

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



**PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO
E INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL
DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN A
LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006.

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

**PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO E INCORPORACIÓN
DEL INFORME PERICIAL DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN
A LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

TESIS

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

Por

HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2006.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE:	Lic. José Luis de León Melgar
VOCAL:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
SECRETARIA:	Licda. Ana Jesús Ayerdi Castillo

Segunda Fase:

PRESIDENTE:	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt
VOCAL:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
SECRETARIO:	Lic. Ileana Noemí Villatoro Ramírez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)



LICENCIADO

Pedro José Luis Marroquín Chinchilla

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 27 de julio del 2,006

Licenciado
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



En cumplimiento al nombramiento emitido por esta Unidad de Tesis, con fecha 24 de mayo del año en curso, he procedido a asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller **HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS**, intitulado, "**PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO DE INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN A LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**". Procedí conforme al requerimiento indicado, por lo que dicho tema reviste las características de importancia, en vista que en nuestro ordenamiento Procesal Civil y Mercantil, no existe regulado este novedoso medio de prueba; es por ello que la presente investigación se enmarca a explicar el procedimiento para diligenciar e incorporar el informe pericial de ADN, en los juicios de Paternidad y Filiación Extramatrimonial, en los Juzgados de Familia.

En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante puso de manifiesto su capacidad de investigación, utilizando en la elaboración del mismo, las técnicas y métodos de investigación usuales; aceptando las sugerencias que durante la asesoría le realicé. En este sentido, consideré necesario cambiar el título de la tesis, quedando el mismo como: "**PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO E INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN A LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**". Además, considero que el presente trabajo de tesis constituye un gran aporte a nuestra sociedad y a la comunidad jurídica.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo de la Bachiller **HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS**, satisface y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el reglamento para la elaboración de tesis; por ende, debe pasar a la fase de revisión, para posteriormente ser discutido en el Examen Público correspondiente.

Con muestra de mi estima, me suscribo del señor Coordinador, como su atento y seguro servidor.

Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Abogado y Notario
Colegiado No. 5,379


Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Abogado y Notario



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de agosto de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) RAMÓN ANTONIO TAGER LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS**, Intitulado: **"PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO E INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN A LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

LICENCIADO
Ramón Antonio Tager López
ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala
9 de agosto de 2006

Licenciado
MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala


Respetuosamente me dirijo a usted, manifestando que en cumplimiento al nombramiento emitido por esta Unidad de Tesis, con fecha 1 de agosto del año en curso, he procedido a revisar el trabajo de tesis de la estudiante HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS, intitulado, "PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO E INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN A LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL".

Procedí a examinar el trabajo de investigación realizado por la estudiante, al cual realicé algunas sugerencias que fueron aceptadas por la autora e incorporadas al texto. En el estudio del mismo, se obtuvo un excelente análisis de la situación actual en la legislación guatemalteca, en cuanto a la falta—en la legislación Procesal Civil—de las pruebas biológicas en nuestro ordenamiento y su debido diligenciamiento e incorporación a los Juicios de Filiación Extramatrimonial. Dicho tema reviste características de importancia, ya que este medio de prueba es el más certero para la comprobación de la paternidad.

Cabe señalar que la estudiante Delgado Castellanos, durante el desarrollo de su investigación, puso de manifiesto dedicación y especial interés en presentar un trabajo de alto nivel, dando como resultado información y criterios valiosos; así como conclusiones y recomendaciones acordes al trabajo realizado. El presente trabajo, sin duda, será de gran aporte al estudio del derecho.

Por lo anteriormente expuesto, **OPINO** que el trabajo de la estudiante **HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS**, satisface y reúne los requisitos de la fase de revisión tal y como lo establece el reglamento para la elaboración de tesis. Es por ello que me adhiero a la propuesta del Asesor de tesis, en el sentido de que se apruebe el presente trabajo, para que posteriormente sea discutido en el Examen Público correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo con las muestras más altas de consideración y respeto. Atentamente,


LIC. RAMÓN ANTONIO TAGER LÓPEZ
Colegiado No. 1535

RAMON ANTONIO TAGER LOPEZ
ABOGADO Y NOTARIO

6av. 9-51 Zona 9 Edificio Gran Vía
Telefax: 2434-9326 - 54044642 - 59188865 - 57047386
Guatemala, Centro América



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Guatemala, once de septiembre de dos mil seis -

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (la) estudiante **HEIDY PAMELA DELGADO CASTELLANOS**, titulado **PROCEDIMIENTO DE DILIGENCIAMIENTO E INCORPORACIÓN DEL INFORME PERICIAL DE PATERNIDAD EN BASE A COTEJO DE ADN A LOS JUICIOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**. Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh





DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme dado su salvación y por haberme permitido alcanzar la meta.
- A MIS PADRES: Lic. Ariel E. Delgado Girón y Licda. María Eugenia Castellanos Cruz; a quienes agradezco su amor, guía, paciencia y ejemplo; los amo.
- A MI HERMANITO: Jhon, te quiero dar gracias porque siempre has sido paciente conmigo, te quiero y gracias por ser mi amigo.
- A MI CUÑADA Y SOBRINOS: Gaby, gracias por ser como la hermana que no tuve. Francesca y Diego Emilio gracias por alegrar mi vida y por permitirme ser su tía Pam.
- A MI ABUELITO: Álvaro Castellanos Moreira, espero que se sienta orgulloso de mí.
- A MIS TÍOS Y PRIMOS: Quiero agradecerles por el apoyo que siempre me han brindado y por el cariño que me tienen.
- A: Los miembros de Inmobiliaria JECO, S. A. por su compañerismo y aprecio.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, mi Alma Mater.
- A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; en especial, al Coordinador de la Jornada Matutina.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. El ácido desoxirribonucleico (ADN).....	1
1.1 Antecedentes históricos.....	1
1.2 Concepto de ácido desoxirribonucleico (ADN).....	2
1.2.1 Replicación del ADN.....	2
1.2.2 Clases de ADN.....	3
1.2.3 Mitosis.....	5
1.2.4 Meiosis.....	6
1.2.5 Núcleo celular.....	7
1.2.6 El fenotipo y el genotipo.....	8
1.2.7 Las leyes de Mendel.....	9
1.3 Herramientas de la genética molecular.....	11
1.4 Polimorfismo del ADN como base de la identidad genética.....	12
1.4.1 Origen del polimorfismo.....	12
1.4.2 Mutaciones del ADN.....	13
1.4.3 Probable origen del polimorfismo.....	14
1.5 Aspectos poblacionales de la prueba del ADN.....	15
1.5.1 Genética poblacional.....	16
1.5.2 Cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad.....	16
1.5.3 Población de referencia.....	18



CAPÍTULO II

2. Paternidad y filiación.....	21
2.1 Concepto de filiación.....	21
2.2 Clasificación de las relaciones de filiación.....	22
2.2.1 Paternidad y filiación matrimonial.....	22
2.2.2 Paternidad y filiación extramatrimonial.....	25
2.3 Formas de reconocimiento de la filiación extramatrimonial.....	25
2.3.1 Reconocimiento voluntario.....	26
2.3.2 Reconocimiento forzoso o judicial.....	28

CAPÍTULO III

3. La prueba.....	31
3.1 Concepto de prueba.....	31
3.2 Objeto de la prueba.....	32
3.2.1 Pertinencia y admisibilidad de la prueba.....	35
3.3 Carga de la prueba.....	36
3.4 Procedimiento probatorio.....	38
3.4.1 Ofrecimiento de la prueba.....	39
3.4.2 Petitorios o petición de la prueba.....	39
3.4.3 Diligenciamiento de la prueba.....	40

CAPÍTULO IV

4. El dictamen de expertos como medio de prueba.....	43
4.1 Necesidad de la prueba pericial.....	43
4.2 Concepto del perito.....	43
4.3 Procedencia.....	44



4.4	Objeto de la pericia.....	44
4.5	Proposición de peritos.....	45
4.6	Designación de los peritos.....	46
4.7	Facultades de los peritos.....	49
4.8	Responsabilidades de los peritos.....	49
4.9	Dictamen.....	51
4.10	Valor probatorio.....	53
4.11	Honorarios de los expertos.....	53

CAPÍTULO V

5.	Valoración de la prueba.....	55
5.1	Concepto de valoración.....	55
5.2	Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de la prueba.....	55
5.3	Disponibilidad de los medios de prueba.....	57
5.4	Ordenación lógica de los medios de prueba.....	58
5.5	Eficacia de los medios de prueba.....	60
5.6	Sistemas de valoración de la prueba.....	60
5.6.1	Prueba legal.....	61
5.6.2	Sana crítica.....	61
5.6.3	Libre convicción.....	63

CAPÍTULO VI

6.	Procedimiento de diligenciamiento e incorporación del informe pericial de paternidad en base a cotejo de ADN a los juicios de filiación extramatrimonial.....	65
----	---	----



6.1	El impacto de las pruebas biológicas en la inclusión o exclusión de la paternidad y la identidad biológica.....	65
6.2	Proposición de la prueba pericial.....	69
6.3	Procedimiento para el nombramiento de los expertos.....	71
6.4	Exámenes biológicos.....	72
	6.4.1 Judicial.....	72
	6.4.2 Extrajudicial.....	72
6.5	Informe pericial y sus requisitos.....	73
6.6	Valoración de la prueba pericial de ADN.....	76
6.7	Fiabilidad de los análisis.....	79
6.8	Voluntariedad u obligatoriedad al sometimiento de las pruebas.....	80
6.9	Archivo de resultados y creación de bancos de datos genéticos....	84
6.10	Derecho a la identidad o verdad biológica.....	84
	CONCLUSIONES	87
	RECOMENDACIONES	91
	BIBLIOGRAFÍA	93



INTRODUCCIÓN

En la actualidad en Guatemala, la falta de aceptación expresa de las denominadas pruebas biológicas para la determinación de la paternidad (o maternidad) imposibilita que en los juicios de filiación extramatrimonial, los juzgados o las partes puedan recurrir a la práctica de pruebas periciales de carácter científico que se pronuncian directamente sobre la existencia o no del vínculo biológico alegado.

Si bien es cierto que en Guatemala ya contamos con laboratorios que cuentan con profesionales especializados para practicar exámenes de ADN, éstos—al rendir sus informes—encuentran una serie de obstáculos que impiden que los mismos puedan ser tomados por ciertos y produzcan plena prueba dentro de los juicios de filiación.

Por estas razones, a continuación considero que es de importancia, abordar el tema acerca del impacto que implica la inclusión de la prueba de ADN a los juicios de filiación y lo relativo a las repercusiones de su inclusión, en la labor judicial.

En el I Capítulo del presente trabajo se explica brevemente y en lenguaje accesible, los antecedentes históricos y situación actual de la prueba de ADN. En el II Capítulo, abordo lo relativo a la filiación, la paternidad y la clasificación de las relaciones de filiación—matrimonial y extramatrimonial. En el III Capítulo se desarrolla lo concerniente a la prueba, objeto de la prueba, pertinencia y admisibilidad de la prueba, carga de la prueba y el procedimiento probatorio.

En el IV Capítulo se establece lo relativo al dictamen de expertos y la importancia que reviste este medio probatorio, ya que nace de la necesidad de que en determinadas circunstancias, los jueces pueden encontrarse ante situaciones cuya apreciación requiera del auxilio de personas que poseen



conocimientos especiales, sin los cuales la comprobación de los hechos o la fijación de sus causas y efectos resulta imposible.

En el Capítulo V, se hace referencia a la valoración de la prueba y todo lo relativo a las normas que regulan la apreciación de la prueba, la disponibilidad de los medios de prueba, la eficacia de los medios de prueba y los sistemas de valoración de la prueba.

Para concluir, en el Capítulo VI, se da la opinión acerca del procedimiento adecuado para diligenciar e incorporar el informe pericial de paternidad en base a cotejo de ADN a los juicios de filiación extramatrimonial. El objeto de este capítulo es que al establecerse un procedimiento específico y se dé el reconocimiento a las entidades idóneas para la realización de los exámenes de ADN, se ayude a los jueces y a los interesados en conocer su verdad biológica, para que ya no existan obstáculos en la proposición y sometimiento a la prueba de paternidad y no sea infructuosa la práctica de esta prueba y su posterior valoración.

Es mi deseo que el presente trabajo, sea un pequeño aporte a la sociedad y a la comunidad jurídica. No olvidemos que el progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la Ciencia y, negarlo, significaría negar el fin de la Ciencia y el fin del derecho.



CAPÍTULO I

1. El ácido desoxirribonucleico (ADN)

1.1. Antecedentes históricos

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

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

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

La estructura del ADN fue establecida en 1953 por Watson y Crick, los cuales fueron galardonados por este descubrimiento tan trascendental con el premio Nobel de medicina en 1962.¹

¹ Chieri, Primarosa, **Prueba del ADN**, pág. 5.



1.2. Concepto de ácido desoxirribonucleico (ADN)

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

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

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

1.2.1 Replicación del ADN

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



1.2.2 Clases de ADN

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

Comúnmente, su estructura tridimensional posee giro hacia la derecha (β -ADN, dextrogiro) que es la forma más estable y ocasionalmente posee giro hacia la izquierda (α -ADN, levógiro). Acorde a las evidencias, sólo una pequeña parte del ADN constituye genes (menos del 10%).

Existen diferente tipos que los podemos dividir en:

- ADN de copia única: (el 57% del total) formados por segmentos de aproximadamente 1000 pares de nucleótidos de longitud, una pequeña parte de este ADN contiene los genes.
- ADN repetitivo: (el 20%) son unidades de aproximadamente 300 pares de nucleótidos que se repiten en el genoma unas 10^5 veces (unidades de repetición). Se intercalan con el ADN de copia única.
- ADN satélite: altamente repetitivo, 28% son unidades cortas de pares de nucleótidos que se repiten en el genoma. Son característicos en cada especie y pueden ser separados por centrifugación. Constituyen la heterocromatina y no se le conoce función.

Las bases nitrogenadas son anillos heterocíclicos compuestos—además del carbono e hidrógeno—por nitrógeno.



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

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

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

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

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

El núcleo dirige las actividades de la célula y en él tienen lugar procesos tan importantes como la autoduplicación del ADN o replicación, antes de comenzar la división celular, y la transcripción o producción de los distintos tipos de ARN, que servirán para la síntesis de proteínas.



La molécula de ADN está constituida por dos largas cadenas de nucleótidos unidas entre sí formando una doble hélice. Las dos cadenas de nucleótidos que constituyen una molécula de ADN, se mantienen unidas entre sí porque se forman enlaces entre las bases nitrogenadas de ambas cadenas que quedan enfrentadas. La unión de las bases se realiza mediante puentes de hidrógeno, y este apareamiento está condicionado químicamente de tal forma que la adenina (A) sólo se puede unir con la timina (T) y la guanina (G) con la citosina (C).

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

1.2.3 Mitosis

Es la división celular que consiste en que a partir de una célula se obtienen dos células hijas, genéticamente idénticas a la madre. Se produce en cualquier célula eucarionte, ya sea diploide o haploide y como mantiene invariable el número de cromosomas, las células hijas resultarán diploides, si la madre era diploide o haploide.

La división del citoplasma se llama citocinesis, y la división del núcleo, cariocinesis. Algunas células no realizan mitosis y permanecen en un estado interfásico, pero otras la realizan frecuentemente (células embrionarias, células de zonas de crecimiento, células de tejidos sujetos a desgaste).



Su función es la de darle el crecimiento y desarrollo al organismo multicelular y la regeneración de tejidos expuestos a destrucción de células. En los organismos unicelulares, cumple la función de reproducción asexual.

Cada mitosis está precedida por una interfase, donde se produce la duplicación del material genético. Actúa como un mecanismo que asegura que cada célula hija reciba la misma información genética.

Las etapas de la mitosis son: profase, pro-metafase, metafase, anafase y telofase. El resultado de una división mitótica es la obtención de dos células hijas con igual carga cromosómica; o sea, de una célula diploide con su carga cromosómica diploide se obtienen dos células hijas también diploides. Siguiendo el principio de que los cromosomas hermanos (homólogos) no pueden ir a un mismo polo, se distribuyen aleatoriamente.

1.2.4 Meiosis

Las células germinales humanas contienen un complemento haploide del número cromosómico; o sea, de 23 cromosomas, restableciéndose el número diploide cuando se une un óvulo con un espermatozoide para formar una cigota.

El punto fundamental no es solamente la reducción del número de los cromosomas, sino que además se combina con un proceso que tiene como objetivo recombinar el futuro material genético para la descendencia, a través de la separación y la recombinación de los cromosomas homólogos.

La meiosis puede dividirse en dos estadios:

- *Meiosis I*: en ésta el número diploide de 46 cromosomas de la célula de un progenitor se replica al igual que en la mitosis, pero las cromátidas hermanas no se separan. A partir de aquí, los cromosomas homólogos



duplicados se alinean en pares y forman puentes que se denominan *quiasmas*. De esta manera intercambian material genético entre las cromátidas no hermanas, en un proceso que se denomina *crossing over*. Al final de esta fase de la meiosis I, los cromosomas se dirigen a los polos opuestos, donde las cromátidas hermanas se separan en la *meiosis II*.

- *Meiosis II*: ésta es el resultado de un grupo de 23 cromosomas por cada célula germinal (óvulo o espermatozoide), en donde cada cromosoma es una especie de obra de dos cromosomas paternos y donde cada célula acarrea una permutación al azar del complemento de los progenitores.

Las células germinales son originadas siempre a partir de un tipo especial de división celular—la meiosis—de las células madres en las gónadas (testículos y ovarios, respectivamente) y pasan de una dotación cromosómica de 23 pares (diploide) a una dotación haploide, formada por 23 cromosomas correspondientes a un único ejemplar de cada uno de los 23 pares. Cada par aportará indistintamente uno u otro de sus dos cromosomas.

1.2.5 Núcleo celular

Es un corpúsculo contenido en el citoplasma de las células animales y vegetales, que contiene los cromosomas y es el centro de información que dirige la síntesis proteica. Su forma es variable (redondo, oval o elíptico, etc.), su volumen es relativo (pero la relación núcleo-citoplasma es constante). Ocupa una posición central en la célula (en general), pero puede estar situado parietalmente.

En todas las células existe un núcleo, pero también hay células binucleadas y plurinucleadas. El núcleo se halla rodeado por una membrana nuclear atravesada por poros. Los núcleos presentan un doble aspecto según se hallen en reposo o en etapa de división celular. En período de reposo se observan en su interior



nucleolos. Su composición química es compleja (proteínas, lípidos, compuestos inorgánicos, ADN, ARN, protaminas e histonas).

En su interior se encuentran los cromosomas, que contienen el material genético responsable del funcionamiento celular y de la transmisión de los caracteres que se heredan.

El núcleo de las células eucarióticas es una estructura discreta que contiene los cromosomas, recipientes de la dotación genética de la célula. Está separado del resto de la célula por una membrana nuclear de doble capa y contiene un material llamado nucléoplasma. La membrana nuclear está perforada por poros que permiten el intercambio de material celular entre nucléoplasma y citoplasma. El núcleo es un orgánulo característico de las células eucariota. El material genético de la célula se encuentra dentro del núcleo en forma de cromatina.

1.2.6 El fenotipo y el genotipo²

El conjunto de caracteres aparentes que permiten reconocer a un individuo constituye el fenotipo. Este término se aplica tanto a los caracteres morfológicos (como las proteínas, grupos sanguíneos, tipos de hemoglobinas, color de los ojos, del pelo, etc.), como a los fisiológicos o los del comportamiento.

La capacidad de realizar un fenotipo dado, reside en el programa—en la “información genética” que se transmite de una generación a la siguiente.

Se llama *genotipo* a la información genética que codifica para un determinado fenotipo. Sin embargo, el medio (el ambiente materno durante el desarrollo embrionario, la nutrición y otros factores ambientales a los que el individuo está

² **Ibid**, págs. 22 a 29.



expuesto permanentemente) puede modificar la expresión del genotipo y—por lo tanto—el fenotipo de un sujeto.

Entonces, el *fenotipo* es el resultado de las interacciones entre el programa hereditario y el medio ambiente.

Para determinar el índice de paternidad, es necesario saber con qué frecuencia se da el fenotipo, expresión visible de las combinaciones de genes de los haplotipos, en la población.

1.2.7 Las leyes de Mendel

La idea acerca de cuál era el papel biológico de los machos y de las hembras es tan antigua como la misma humanidad. Desde los tiempos más remotos los hombres observaron que tanto los machos como las hembras eran necesarios para producir hijos, a los que transmitían características propias tales como la forma del lóbulo de la oreja, la nariz grande o pequeña, etcétera. En algunas ocasiones, ciertas características familiares se reiteraron a lo largo de muchas generaciones.

Sin embargo, cómo opera el mecanismo de la herencia es un proceso que comenzó a conocerse en una época relativamente reciente. Casi simultáneamente con la publicación de Darwin sobre el “Origen de las especies”, un monje austriaco llamado Gregorio Mendel—en sus ratos libres como abad del monasterio—realizaba una serie de experimentos que llevarían finalmente a entender los mecanismos de la herencia . . . el trabajo de Mendel marcó el comienzo de la genética moderna.

Él logró demostrar que las características hereditarias eran llevadas en unidades que denominó “elemente” y que, actualmente, conocemos como “genes”.



Ahora se sabe que cualquier gen dado, puede existir en diversas formas y éstas se conocen como “alelos” y son representados con letras.

Las leyes de Mendel demuestran que los genotipos de una misma familia guardan más relación entre sí que con el resto de la población. Así, padres e hijos comparten un alelo en cada *locus* cromosómico; los hermanos, en promedio, tienen un alelo idéntico por *locus* y los nietos con sus abuelos, comparten 0.5 alelo por *locus*. La probabilidad de que familiares consanguíneos compartan un mismo perfil de ADN es mucho mayor que la de una población tomada al azar.

La hipótesis de que cada individuo lleva un par de factores para cada característica y que los miembros del par se segregan o separan durante la formación de los gametos, se conoce como primera Ley de Mendel o principio de la segregación.

- **Ley de la segregación**

Ésta establece que los genes se encuentran en pares en los individuos, pero en la formación de los gametos cada gen se separa del otro miembro del par y pasa a un gameto diferente . . . de modo que cada gameto tiene uno y sólo uno de cada tipo de gen.

Otro principio formulado por Mendel, establece que cuando se forman los gametos, los alelos del gen para una característica dada se segregan independientemente de los alelos del gen para otra característica dada.

- **Ley de la segregación independiente**

Los miembros de un par de genes se separan o se segregan de cada uno de los otros en la meiosis con independencia de lo que hagan otros pares, de modo



que se reparten al azar en el gameto resultante—no es aplicable esta ley, si los dos pares están situados en el mismo cromosoma.

Otro de los méritos de Mendel fue aplicar al estudio de la herencia, las matemáticas. De este modo, estaba declarando que las leyes de la probabilidad son aplicables a la biología, al igual que como se aplican a la física.

1.3. Herramientas de la genética molecular

Las herramientas de la genética molecular son cada vez más complejas y numerosas. El ADN puede obtenerse de cualquier célula: sangre, piel, pelo, semen, huesos, etc. Las técnicas para su aislamiento son bastante semejantes a las empleadas para cualquier tipo de célula o muestra que se quiera investigar. Esto dependerá de la antigüedad del material y de cómo se halle conservado la calidad del ADN obtenido.

Frecuentemente, en muestras muy antiguas el ADN está bastante degradado, razón por la cual presenta un menor peso molecular. Sin embargo, a pesar de estos inconvenientes se ha podido aislar ADN de especímenes históricos conservados en formol y en momias egipcias de más de 5,000 años de antigüedad.³

Los procedimientos comúnmente utilizados rompen las células por diferentes métodos y mediante la incubación con una proteinasa, donde se produce la digestión de las proteínas unidas al ADN, se separan el ADN y el ARN del resto de los elementos celulares con una extracción fenólica.

Los ácidos nucleicos se distinguen de las restantes sustancias químicas, en que no se disuelven con el fenol. De este modo, al ser centrifugadas, las proteínas y las grasas permanecen en el fenol mientras que el ADN y el ARN

³ *Ibid.*



permanecen en la fase acuosa. El ARN contaminante puede eliminarse mediante el tratamiento con una enzima—la RNAsa.

La concentración del ADN obtenido, se mide mediante espectrofotometría, que absorbe la luz a una longitud máxima de onda de 256 nm. Una solución de ADN de un mg/ml a 256 nm (nanómetros) tiene una densidad óptica de dos OD (optical density), cantidad suficiente para llevar a cabo numerosas determinaciones, si se utiliza la técnica southern blot, que exige tener una importante cantidad del mismo.

En cambio, las células provenientes de sangre, hisopados bucales o tejidos blandos pueden romperse tratándolas con chelex 100 al cinco por ciento (resina quelante). Las muestras de ADN obtenidas de este modo deben ser utilizadas solamente con la tecnología de PCR debido a que el ADN genómico sufre rupturas—aunque sin que se pierda durante el procedimiento, información genética.

1.4 Polimorfismo del ADN como base de la identidad genética

1.4.1. Origen del polimorfismo

En la naturaleza, la mayoría de los organismos de una misma especie difieren en algunos aspectos; estas pequeñas o grandes diferencias se hallan genéticamente determinadas y se denominan polimorfismos.

En los organismos perfectamente adaptados a su ambiente, cualquier mutación génica será desfavorable y tenderá a ser eliminada. Sin embargo, si la mutación es ventajosa y coincide con un cambio del medio ambiente, es estas circunstancias se multiplicará y llegará a extenderse de tal modo que podrá llegar a suplantarse por completo el alelo que existía previamente a que ocurriera el cambio ambiental.



Estos fenómenos son los que dan lugar a los polimorfismos o a los también denominados sistemas polimórficos.

El polimorfismo genético es aquel carácter transmitido en forma mendeliana que existe en una población determinada y presenta como mínimo dos alelos, en donde el alelo que se presenta con la menor frecuencia es superior o igual al 1%.

Puede darse a distintos niveles como:⁴

- En los organismos (fenotipo): son los rasgos faciales, el color de los ojos, pigmentación de la piel, etcétera. Los genes que determinaron estos rasgos son el resultado de la adaptación a las diferentes condiciones climáticas y geográficas a partir de la migración del hombre desde África hacia los demás continentes.
- En diversas sustancias como las proteínas o los grupos sanguíneos—polimorfismo químico.
- En la morfología de los cromosomas—polimorfismo cromosómico.
- A nivel del ADN diferencia de nucleótidos—polimorfismo del ADN. Si se produce un cambio en un codón del ADN, en este lugar se incorporará un aminoácido diferente.

1.4.2. Mutaciones del ADN

Cualquier cambio en una secuencia de la molécula del ADN constituye una mutación. Si bien ya hemos hecho mención al respecto, es importante tener presente este mecanismo incesante que actúa permanentemente en todos los

⁴ **Ibid**, págs. 44 a 54.



organismos biológicos, para comprender cómo tienen lugar las variantes que son la base de los estudios de identidad biológica de las personas.

Cada vez que las células se dividen, la información genética que las caracteriza pasa a las células hijas donde cada cadena del ADN sirve de molde para la síntesis de otra cadena, que será complementaria. Este mecanismo de replicación es complejo y está regulado por un conjunto de enzimas dentro de las cuales la ADN polimerasa juega el rol fundamental.

Si bien es cierto que este proceso se realiza a una velocidad vertiginosa—aproximadamente 30 pares de bases por segundo—el mismo es sumamente preciso.

Con respecto a las mutaciones, es importante tener en cuenta el hecho de que para que una de ellas sobreviva, debe pasar el test de selección. Generalmente, la replicación del ADN es exacta, pero cualquier error—por más pequeño que sea y siempre que tenga lugar en las células germinales—se copiará generación tras generación.

1.4.3. Probable origen del polimorfismo

Al respecto, el debate científico ha sido continuo y se ha centrado desde hace mucho en dos planteos:

- Que nuestro diagrama genético se habría ido configurando a través de la selección natural, favoreciendo los alelos beneficiosos y eliminando los desfavorables.
- Las mutaciones fueron en su gran mayoría neutras y se acumularon por la deriva genética.



Es necesaria una pequeña descripción de la teoría evolutiva, para comprender cuáles son los mecanismos moleculares que dieron lugar al material genético que actualmente se investiga para determinar la identidad genética.

Desde un punto de vista evolutivo, interesan las mutaciones que se heredan. Ellas son las que sobrevivieron en el tiempo y determinaron las características genéticas de las especies, poblaciones y de los individuos.

Cuando el entrecruzamiento se hace al azar y la población en estudio es suficientemente grande, cada nueva mutación se evidenciará exclusivamente en los heterocigotas y sólo la heredará la mitad de su descendencia.

En conclusión, las mutaciones representan la fuente para el trabajo de la evolución, si bien otros mecanismos son necesarios para explicar la diversidad genética que se mantiene hasta nuestros días.

1.5 Aspectos poblacionales de la prueba del ADN

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

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

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



1.5.1. Genética poblacional

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

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

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

1.5.2. Cálculo de la probabilidad en la prueba biológica de la paternidad

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

- **Práctica de la prueba**

La prueba biológica de la paternidad se realiza analizando los marcadores genéticos moleculares que son polimórficos y de herencia mendeliana simple, en



donde, para cada marcador, todos los individuos poseemos dos alelos: uno heredados de la madre y el otro del padre.

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

- **Interpretación de la prueba**

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

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

Varias jurisprudencias europeas han tomando en cuenta lo elaborado por Hummel, elaborando una escala compuesta de distintos niveles de probabilidades, determinados por un porcentaje expresado en números. Dicha escala es la siguiente:⁵

- Valor de probabilidad de 99.73% a 99.99% = paternidad prácticamente acreditada
- Valor de probabilidad de 99.0% a 99.72% = paternidad altamente probable
- Valor de probabilidad de 95.0% a 98.9% = paternidad muy probable
- Valor de probabilidad 90.0% a 94.9% = paternidad probable

⁵ Rev. Derecho (Valdivia) v.9 n.1 Valdivia dic. 1998



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

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

- En el ámbito de un punto porcentual de 98.9% a 99.9%, se ha otorgado tres gradaciones al valor de probabilidad: paternidad prácticamente acreditada, altamente probable y muy probable; con ello se expresa, que cada centésima juega un papel determinante en el valor probatorio del informe pericial.
- En un caso concreto, si el valor de probabilidad de una determinada prueba biológica es de 99.994%, significa que hay que contar con un margen de error de 0.006%. Esto implica que el juez se equivocaría en la decisión de establecer la paternidad de un hombre, una vez en 16,667 oportunidades.
- Valores de probabilidad de paternidad inferiores al 90% no son considerados en la tabla; por lo tanto, en estos casos el juez ni siquiera podría considerar la paternidad como “probable”.

1.5.3. Población de referencia

Para poder realizar los cálculos correctos y precisos de la probabilidad de paternidad, se deben conocer: la probabilidad de que ese hijo provenga de la pareja en cuestión y la probabilidad de que ese hijo provenga de la madre. Este parámetro depende de la probabilidad con la que un hombre al azar de la población le haya transmitido los alelos no transmitidos por la madre.



Existen distintos criterios relacionados con el uso de las frecuencias de poblaciones para realizar el cálculo estadístico de la probabilidad de paternidad. De no existir una indicación específica dada por el juez, el perito determinará qué frecuencia poblacional tomará en cuenta para el estudio en particular—ya sea la del área local, la población autóctona o la población en general.



CAPÍTULO II

2. Paternidad y filiación

2.1 Concepto de filiación

En un sentido muy amplio, la filiación puede significar la descendencia en línea directa; en sentido jurídico tiene un significado más restringido, que equivale a la relación inmediata del padre o madre con el hijo. De aquí que la relación de filiación se denomine “paternidad” o “maternidad”, según se trate del padre o de la madre.

Espín Canovas define la filiación como: “la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra.”⁶ El autor Puig Peña define la filiación como: “un estado que supone una investidura legal, asentado en la relación natural de la procreación”. La filiación es una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados.⁷

De acuerdo a las anteriores definiciones, podemos observar en las mismas un doble elemento, maternidad y paternidad.

- **La maternidad**

Es aquella que resulta del hecho del parto de una mujer y de la identidad del nacido de aquel parto con el que pretende demostrar su relación de filiación respecto a la misma.

⁶ Espín Canovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, pág. 295.

⁷ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 360.



- **La paternidad**

Es la calidad de padre o el hecho de tener un vínculo natural, legal y moral que lo une a éste con su hijo.

Entonces podemos afirmar que maternidad y paternidad son los dos elementos en que se basa la relación de filiación.

2.2 Clasificación de las relaciones de filiación

2.2.1. Paternidad y filiación matrimonial

También denominada filiación legítima, es la procedente o procreada dentro del matrimonio. Es la que se basa en la concepción dentro del matrimonio. Según el Código Civil, el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque este sea declarado insubsistente, nulo o anulable.

Asimismo, establece que se presume concebido durante el matrimonio:

- El hijo nacido después de 180 días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; y
- El hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo, ya sea por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.



No obstante, el nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio se presumirá hijo del marido si éste no impugna su paternidad; pero ésta no puede tener lugar:

- Si antes de la celebración del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez;
- Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento;
- Si por documento público o privado, el hijo hubiere sido reconocido.

Así, la filiación del hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio podrá ser impugnada por el marido, pero tanto el hijo y la madre tienen también el derecho de justificar la paternidad de aquél.

El Código Civil, en su Artículo 203, establece que el marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio, alegando el adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido—salvo que se le haya ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso sí podrá negar la paternidad, probando todos los hechos que justifiquen la impugnación.

Si al marido se le hubiere declarado en estado de interdicción, podrá ejercitar ese derecho su representante legal.

En todos los casos anteriormente indicados, en los que procede la impugnación, la acción del marido—negando la paternidad del hijo nacido de su cónyuge—deberá intentarse judicialmente, dentro de 60 días contados desde la fecha del nacimiento, si está presente; desde el día en que regresó a la residencia de su cónyuge, si estaba ausente; o desde el día en que descubrió el hecho, si se le ocultó el nacimiento.



Los herederos del marido sólo podrán continuar la acción de impugnación de la paternidad iniciada por él, pero únicamente podrán ejercer este derecho dentro de 60 días contados desde la muerte de éste. Asimismo, podrán impugnarla si el hijo fuere póstumo o si el presunto padre hubiere fallecido antes de que transcurriera el plazo anteriormente indicado.

Los herederos deberán iniciarla dentro de los 60 días, contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.

En caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté encinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de 90 días contados desde su separación o divorcio. Asimismo, si la mujer quedare encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente—dentro del mismo término—a fin de que se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación.

Si disuelto un matrimonio, la mujer contrajere nuevas nupcias, dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la disolución, el hijo que naciere dentro de los 180 días de celebrado el segundo matrimonio, se presume concebido en el primero.

Se presume concebido en el segundo matrimonio, el hijo que naciere después de los 180 días de su celebración, aunque se esté dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio. Contra estas presunciones es admisible la prueba que establezca que haya sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en ese período de tiempo—por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia.

En todo juicio de filiación será parte la madre, si viviere.



2.2.2. Paternidad y filiación extramatrimonial

También denominada filiación ilegítima, es aquella que se produce cuando la paternidad se deriva de una unión no matrimonial.

Dentro de la filiación ilegítima o extramatrimonial existen dos diferencias, según que proceda de uniones entre personas no unidas en matrimonio, pero que podían haber estado casadas—*filiación ilegítima natural*—o que procedan de personas que ni estaban casadas ni podían haberlo estado por la existencia de algún impedimento para contraer matrimonio—*filiación ilegítima no natural*.

Sin embargo, tanto la Constitución Política de la República de Guatemala, como el Código Civil garantizan la igualdad de derechos de los hijos; ya sea de los procreados dentro del matrimonio o fuera de él, pero para que los nacidos fuera del matrimonio puedan vivir en el hogar conyugal, se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.

2.3 Formas de reconocimiento de la filiación extramatrimonial

Puig Peña expresa que reconocimiento: “es aquella declaración hecha por ambos padres (o por uno de ellos aisladamente), por cuya virtud acreditan que una persona es hija suya; siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por las leyes”.⁸

El Código Civil en el Artículo 210 regula lo concerniente al reconocimiento hecho por el padre y establece que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento.

⁸ Ibid, pág. 370



Sin embargo, respecto al padre, se establece y prueba por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad.

2.3.1. Reconocimiento voluntario

Por el reconocimiento voluntario, una persona manifiesta ser padre o madre de otra; o bien, conjuntamente el padre y la madre reconocen al hijo como suyo.

El reconocimiento voluntario tiene lugar cuando el padre o la madre, de manera conjunta o separada, hacen constar en documento público que han tenido un hijo fuera de matrimonio, designándole como tal.

El Código Civil establece que los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente. Sin embargo, el reconocimiento hecho por uno solo de los padres, sólo produce efecto respecto de él.

El padre o la madre que no intervino en el acto, el propio hijo o un tercero interesado legítimamente, puede impugnar el reconocimiento, dentro de seis meses a contar del día en que tan hecho fuere conocido por ellos.

Si el hijo fuere menor de edad, puede contradecir el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría.

No obstante, cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no están obligados a revelar el nombre de la persona con quien hubieren tenido el hijo.

En caso de muerte o incapacidad del padre o madre, el hijo puede ser reconocido por el abuelo paterno o el materno. Si el incapaz recobrar la salud, podrá impugnar el reconocimiento dentro del año siguiente al día en que tenga conocimiento de este hecho.



El varón menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento de las personas que ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela; a falta de éstas, no podrá sin la autorización judicial respectiva.

En cambio, la mujer mayor de catorce años, sí tiene la capacidad civil necesaria para reconocer a sus hijos—sin la necesidad de obtener ninguna de las formas de consentimiento mencionadas en el párrafo anterior.

El reconocimiento voluntario puede hacerse:

- En la partida de nacimiento, por comparecencia ante el registrador civil
- Por acta especial ante el mismo registrador
- Por escritura pública
- Por testamento
- Por confesión judicial: esta confesión puede producirse al contestarse la demanda, al absolverse posiciones o por acta levantada ante una autoridad judicial.

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

El reconocimiento no es revocable por quien lo hizo. Si se ha hecho en testamento y éste es revocado, no se tiene por revocado el reconocimiento. Tampoco puede sujetarse a ninguna modalidad.

Es válido el reconocimiento que se hace por medio de testamento, aunque sea declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales que no hubieran anulado el acto si sólo se hubiera otorgado el reconocimiento.



2.3.2. Reconocimiento forzoso o judicial

El reconocimiento forzoso es aquel que se produce cuando, a petición del hijo, y en los casos determinados en la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los progenitores.

El Artículo 220 del Código Civil establece que el hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir que judicialmente se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él. Los herederos del hijo pueden proseguir la acción que éste dejare iniciada al tiempo de su fallecimiento o intentarla si el hijo falleciere durante su menor edad o si hubiere adolecido de incapacidad y muriere en ese estado.

En el Artículo 221 del mismo cuerpo legal se establecen los casos en que puede ser declarada judicialmente la paternidad, siendo los mismos:

1. Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca.
2. Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre.

Posesión notoria de estado, es el hecho de que pública y constantemente, ante las relaciones sociales y familiares, se le acredite un derecho o una calidad a una persona que no la poseía.

Para que haya posesión notoria de estado se requiere que el presunto hijo haya sido tratado como tal por sus padres o los familiares de éstos y que, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

- Que hayan proveído a su subsistencia y educación;
- Que el hijo haya usado, constante y públicamente, el apellido del padre; y



- Que el hijo haya sido presentado como tal en las relaciones sociales de la familia.
3. En los casos de violación, estupro o rapto, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
 4. Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción.

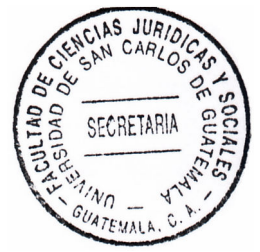
Se presumen hijo de los padres que han vivido maridablemente:

- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que iniciaron sus relaciones de hecho; y
- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al día en que cesó la vida común.

La acción de filiación sólo podrá intentarse en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo en los siguientes casos:

- Cuando el hijo sea póstumo;
- Cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiera fallecido durante la minoría de edad del hijo; y
- En los casos de que existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca; o que el pretensor se hallare en posesión notoria de estado de hijo del presunto padre; en los casos de violación, estupro o rapto—cuando la concepción coincida con la época del delito—y cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre en la época de la concepción.

Para concluir, el Código Civil en el Artículo 227 establece que ambos reconocimientos—voluntario y judicial—son actos declarativos de la paternidad.



Por consiguiente, surten efectos desde la fecha del nacimiento del hijo.

Asimismo establece que sobre la calidad de hijo no puede celebrarse transacción ni compromiso alguno; pero sí sobre los derechos pecuniarios que puedan deducirse de la filiación.



CAPÍTULO III

3. La prueba

En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar. Probar, es demostrar de algún modo la certeza que se tiene de un hecho o la verdad de una afirmación. En todo caso, es una operación o un ensayo dirigido a hacer patente la exactitud o inexactitud de una proposición.

En el sentido jurídico, la prueba es un método de averiguación y un método de comprobación. En materia civil, la prueba—normalmente—es la demostración o corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en un juicio.

Desde el punto de vista del presente capítulo, los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y qué valor debe asignársele a la prueba producida. En otras palabras, el primero de esos temas plantea el problema del concepto de prueba; el segundo, el objeto de la prueba; el tercero; la carga de la prueba; el cuarto, el procedimiento probatorio y por último, la valoración de la prueba—tema al cual posteriormente se le dedicará un capítulo entero.

3.1 Concepto de prueba

Alsina define la prueba como: “la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende”.⁹ Couture la define como: “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”.¹⁰

⁹ Alsina, **Tratado**, pág. 225.

¹⁰ Couture, **Fundamentos**, pág.125.



Las anteriores definiciones conciben a la prueba como la demostración de la existencia de un hecho o de la verdad de una afirmación.

Sin embargo, ambas acepciones son reconducidas por Guasp a la orientación que denomina *sustantiva o material*, en contraposición a la orientación llamada *formal* . . . en la que la prueba no intenta la confirmación de la realidad material de los hechos, sino su fijación formal.

Guasp advierte que ambas orientaciones son insuficientes, puesto que la prueba en realidad persigue “la convicción o convencimiento del juzgador”. Por lo tanto, probar es—en definitiva—tratar de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión.¹¹

3.2 Objeto de la prueba

Al tratar lo relativo al objeto de la prueba, es necesario hacer distinción entre los juicios *de hecho* de los *de puro derecho*, siendo en los primeros necesaria la prueba, en tanto que en los segundos no.

Con respecto a la *prueba del derecho*, la regla general es que el derecho no es objeto de prueba.

Sin embargo, existen algunas excepciones a la regla tales como cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, en cuyo supuesto hay que probarla; o cuando la costumbre es fuente de derecho, hay que probar la existencia del derecho consuetudinario y el caso del derecho extranjero—el cual sí debe probarse—ya que únicamente se considera conocido el derecho nacional.

¹¹ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho Procesal Civil de Guatemala**, pág.561.



Ninguna disposición obliga a los jueces conocer el derecho extranjero, puesto que éstos no tienen ninguna responsabilidad sobre él, ni accesibilidad al mismo. Es por esta causa que quien invoca a su favor un derecho extranjero, debe probar que éste existe y que está o estuvo vigente cuando se realizaron los actos o negocios jurídicos que se pretenden probar.

El problema fundamental, es el concerniente a la prueba de los *hechos*. Los hechos sobre los cuales versa la demanda, son aquellos que se *controverten*; entonces queda claro que únicamente los *hechos controvertidos* son objeto de la prueba.

Las pruebas deben tener relación al asunto por el cual se discute . . . a aquello que es objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes. Las pruebas que no le pertenezcan deberán ser desechadas de oficio al dictarse sentencia.

La prueba debe sobrevenir sobre los hechos controvertidos y para determinarlos, se necesita una actuación depuradora previa que tiene por objeto saber cuáles hechos deben ser probados y cuáles no.

Los hechos que pueden ser objeto de prueba y materia de la misma son:

- Hecho constitutivo: la existencia de un préstamo;
- Hecho extintivo: la invocación del pago del préstamo;
- Hecho invalidatorio: la falta de facultades de un mandatario para recibir la suma debida y el requerimiento del mandante de que el deudor pague de nuevo por haber hecho el pago indebidamente;
- Hecho convalidatorio: la ratificación posterior del mandante, que ha aprobado la actitud del mandatario.



Por lo anteriormente considerado, podemos llegar a la conclusión de que en lo relativo a la carga de la prueba, los hechos constitutivos y convalidatorios deben ser probados por la parte a quien la existencia de esos hechos le conviene. En cuanto a los hechos extintivos y los invalidatorios, la carga de la prueba la tendrá la parte a la cual la existencia de los hechos constitutivos y convalidatorios le perjudican.

Por el contrario, hay hechos que no son objeto de prueba ni materia de la misma y estos son:

- Hechos aceptados expresa o tácitamente por las partes: como lo es el caso de no impugnar las proposiciones de la parte contraria, los cuales se tienen por admitidos; o, en el caso de que el demandado sea declarado rebelde, el objeto de la prueba serían todos los extremos que el actor invoca en su beneficio . . . aunque el juez pueda aplicar menos rigor en la apreciación de los mismos.
- Hechos presumidos por la ley: una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario (*iuris tantum*) se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario (*iuris e de iure*) se denomina absoluta.
- Hechos evidentes: en éstos, la mentalidad del juez suple la actividad probatoria de las partes y puede considerarse innecesaria toda tentativa de prueba que tienda a demostrar un hecho que surge de su misma experiencia.
- Hechos notorios: aquellos hechos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado... en el instante en que ocurre la decisión.



En relación con éstos últimos, debemos aclarar que no se aplica la excepción cuando se refiere a aquellos casos en que la ley exige la notoriedad como elemento determinante del derecho, como sucede en nuestra legislación civil con respecto a la “posesión notoria de estado”.¹²

3.2.1 Pertinencia y admisibilidad de la prueba

Prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. La que no verse sobre las proposiciones y hechos que deben ser objeto de demostración, se denominan impertinentes.

Por ejemplo, si en un proceso se ofrece prueba sobre un hecho que no se encuentra contemplado en la demanda o en su contestación, lo que se está ofreciendo es una prueba impertinente.

En cambio, la admisibilidad está ligada a la idoneidad de la prueba y esto se refiere al medio más apto para producir la prueba. Un ejemplo de prueba inadmisibile podría ser cuando se propone un testigo en lugar de un experto, para que emita un dictamen acerca de un hecho para el cual se necesita tener conocimientos especiales.

En este caso lo que está en juego es la idoneidad de la prueba; o sea, el medio utilizado para que se produzca válidamente, puesto que al momento de que el juez dicte la sentencia, éste apreciará la pertinencia de la prueba. Puede también darse el caso de que los testigos que no llenen los requisitos legales o que sus declaraciones no hayan sido recibidas de conformidad con la ley, puedan ser tachados . . . produciéndose una prueba impertinente.

¹² Ibid, pág. 562.



3.3 Carga de la prueba

Delimitado el campo del objeto de la prueba, abordar el tema de la carga supone un paso más adelante, tendiente a saber quién debe probar . . . cuál de los sujetos que actúan en un juicio—el actor, el demandado, incluso el juez—debe producir la prueba de los hechos que han sido materia del juicio.

Carga de la prueba quiere decir—en un sentido estrictamente procesal—que es aquella conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

La carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada uno de los litigantes. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el juicio. Ambas partes pueden quitarse esa carga, probando o acreditando la verdad de los hechos que la ley les señala; esto crea una situación jurídica personal atinente a cada parte.

La mayoría de autores sostienen que a las partes les corresponde probar sus afirmaciones, pero se ha discutido si esto constituye o no una obligación. La teoría más aceptada es que la prueba constituye una carga procesal para las partes, ya que si no la producen estarían sometidas a las consecuencias que se deriven de su omisión en aportarla.

La prueba no es más que una condición para la admisión de las pretensiones de las partes, sin que para éstas constituya una obligación. Si las partes han aportado todos sus elementos de prueba no hay ningún problema, ya que el juez fallará de conformidad con lo probado.



El problema surge cuando las partes han omitido aportar sus elementos de prueba, puesto que entonces el juez—en base a ciertos criterios—debe determinar a quién le correspondía probar.

- La carga en materia de obligaciones: en este aspecto, se impone al actor la prueba de los hechos que suponen la existencia de la obligación que reclama; y al demandado, que pruebe los hechos que la extinguen.

El actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos de la obligación y si no la produce, pierde el juicio—aunque el demandado no pruebe nada. Ahora bien, si el demandado no quiere sucumbir como consecuencia de la prueba dada por el actor, entonces él también debe producir la prueba de los hechos extintivos de la obligación—si no lo hace, pierde.

- La carga en materia de hechos y actos jurídicos: en este caso, se impone tanto al actor como al demandado, la obligación de que prueben sus respectivas proposiciones.
- La carga en materia de afirmaciones y negaciones: ésta supone que tanto el actor como el demandado han de probar sus respectivas afirmaciones. La carga de la prueba, en este caso, se reparte entre ambos litigantes, puesto que ambos deben convencer al juez de la verdad de sus negaciones o afirmaciones. Hay que recordar que los hechos no probados se tienen por inexistentes.

El juez debe realizar—a expensas de la prueba producida—una especie de reconstrucción de los hechos, descartando aquellos que no han sido objeto de demostración y sobre ellos aplica el derecho.

El Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien



pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión.

En estos casos, el juez apreciará las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3.4 Procedimiento probatorio

El tema del procedimiento de la prueba consiste en saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida.

En sí, no es sino una manifestación particular del contradictorio, en virtud del cual, le es permitido a cada parte controlar la prueba de la parte contraria. Por regla general, un medio de prueba es comunicado a la parte contraria inmediatamente después de formulada la petición; continúa la fiscalización durante el diligenciamiento—como cuando se permite a las partes presenciar las declaraciones de testigos o la confesión de la parte contraria—y se prolonga, aún luego de incorporado el medio de prueba al juicio, mediante la impugnación de los mismos.

El procedimiento probatorio se divide en dos campos: en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc.

En el otro—de carácter especial—se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba; el funcionamiento de cada medio de prueba en particular, instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc.



Dadas las modalidades de procedimiento que caracterizan a cada medio de prueba—que son de suma importancia, pero cuyo desarrollo requiere un espacio considerable—prescindiremos de la mayoría de ellos y trataremos únicamente lo relativo al dictamen de expertos o peritos . . . tema principal del presente trabajo y el cual abordaremos en el capítulo IV.

Siguiendo con el tema a tratar en el presente apartado, en el procedimiento probatorio se pueden establecer tres fases: el ofrecimiento, el petitorio y el diligenciamiento.

3.4.1 Ofrecimiento de la prueba

El ofrecimiento de prueba es un anuncio de carácter formal. No se admitirá prueba, en ningún caso sobre lo principal del asunto, de hechos que no se hayan articulado y cuya prueba no haya sido ofrecida en la demanda o en su contestación.

No existe en este caso, una fórmula sacramental; el requisito queda satisfecho con las simples palabras “ofrezco prueba”, que deberán ser consignadas en los memoriales de demanda o en su contestación y cuya finalidad es que la misma sea recibida en su oportunidad procesal respectiva.

3.4.2 Petitorios o petición de la prueba

La petición o solicitud de admisión, responde al concepto de que la prueba siempre se obtiene por medio del juez. Él será el intermediario obligado en todo el procedimiento y no existe la posibilidad de incorporar eficazmente al proceso un medio de prueba, sin la participación del juez. A él se le formulan las solicitudes respectivas y es él quien ordena las medidas necesarias para la producción de las mismas.



A las partes les incumbe la elección de los medios idóneos para producir la prueba, dentro de los procedimientos señalados por la ley; pero es al juez quien decide si accede o no a las peticiones, efectuando la fiscalización sobre la regularidad del procedimiento elegido para la producción de la prueba.

Esa fiscalización del juez se refleja, especialmente, en las siguientes cuestiones:

- Sobre la *oportunidad de la producción*, ya que pueden ser rechazadas las peticiones de prueba formuladas luego de vencido el término probatorio. En nuestro Código Civil, el término de prueba para el juicio ordinario es de 30 días, el cual puede ampliarse a 10 días más, cuando sin culpa del interesado no hayan podido practicarse las pruebas pedidas en tiempo. La solicitud de prórroga deberá hacerse, por lo menos tres días antes de que concluya el término ordinario y se tramitará como incidente.
- Sobre la *admisibilidad* del medio elegido para producir la prueba;
- Sobre la *regularidad* del procedimiento utilizado para hacer llegar al juicio un determinado medio de prueba, pues aunque éste sea idóneo, puede no serlo la forma *utilizada* para incorporarlo al proceso.

3.4.3 Diligenciamiento de la prueba

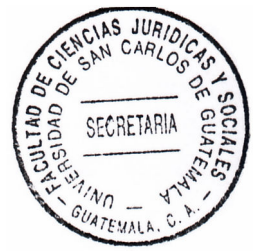
Puede resumirse, que el diligenciamiento es el conjunto de actos procesales que es menester cumplir para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción propuestos por las partes.

Una vez formulada la solicitud por la parte y que el juez haya accedido al petitorio, comienza la colaboración material de los órganos encargados de la recepción de la prueba y de su incorporación material al proceso.



En el caso del diligenciamiento de la prueba de peritos, consiste en la forma de convocar a las partes para una audiencia, proceder a la designación de los técnicos, señalar los puntos de decisión, recabar la aceptación de los peritos designados y así sucesivamente; llevar a cabo el conjunto de trámites y formas requeridas para la incorporación de ese medio de prueba a juicio.

De la misma manera ocurre con la prueba documental, declaración de testigos, dictamen de expertos, reconocimiento judicial, etc.





CAPÍTULO IV

4. El dictamen de expertos como medio de prueba

4.1 Necesidad de la prueba pericial

Al juez se le exige el conocimiento de las normas jurídicas que maneja, ya que se supone versado en ellas; pero en determinadas circunstancias, puede encontrarse ante situaciones cuya apreciación requiera del auxilio de personas que poseen conocimientos especiales, sin los cuales la comprobación de los hechos o la fijación de sus causas y efectos resulta imposible.

Alsina expresa que los peritos pueden ser llamados con dos propósitos: para la comprobación de un hecho, en el cual no es necesario que emitan opinión; y para la determinación de las causas y efectos de un hecho aceptado por las partes pero con respecto al cual controvierten.

Sin embargo, aclara que normalmente los peritos desempeñan ambas funciones para auxiliar al juez. O sea, que no solamente comprueban el hecho, sino que también contribuyen a su apreciación.

4.2 Concepto del perito

Es aquella persona llamada a informar ante un tribunal por razón de sus conocimientos especiales y siempre que sea necesario tal asesoramiento técnico o práctico del juzgador sobre los hechos litigiosos.

Guasp expresa el concepto de perito diciendo que es “la persona que, sin ser parte, emite con la finalidad de provocar la convicción judicial en un determinado



sentido, declaraciones sobre datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación”.¹³

En la anterior definición, se destaca a la pericia como uno de los medios de prueba personales, en los que el instrumento productor de la convicción judicial es una persona—un tercero—sin otra relación con el litigio que el encargo procesal que recibe del juez para percibir o enjuiciar ciertos datos ya incorporados al proceso en el momento de recibir el encargo.

4.3 Procedencia

Procede esta prueba “cuando, para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos”.¹⁴

4.4 Objeto de la pericia

El examen pericial versa sobre los datos procesales con respecto a los cuales el juez necesita cierta apreciación. Este examen debe ser producido, ya sea a instancia del propio juez o bien a petición de la parte a quien interese que se lleve a cabo, pero en uno y otro caso, es el juez quien encarga a los peritos llevar a cabo el examen. Toda pericia extraprocesal no tiene ningún valor de prueba.

Por lo anterior, es esencial recalcar en el concepto de pericia, el carácter procesal que tienen los datos sobre los que recae la actividad del perito.

En algunos supuestos el encargo judicial se produce a petición de las partes, en cuyo caso se habla de prueba pericial *voluntaria*. En otras circunstancias, la

¹³ Ibid, pág. 666 a 667.

¹⁴ Cabanellas , Guillermo, **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**, págs. 502 a 503.



diligencia pericial viene determinada por la propia ley , denominándosele entonces *necesaria*.

No obstante, también es posible que el objeto de la prueba pericial pueda convertirse en *común*, mediante la adhesión de la otra parte a la solicitud, en cuyo caso deberá proponer los puntos que a juicio de ésta ameriten el examen pericial.

4.5 Proposición de peritos

La parte a quien interese este medio de prueba propondrá con claridad y precisión el objeto sobre el cual deba recaer el reconocimiento pericial y si ha de ser realizado por uno o varios peritos. El juez, ya que se trata de asesorarle, resuelve sobre la necesidad o no, de esta prueba.

Para proponer la prueba, el Artículo 164 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que la parte a quien interese rendir la prueba de expertos, expresará en su solicitud con claridad y precisión los puntos sobre los cuales debe versar el dictamen. Ante dicha solicitud, el juez oír por dos días a la parte contraria, pudiendo ésta adherirse a la solicitud, agregando nuevos puntos o impugnando los propuestos.

Lo anterior se entiende que se refiere a la petición de admisión *específica* de la prueba, porque la proposición *genérica* de la prueba pericial debe hacerse en el memorial de demanda o en el de la contestación.

Como puede apreciarse, es posible que el objeto de la prueba pericial se pueda convertir en *común*, mediante la adhesión de la otra parte a la solicitud, en cuyo caso deberá proponer los puntos que a juicio de ésta ameriten el examen pericial.



4.6 Designación de los peritos

Es muy difícil encontrar un sistema de organización de la prueba pericial que conduzca a llenar las exigencias técnicas y prácticas de un adecuado dictamen pericial. La atención se ha proyectado especialmente en lo que toca a la designación de los peritos, porque se piensa que si cada litigante nombra el experto que le corresponde, generalmente el experto designado actuará de acuerdo con la posición que interese defender a la parte que lo ha propuesto; de esta manera, los dictámenes periciales de antemano se sabe que serán opuestos y contradictorios. En estos casos, toca decir la última palabra al llamado “tercero para el caso de discordia”, quien asume funciones de tercero dirimente de la antagonica situación de los expertos de las respectivas partes contendientes.

Es por esto que se ha dicho que lo mejor sería el nombramiento directo, por parte del juez, de un solo experto, para evitar la estéril discusión sobre los dictámenes opuestos de los expertos nombrados por las partes.

El Código Procesal Civil y Mercantil regula lo que la práctica ha vuelto ya una costumbre difícil de cambiar, pero con algunos controles. La idea es la de facilitar la prueba hasta donde sea posible, pero se deja la apreciación final al libre criterio del juez. El código, en su Artículo 165 establece: “Cada parte designará un experto y el juez un tercero para el caso de discordia, a no ser que los interesados se pusieren de acuerdo respecto al nombramiento de uno solo. La designación de expertos por cada parte deberá hacerse al proponer la prueba y al contestar la audiencia . . . En caso contrario, el juez hará los nombramientos de oficio. El juez dictará resolución teniendo por nombrados a los expertos designados por las partes y, a su vez, nombrará al que haya de actuar como tercero.”

En consecuencia, si las partes lo prefieren, pueden nombrar un solo experto, en cuyo caso no habrá más que un dictamen pericial. Si no lo hicieren así, tienen derecho a proponer un experto cada uno, pero el nombramiento del tercero



siempre lo hace el juez. Aunque este sistema recoge los vicios que ya se han apuntado—cuando las partes nombran a su respectivo experto—no debe olvidarse que la apreciación final la tiene el juez y que éste, a solicitud de parte o por escrito, puede pedir a los expertos las aclaraciones que estime pertinentes sobre el dictamen y contra lo que resuelva éste no cabe ningún recurso.

Debe observarse que de acuerdo al Artículo 165 del código procesal citado, la designación de los expertos debe hacerse al mismo tiempo que se propone la prueba, con el objeto de evitar la pérdida de tiempo que entraña la proposición separada de los puntos objeto del expertaje y de los peritos. El trámite en esta forma se unifica en un solo incidente.

Dispone el Artículo 166 del código procesal que dentro de cinco días de notificados, los expertos aceptarán personalmente el cargo, en cuya oportunidad el juez se los discernirá. Si no comparecieren o no aceptaren dentro del mencionado término, la parte interesada deberá proponer por una sola vez nuevo experto dentro del término que le fije el juez bajo apercibimiento de hacer la designación de oficio. Los expertos podrán ser recusados por las partes dentro de 48 horas de notificado el nombramiento, por los mismos motivos de recusación de los jueces. Las partes sólo podrán recusar a los expertos que hubieren designado, por causas posteriores al nombramiento. Las resoluciones que se dicten en los incidentes de recusación de expertos no son apelables, esto con la finalidad de que las diligencias no se vean obstaculizadas en su desarrollo.

El propósito de esta disposición es hacer viable la diligencia pericial, ya que es sabido que—en la práctica—esta prueba es una de las más difíciles de rendir porque a menudo se sujeta al bloqueo de la otra parte, con el fin de evitar que se produzca el examen pericial contrario a sus intereses. Es por eso que se establece que dentro de cinco días de notificados los expertos, éstos aceptarán personalmente el cargo.



No obstante, el código procesal en el Artículo 33 establece que el juez a instancia de parte, puede encomendar a los notarios los actos de discernimiento de cargos.

En caso de que los expertos no comparezcan o no acepten dentro del término indicado, la parte a quien corresponde el nombramiento, puede—por una sola vez—proponer nuevo experto y si no lo hace, el juez lo designará de oficio.

En cuanto a las incompatibilidades, dispone la norma que los expertos pueden ser recusados por las partes, dentro de 48 horas de notificado el nombramiento y que, tal recusación, debe basarse en los mismos motivos de recusación de los jueces. Estos motivos son los que regula la Ley del Organismo Judicial en sus Artículos 129 y 130.

Luego de que se hubieren designado los expertos y eliminado las incompatibilidades que pudieran existir, el juez dicta una resolución que debe contener:

- Confirmación del nombramiento de los expertos;
- Fijación de los puntos sobre los que deberá versar el dictamen; y
- Determinación del plazo dentro del cual deberán rendir los expertos su dictamen, pudiendo exceder del término ordinario de prueba.

Esta disposición tiene mucha importancia, porque en la práctica se ha observado que es casi imposible rendir la prueba de expertos durante el término ordinario de prueba, incluyendo su prórroga. Como la duración del plazo es facultad del juez, nada impide que—en caso de que la situación lo amerite—el juez pida a los expertos que rindan su dictamen en un momento temporalmente próximo o inmediato.¹⁵

¹⁵ Acuirre Godoy, **Ob. Cit**; pág. 673.



4.7 Facultades de los peritos

En el Código Procesal Civil y Mercantil no hay ninguna disposición especial que establezca hasta donde llegan las facultades de los expertos, lo cual en cierta forma es lógico, ya que se trata de apreciaciones de tipo técnico o científico que quedan fuera del control de las normas jurídicas.

Sin embargo, puede plantearse el problema en relación a los puntos que son objeto de la prueba pericial. Es aquí en donde sí tiene importancia la consideración de las facultades de los peritos, porque éstos en su dictamen no pueden salirse de los puntos determinados por el juez en su resolución.

No hay duda que los expertos pueden desenvolverse con entera independencia y puedan recabar privadamente las informaciones que les parezcan oportunas en lo que toca a los hechos que se discuten, aunque es obvio que esas informaciones—si provienen de personas a quienes les consten los hechos—no tendrán ninguna fuerza probatoria como prueba testimonial.

No obstante, los expertos no pueden valerse de medios de prueba que no figuren en el proceso y que no hayan sido aportados por las partes o llevados a la causa por el juez—en el caso de las diligencias para mejor proveer. De otra manera, podrían incorporarse al proceso, a través de la prueba pericial, elementos de prueba que las partes no han propuesto y sobre los cuales no se ejerció el debido control en su recepción.

4.8 Responsabilidades de los peritos

La situación que origina responsabilidad para los expertos puede ser de índole civil o penal.



En el primer caso, puede suceder que el experto nombrado, que haya aceptado el cargo y a quien se le hubiere discernido el mismo, no cumpla su cometido dentro del término fijado por el juez. El Artículo 168 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: “Si al vencimiento del plazo señalado a los expertos no fuese presentado el dictamen, el juez declarará caducado el encargo, salvo que las partes, de común acuerdo, solicitaren el otorgamiento de un nuevo plazo, que no podrá exceder de la mitad del anterior y que se contará a partir del vencimiento del mismo. En caso de caducar el encargo, el experto perderá todo derecho a honorarios por los trabajos realizados, sin perjuicio de las demás responsabilidades legales. Acto continuo, el juez designará de oficio al experto que deba sustituir al que hubiere incumplido el encargo, fijándole nuevo término prudencial”.

De acuerdo a esta norma, al caducar el encargo, el experto pierde todo derecho a los honorarios causados y además queda sujeto a las demás responsabilidades legales a las que hubiere lugar . . . por ejemplo, podría ser responsable por daños y perjuicios, si da lugar a ello.

En el Código Penal existen disposiciones en el Artículo 460 que se refiere al falso testimonio, las cuales pueden ser aplicables a los expertos que asuman actitudes delictivas y establece que: “Comete falso testimonio, el testigo, intérprete, traductor o perito que en su declaración o dictamen ante autoridad competente o notario, afirmare una falsedad, se negare a declarar estando obligado a ello u ocultare la verdad. El responsable de falso testimonio será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a un mil quetzales.

Si el falso testimonio se cometiere en proceso penal en contra del procesado, será sancionado con prisión de dos a seis años y multa de doscientos a dos mil quetzales.



Las sanciones señaladas se aumentarán en una tercera parte si el falso testimonio fuere cometido mediante soborno.”

4.9 Dictamen

La preparación del dictamen envuelve una serie de actividades de los peritos que dependen de la diligencia que pongan en el cumplimiento del encargo.

En la *fase preparatoria*, los peritos tienen amplia libertad para hacer su trabajo de investigación y aunque la actividad del perito es indelegable, en parte de su labor sí puede encomendar a otras personas la realización de ciertos actos.

Aunque lo deseable sería que en el *examen propiamente dicho*, los expertos estuvieran juntos para llevarlo a cabo, nuestro código no exige que dicho examen se practique por todos los expertos reunidos. Esto no impide que los expertos de las partes puedan trabajar conjuntamente, ya que esto evitaría pérdida de tiempo y garantiza más el resultado de la diligencia. Por ello, el segundo párrafo del Artículo 169 del Código Procesal Civil y Mercantil establece que “los expertos que estén conformes extenderán su dictamen en una sola declaración; en caso contrario, la extenderán separadamente”.

El tercero, únicamente emite dictamen en caso de discordia. Desde luego, el tercero no debe limitarse a una función dirimente en relación a lo que han dicho los expertos de las partes. Si la labor de éstos es realmente consciente y técnica, el tercero puede aprovechar las conclusiones de ellos e incluso puede adherir a lo que alguno de ellos haya sostenido.¹⁶

Por último, una vez realizada la fase preparatoria y la del examen propiamente dicho, viene *el dictamen* que resume todo el trabajo y conclusiones de los expertos.

¹⁶ **Ibid**, pág. 676 a 677.



En esta fase final, los expertos harán el relato de las actividades desarrolladas para arribar a las conclusiones que el dictamen tiene que expresar, a fin de que el juez esté en capacidad de percibir claramente cuáles son los antecedentes del dictamen. Éste deberá ser muy preciso en cuanto a los puntos que han sido objeto del mismo.

El problema que puede presentarse en relación al dictamen pericial estriba en que, las conclusiones o consideraciones del mismo pueden contemplar puntos no pedidos por la resolución judicial que determina las bases de la pericia. En esta situación la doctrina se pregunta qué actitud debe asumir el juez; se considera excesivo estimar nulo en su totalidad el dictamen, si hay puntos pertinentes a la materia discutida en el proceso. Igualmente se considera peligroso reservar para el criterio final del juez, la calificación y aceptación de lo pertinente del dictamen y el rechazo de las consideraciones o conclusiones que constituyan extralimitación en el cometido de los expertos . . . se considera peligroso, porque las apreciaciones de los expertos—aunque no sean pertinentes—podrían influir en el ánimo del juez y perjudicar a una de las partes.

La solución más adecuada, es ordenar la devolución del informe o del dictamen, par que éste se ajuste a las cuestiones propuestas.

Finalmente, en lo que se refiere a la entrega del dictamen, el Artículo 169 del código procesal dispone: “Los expertos entregarán su dictamen por escrito, con legalización de firmas o concurriendo al Tribunal a ratificarlo. Los expertos que estén conformes extenderán su dictamen en una sola declaración; en caso contrario, la extenderán separadamente.

El juez, a solicitud de parte o de oficio, podrá pedir a los expertos, verbalmente o por escrito, las aclaraciones que estime pertinentes sobre el dictamen y contra lo que resuelva no cabe ningún recurso.”



La posibilidad de que el dictamen pericial pueda presentarse con legalización de firmas por notario, facilita la entrega del dictamen, ya que la comparecencia del experto al tribunal para ratificarlo no siempre es factible con la oportunidad que se desea. De todas maneras, el juez, a solicitud de parte o de oficio, puede pedirles a los expertos las aclaraciones que estime pertinentes, las que podrán darse verbalmente o por escrito.

4.10 Valor probatorio

Al respecto, el Código Procesal Civil y Mercantil—en su Artículo 170—establece: “El dictamen de los expertos, aún cuando sea concorde, no obliga al juez, quien debe formar su convicción teniendo presentes todos los hechos cuya certeza se haya establecido en el proceso.”

4.11 Honorarios de los expertos

En cuanto a los honorarios a que tienen derecho los expertos, el Artículo 171 del mismo cuerpo legal que hemos citado anteriormente, regula que: “Los honorarios de cada experto serán pagados por la parte que lo nombró, o en cuyo nombre lo hubiere designado de oficio el Tribunal, y los del tercero, por ambas partes en igual proporción. El juez prevendrá a cada parte que deposite los honorarios correspondientes, así como la suma necesaria para gastos, los cuales calculará el juez prudencialmente, según la naturaleza del dictamen y trabajo que exija. En cuanto al tercero, la parte a quien interese la diligencia deberá hacer el respectivo depósito. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo que se resuelva definitivamente sobre condenación en costas.”

Esta norma se estima necesaria, para evitar que se pidan expertajes injustificados y con el sólo ánimo de entorpecer la marcha del proceso.



Asimismo, es justo que así como se deja afectos a los expertos a sanciones de tipo pecuniario y a responsabilidades civiles y penales, se les garantice en forma adecuada el derecho a percibir una remuneración oportuna y lo relativo a los gastos que pueda ocasionar la práctica de la diligencia pericial.



CAPÍTULO V

5. Valoración de la prueba

El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?

Trataremos de señalar, lo más exacto posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el juez debe emitir.

El tema de la determinación de la eficacia de la prueba es tan amplio, que se hace necesario abordar varios puntos; como los relativos a la determinación de la naturaleza jurídica de las normas que regulan la apreciación de la prueba, la disponibilidad de los medios de prueba, la ordenación lógica de los medios de prueba y los diversos sistemas de valoración de la misma.

5.1 Concepto de valoración

Según Cabanellas, valoración es el hecho de determinar el valor de las cosas. Es la estimación o fijación de la importancia o trascendencia, sea material o abstracta, de las cosas y de los hechos.¹⁷

5.2 Naturaleza de las normas que regulan la apreciación de la prueba

La doctrina ha considerado más de una vez, que las normas que rigen la apreciación de la prueba no son de derecho procesal, sino de derecho material, puesto que ellas fijan la suerte del derecho de las partes interesadas—incluso con anterioridad al proceso.

¹⁷ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 637.



Sin embargo, la tendencia más reciente es la de adjudicarles un carácter procesal, no solamente en el tema de la forma, sino también al de la eficacia de los medios de prueba.

La tesis de la teoría de la eficacia de la prueba pertenece al derecho civil y corresponde a una concepción privatista del proceso; pero esta tesis olvida que la prueba, a parte de ser una actividad de los litigantes, es también un instrumento de convicción del juez.

En todo el panorama de la prueba, lo que prevalece es la figura del juez. Él decide los hechos en razón de principios de lógica probatoria, en consideración al interés general por los fines mismos del derecho.

El principio de la estabilidad de las convenciones no se compromete por el hecho de que las leyes procesales regulen la eficacia de la prueba; por el contrario, en mucho se beneficia, al darle al juez las facultades que le asignan las leyes procesales para poder apreciar con toda amplitud la eficacia de los diversos medios de prueba.

Cuando el legislador instituye una norma para regular la eficacia de los actos jurídicos “a modo de solemnidad”, esa norma no se apoya sólo en consideraciones de carácter procesal, sino que rige la vigencia misma del acto y se considera como que forma parte de su esencia. Pero también cuando éste instituye determinado medio de prueba (la identificación dactiloscópica o el análisis de los grupos sanguíneos) o excluye otros (la confesión en el divorcio), lo hace guiándose por razones rigurosamente procesales, inherentes a la demostración misma de las proposiciones formuladas en el juicio.

Entonces, no tiene ningún apoyo la suposición de que un medio de prueba descartado por el legislador—por considerarlo peligroso o inadaptado a las nuevas exigencias sociales—continúe obligando al juez, en su examen de la verdad de los



hechos pasados. El juez no puede decidir los casos ocurridos bajo el imperio de una ley antigua, aplicando principios e institutos probatorios considerados inadaptables u obsoletos. De la misma manera, es ilógico que el juez pueda verse privado de aplicar nuevos métodos de prueba, en razón de que cuando ocurrió el acto, tal medio de prueba no se hallaba instituido para demostrarlo.

5.3 Disponibilidad de los medios de prueba

El Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 128 establece que los medios de prueba son: la declaración de las partes, declaración de testigos, dictamen de expertos, reconocimiento judicial, documentos, medios científicos de prueba y las presunciones.

El problema consiste en saber si estas pruebas pueden ser ampliadas con otras que no han sido objeto de previsión especial, pero que responden a las conquistas en el campo de la ciencia y que brindan día a día nuevas posibilidades de investigación, frente a los hechos controvertidos.

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

Por un lado, se ha sostenido que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador y que—fuera de él—nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de la verdad. En contraposición con esta conclusión, se puede comprobar que los repertorios de jurisprudencia se llenan día a día de antecedentes que reflejan la admisión de pruebas no previstas especialmente en las disposiciones de la ley civil o procesal.

Por ejemplo, la impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, la autopsia en casos de envenenamiento o el análisis de la sangre en



la investigación de la paternidad, etc., son otros tantos medios de prueba no previstos y algunos ni si quiera previsibles en el período de la codificación procesal guatemalteca. Sin embargo, todos ellos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional, justamente en los casos en que los otros medios de prueba ofrecen muy exiguos resultados.

Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. El progreso del derecho debe mantener su natural paralelismo con el progreso de la ciencia y, negarlo, significaría negar el fin de la ciencia y el fin del derecho.

Cuando tratamos de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los ya previstos. La impresión dactiloscópica, por ejemplo, se rige por los principios de la prueba documental; asimismo, la prueba hematológica, cae dentro del campo de la prueba pericial, etc.

En conclusión, debemos admitir que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa; y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos . . . siempre que éstos sean sometidos a las garantías generales que son características del sistema probatorio.

5.4 Ordenación lógica de los medios de prueba

Aunque la ordenación legal no señala entre los diversos medios de prueba una ordenación lógica, derivada de su naturaleza o de su vinculación con los motivos de prueba, una clasificación de esta índole se impone por elementales razones de carácter científico.



Existen tres formas de producirse la prueba y su orden es el siguiente:

- **La prueba directa por percepción.**

Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que han de demostrarse en el juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios. Sin embargo, este medio de prueba funciona en escasas oportunidades, puesto que un hecho es casi siempre una circunstancia pasajera. Lo normal, es que la posibilidad de observación de ese hecho se haya perdido definitivamente cuando el juez tenga que fallar el litigio. Entonces, se hace necesario acudir a los medios sustitutivos.

- **La representación, como medio sustitutivo de la percepción.**

La representación presente de un hecho ausente, se produce de dos maneras:

La representación mediante cosas: ésta se realiza mediante la prueba instrumental. Un documento representa un hecho pasado o un estado de voluntad; en este sentido, la prueba escrita no es otra cosa que un modo de preconstituir la prueba, en previsión a posibles discrepancias futuras.

La representación mediante relatos: puesto que no todas las circunstancias pueden registrarse en documentos, la reconstrucción de los hechos se verifica mediante relatos; ya sea el relato efectuado por las partes o el relato efectuado por terceros que nada tienen que ver con el juicio.

Cuando la representación se efectúa por las mismas partes, estamos en presencia de la declaración de las partes. Las partes, al confesar o al jurar acerca de la verdad de un hecho, no hacen otra cosa que representar en el presente una circunstancia ausente.



Cuando la representación se produce mediante relato de terceros—personas indiferentes, a quienes no mueve el interés—se está en presencia de la declaración de testigos.

- **La prueba por deducción o inducción.** Cuando hasta el relato es imposible, existe todavía la posibilidad de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos los desconocidos.

Esto se obtiene mediante la labor del propio juez, por el sistema de las presunciones. La presunción se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros. Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, a través de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos, se está en presencia del examen pericial.

5.5 Eficacia de los medios de prueba

La prueba se hace más incierta a medida que van penetrando entre el juez y los motivos de prueba los elementos intermediarios.

La regla general es de que existen variantes de eficacia entre los diversos medios de prueba, dependiendo de la mayor o menor proximidad del juez con los motivos. A mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción.

5.6 Sistemas de valoración de la prueba

La doctrina distingue tres sistemas de valoración de la prueba, a continuación expondremos cada uno; los mismos son:



5.6.1 Prueba legal

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

Este tipo de prueba se encuentra regulado en nuestros códigos procesales, ya que en algunos de ellos se norma acentuadamente. Por ejemplo, el principio que señala que una escritura pública hace plena prueba en ciertos aspectos o el de que la confesión lisa y llana también es plena prueba.

En este caso, las normas regulan con anterioridad, con la máxima extensión posible, la actividad mental del juez en el análisis de la prueba.

5.6.2 Sana crítica

Este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la segunda.

Las reglas de la sana crítica son las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen—de igual manera—a que el juez pueda analizar la prueba, con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente arbitraria. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción.

La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar los preceptos que los



filósofos llaman higiene mental, que tienden a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

- **Sana crítica y lógica**

Las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez.

Sin embargo, la corrección lógica no basta para convalidar una sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea.

En sí, los principios lógicos deben ser respetados, para que el desenvolvimiento de los silogismos sean correctos . . . puesto que si falla alguna de las premisas, la sentencia puede ser injusta.

- **Sana crítica y experiencia**

Las máximas de la experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba.

El juez no es una máquina de razonar, sino un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida.

El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas. Aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.



Es necesario, entonces, considerar—en la valoración de la prueba—el carácter variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.

5.6.3 Libre convicción

Es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

A falta de prueba existente en la causa, y aún en contra de la que haya podido ser recogida, el juez puede declarar probados ciertos hechos.

La libre convicción no tiene por qué apoyarse en hechos probados. Puede apoyarse en circunstancias que le consten al juez, aún por su saber privado; no es menester que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori . . . basta en estos casos con que el juez afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida y dictar sentencia.

Cuando se habla de la discrecionalidad del juez, tanto en la admisión como en la interpretación de la prueba, no se piensa en un régimen dentro del cual el juez puede actuar aun contra la prueba de autos, sino más bien, en un método de liberación de la estrictez de la prueba legal.

La libertad de apreciación no es un mero arbitrio, sino un margen mayor de amplitud . . . una forma de convencimiento libre o intuitivo.



El sistema de libre convicción, no es sino un régimen voluntarista de apreciación de la prueba, paralelo con el del derecho preconizado para la interpretación de la ley.



CAPÍTULO VI

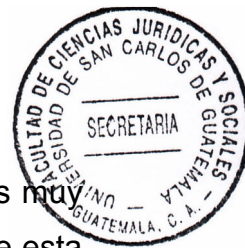
6. Procedimiento de diligenciamiento e incorporación del informe pericial de paternidad en base a cotejo de ADN a los juicios de filiación extramatrimonial

6.1 El impacto de las pruebas biológicas en la inclusión o exclusión de la paternidad y la identidad biológica

Por numerosas razones (emocionales, históricas, económicas, derechos y beneficios, herencia) es conveniente y/o necesario identificar al padre biológico de un niño. La tecnología conocida como la prueba del ADN permite establecer la paternidad con una muy alta probabilidad, cuyo valor va más allá de cualquier duda razonable.

En todo proceso judicial las evidencias son determinantes para que el juez tome la decisión correcta. En el ámbito de los procesos de familia, donde el tema de filiación es el punto de controversia, las evidencias comúnmente empleadas—y que aún hoy en día son las predominantes en este tipo de procesos—son meramente de tipo circunstancial. Fotos, cartas, testigos de la relación de pareja, son medios probatorios que permiten afirmar que el supuesto padre y la madre del menor se conocían. Ninguna de ellas, sin embargo, constituye prueba de las relaciones sexuales que sostuvieron entre ellos y, menos aún, que como resultado de las mismas, se haya producido la concepción del hijo extramatrimonial.

En varios países de Latinoamérica, desde los años 90, los laboratorios han incorporado la prueba del ADN a los procesos judiciales. Además de los procesos de filiación y juicio de alimentos, la prueba del ADN ha servido para resolver casos de violación, identificación de restos humanos y cualquier caso donde el tema de identidad sea el meollo del proceso.



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

¿En qué se basa la prueba del ADN? Como ya hemos indicado en el capítulo I, en un principio muy simple como son las leyes de la herencia genética que fueron postuladas por Gregor Mendel a fines del siglo XIX. Las características finas de cada individuo son determinadas por los genes. El conjunto de estos genes constituye el material genético de la persona y cada gen contribuye a una característica del individuo. El conjunto de características determina la identidad única de cada persona. Las leyes de Mendel afirman que cada individuo que resulta de la reproducción sexual hereda material genético de cada uno de los progenitores en proporciones iguales. Esto implica que cada una de sus células, posee información genética por duplicado; una proveniente de su madre y otra de su padre.

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

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



La tecnología empleada en la prueba del ADN consiste en realizar el muestreo del material genético del supuesto padre y obtener un patrón genético expresado en valores numéricos. Luego se compara el patrón genético obtenido por el muestreo del material genético del niño o niña cuya filiación está en cuestión. El resultado de la comparación permite establecer si existe o no vínculo de filiación.

Basándonos en las Leyes de Mendel, debemos esperar que si el supuesto padre es verdaderamente el padre biológico del menor, entonces existirá una coincidencia plena en todos los marcadores genéticos analizados. De lo contrario, si no existe tal vínculo biológico, entonces más de un marcador biológico no mostrará igualdad numérica entre ambos.

Para entender mejor como ocurre en la práctica, expondremos primero un caso de *inclusión* . . . es decir, cuando el supuesto padre es verdaderamente el padre biológico.¹⁸ Primero analicemos el marcador genético D13S317, técnicamente llamado Locus D13S317:

Locus Supuesto

Padre

Hijo Madre

D13S317 10,**14** 8,**14** 8,11

Los valores del hijo son el 8 y el 14. Cada uno de estos valores se llama alelos. Por lo tanto el hijo presenta los alelos 8 y 14 para el Locus D13S317. Un alelo debe proceder de la madre biológica y el otro alelo del padre biológico. En el ejemplo arriba mostrado, el valor que coincide entre el hijo y la madre es el alelo 8. Por lo tanto, el alelo 14 del hijo debe estar necesariamente en el padre biológico. Cuando examinamos los valores de los alelos del supuesto padre, observamos que el alelo 14 coincide entre el hijo y el supuesto padre (resaltado en negrillas).

¹⁸ www.adn@biolinksperu.com



Con una solo locus donde existan coincidencias, no es posible afirmar la paternidad. Se requiere el análisis de un número mayor de loci (palabra que es plural de locus). Veamos un ejemplo en la siguiente figura:

Locus supuesto padre niño madre

El locus D13S317 al que nos referíamos en párrafos anteriores se encuentra en la segunda fila. Se analiza cada locus de manera individual, comparando los alelos de cada fila. La coincidencia entre el supuesto padre y el hijo se resalta en celeste mientras que la coincidencia entre el hijo y la madre se resalta en rosado. Se observa que todos los alelos celestes del menor son encontrados en el supuesto padre. Esto corresponde a un patrón típico de *inclusión*, es decir el supuesto padre *es el padre biológico* del menor.

El siguiente paso consiste en calcular la probabilidad de paternidad, expresada en porcentaje (%). Para que una prueba sea considerada *inclusión*, es obligatorio que el valor sea igual o mayor a 97.3%. Valores inferiores no pueden ser aceptados como prueba inequívoca de paternidad.

Los casos de exclusión, es decir cuando el supuesto padre *no es el padre biológico*, son aquellos en los cuales dos o más alelos no coinciden.

En este caso hay una coincidencia entre los alelos del hijo y de la madre. En cambio si comparamos los alelos de origen paterno presentes en el hijo y los comparamos con los alelos del supuesto padre para cada locus, entonces nos damos cuenta que en los marcadores FESPS, vWA, CSF1PO, D16S539, D7S820, D13S317 y D19S253 no existe la coincidencia. Son siete alelos que no coinciden. Este número excede los dos alelos mínimos necesarios para declarar la exclusión del supuesto padre como padre biológico.



Una pericia de ADN en un caso de filiación es la evidencia que aborda directamente la pregunta que los juzgados se hacen: ¿Existe vínculo biológico entre el supuesto padre y la mujer que reclama los derechos de su menor hijo? Toda otra evidencia pasa a un segundo plano. Es por éste motivo que la responsabilidad de los peritos en éste tipo de procesos es de importancia capital. Los juzgados deben velar entonces para que la pericia sea realizada con todas las garantías del caso, protegiendo a que el proceso no sea impugnado por un abogado bien informado que sabe que la realización de la pericia, en este caso, no puede ser delegada a terceros.

Los laboratorios que analicen casos de disputa de paternidad, tienen que tener cuidado de no confundir el poder de la exclusión, con la probabilidad de la paternidad. Si bien ambos se expresan en términos de probabilidad y de porcentaje, no son la misma cosa.

El poder de exclusión es uno de los factores más importantes considerados por el experto antes de dar una opinión respecto del parentesco del niño. La probabilidad de paternidad, representa la probabilidad estadística en porcentajes que el hombre acusado sea realmente padre del niño.

6.2 Proposición de la prueba pericial

En la mayoría de legislaciones civiles de Latinoamérica, ya se han introducido innovaciones sustanciales consistentes en la aceptación expresa de las denominadas pruebas biológicas para la determinación de la paternidad o maternidad.

Desde la entrada en vigencia de estas reformas, en los juicios de investigación de una presunta filiación, los juzgados tienen la posibilidad de recurrir a pruebas periciales de carácter científico que se pronuncian directamente sobre la existencia o no del vínculo biológico alegado o impugnado.



En lo relativo a la proposición de la prueba, se contempla que en los juicios de determinación de filiación y paternidad podrán hacerse valer toda clase de pruebas aportadas por las partes o decretadas de oficio por el juez.

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

No obstante, además de las pruebas aportadas por las partes, se abre al juez la posibilidad de decretar de oficio la realización de peritajes médicos por la evidente razón que a los legisladores les ha parecido que en las cuestiones de filiación existe un interés general que va más allá del particular de las partes directamente involucradas y que amerita no dejar a estas últimas la responsabilidad total de allegar los medios de prueba. Por consiguiente, se trata de tener las mayores posibilidades de clarificar las situaciones de hecho para llegar a una sentencia correcta.

Esto está muy relacionado con la idea que la finalidad de estos juicios es establecer la verdadera paternidad o maternidad, en el sentido que la sentencia del juez coincida con el nexo biológico real y no sólo sea una forma de asegurarle al hijo, por ejemplo, una debida subsistencia a través de la determinación de un sujeto alimentante.

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

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



recabar las pruebas biológicas. Al respecto se han presentado, por ejemplo, en la jurisprudencia alemana, dos tendencias.

Ambas parten de la premisa de que el juez, para obtener el convencimiento acerca de la paternidad o no paternidad de un hombre, debe recurrir a todos los medios de prueba disponibles y que prometan un esclarecimiento del punto, con el límite que no estaría en cambio obligado a aquellas teóricamente posibles pero en la práctica muy difíciles de realizar.

La diferencia se produce al momento de decidir cuándo una prueba pericial promete información valiosa e imprescindible para el caso concreto. Para una posición jurisprudencial, este es un punto que debe decidir soberanamente el juez; mientras para otros, el juez no tiene en realidad que decidir nada, pues todas las pericias serán valiosas para su resolución final.

6.3 Procedimiento para el nombramiento de los expertos

En las legislaciones extranjeras—como la chilena, argentina o alemana—las pruebas periciales de carácter biológico pueden ser practicadas por el servicio o instituto médico legal o por los laboratorios privados legalmente autorizados para la práctica de estos expertajes, los cuales deberán estar certificados por autoridad competente, de conformidad con los estándares internacionales y deberán ser designados por el juez.

De acuerdo a nuestra legislación, en lo relativo al dictamen de expertos, cada parte debe designar un experto, a no ser que los interesados se pusieren de acuerdo respecto al nombramiento de uno solo.

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



Sin embargo, ya sea que el informe pericial sea rendido por un experto del servicio médico legal o por uno de otro laboratorio, sólo pueden actuar como peritos aquellos que tengan título profesional expedido por autoridad competente. En este caso, el perito deberá ser un licenciado con el grado académico de Químico Biólogo.

6.4 Exámenes biológicos

6.4.1 Judicial

El examen biológico judicial es aquel que es practicado por el Servicio o Instituto Médico Legal el cual, por ser una institución del estado, necesitará para funcionar solamente el acuerdo por medio del cual fue creado y contar con la acreditación necesaria internacionalmente, para que los informes realizados por sus expertos surtan efectos legales.

Sin embargo, en Guatemala no contamos con una institución estatal que tenga como objeto la prestación de los servicios médicos legales necesarios para ayudar a la administración de justicia en su labor. La ventaja de que hubiera un Servicio Médico Legal es que haría más fácil a los jueces la labor de darle un valor probatorio más certero a los dictámenes rendidos por los peritos, puesto que ellos al rendir sus dictámenes, lo harían llenando los requisitos y observancias que estipule necesarios y suficientes el Organismo Judicial.

6.4.2 Extrajudicial

- **Examen biológico anónimo**

En el examen biológico anónimo, la toma de muestras es realizada por personas ajenas al laboratorio y en el que éste se limita a la determinación de los patrones genéticos entre las muestras recibidas. En este caso, el examen



biológico sólo tendrá el valor que le atribuyan las partes privadamente, de acuerdo a su propio grado de convicción.

Una variante de estos exámenes son los kits de toma de muestras que se venden en farmacias, donde éstas son tomadas por los mismos afectados y posteriormente enviadas al laboratorio con o sin identificación de las personas examinadas.

- **Examen biológico privado**

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

No obstante, las partes en un juicio ordinario de filiación pueden citar a declarar como testigo a quien realizó el examen en el laboratorio y/o a quien firmó el respectivo informe. En tal caso dichos testimonios podrán, junto con otras pruebas y en conformidad al artículo 221 del Código Civil, permitir probar la filiación o descartarla.

6.5 Informe pericial y sus requisitos

El informe pericial debe ser lo más claro e informativo posible, para evitar los problemas de comunicación entre profesionales del área de la salud y los abogados, porque no debemos dejar de considerar que profesionalmente manejamos idiomas diferentes.

El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba:



- Presentación de cédula de vecindad y certificación de partida de nacimiento, respectivamente;
 - Fotografía;
 - Huella dactilar del pulgar derecho;
 - Con la información obtenida, llenar una ficha en donde las personas identificadas firman dando conformidad de los datos allí expuestos;
 - Firma de un formulario y el consentimiento y autorización del estudio.
- b) Las tomas de las muestras deben ser realizadas frente a testigos, en lo posible, frente a los abogados de ambas partes, notario o persona convocada para tal fin—en caso de no existir persona alguna, personal del laboratorio podrá comparecer como testigo. En algunos países, es indispensable que las pruebas hayan sido realizadas duplicadamente; o sea, por dos laboratorios.
- c) Que los laboratorios cuenten con alta especialización. Es decir, con inmunogenistas, inmunohematólogos, bioquímicos especializados en enzimas, especialistas en bioestadísticas y que dispongan de las actuales técnicas de electrofocalización y electroforesis.
- d) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad y probabilidad;
- e) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
- f) Que el dictamen explique:
- Cómo se realizó y con qué experiencia cuenta el laboratorio;
 - Nombre y especialización del experto a cargo del área;
 - Las tablas utilizadas dentro de ellas;
 - Su aceptación dentro de la comunidad médica, indicando institutos y facultades que las usan;
 - De conocerse, indicar el cálculo y los antisueros necesarios;
 - Si se dio un entrecruzamiento genético o crossingover creando un nuevo haplotipo;



- Cómo puede ello perjudicar la conclusión pericial y qué medios tenía el laboratorio para verificar su existencia.
- g) Frecuencias poblacionales utilizadas o que los laboratorios cuenten con no menos de 25 marcadores de sistemas genéticos;
- h) Descripción del control de calidad del laboratorio;
- i) Que el informe se baste a sí mismo, sea convincente y no sea tan impenetrable en sus conceptos médico que el juez no pueda acceder a comprenderlo.

Debemos entender que es tan importante una correcta interpretación por parte del perito del análisis de ADN como una correcta comunicación de los resultados al juez.

Estos análisis adquirieron en los últimos años importancia en procesos civiles y penales. Ofrecen dos grandes ventajas: la precisión y el permitir realizar el análisis con muestras mínimas y por lo tanto no destruir la evidencia.

Los planteos sobre su utilización se pueden resumir en tres grupos:

- Fiabilidad de los análisis.
- Voluntariedad u obligatoriedad al sometimiento de las pruebas.
- Archivo de resultados y creación de bancos genéticos.

Actualmente, podemos afirmar que la prueba del ADN está consolidada científicamente y su valor ante los tribunales no deja lugar a dudas. Sin embargo, quedan aún por resolver cuestiones éticas y legales derivadas de la aplicación de esta técnica.



6.6 Valoración de la prueba pericial de ADN

El valor probatorio en juicios de filiación de un examen biológico practicado por el Servicio Médico Legal o por otro laboratorio idóneo para ello designado por el juez, debe ser el de un informe judicial de peritos. Los tribunales deberán apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Como antes hemos expresado, el examen corriente de paternidad por ADN, a base de exámenes de genes marcadores, contenidos en muestras biológicas que contengan células nucleadas (sangre, saliva, pelo con raíz) arroja resultados de paternidad positiva de 97.3% a 99,9% de certeza, que la jurisprudencia internacional considera plena prueba de paternidad. En cuanto a casos de resultado negativo para paternidad, la certeza es de 100%.

Para el procedimiento adecuado de estos exámenes, el laboratorio debe tener en cuenta la selección típica de genes marcadores determinados por el análisis estadístico poblacional de la región o país de los examinados. En varios países latinoamericanos ya existe la tipificación.

Para que el informe tenga valor probatorio, es necesario acreditar que el origen auténtico de las muestras que cubre proviene directamente de los examinados, mediante certificación oficial del laboratorio u otro medio que como requisito judicial o por resolución del juez constituya plena prueba al respecto.

Estos exámenes deben repetirse o complementarse si no llegan a resultados concluyentes, en especial cuando su origen proviene de muestras de familiares cercanos, y no del hijo y sus presuntos progenitores.

Si el resultado no es plenamente satisfactorio, el laboratorio puede señalar en su informe el porcentaje de certeza que estima o calcula, lo cual no producirá



plena prueba positiva o negativa de paternidad por sí solo, sino una presunción que el juez deberá cotejar con otras pruebas, según el valor que le asigne. Tales son las bases generales que tendrá el juez para aplicar su sana crítica, conforme a nuestra situación legal.

Cuando analizamos polimorfismos genéticos y tratamos de definir si corresponden a un individuo pueden darse dos situaciones:

- Que no coincidan varios de los marcadores analizados; o,
- Que coincidan todos.

En el primer caso podemos establecer la no identidad, se trata de dos perfiles diferentes. El problema se presenta cuando coinciden.

Debemos considerar que siempre existirá incertidumbre sobre si el perfil corresponde al individuo, por lo tanto nunca podemos hablar de inclusión o certeza absoluta cuando no hay exclusión. Siempre debe hacerse una valoración estadística, basados en la probabilidad de encontrar dicho perfil en otro individuo de la población.

Para evaluar el valor de una prueba científica es necesario considerar al menos dos explicaciones para su ocurrencia. No debemos ver las cosas sólo desde un punto de vista. La prueba se debe evaluar calculando las probabilidades bajo cada una de esas explicaciones alternativas.

Por ejemplo, en un caso de filiación, conocemos el genotipo para ciertos sistemas de microsatélites del menor y el padre alegado. Las dos explicaciones alternativas serían:

- Que compartan alelos siendo que entre ellos existe un vínculo biológico de padre-hijo;



- Que compartan alelos no existiendo relación de filiación entre ambos.

Finalmente, el valor de la prueba en relación con una de las explicaciones es la probabilidad de ocurrencia dada esa explicación, dividida por la probabilidad de ocurrencia dada la explicación alternativa.

Volviendo al ejemplo anterior, supongamos que la probabilidad de que compartan alelos dada la explicación de existencia de vínculo biológico de paternidad, dividida por la probabilidad de compartir alelos si no existiese vínculo biológico nos da un valor de 10.000.

Eso significa que la probabilidad que ese individuo sea el padre es 10.000 veces mayor que la de un individuo de la población (que porta los alelos obligados). Ese valor (10.000) se conoce en los estudios de filiación como índice de paternidad.

El concepto que surge de aplicar el Teorema de Bayes, es la alternativa más lógica para la correcta valoración de la prueba biológica científica. El Teorema de Bayes sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales, dada cierta información adicional. En nuestro caso la información adicional sería el perfil genético.

El índice que nos dice cuánto más probable es una hipótesis que otra se conoce en general como índice de verosimilitud o razón de verosimilitud, que podemos expresar como:

$$\text{Índice de verosimilitud} = \frac{\text{probabilidad del hallazgo científico dada la culpabilidad}}{\text{probabilidad del hallazgo científico dada la inocencia}}$$

Cuando hablamos de probabilidad de hallazgo dada la inocencia del sujeto (ya sea que se imputa una paternidad o un crimen), es necesario utilizar una



población de referencia. De ahí la importancia de estudiar y conocer la población en la que trabajamos.

En algunos países latinoamericanos, se han promulgado leyes en las cuales la práctica de pruebas biológicas ha tomado grado de imperatividad y ha significado la desaparición de los procesos judiciales de paternidad, pues, el juez se desprende de su función jurisdiccional y se convierte en un simple notario que inspecciona la idoneidad del laboratorio de genética . . . ni siquiera resuelve las objeciones contra el dictamen, que en últimas será del conocimiento de otros técnicos.

En fin, el juez del proceso de filiación ha muerto y la determinación de la justicia ha pasado a manos de la técnica.

6.7 Fiabilidad de los análisis

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

En lo que hace a la aceptación de las pruebas por la justicia, debemos considerar algunos hechos; la teoría de herencia y ADN no corresponden al campo experimental.

Los métodos de laboratorio están validados internacionalmente, son confiables, permiten el control de calidad y la contra peritación. Existen tablas de valores parametrales. Los estudios los realizan personas calificadas, expertos en el tema.



6.8 Voluntariedad u obligatoriedad al sometimiento de las pruebas

Debemos discriminar entre procesos penales y civiles (donde se investiga la maternidad o paternidad), porque si bien las bases del análisis son las mismas, las circunstancias y planteos son diferentes.

En el ámbito civil no es factible obligar a una persona a la toma de muestra para realizar un análisis de ADN, pero entre los juristas hay consenso en considerar la negativa como presunción en contra. El artículo 4° de la ley 23.511 (Ley de creación del banco genético de datos) argentina, establece:

“ . . . cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente”.

En materia penal hay controversia basada en el principio de auto-incriminación, habiendo dos posturas al respecto. Una de ellas en base a la auto-incriminación, la cual permite la negación a la extracción; la otra, mayoritaria, que sobrepone el interés colectivo, entendiendo que el interés general es superior al individual y por lo tanto no admite la negativa a la extracción de muestra para realizar el análisis.

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



El único remedio para obligar a la prueba biológica de manera eficiente sería considerar la negativa como una "ficta confessio", sometiendo a la negativa a tal prueba como una sanción al demandado de poder ser tenido por confeso, teniendo unos efectos importantes respecto a la declaración de paternidad. Importantes, al considerar que la negativa a la práctica de la prueba pericial—en el fondo—es una declaración positiva de reconocimiento tácito de la paternidad. Así entendemos que la única solución sería considerar la negativa como una "ficta confessio" o reconocimiento de los hechos.

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

No obstante, este precepto no deduce consecuencias concretas de la negativa, sino que exige su valoración racional y lógica con los otros medios probatorios; racionalidad que es una exigencia general del quehacer judicial. Tampoco prevé ninguna clase de apremios, ni admite la coerción física, por lo que dicho panorama legal no ha cambiado y esta laguna plantea problemas importantes.

Consideramos, en aras de la averiguación de la verdad, aconsejable un precepto que estableciera . . . si la demanda se ajusta a las prescripciones legales, el juez emplace al demandado, concediéndole audiencia por nueve días (...) con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones (...).

Creemos que debería imponérsele consecuencias jurídicas concretas a la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, sin condicionamiento



alguno como generalmente se hace al hacerse referencia a la existencia de otros indicios de la paternidad, debiéndose regular que "la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad, permita a los tribunales declarar la filiación reclamada".

Así, en el emplazamiento efectuado para la celebración del juicio ordinario se debería hacer constar este apercibimiento.

Al respecto los Artículos 113 y 114 del Código Procesal Civil y Mercantil establecen: "Si transcurrido el término del emplazamiento el demandado no comparece, se tendrá por contestada la demanda en sentido negativo y se le seguirá el juicio en rebeldía, a solicitud de parte.

Desde el momento en que el demandado sea declarado rebelde podrá trabarse embargo sobre sus bienes, en cantidad suficiente para asegurar el resultado del proceso. Compareciendo el demandado después de la declaración de rebeldía, podrá tomar los procedimientos en el estado en que se encuentren.

Podrá dejarse sin efecto la declaración de rebeldía y el embargo trabado, si el demandado prueba que no compareció por causa de fuerza mayor insuperable ..."

Como ya hemos indicado, la imposibilidad de exigir forzosamente la práctica de este tipo de pruebas, como al silenciar los legisladores las consecuencias concretas de la negativa, ha llevado y en lo sucesivo llevará a la necesidad de elaborar una legislación muy importante que atribuya consecuencias procesales a esta conducta. Ante este hecho, teniendo en cuenta los intereses públicos en juego y la fiabilidad que llegan a alcanzar los resultados de la prueba biológica, hace que esta actitud obstativa trascienda de la mera colaboración en la práctica del peritaje, impidiendo en muchos casos llegar a la certeza en el pronunciamiento judicial.¹⁹

¹⁹ www.uc3m.es/uc3m/gra/ES/ESCU/01



Por otra parte, la jurisprudencia extranjera señala que la negativa a la práctica de la prueba biológica no puede ser entendida de ninguna manera como "ficta confessio" o admisión implícita de la paternidad. Esto es, no cabe deducir de la actitud y resistencia a tal prueba, una confesión de paternidad por parte de quien rechaza la misma.

Ahora bien, aun partiendo de la base de que tal negativa tiene un valor indiciario y que habrá de ser apreciado por el juez junto con los demás elementos probatorios aportados en el proceso, se detecta una evolución hacia un mayor alcance en la valoración de tal indicio.

En conclusión, en cuanto a la valoración que habrá que atribuirse a la negativa injustificada del demandado a la práctica de la prueba biológica, si bien se detecta una evolución hacia un mayor alcance en la valoración de tal indicio por las distintas legislaciones, entendemos que habrá de valorarse de una forma enérgica.

El único remedio que se nos ocurre, más que posibilitar la conducción por la fuerza pública al renuente como hemos indicado anteriormente, es considerar la negativa como una "ficta confessio" o reconocimiento de los hechos, sometiendo la negativa a tal prueba como una sanción al demandado de poder ser tenido por confeso.

No nos parece ajustado el precepto que no deduce consecuencias concretas de la negativa sino que exige su valoración racional y lógica con los otros medios probatorios y tampoco prevé ninguna clase de apremios, ni admite la coerción física, por lo que consideramos que esta laguna legal plantea importantes problemas.



6.9 Archivo de resultados y creación de bancos de datos genéticos

El archivo de resultados y la creación de bancos de datos genéticos son cuestiones muy polémicas que surgen en relación con la utilización de estas pruebas.

No se trata solo de crear bancos de datos con los resultados de los análisis, sino crear bancos de muestras sobre las cuales se pueda practicar dichos análisis en un momento dado.

El consenso general es no generar bancos de datos y muestras sin un marco legal definido. El por qué es claro, se podrían vulnerar derechos y libertades públicas y generar abusos por la dificultad en el control de la información y muestras archivadas.

6.10 Derecho a la identidad o verdad biológica

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

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

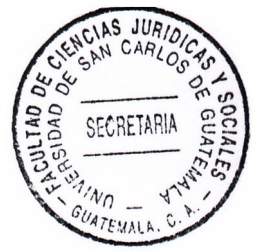
En cuanto al conocimiento de la propia identidad, Elena Scarponetti nos dice que se trata de un concepto evolutivo. La persona debe conocer su identidad o, por lo menos, saber que puede conocerla. El concepto de identidad comienza en el inicio de la vida; sin embargo, toma clara definición recién cuando es conocida.



La recepción del principio de veracidad biológica pretende asegurar a toda persona el derecho a conocer su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que le corresponde a su realidad biológica.

Es que en todo juicio de filiación está comprometido no sólo el interés privado sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona.

El derecho a la verdadera filiación y el derecho a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo.



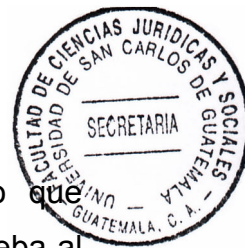


CONCLUSIONES

1. En la actualidad los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99.9%, ya que el análisis de paternidad por cotejo de ADN hace imposible que personas no emparentadas entre sí tengan el mismo perfil de ADN.
2. El ADN debe contener información útil biológicamente y que pueda transmitirse sin alteraciones. Por lo tanto, debe permitir su duplicación para permitir el paso de célula a célula y de generación en generación. Su función principal es la de mantener, a través de un sistema de claves (código genético), la información necesaria para que las células hijas sean idénticas a las progenitoras (información genética).
3. Es de suma importancia, para el procedimiento adecuado de los exámenes de paternidad, que los laboratorios tengan en cuenta la selección típica de genes marcadores determinados por el análisis estadístico poblacional, de la región o país de los examinados.
4. La admisibilidad de la prueba está ligada a la idoneidad de la misma y esto se refiere al medio más apto para producir la prueba. Se considera que el medio más idóneo para incorporar la prueba de paternidad a los juicios de filiación extramatrimonial, es a través del dictamen de expertos por medio del cual un perito emite un dictamen acerca de un hecho para el cual se necesita tener conocimientos especiales.
5. En el caso de los peritos, se considera que lo mejor sería el nombramiento directo, por parte del juez, de un solo experto, para evitar la estéril discusión sobre los dictámenes opuestos de los expertos nombrados por las partes.

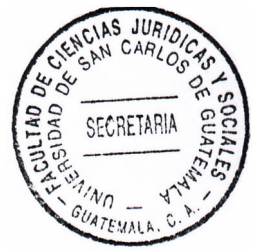


6. El hecho de que en la legislación civil guatemalteca no están reguladas las pruebas biológicas para la determinación de la filiación, no quiere decir que—por considerarlo peligroso o inadaptado a las nuevas exigencias sociales—continúe obligando al juez, en su examen de la verdad de los hechos pasados.
7. Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es debido a que razones más fuertes instan a su aceptación. Las pruebas pueden ser ampliadas con otras que no han sido objeto de previsión especial, pero que responden a las conquistas en el campo de la Ciencia y que brindan día a día nuevas posibilidades de investigación, frente a los hechos controvertidos.
8. Cuando tratamos de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los ya previstos. La prueba de paternidad por medio del ADN, por ejemplo, se rige por los principios de la prueba pericial.
9. Debemos admitir que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa; y que nada prohíbe al juez ni a las partes, de acudir a medios de prueba no especialmente previstos, siempre que éstos sean sometidos a las garantías generales que son características del sistema probatorio.
10. El informe pericial debe ser lo más claro e informativo posible, para evitar los problemas de comunicación entre profesionales del área de la salud y los abogados, porque no debemos dejar de considerar que profesionalmente manejamos idiomas diferentes.
11. Para que el informe tenga valor probatorio, es necesario acreditar que el origen auténtico de las muestras que cubre proviene directamente de los



examinados, mediante certificación oficial del laboratorio u otro medio que como requisito judicial o por resolución del juez constituya plena prueba al respecto.

12. La recepción del principio de veracidad biológica asegura a toda persona el derecho a conocer su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que le corresponde a su realidad biológica. En todo juicio de filiación está comprometido no sólo el interés privado sino también el público, en la medida que se discute el estado de familia de una persona.





RECOMENDACIONES

1. Es importante que el Organismo Legislativo o el Organismo Judicial hagan el reconocimiento necesario de los laboratorios que puedan practicar los exámenes de paternidad por cotejo de ADN, para que el dictamen rendido por sus expertos puedan producir plena prueba dentro de los juicios de filiación extramatrimonial.
2. Que el Organismo Judicial proponga una reforma al Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, para que sean aceptadas expresamente las pruebas biológicas para la determinación de la paternidad y filiación extramatrimonial. Con esto, se introduciría una serie de innovaciones sustanciales a estos cuerpos legales, que permitiría contar con medios de prueba caracterizados por su alto grado de certeza y objetividad. En consecuencia, el panorama para los jueces cambiaría sustancialmente, puesto que éstos se encontrarían en condiciones de dar una respuesta certera a la disyuntiva de la determinación si un hombre es el padre de un niño o no lo es.
3. En la reforma a realizar, del Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil, se debe adoptar—como en mucho países—una escala compuesta con los distintos niveles de probabilidades de paternidad, determinando éstas, por medio de un porcentaje expresado en números; esto con la intención de ayudar a los abogados y jueces a interpretar los resultados. Los resultados de las pericias biológicas destinadas a la determinación de la paternidad arrojan resultados, medidos en valores de probabilidad, que superan—generalmente—el 90% y llegan hasta un 99.9%. Los resultados menores del 90% no son considerados en la tabla; por lo tanto, en estos casos el juez ni siquiera podría considerar la paternidad como “probable”.



4. Los laboratorios que analicen casos de disputa de paternidad, tienen que tener cuidado de no confundir el poder de la exclusión, con la probabilidad de la paternidad. Si bien ambos se expresan en términos de probabilidad y de porcentaje, no son la misma cosa.
5. En lo relativo a la proposición de la prueba, se considera que en los juicios de determinación de filiación y paternidad deben hacerse valer toda clase de pruebas aportadas por las partes o decretadas de oficio por el juez. Siempre que se exprese en la solicitud en forma clara y precisa, los puntos sobre los cuales deberá versar el dictamen.
6. Es preciso que en Guatemala se cree un Banco de Datos Genéticos, para el archivo de resultados y por la importancia que surge en relación con la utilización de estas pruebas. No se trata solo de crear bancos de datos con los resultados de los análisis, sino crear bancos de muestras sobre las cuales se pueda practicar dichos análisis en un momento dado. Sin embargo, no debe ser creado sin un marco legal definido, puesto que se podrían vulnerar derechos y libertades públicas y generar abusos por la dificultad en el control de la información y muestras archivadas.
7. Debe imponérsele consecuencias jurídicas concretas a la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas, sin condicionamiento alguno como generalmente se hace al hacerse referencia a la existencia de otros indicios de la paternidad; debiéndose regular que "la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad, permita a los tribunales declarar la filiación reclamada".



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ELIZARDI, Mario. **Técnicas de estudio e investigación**. 1ª. ed.; Investigaciones y Mejoramiento Educativo -IIME-. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil de Guatemala**. 1t., 1vol.; 1ª. ed.; reimpresión. Centro Ed Vile. Guatemala, 1983.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. 6t.; Ediar, S. A. ed Buenos Aires, 1963.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. 2ª. ed. Ed. fondo de cultura económica. México, Distrito Federal.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Ed. estudiantil FÉNIX. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1988.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 5t., 14ª. ed.; revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá – Zamora y Castillo. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco**. 1vol.; Ed. magna terra ed. Guatemala, 1999.
- CHIERI, Primarosa y Eduardo A. Zannoni. **Prueba del ADN**. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Ciudad de Buenos Aires, 1999.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3ª. ed.; Ed. Depalma. Buenos Aires, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 4ª. ed.; revisada y ampliada; 4vol.; Ed. revista de derecho privado. Madrid, España, 1975.
- MORELLO, Augusto. **La prueba, tendencias modernas**. Librería Ed. platense. Argentina, 1991.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3ª. ed.; revisada y puesta al día; 2t., ed. pirámide, S. A. Madrid, 1976.
- SOLOMON, BERG, MARTÍN. **Biología**. 5ª. ed.; McGraw-Hill Interamericana Editores, S. A. de C. V. Health Care Group, 2001.



www.adnresuelve.com
www.biogenomica.com
www.uc3m.es/uc3m/gra/ES/ESCU/01
www.colegioabogados.cl/revista/31/articulo5.htm
www.fundaciondeamor.org
[www.adn@biolinksperu.com](mailto:adn@biolinksperu.com)
www.Rev.DerechoValdivia.com

Legislación:

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

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

Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF, 1989.

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

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

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

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