

#### 1.- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales.

El artículo 10 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescente, <sup>88</sup> sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”.

Este artículo hace referencia a los mecanismos para proteger a los menores.

#### 2.- Convención de los Derechos del Niño.

La Convención sobre los derechos del niño, en el preámbulo se refiere a la familia como grupo fundamental de la sociedad y cuyo medio natural es importante para el crecimiento y bienestar de cada uno de sus miembros y particularmente el de los niños, en su artículo 7 menciona que “Todo niño tiene

derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y en lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos". el artículo 8 a preservar su identidad además de las relaciones familiares, en el artículo 9 a preservar el interés superior del niño, cuando este por algún procedimiento judicial sea separado de sus padres.

Esta convención hace alusión nuevamente a la importancia de que el menor tenga un nombre y conozca a sus padres.

En el artículo 18 de la misma se establece que "ambos padres asuman su responsabilidad primordial en cuanto al desarrollo del niño y que para tal efecto los estados asistan apropiadamente a los padres y tutores del niño". Para que los padres puedan asumir su responsabilidad se necesita en primer lugar conocer la filiación del menor, por ello los estados deben asistir al menor en la investigación de su filiación.

Para que los demás derechos a favor de los menores tengan razón de ser debe haberse establecido su filiación.

89

Para que los demás derechos a favor de los menores tengan razón de ser debe haberse establecido su filiación.

## B.- DERECHO NACIONAL O INTERNO.

### 1.- La Constitución.

En el artículo 1 reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, por lo que a toda persona se le debe brindar seguridad jurídica, al artículo 34 y 36 de la misma, respectivamente en donde todo menor

tiene derecho a vivir en condiciones familiares que le permitan desarrollarse de forma integral, y que todos los hijos sin distinción alguna tienen iguales derechos frente a sus padres por lo que no hay ninguna calificación sobre la naturaleza de su filiación, además de establecer que la ley secundaria determinara las formas de investigar y establecer la paternidad.

En cumplimiento a este mandato Constitucional desarrolla en la ley secundaria la filiación y el derecho del hijo a investigar quienes son sus progenitores.

## 2.- Código de Familia.

El Código de Familia, en su artículo 1 con el objeto de establecer un régimen jurídico referente a la familia y los menores así como las relaciones entre estos para el logro de la armonía familiar y la paz social en el artículo 4 regula el principio de unidad familiar, el de igualdad de los hijos sean concebidos dentro o fuera del matrimonio, y el de protección integral de los menores según los artículos 8 y 9 en donde se debe interpretar y aplicar en la forma que garantice la eficacia de los derechos establecidos en la legislación nacional e internacional ratificada por El Salvador, cuando exista un caso que no lo previno la legislación como el problema planteado objeto de investigación, se debe atender en primer lugar la naturaleza del derecho de familia, sus principios, luego se puede recurrir a otras leyes como las civiles y en caso de no existir se resolverá atendiendo razones de buen sentido y equidad, el artículo 133 nos dice que la filiación es el vínculo que une a los padres con el hijo, el artículo 135 según una de las formas de establecer la paternidad es por reconocimiento voluntario, en el artículo 138 manifiesta que cuando se establece la filiación, no

es válida otra posterior, excepto si se trata de sentencia declarada judicialmente, en el artículo 139 se expresa el derecho del hijo de investigar quienes son sus progenitores reiterándolo en los artículos 203 No 1 y 351 No 3 y 4 del mismo. Los cuales reconocen como derechos fundamentales de los menores saber quienes son sus padres y quienes ser reconocidos por ellos.

Así mismo para facilitar al hijo el derecho a investigar su filiación, en el artículo 139 inc. 2º del código de familia claramente establece que en los procesos de investigación de la paternidad se admiten toda clase de pruebas.

De manera que establece la ley de familia que pueden ser utilizadas otras pruebas además de las pruebas científicas, y siendo que la madre se niega a la prueba del A.D.N. el juez puede recibir otras pruebas que conduzcan a la investigación de la filiación del menor en vista de no poder obligar a la madre, pero ello aunque ofrezca obstáculo en la investigación de la paternidad no es un impedimento para la investigación de la misma.<sup>91</sup>

### 3.- Ley Procesal de Familia.

El juez determina la paternidad en base a otros medios de prueba tal como lo establece el artículo 51 de la Ley Procesal Familiar y en base al artículo 56 de la misma valora los medios de prueba en base al sistema de valoración de la sana crítica, tomando en cuenta los testimonios, la prueba documental, presunciones, y otros. Cuando la madre se niega a la práctica del A.D.N. podría crearse según la valoración del juez una presunción, una indicación de que haya existido infidelidad, dicha negativa podría crear efectos negativos para quien se niega, bajo la presunción de que oculta algo, ya que generalmente se cree que la madre debe saber quien es el padre del menor. Dentro de la valoración que el

juez hace también tomara en cuenta si existen razones de peso que justifiquen la negativa de la madre, las motivaciones que existen para ello ya que esto trae consecuencias jurídicas en contra de los derechos del menor, de no existir razones se considerara como un indicio en contra de la parte renuente por negarse injustificadamente.

Se considera entonces que esta valoración que el juez realiza es uno de los mecanismos que la ley plantea ante dicha situación para la protección del menor, el artículo 140 en cuanto a la investigación de la paternidad para establecer la filiación del hijo, expresa, las pruebas a practicarse así como la negación de la parte involucrada a practicarse esos exámenes, refiriéndose particularmente a aquellos casos en los cuales no existe reconocimiento previo del hijo, sino solo para los casos en que aun no se ha podido determinar la filiación del hijo.

## CAPITULO VI

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 6.1.- CONCLUSIONES.

Al finalizar nuestro trabajo de investigación realizado a través de recopilación de datos y entrevistas nos damos cuenta que la paternidad del hijo reconocido cuando es impugnada por un tercero y la madre se niega a la practica de la prueba del A.D.N. es un tema de mucha importancia, y sobre la base del conocimiento adquirido llegamos a las siguientes conclusiones:

- Que la prueba del A.D.N. pese a tener una certeza jurídica de 99.9% no es una prueba que pueda ser impuesta o exigida coactivamente ante la negativa de las partes para probar la filiación en el caso de la paternidad, ya que esto sería violentar derechos constitucionales de la persona, no obstante la negativa a dicha prueba es valorada de acuerdo a la doctrina y a los tratadistas como una obstrucción al derecho, lo cual lleva implícita una presunción en contra de la parte demandada que se niega a la practica de dicha prueba.
- 
- Cuando no ha existido convivencia o una vinculación de cierta estabilidad y duración y solo una relación circunstancial, es difícil proveer elementos de juicio que permitan acreditar la existencia de relaciones intimas de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción y tampoco es posible probar trato alguno del hombre con el niño que reclama la filiación.

Si se trataba de una relación secreta u oculta, no hay testigos ni otras constancias de dicho vinculo, por lo que las únicas pruebas para demostrar la paternidad son las biológicas.

- 
- Existe un vacío legal en el artículo 140 de la L.Pr.F. pues no se encuentra regulado en que forma el juzgador debe de valorar la conducta negativa de la parte demandada a la practica de la prueba del A.D.N.
- 
- Los efectos jurídicos del desplazamiento de la paternidad en el menor, son negativos para el menor, lo que hace ver que los derechos del menor son más vulnerables ya que se encuentran en dependencia de los derechos de los adultos y sus actuaciones como se denota en la negativa de la madre a la practica del A.D.N. , y en aquellos casos en donde se pasan por alto los sentimientos o el vinculo que existe entre el menor y la persona que lo ha reconocido como su padre.
- Que la figura del desplazamiento si bien no existe como tal en nuestra legislación es utilizada para indicar que ha sido quitada la paternidad del menor, pues antes de asignar otra paternidad debe ser desplazada la anterior, aunque en el fallo se dicta como impugnación.
- 
- Que la prueba del A.D.N. y las demás pruebas científicas no tienen un valor superior como medio probatorio, es decir que no tienen una relevancia superior al resto de las pruebas llamadas “tradicionales” por la literatura jurídica, sino que, dichas pruebas son valoradas en conjunto con las demás pruebas presentadas en el proceso.

- 
- Que la negativa a la practica de la prueba del A.D.N. no es una ficto confessio, pero si es un indicio valioso, que valorado con otros elementos, probatorios pueden llevar a una declaración de desplazamiento de paternidad, debido a que se transforma en una presunción que conduce a la regla del hecho-consecuencia.

## 6.2.- RECOMENDACIONES.

- Considerando que en los procesos de desplazamiento de paternidad las pruebas científicas y en especial la del A.D.N. son las que producen mayor grado de certeza jurídica, por lo que es necesario que se admita la obligatoriedad a las partes a someterse a los exámenes biológicos en esta clase de procesos, debido a que los derechos del menor se ven gravemente afectados y se encuentran en dependencia de la voluntad de las partes, es decir se encuentran en desigualdad con los derechos de las partes.
- En aquellos casos donde se ha desplazado la paternidad del menor en juicio promovido por terceros, y ha existido una estrecha relación de afecto entre el menor y el que este consideraba su padre seria conveniente que se escuchara o se atendiera la opinión del menor, para emitir el desplazamiento de paternidad, y la de quien le ha reconocido como padre,

con el fin de evitar confusión al menor, que lo pueda perjudicar en su desarrollo psico-social.

- 
- Consideramos que es necesario regular la forma de cómo el juzgador hará su valoración ante la negativa de una de las partes, para someterse a las pruebas biológicas, en especial a la del A.D.N. por ofrecer un elevado porcentaje de probabilidades; ya que el artículo 140 de la ley procesal de familia no lo expresa y por analogía tomando el principio de igualdad se aplica el artículo 143 de la misma ley para resolver estos casos.
- Consideramos que para agilizar esta clase de procesos de filiación sería conveniente capacitar y equipar los laboratorios de nuestro país para que dicha prueba se pueda realizar sin esperar mucho tiempo por los resultados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Colin Antonio y Henry Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil Tomo I, Editorial Reus. Madrid, España 1975.
- Couture Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma Buenos Aires, 1977.
- De Santo Víctor, La Prueba Judicial Teoría y Practica, Segunda Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- Echandia Devis Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Pruebas Judiciales Tomo II Editorial ABC Bogota, 1975.
- Escobar Fornos Iván, Introducción al Proceso, Editorial Temis, Bogota, Colombia 1990.
- Fábrega P. Jorge, Teoría General de la Prueba, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fé de Bogota, 1997.
- García Fontalvo Abelardo José, De la Prueba en General y Especial en el Derecho de Familia, Ediciones Jurídica Radar, Santa Fé de Bogota, 1998.
- Gómez Morán Luis, La Posición Jurídica del Menor en el Derecho

comparado, Bolsa Madrid. 1995.

- Grosman Cecilia P. Y Arianna, Carlos, Los Efectos de la Negativa a Someterse a los Exámenes Biológicos en los Juicios de Filiación Paterna Extramatrimonial, "L.L." Buenos Aires, 1992
- Grosman Cecilia, Los Derechos del Niño en la Familia, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1998
- Guillermo Cabanellas , Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1989.
- Lloveras Nora, Patria Potestad y Filiación, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1986.
- Méndez Costa, Maria Josefa, Derecho de Familia Tomo III, Editores Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1991.
- Méndez Costa Maria Josefa, La Filiación, Editores Rubinzal y Calzoni, Santa Fé, 1986.
- Meza Barros Ramón, Manual de derecho de Familia Tomo II Editorial Jurídica de Santiago, 1975.
- Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Editorial Heliasta,S.R.L. Buenos Aires, 1982.

- Rivero Hernández, Francisco, La Presunción de Paternidad Legítima, Editorial Tecnos, Madrid 1971.
- Stochrel Maes Carlos Alberto, De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los incidentes, quinta edición, Editorial Jurídica de Santiago, 1995.
- Verruno Luis, Manual para la Investigación de la Filiación, Ediciones Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985.
- Véscovi Enrique, Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Ibero América, Ediciones Depalma Buenos Aires 1998.

### **TESIS**

- Calderon Escamilla Maria Estela, La Prueba Científica del A.D.N. en los procesos de Declaración Judicial de Paternidad, 1998
- Méndez Vásquez Ana Guadalupe, Titulares de la Acción de Impugnación de la Paternidad.

99

### **LEGISLACIÓN**

- Constitución de la República de El Salvador.

- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y culturales.
- Código Civil.
- Código de Procedimientos Civiles.
- Código de Familia.
- Ley Procesal de Familia.
- Ley del Nombre de la Persona Natural.

**ANEXOS**

## CONSIDERACIONES LEGALES

Aun cuando usted no tenga la intención de usar su prueba de paternidad en la corte, las circunstancias pueden cambiar y quizás necesitará hacerlo más adelante. De todas maneras, eventualmente usted pudiera necesitar un resultado oficial de paternidad para obtener los beneficios de su seguro médico y del Seguro Social. Siempre que sea posible, es mucho mejor tomar las muestras en la forma requerida para un informe oficial.

Los resultados de las pruebas de paternidad de Paternity Testing Corporation son aceptadas en la corte. De hecho existen varias ventajas al presentar el tipo de prueba de PTC en la corte.

Normalmente usamos el método RFLP en nuestras pruebas de ADN porque nos proveen los resultados más confiables. Además resulta ventajoso en la corte. Como el método de prueba RFLP se ha estado usando en las pruebas de identidad con humanos por más tiempo que el otro método principal para pruebas de ADN (conocido como PCR), tiene mayor aceptación en las cortes de muchos estados de EE.UU. Hay más cortes que aceptan ya este método de prueba RFLP. En los casos civiles (no criminales) el método no suele repercutir en un problema porque las cuestiones de paternidad raramente llegan a la corte (es mucho más sencillo y económico hacer una segunda prueba en otro laboratorio para resolver el asunto). Para más información sobre vistas de admisibilidad, véase el tema [Pruebas Forenses](#).

Otra ventaja de usar nuestras pruebas en la corte es el alto nivel de certeza de las pruebas de PTC en general (véase los temas Confiabilidad, Falsos Resultados Positivos y Garantía) Como promedio nuestras pruebas tienen más probabilidad de acertar. En otras palabras, nuestras pruebas demuestran con mayor eficiencia que el hombre que está siendo examinado es de hecho el padre biológico del niño.

PTC cuenta con un abogado, quien gustosamente contestará las

## PRUEBAS PRENATALES

Aun cuando usted no tenga la intención de usar su prueba de paternidad en la corte, las circunstancias pueden cambiar y quizás necesitará hacerlo más adelante. De todas maneras, eventualmente usted pudiera necesitar un resultado oficial de paternidad para obtener los beneficios de su seguro médico y del Seguro Social. Siempre que sea posible, es mucho mejor tomar las muestras en la forma requerida para un informe oficial.

Los resultados de las pruebas de paternidad de Paternity Testing Corporation son aceptadas en la corte. De hecho existen varias ventajas al presentar el tipo de prueba de PTC en la corte.

Normalmente usamos el método RFLP en nuestras pruebas de ADN porque nos proveen los resultados más confiables. Además resulta ventajoso en la corte. Como el método de prueba RFLP se ha estado usando en las pruebas de identidad con humanos por más tiempo que el otro método principal para pruebas de ADN (conocido como PCR), tiene mayor aceptación en las cortes de muchos estados de EE.UU. Hay más cortes que aceptan ya este método de prueba RFLP. En los casos civiles (no criminales) el método no suele repercutir en un problema porque las cuestiones de paternidad raramente llegan a la corte (es mucho más sencillo y económico hacer una segunda prueba en otro laboratorio para resolver el asunto). Para más información sobre vistas de admisibilidad, véase el tema [Pruebas Forenses](#).

Otra ventaja de usar nuestras pruebas en la corte es el alto nivel de certeza de las pruebas de PTC en general (véase los temas Confiabilidad, Falsos Resultados Positivos y Garantía) Como promedio nuestras pruebas tienen más probabilidad de acertar. En otras palabras, nuestras pruebas demuestran con mayor eficiencia que el hombre que está siendo examinado es de hecho el padre biológico del niño.

PTC cuenta con un abogado, quien gustosamente contestará las

## TOMA DE LA MUESTRA

PTC necesita una muestra de su ADN para poder realizar una prueba de paternidad. Cuando usted solicita una prueba a través del teléfono, le damos una cita para la toma de la muestra. Tenemos facilidades para la toma de las muestras en todo Estados Unidos y estamos haciendo las gestiones para tenerlas en otras partes del mundo.

Las muestras de las personas a examinarse pueden ser tomadas a su preferencia, usted escoge la hora y el lugar. No es raro que las personas a examinarse estén en otro estado o hasta en otro país. Por lo general, las muestras se le toman a cada individuo en un lugar conveniente cerca de su residencia.

Por lo regular PTC usa muestras bucales, tomadas con un pequeño aplicador parecido a un "Q-tip" que se frota dentro de la boca en la parte interna de la mejilla. Al frotar se recogen células sueltas de la mejilla.

PTC usa este método porque es menos agresivo. Generalmente las personas lo prefieren porque no tienen que pasar por el trauma de las agujas, como en la toma de muestras de sangre. No todos los laboratorios que hacen pruebas de paternidad ofrecen el método bucal y algunos que lo usan lo cobran aparte. PTC siempre ha ofrecido este método bucal para la toma de muestra sin ningún cargo adicional.

Porque su ADN es el mismo a través de todo su cuerpo, la prueba de paternidad refleja el mismo resultado sin importar el tipo de muestra que se use. Por lo tanto, el que la muestra se tome de la boca o de la sangre no hace ninguna diferencia.

Se le pueden tomar las muestras a los bebés a cualquier edad. No hay edad mínima requerida para esta muestra bucal.

PTC utiliza las muestras de sangre cuando es necesario o deseado. No hay cargo adicional por hacer una prueba con la muestra de sangre.

Si lo prefiere, usted mismo puede tomar la prueba en la privacidad de su hogar, le podemos enviar un estuche con todo lo necesario para la toma de la muestra bucal, incluyendo las instrucciones. No recomendamos este método porque esta prueba no podrá ser usada ante un tribunal, ni para ningún propósito oficial, como recibir los beneficios de un seguro médico del padre, o del Seguro Social. Si usted se hace la prueba con una muestra tomada en el hogar y luego necesita una prueba de paternidad oficial, tendrá que volver a pagar por la otra prueba. Debido a que Paternity Testing Corporation no tiene manera de saber de quiénes son las muestras que recibe cuando las personas toman sus propias muestras, no podemos emitir un informe oficial de laboratorio. Simplemente le enviamos una carta indicando los resultados de la prueba en donde no nos referimos a las personas examinadas por nombre, sino por la muestra A (madre), B (niño) y C (supuesto padre).

## CONFIABILIDAD DE LOS RESULTADOS

Al seleccionar un laboratorio para una prueba genética de paternidad, usted debe estar al tanto de las grandes diferencias que existen entre todos los laboratorios: el tipo de prueba de ADN que realizan, los controles y medios de seguridad aplicados a los procesos de prueba y cuán discriminatorias son las pruebas.

### ACREDITACION

Ante todo, asegúrese de que selecciona un laboratorio acreditado. La acreditación es la única seguridad que usted tiene de que la prueba será efectuada por un personal competente de acuerdo con las prácticas científicas. A los laboratorios de pruebas de paternidad no se les exige una licencia para trabajar. Cualquiera puede abrir un laboratorio de pruebas de paternidad utilizando el método que ellos creen que les puede dar resultado. Las agencias nacionales de acreditación le aseguran que el laboratorio que usted seleccione utiliza en las pruebas procedimientos científicamente válidos.

En los Estados Unidos, los laboratorios de paternidad privados son acreditados por la Asociación Americana de Bancos de Sangre (American Association of Blood Banks [AABB]). Paternity Testing Corporation está acreditada por dicha asociación. Cada dos años, AABB revisa los procedimientos usados por los laboratorios acreditados, y además envía a un inspector a cada laboratorio para efectuar una inspección del equipo, de los procesos del laboratorio, los casos de paternidad y sus cómputos, a fin de asegurarse de que todo se ejecuta de acuerdo con normas apropiadas del protocolo científico.

El Colegio de Patólogos Americanos (College of American Pathologists [CAP]) también envía muestras de ADN a todos los laboratorios acreditados tres veces al año. Cada laboratorio analiza las muestras de la misma forma que hacen las pruebas de paternidad y le envían los resultados a CAP. Al enviar las mismas

muestras a cada laboratorio, CAP comprueba si todos los laboratorios acreditados por AABB obtienen los mismos resultados.

### **MEDIDAS ADICIONALES DE SEGURIDAD EN LAS PRUEBAS**

PTC se esmera por que los resultados de sus pruebas sean de alta confiabilidad. Yendo más allá de las normas requeridas por AABB, tomamos medidas de seguridad adicionales y garantizamos un nivel de discriminación cien veces mayor.

Algunos de nuestros procedimientos adicionales los hemos adoptado de los protocolos forenses que se usan en casos criminales. Debido a las serias consecuencias de un resultado equivocado en pruebas criminales, el protocolo forense del ADN va más allá al eliminar posibles fuentes de error humano.

Algunas de estas medidas de seguridad incluyen el requisito de que cada tubo de laboratorio esté identificado con el número del caso y el nombre del cliente (en la tapa y en el tubo). Cada vez que una muestra de ADN tenga que ser transferida a otro tubo de laboratorio, una segunda persona tiene que estar presente para asegurarse de que la muestra de ADN no sea cambiada por error. De la misma manera, cuando una muestra de ADN se vierte en el gel siempre hay una segunda persona observando el proceso para evitar que se cometan errores, y cuando se termine el proceso, dos personas comparan los tubos de laboratorios con los registros del gel para asegurarse de que sean las muestras correctas las que se hayan vertido en el gel.

PTC continúa siempre incorporando voluntariamente medidas de seguridad adicionales con el propósito asegurar la mayor confiabilidad posible en las pruebas.

## PRUEBAS DE ALTO NIVEL

El factor principal del aumento en la credibilidad de los resultados de las pruebas de PTC es la minuciosidad con que efectuamos cada una de ellas. La información más importante que provee una prueba de paternidad de ADN es la identificación del patrón genético que el niño recibe del padre biológico (o que pudiera haber recibido). La prueba verifica que el hombre que está siendo evaluado posee ese mismo patrón genético, de manera que pueda ser el padre biológico. También determina cuántos hombres más de la población poseen este mismo patrón genético. Utilizando esta información, se calcula la probabilidad que tiene el hombre que está siendo evaluado de ser el padre biológico, en comparación con las probabilidades que tienen otros hombres no emparentados de la misma raza.

La mayoría de los laboratorios solamente garantizan una probabilidad de paternidad de 99%. Aunque parezca mucho, es importante entender qué significa. Esto significa que la prueba ha identificado un patrón genético que lo posee, como promedio, uno de cada cien hombres de la población y en algunos casos pudiera ser aun más común. A todos estos hombres se les podría encontrar una probabilidad del 99% de ser el padre del mismo niño.

Paternity Testing Corporation continúa examinando hasta que alcanza una probabilidad de paternidad mayor de 99.99%. A estos niveles, la prueba ha identificado un patrón genético que lo tienen, en promedio, menos de uno de cada 10,000 individuos. De hecho, la mayoría de nuestras pruebas identifican un patrón genético que lo tienen menos de uno de cada 100,000 individuos. Con este nivel de discriminación, el supuesto padre puede tener mucha más certeza de que si su ADN corresponde con el del niño, es porque él es su padre y no porque simplemente es uno de todos los individuos de la población que tienen el mismo patrón genético. Una prueba de PTC le ofrece mucha más seguridad de que el hombre examinado es verdaderamente el padre biológico del niño.

CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS CATORCE HORAS Y VEINTE MINUTOS DEL DIA DIECISIETE DE ENERO DE DOS MIL.

Vienen los autos caratulados

Contra \_\_\_\_\_ representado legalmente por \_\_\_\_\_  
Y por \_\_\_\_\_ sobre  
IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE PATERNIDAD, que se tramita ante este tribunal, impugnándose la sentencia por la JUEZA DE FAMILIA DE SOYAPANGO, LICENCIADA \_\_\_\_\_ en fecha seis de enero del año pasado anterior.

En las presentes actuaciones han intervenido los licenciados \_\_\_\_\_ como apoderado de la demanda y hoy impetrante; patrocinando a la señora \_\_\_\_\_ como abogada del señor \_\_\_\_\_ y el Procurador de familia adscrito a esta Cámara, doctor, \_\_\_\_\_ en su ultima notificación hecha a fs.21 de esta pieza.

Las generales de las partes ya están enunciadas en los autos.

VISTO LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

HI. A fs. 115/116 de la pieza principal consta la sentencia contra la cual se recurre y en la atinente, resuelve: “Declarase no ha lugar el desplazamiento de la paternidad, que por reconocimiento voluntario de hijo tiene establecida el menor,

II. Inconforme con dicho decisorio, el licenciado \_\_\_\_\_ interpuso la alzada que hoy conocemos, en el escrito presentado a fs. 121/128 de la pieza principal.

En el sustancialmente, adujo que en su demanda habría planteado la prueba científica de A.D.N. (Acido Desoxirribonucleico), a efecto de comprobar que no existe nexo biológico entre el reconocedor, señor \_\_\_\_\_ y el conocido \_\_\_\_\_

No obstante haber señalado el tribunal aquo, dos ocasiones para la presentación de las partes a la extracción de muestras sanguíneas, según fs. 87 y 94 de la pieza

principal; esta actividad probatoria no pudo verificarse por la negativa a comparecer de la señora y su hijo menor de edad \_\_\_\_\_ de quien es su representante, a pesar de la asistencia del señor \_\_\_\_\_ en aquellas oportunidades. A, en resolución de fs. 103 de la pieza principal, tras la negativa de la madre del reconocido para presentarse junto a este a la pericia científica ordenada por la Jueza a quo, no obstante su conformidad ya expresada en autos a fs. 41, por medio de su apoderado y especialmente a fs. 75, durante la celebración de la audiencia de sentencia; el tribunal del primer grado sostuvo que se habían realizado todas las diligencias necesarias, a efecto de investigar la paternidad del niño \_\_\_\_\_, por lo que a fin de no dilatar mas el proceso señala la continuación de la audiencia de sentencia.

III. El apelante ha vertido una critica concreta y razonada del fallo, y citando entre otras disposiciones los Arts. 140 y 218 L.Pr.C., argumenta que la jueza a quo incurrió en una errónea interpretación de las normas, no valorando “ la negativa de la parte a practicarse los exámenes científicos”.

En ese sentido apoyándose en reconocida doctrina Argentina, citando a GOSMAM y a BELLUSCIO, expone que la oposición no fundada de la señora \_\_\_\_\_ y su hijo \_\_\_\_\_ representado por aquella, para someterse a la prueba de A.D.N., conforma un ejercicio abusivo del derecho y una presunción en contra del reticente, por cuanto revela de modo evidente su temor frente a su posible resultado, y a partir de ello sustentarse una sentencia que acoja favorablemente la demanda de impugnación.

IV. La Jueza a quo fundamento su fallo en la valoración que en su conjunto le merecieron los hechos siguientes: los resultados de la prueba científica de exclusión de la paternidad y análisis serológicos, obrados a fs. 50/51 y 52/57 de la pieza principal, que señalaron el no poder descartar al señor \_\_\_\_\_ como posible padre del niño \_\_\_\_\_ que la paternidad a desplazar fue establecida mediante un reconocimiento voluntario, sin que se haya demostrado en el proceso tal como se argumento en la demanda que el mismo adoleciera de vicios en el momento de su otorgamiento; respecto al interes actual que dijo tener la demandante, a efecto de impugnar el reconocimiento efectuado por su esposo, la jueza a quo considero no haber probado que en la demanda no se expresaron los hechos que dieran sustento a la pretensión, en la especie, los que se referian a que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente habiéndose limitado unicamente la actora a

solicitar que el tribunal ordenara la prueba científica del A.D.N., sin expresar los hechos que iba a demostrar para desconocer la paternidad del niño que se tiene como hecho admitido por la demandante y su conyuge demandado, las relaciones extramatrimoniales con la señora durante el periodo que comprende el mes de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, hasta fines del año mil novecientos noventa y seis siendo además que esa relación era conocida por todo los compañeros de trabajo de aquellos; por último que el Art. 140 Inc. 2 L.Pr.F., le faculta como juzgadora apreciar conforme a las reglas de la sana crítica, la negativa del representante legal de la parte a la práctica de los exámenes de A.D.N., lo que en autos así ha valorado, y analizados los demás elementos informativos resolvió porque no ha lugar a desplazar la paternidad impugnada.

V. Admitida que fue la apelación a fs. 2 de este cuerpo, por haber cumplido los recaudos legales para ello, en esa misma providencia con base en los Arts. 36, in fine Cn; 139 y 350 C>F>; 7 letra c), 51,55, y 140 L.Pr.F., se ordeno nuevamente la práctica de la prueba científica de A.D.N. y para tal fin se citaron a los involucrados a las diez horas del día nueve de junio del año retropróximo, para que comparecieran al Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal del Órgano Judicial, sito en el Centro de Gobierno de esta ciudad; con la advertencia a las partes que su negativa a la realización de dicho examen, así como la inasistencia no justificada a la cita que se les hizo, sería apreciada por esta Cámara de conformidad a las reglas de la sana crítica. Conf. Art. 140, INC. 2, l.Pr.F.

Consta a fs. 13 de esta pieza, la citación efectuada a la señora y a su hijo mediante provisión dirigida al Juzgado de Familia de Soyapango; no obstante lo anterior aquellos no comparecieron, por lo que en treinta de junio del año pasado, se senalo nueva fecha para tal fin, siendo las diez horas del día siete de julio de ese mismo año; pese a la citación que obra a fs. 18, como se detalla a fs. 25, todos de esta pieza, tanto el niño demandado y su representante legal no asistieron al nuevo requerimiento que se les hizo.

Ante las constantes negativas para someterse a la pericia señalada, la imposibilidad de obligarse una conducta contraria; los autos, entonces se encuentran en estado de dictar sentencia.

VI. El tema a resolver consiste en la calificación que debe hacerse con relación a la negativa de la señora para que ésta junto con su hijo se sometieran a la pericia de A.D.N., a efecto de comprobar o no el nexo biológico

respecto al señor si la misma denegación es suficiente por si sola para desconocer la paternidad defendida por la renuente, o si por el contrario, aquélla constituye uno entre tantos elementos para dirimir la causa, o mas bien un indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba.

Conviene señalar, previo a emitir nuestra opinión, el avance científico en la materia de investigación de la paternidad y la maternidad, ahora mas que nunca con la incorporación a ese grupo de técnicas del examen denominado “tipificación” de A.D.N.” (ácido desoxirribonucleico) o “huellas de A.D.N.” pericia que permite determinar una filiación por alcanzar virtualmente una certeza absoluta; al par del adelanto de legislación, de donde rehusar a la practica de la prueba científica, hereditaria, biológica o antropomorfica, en los supuestos de reconocimiento provocado (Arts. 146, inciso 2º, C.F. y 143 Inc, 2º, L.Pr.F.), apareja el efecto de tener reconocida la paternidad.

Merece especial interés académico, luego, jurisprudencial, detenernos en esta reforma al Código de Familia propiciada por los decretos legislativos números trescientos dieciocho y trescientos diecinueve, de fecha cuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho (ver D.O. N° 121, Tomo 340, del uno de julio de mil novecientos noventa y ocho); ya que con estos se alza en nuestro derecho positivo una especie, de lo que en doctrina se llama, reconocimiento tacito (MENDEZ COSTA, Maria Josefa y D’ ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Ed., Santa Fe, Argentina, 1996, pag, 98); o lo que seria lo mismo una confesión ficta, es decir, admisión tacita de la paternidad atribuida a quien se resiste ( ZANNONI, Eduardo A., Derecho de Familia, tomo2, Ed. Astrea,Bs.As., 1998, Pág. 494).

Con el advenimiento de estas normas en materia filiatoria, dirigidas a favor del hijo no reconocido, por resultar favorecido el supuesto padre en su negativa de comparecer ante el Juez y de practicarse las pruebas correspondientes (argumentos en D.L. 318 considerando II y D. L. 319, considerando II); por la suficiencia que alcanza hoy día en la ciencia medica los exámenes de A.D.N., hallan su resonancia las aspiraciones que contemporáneamente propugna reconocida doctrina.

Así, en general para el régimen de filiación se ha dicho, que la contundente definición que otorgan los medios científicos en cuanto a la existencia o ausencia del nexu biológico, “obliga a una enérgica valoración de la negativa de una de las partes a someterse a tales exámenes que debe resolverse en una presunción absoluta en

contra de quien se resiste a su producción. Trabrar una comprobación que ofrece tan elocuente seguridad para establecer la verdad biológica, debe ser juzgada en forma severa...(GROSMAN, Cecilia P. Y MARTINEZ ALCORTA, Irene, La Filiación Matrimonial. Su reforma según la ley 23. 264, en Revista La Ley, 1986, Tomo D, Pág. Bs.As., Arg.); que la negativa injustificada a la realización de la prueba biológica hará presumir la paternidad reclamada, salvo prueba en contrario (GROSMAN, C.P. y ARIANNA, Carlos, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, L.L., 1992, Tomo B, Pág. Bs. As., Arg.) y que la negativa a la pericia, previa advertencia y explicación sobre la seguridad del método “debería ser considerada como reconocimiento de la paternidad imputada” (CARLOTA, Eugenio Osvaldo, Determinación de la paternidad por el sistema H.L.A. o Complejo Mayor de histocompatibilidad, en L.L., 1985, tomo A, Pág. 471, Bs. As., Arg.).

VII. Nuestra jurisprudencia anteriormente había señalado que “si existen otros elementos probatorios tendientes a la determinación filial, la presunción extraída de la resistencia o negativa a someterse a las pruebas genéticas, sin que se haya alegado o comprobado la inasistencia por causa justificada, no hace mas que robustecer dicha presunción, de conformidad a las reglas de la sana critica (en autos numerados al 5-A-98 y 21-A-98, de fecha cinco de enero y veintisiete de febrero del año en referencia, respectivamente, sobre declaratoria judicial de paternidad); es decir, que siguiendo la posición mas aceptada por la doctrina, la negativa a someterse a las pruebas biológicas solo crea una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega (ZANNONI, E. A., ob. Cit., Pág. 492) y el valor que debe atribuírsele sera el de un mero indicio, el que por cierto no resulta suficiente por si mismo para la declaración de la filiación, ya que debiera ser computada con los otros antecedentes que ofrezca la especie (MENDEZ COSTA, Maria Josefa, Vision jurisprudencial de la filiación, Rubinzal-Culzoni Ed., Santa Fe, arg., 215, 265, 307).

VIII. La reforma de los Arts. 146 C.F. y 143 L.Pr.F., si bien se constriñe a supuestos de reconocimiento provocado, no por ello es menos que alcanza una trascendencia jurídica para el régimen de filiación en general, en lo atinente a la valoración que debe efectuar el juzgador ante la negativa de uno de los involucrados a la prueba biológica, para considerarla contraria a la posición sustentada por él.

Como en un precedente ya se dijo, las disposiciones contenidas en la reforma de mil novecientos noventa y ocho, “ no son mas que el resultado de una cruenta lucha

doctrinaria a nivel internacional y en su momento nacional a nivel legislativo, que reflejan el equilibrio alcanzado por la doctrina entre diferentes posturas respecto de la interpretación que la ley debe dar a la “cómada negativa” de los que afirman o niegan existencia del vinculo biológico en un proceso de filiación” ( en autos numerados al 117-A-98, de fecha veinte de diciembre del ano en referencia, sobre declaratoria judicial de paternidad); siendo que la prueba de A.D.N. tiene la ventaja de ser la mas acertada en materia de filiación, ya que por su alto grado de cientificidad a través de ella puede establecerse con exactitud o certeza absoluta y con un elevado porcentaje de inclusión o exclusión, una paternidad en forma concluyente; en aquella oportunidad todavía si se le computo con otros medios de convicción para tener establecida la paternidad alegada.

Sin embargo de mantenerse aun en la ley ritual que “la negativa de la parte o de su representante legal, en su caso, a la practica de estos exámenes, deberá ser apreciada por elJuez de acuerdo a las reglas de la sana critica (Art. 140, Inc. 2, L.Pr.F.), en general para los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad, en el primero de ellos donde se adecua la especie; esta valoración de la negativa por la representante legal en el caso de autos, debe amoldarse por analogía a la nueva calificación que merece propinar a su actitud, conforme los argumentos que resultan de los arts. 146 C.F. y 143 L.Pr.F., en aplicación de los principios de igualdad ante la ley, y generales del Derecho de Familia Arts. Cn.; 8 y 9 C.F. y 2 L.Pr.F.

En jurisprudencia Argentina avalaría nuestra tesitura, un dictamen prominente del señor Defensor Publico de Menores e Incapaces de cámara en capital Federal Dr. ALEJANDRO MOLINA, por lo que sostiene que “la negativa a someterse a las pruebas biológicas ha sido considerada siempre una presunción en contra del remiso que pudiera resultar perjudicado con las conclusiones del peritaje. Hoy se debe ratificar y vigorizar dicha presunción: el peritaje puede llegar a constituir plena prueba de la filiación investigada. Ante la negativa, la filiación negada debe ser tenida por cierta, en razón del alto grado de seguridad de inclusión de la paternidad que con el mismo se consigue” (MENDEZ COSTA, M.J. Ob. Cit. Pág. 247, o en L.L., 1994, Tomo A pag. 77, Bs. As., Arg).

Por consiguiente, dada la gravitación en nuestro derecho de familia acerca de la valoración que, hoy merece dar a la negativa de una de las partes o de sus representantes legales, en su caso, para someterse a la practica de exámenes biológicos especialmente de aquellos que ofrecen un elevado porcentaje de inclusión

o exclusión, de la paternidad o la maternidad en forma concluyente, como el de ácido desoxirribonucleico; se le adjudica el valor de prueba per se de la filiación que se pretende en esta oportunidad desplazar, por lo que se impone así declararlo en la sentencia definitiva con efecto retroactivo a la fecha del reconocimiento (MENDEZ COSTA, M.J. La filiación, Rubinzal-Culzoni, Ed., Santa Fe, Arg., 1986, Pág. 360; MENDEZ COSTA, M.J. y D' ANTONIO D.H., ob. Cit. Pág. 168), quedando privado el niño de la paternidad del señor

Así la negativa de la madre, en representación de su hijo menor de edad, a que este se someta a la prueba científica de A.D.N. obra concluyente a favor de no admitir la existencia de vínculo biológico con el tenido como padre, no obstante este haberlo reconocido voluntariamente cuatro años ha.

IX. Por otro lado, esta Cámara considera precisar sobre el llamado "interés actual" que se refiere al Art. 156 C.F., el que para la Jueza a quo no llegó a demostrarse, amén que respecto al mismo el abogado de la demandante señora

nada pudo agregar al punto

La disposición de mentas señala que "el reconocimiento voluntario de paternidad podrá ser impugnada por el hijo, por los ascendientes del padre y por los que tuvieren interés actual, probando que el hijo no ha podido tener por padre al reconociente. Con relación al hijo la acción es imprescriptible".

No cabe duda alguna respecto a la legitimación del hijo, quien por su derecho propio tiene derecho a saber quienes son sus padres (Arts. 203, ordinal 1 C.F. y 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño); se ha autorizado a los ascendientes del reconociente "en virtud del principio de igualdad de los hijos, (pues) el hijo fuera de matrimonio por el reconocimiento entra a formar parte de la familia del reconociente en igualdad de derechos que el hijo matrimonial, de donde surge el interés del ascendiente de evitar la introducción en su familia de un hijo cuya filiación cree dudosa" (COMISION COORDINADORA PARA EL SECTOR JUSTICIA, documento base y exposición de motivos del código de Familia, tomo II San Salvador, 1994 Pág. 569) y por último, en la categoría de los otros interesados concurren los otros hijos del padre; sus legatarios o donatarios; quien se diga ser el verdadero padre (ver antecedente jurisprudencial 38-A-98, de fecha veintiséis de marzo del año en referencia, sobre impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad) o madre; y todos aquellos que invoquen un interés legítimo merecedor de tutela legal, como los herederos del reconociente y del reconocido (ZANNONI, E.A., ob. Cit, Pág.480),

estando los primeros “legitimados en defensa de su llamamiento a la herencia provocada por la muerte del reconociente....Dentro de los herederos, aun cuando no hay interés pecuniario, se hallan los componentes de la familia matrimonial del reconociente, que evidentemente tienen un interés moral” (LOPEZ DEL CARRIL, Julio., La Filiación y la Ley 23. 264, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., Arg., 1987, Pág. 404-405), debiéndose acotar que entre ellos concurre su conyuge, “cuyo interes moral aparece cuanto mas proximo sea el grado de parentesco y cuyo interes material tiene carácter eventual y se relaciona con la posibilidad de recibir la herencia. La acción, sin embargo, les corresponde a titulo propio y no hereditario, por eso pueden ejercerla en vida del autor del reconocimiento (MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Derecho de Familia, Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., Arg., Pág. 313). Las bastardillas nos pertenecen.

Por estas consideraciones doctrinarias, procede entender a la actual esposa del reconecedor como legitimada en pretender la impugnación que autoriza al Art. 156 C.F..

X. Por ultimo u no por eso menos importante, esta Cámara conviene valorar la actitud mostrada por la señora \_\_\_\_\_, quien en la calidad de representante legal de su hijo \_\_\_\_\_ ciertamente ha entorpecido con su negativa a asistir a la toma de muestras sanguíneas para el examen de A.D.N., el derecho que tiene el niño a conocer quien son sus padres. Arts. 203, ordinal 1° y 351, ordinal 4°, C.F. y 7.1, Convención sobre los Derechos del Niño.

En este aspecto bien ha de señalarse que el caso de los menores de edad, lo que se procura es evitar los efectos de su falta de un adecuado discernimiento en la producción de actos con trascendencia jurídica, mediante la representación de sus padres, como parte del ejercicio de la autoridad parental dispuesto en el Art. 223 C.F.; por lo que la ley privilegia claramente su interés superior, el que en verdad no debe confundirse con el interés que tengan sus representantes, cuyas atribuciones no llegan a reemplazar la voluntad del niño en la producción de actos como los personalísimos. Así, incluso, el Art. 224 C.F. autoriza la representación por el Procurador General de la Republica, cuando existieren intereses contrapuestos entre padres y el hijo.

La convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres (Art. 7.1) y dispone que los Estados Partes se comprometan a respetar el derecho del niño a preservar su identidad;

