

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS.



**DESAMPARO DE LA VÍCTIMA DE VIOLACIÓN ANTE EL
RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL HIJO**

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

PRESENTADO POR:

**CHRISTOPHER EDGARDO ALVARENGA COTO.
ROCÍO ISABEL ESPINOZA BARRERA.
GUADALUPE ISABEL PICHE PEÑATE.**

DOCENTE ASESOR:

LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO DE 2019

TRIBUNAL CALIFICADOR

LICENCIADO JOSUÉ RUBÉN RIVAS BAIRE.

(PRESIDENTE)

LICENCIADO ELÍAS ALEXANDER MEJIA MERLOS.

(SECRETARIO)

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES.

(VOCAL)

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias.
RECTOR**

**Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego.
VICERRECTOR ACADEMICO**

**Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO INTERINO**

**Lic. Cristóbal Hernán Ríos.
SECRETARIO GENERAL**

**Lic. Rafael Humberto Peña Marín.
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata.
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández.
VICEDECANO**

**Msc. Juan José Castro Galdámez.
SECRETARIO**

**Lic. René Mauricio Mejía Méndez.
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo.
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**Licda. María Magdalena Morales.
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradezco a Dios todo poderoso por su misericordia; en segundo lugar, por haberme permitido terminar mi tesis de grado y en tercer lugar, por demostrarme que me ama, ser fiel a sus promesas y proveerme de lo necesario, lo que me garantiza que a su lado nada me faltará.

A mis padres Felipe Edgardo Alvarenga Mártir y Sandra Yanira Coto, por apoyarme incondicionalmente en todo momento, impulsarme siempre a superarme, por su amor incondicional, por enseñarme que la vida consiste en saber tomar decisiones acertadas y mantenerse en el camino de la rectitud.

A mis hermanos por el apoyo recibido durante la realización de este trabajo. Espero que este triunfo les sirva de motivación para culminar sus estudios hasta alcanzar las metas que se propongan.

A mis amigos Alexis Iván Mejía Sánchez, Guadalupe Isabel Piche Peñate, Kathya Yanira Rodríguez Monge, Rocío Isabel Espinoza Barrera y Xenia Yamileth Flores Barrera, por el apoyo recibido. Me parece oportuno señalar que, desde el primer día de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, nos apoyamos mutuamente, compartimos risas, buenos momentos y logros personales.

A mi compañera de trabajo y mentora Licda. Hilda del Carmen Rivera Campos, por compartir los conocimientos adquiridos a lo largo de su vida, por guiarme, apoyarme, comprenderme y alentarme en los momentos difíciles.

A mi asesor de tesis el Lic. Oscar Antonio Rivera Morales, por la asesoría y compartir su conocimiento para culminar exitosamente esta tesis.

CHRISTOPHER EDGARDO ALVARENGA COTO.

A DIOS que le debo todo lo que soy y seré; por regalarme el don de la vida, por darme la sabiduría necesaria para lograr una de mis metas y fortalecerme en los momentos más difíciles.

A MI PADRE Miguel Ángel Espinoza Noyola quien adelanto su camino por esta vida terrenal, llevándose una parte de mi corazón, mi padre fue una de las personas que más me apoyo en cada una de las etapas de mi vida, me dio su amor, comprensión, sabiduría y sobre todo me enseñó a no rendirme ante las adversidades. Gracias padre por tu protección, no tengo duda que desde el cielo estas pendiente de mí, por lo que, este triunfo te lo dedico.

A MI MADRE, Rosa Emilia Barrera de Espinoza, quien es mi pilar y mi mayor ejemplo a seguir, le agradezco por estar presente y animarme seguir adelante en mi vida. Gracias por cada uno de los sacrificios y esfuerzos que has hecho por mí, no encuentro las palabras para agradecerle, por lo que, me limitaré a decirle que la amo infinitamente. Nuevamente gracias por ser la mejor mamá y además, por enseñarme a amar y tener siempre a Dios en mi corazón.

A MIS HERMANOS por brindarme el apoyo incondicional, acompañarme en el trayecto de mis estudios y por confiar en mis capacidades.

A MI FAMILIA que estuvo conmigo y motivó seguir adelante para alcanzar este grado académico.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE TESIS, gracias por su amistad, su apoyo, confianza y comprensión. A pesar que se nos presentaron muchos obstáculos durante este recorrido podemos decir lo hemos logrado, les deseo muchos éxitos en su vida.

ROCÍO ISABEL ESPINOZA BARRERA.

Agradezco infinitamente a Dios por haberme dado salud, fortaleza y discernimiento para poder culminar mi carrera universitaria y desarrollar este trabajo de graduación.

Gracias a mi madre, quien ha sido mi mayor inspiración y mi modelo a seguir, por apoyarme en cada uno de mis proyectos e impulsarme a ser mejor profesional y persona cada día, en especial por estar presente en el curso de esta investigación y aportar sus conocimientos y experiencia, cada uno de mis logros va dedicado a ella.

A mi padre, por inculcar en mí la pasión por el estudio, su apoyo incondicional ha sido indispensable para lograr culminar mi carrera.

A mi hermana, por darme su apoyo moral y estar siempre pendiente de los avances de mi trabajo de graduación.

Especialmente agradezco a nuestro asesor licenciado Oscar Antonio Rivera Morales, por compartir con nosotros sus conocimientos y su tiempo, persona sin la cual no hubiera sido posible desarrollar esta investigación.

Agradezco, además al licenciado Sergio René Silva Ruiz por haber aportado criterios elementales para el desarrollo del tema y al licenciado José Lizandro Díaz Hernández por apoyarme a lo largo de mi carrera universitaria y en mi trabajo de graduación, sus conocimientos y experiencia han fortalecido esta investigación.

A Christopher, por aportar sus valiosos conocimientos y dedicación a esta investigación, sin su apoyo el éxito de este trabajo no hubiera sido posible; a Rocío por las tardes interminables en las bibliotecas.

GUADALUPE ISABEL PICHE PEÑATE.

INDICE

RESUMEN	i
ABREVIATURAS.....	ii
INTRODUCCIÓN	i
CAPITULO I	1
ANTECEDENTE HISTORICO DEL ORIGEN DEL VÍNCULO DE PATERNIDAD	1
1.1.Teoría evolucionista del origen de la familia y sus críticas	1
1.2. La familia y la filiación en el derecho romano	12
1.3.La filiación en el periodo cristiano	16
1.4.La familia y la filiación en el derecho germánico	17
1.5.La familia y la filiación en el derecho canónico.....	20
1.6.La filiación en el derecho de partidas	22
1.7.La filiación en el derecho francés	23
1.8.Evolución de la familia y la filiación en El Salvador	30
CAPITULO II	46
ORDENAMIENTOS JURIDICOS REGULADORES DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO	46
2.1.Base constitucional.....	46
2.2.Tratados y convenios internacionales, suscritos y ratificados por el Estado Salvadoreño	49
2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.	49
2.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”	50
2.2.3. Convención sobre los Derechos del Niño.	51
2.2.4. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.	52
2.2.5. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.	53

2.2.6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención Belem Do Para”.....	54
2.3. Leyes secundarias.....	55
2.3.1. Código de Familia.....	55
2.3.2. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	58
2.3.3. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.....	60
2.3.4. Ley contra la violencia Intrafamiliar.....	61
2.3.5. Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres..	62
2.3.6. Ley del Nombre de la Persona Natural.....	64
2.3.7. Código Penal.....	65
2.4. Jurisprudencia salvadoreña.....	67
2.5. Jurisprudencia internacional.....	69
a) Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	69
2.6. Derecho comparado.....	73
CAPITULO III.....	80
FORMAS DE ESTABLECER LA PATERNIDAD COMO INSTRUMENTOS JURIDICOS QUE GARANTIZA LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD DEL NIÑO.....	80
3.1. Establecimiento de la paternidad.....	80
3.2. Establecimiento de paternidad por disposición de la Ley.....	80
3.3. Reconocimiento voluntario.....	82
3.4. Reconocimiento provocado.....	85
3.5. Declaración judicial de paternidad.....	89
CAPITULO IV.....	98
NOCIONES ACERCA DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL HIJO Y ANÁLISIS DE SUS EFECTOS EN LOS CASOS DE CONCEPCIÓN DEL HIJO PRODUCTO DE UNA VIOLACIÓN.....	98
4.1. El estado de familia como reconocimiento del vínculo biológico.....	99
4.2. La filiación.....	102
4.3. El derecho a la filiación y el derecho de la identidad.....	104
4.4. El reconocimiento voluntario y el establecimiento de la filiación.....	106

4.5. Efectos jurídicos del reconocimiento voluntario	110
4.6. Desamparo de la madre como efecto colateral del reconocimiento voluntario del hijo.....	120
4.7. Principio del interés superior del niño	124
4.7.1. Características de la situación irregular	127
4.8. Análisis de la situación problemática de la mujer víctima de violación ante un reconocimiento voluntario del hijo producto del ilícito, abarcado desde el punto de vista de la protección integral del hijo	132
4.9. Análisis de la situación problemática de la mujer víctima de violación ante un reconocimiento voluntario del hijo producto del ilícito	139
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	144
5. Conclusiones	144
5.1. Recomendaciones.....	145
BIBLIOGRAFIA.....	148

RESUMEN

El trabajo que presentamos se puede resumir de la manera siguiente:

En el primer apartado, se aborda de manera general la evolución de la familia y el surgimiento del reconocimiento voluntario en las diferentes sociedades, lo anterior con la finalidad de analizar como el derecho nacional e internacional ha desarrollado de manera gradual lo relativo a la paternidad y los derechos de los hijos a conocer a su padre y madre.

El segundo apartado, tiene como objetivo conocer la forma en la que la normativa nacional e internacional aborda el reconocimiento voluntario, el estado de familia, el derecho a la identidad y otros derechos del hijo, lo anterior para comprender los alcances legales que conlleva la situación problemática y los sujetos implicados en este.

El tercer apartado, es un análisis acerca de las formas de establecer la paternidad, con un enfoque especial relacionado con las diferentes modalidades de reconocimiento voluntario y con la falta de causales de impugnación de la paternidad por parte de la madre.

El cuarto apartado, desarrolla un análisis doctrinal de la situación problemática de la madre al omitir la ley dentro de las causales de impugnación de reconocimiento voluntario, cuando se ha realizado por el violador de la madre.

El cierre de esta investigación se desarrolla en el quinto apartado, en donde se concluye que el reconocimiento voluntario del hijo bajo las circunstancias expuestas atenta contra los derechos a una vida libre de violencia para las mujeres y al desarrollo integral del hijo; por lo que las recomendaciones están enfocadas a negar el derecho del padre a reconocer su paternidad, armonizando la normativa con las nuevas corrientes de género y niñez.

ABREVIATURAS

Cn.	Constitución de la República.
Cc.	Código Civil.
Cf.	Código de Familia.
C.Pn.	Código Penal.
L.Pr.F	Ley Procesal de Familia.
L.C.V.I	Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.
Art.	Artículo.
D.O	Diario Oficial.
D.L	Decreto Legislativo.
Ref.	Referencia.

SIGLAS

CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos “Pacto de San José”.
CEDAW	Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

CDN	Convención Sobre los Derechos del Niño.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
ADN	Ácido Desoxirribonucleico.
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

INTRODUCCIÓN

Con la ejecución del presente trabajo de investigación titulado “Desamparo de la víctima de violación ante el reconocimiento voluntario del hijo”, se enfoca en el análisis de una de las modalidades de establecer la paternidad, suscribiéndose principalmente al reconocimiento voluntario, específicamente la posibilidad de ser efectuado por el autor de un delito de violación y las consecuencias que produce éste, ya que al ser un acto unilateral, personal e irrevocable, el cual para que surta efectos jurídicos no requieren aceptación por parte de la madre o del hijo reconocido.

A continuación, se plantea de forma breve y concisa el problema de la investigación, el cual radica en que ante la posibilidad de que el abusador de la víctima de violación reconozca al hijo concebido producto de este hecho ilícito y le surja derechos y obligaciones para con su hijo los cuales colocan en una situación de vulnerabilidad y peligro a la víctima del ilícito, obligando a esta última a tener un contacto directo con su abusador.

En virtud de la existencia de un vacío legal en el libro segundo del Código de Familia respecto a que no establece ningún tipo de excepciones o posibilidad de oposición por parte de la madre o del hijo para evitar un potencial reconocimiento voluntario de este, la importancia de la presente radica en investigar si es viable o no establecer a favor de la madre o del hijo excepciones al Reconocimiento voluntario o en su defecto oposiciones del mismo.

La presente investigación tiene como propósito evidenciar el vacío en la legislación actual examinando las variables y circunstancias que convergen

en el fenómeno, utilizando el método científico, razonamiento, lógica y deducción, identificando líneas jurisprudenciales en relación al reconocimiento voluntario y examinando corrientes doctrinarias que desarrollan oposiciones o excepciones ante éste, con la finalidad de determinar si el reconocimiento voluntario del hijo, producto de la violación, le ocasiona perjuicio a este último y a la víctima del delito así como también analizar y determinar si es viable impedir que se realice.

Es oportuno realizar un estudio y una exposición de cómo se originó la familia; este grupo social que ha evolucionado a lo largo de la historia, por lo que el capítulo primero de la presente, se encarga de llevar de la mano al lector por un recorrido a través de la historia recreándola por medio de una serie de teorías desarrolladas por diversos autores, pasando por etapas de la humanidad, hasta el punto en el que este grupo familiar comienza a ser reconocido a nivel jurídico, exponiendo la figura de la filiación en el derecho romano, aplicando el concepto de familia a personas y cosas tanto libres como esclavos que estaban sujetos a una misma facultad que solo cesaba por la muerte, posteriormente en el periodo cristiano se reconoce al matrimonio como la única unión legal que vinculaba al padre y madre con el hijo surge además la clasificación de hijos según fueran concebidos dentro del vínculo matrimonial o fuera de este, a partir de este periodo se comienza a elevar la categoría de hijos nacidos dentro del matrimonio y se le da mayor fuerza a la institución del matrimonio, pasando por el derecho Canónico, Germánico y Francés.

Posteriormente se analiza la evolución que ha tenido la familia y la filiación en El Salvador desde que se reconoció en el Código Civil de 1860, en el cual se establecía una clara distinción entre hijos legítimas e ilegítimos, reconociendo más derechos a los primeros y categorizando a su vez a los

segundos, dejando constancia en los registros de la naturaleza de su filiación, cuerpo normativo que sufrió diversas reformas, hasta que en el año de 1994 entro en vigencia el Código de Familia.

En el capítulo segundo se analiza diversos cuerpos normativos nacionales e internacionales que regulan lo concerniente al reconocimiento voluntario de paternidad y derechos conexos, comenzando por la Constitución de El Salvador en la cual se reconoce la familia como base fundamental de la sociedad que goza de protección por parte del Estado, reconociendo derechos a los hijos garantizándoles vivir en condiciones familiares y ambientales que permitan su desarrollo integran, bajo el principio de igualdad entre hijos y la obligación del Estado de proteger su salud física, mental y moral de los menores; cruzando por los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por El Salvador, los cuales reconocen derechos iguales e inalienables a la persona humana, cuyo objetivo primordial es evitar cualquier tipo de vulnerabilidad de derechos producidas por una legislación secundaria.

En este capítulo se analizará los cuerpos normativos secundarios nacionales, a fin de exponer la finalidad de estos, así como los derechos reconocidos y principios englobados a fin de brindar la protección de los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. Se identifica jurisprudencia nacional relacionada al reconocimiento voluntario y derecho de la identidad, para finalizar este capítulo con un estudio de derecho comparado con la finalidad de identificar y exponer cómo se maneja la problemática en otros países y si el reconocimiento voluntario para surtir efectos debe ser aceptado por la madre o el hijo.

Para el mejor desarrollo de la presente investigación, se tomó a bien realizar

en el capítulo tercero un mapeo actual del código de familia con el objetivo de identificar las formas en que se puede establecer la paternidad. analizando las presunciones legales que le otorgan al hijo nacido dentro del vínculo matrimonial fundadas en el deber de convivencia y fidelidad, el reconocimiento voluntario como instrumento jurídico que garantiza el derecho a la identidad de hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial, los medios por los cuales se puede efectuar este reconocimiento, finalizando con la paternidad establecida judicialmente en virtud de la práctica de la prueba de ADN que comprueba el nexo biológico entre dos personas, y de forma muy breve y sucinta la impugnación de la paternidad.

Por su parte en el capítulo cuarto se descende al análisis de la problemática de forma más concreta, en el cual se analiza los efectos jurídicos que produce el reconocimiento voluntario de paternidad, los requisitos y características de la filiación a nivel doctrinario y como estos efectos jurídicos causan un agravio a la madre generando un tipo de violencia hacia ella. Asimismo se genera un panorama donde se contraponen los derechos humanos del hijo a una filiación y a su identidad y los derechos de la madre a tener una vida libre de violencia, a que se le respete su vida, dignidad e integridad personal, exponiendo las consecuencias que se generarían al impedir este reconocimiento voluntario y la afectación en los derechos que se le causa al hijo por un acto del cual no fue participe ni tiene responsabilidad alguna, exponiendo de forma escueta una posible solución.

Finalmente el capítulo quinto es el producto de la investigación, en el cual se plasma los resultados del estudio realizado exponiendo cual es el verdadero problema en este escenario y la posible solución a este, la cual fue elaborada bajo una perspectiva que garantice la protección de derechos a la madre víctima de violación sin vulnerarle el derecho humano a la identidad

del hijo, producto del ilícito, derechos que han alcanzado un nivel de protección mayor bajo la novedosa visión de protección integral, apartándose del modelo irregular y visión adulto centrista donde se miraba al menor como una cosa y que el goce de sus derechos dependían de los progenitores. Asimismo en este capítulo se plasman las recomendaciones que surgen de la presente, con la finalidad de darle una posible solución jurídica ante el vacío legal actual de la no armonización del código de familia con las nuevas leyes secundarias que profesan la protección integral a la mujer, sobre todo cuando estas se encuentran en la situación planteada; dando recomendaciones de medida que garanticen la salud mental, la protección personal y la asistencia especializada a las mujeres víctimas de delitos relativos a la libertad sexual.

CAPITULO I

ANTECEDENTE HISTORICO DEL ORIGEN DEL VÍNCULO DE PATERNIDAD

A través de la historia se ha reflejado el desarrollo de las relaciones familiares y el consecuente cambio de las reglas jurídicas, instauradas por corrientes religiosas y morales de la sociedad. La necesidad del humano de conocer su origen y crear un legado a partir de ello ha estado presente desde épocas antiguas. A continuación se desarrollan diferentes corrientes y críticas acerca del origen de la familia y su desarrollo en la realidad jurídica nacional e internacional, específicamente se analiza el reconocimiento voluntario y su evolución en la Legislación Salvadoreña hasta la actualidad.

1.1. Teoría evolucionista del origen de la familia y sus críticas

En la obra “Origen de la familia, propiedad privada y el estado” se realiza una crítica en la cual se hace notar que comparte el orden histórico que estableció Lewis Henry Morgan en sus hipótesis y teorías antropológicas sobre el origen de la familia, y alrededor de esto establece su propia teoría evolucionista, instaurando las épocas principales de la humanidad: *“salvajismo, barbarie y civilización y dividiendo cada una de estas en tres estadios o fases.”*¹

El salvajismo es la infancia del género humano, época en la cual los humanos

¹ Federico Engels, *Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado*, 3ª ed. (México, Editores Mexicanos Unidos S.A., 1980), 24.

vivían encima de los árboles, se alimentaban de los frutos y raíces y comienzan a articular un lenguaje; Engels opina que *“aun cuando esta época pudo durar miles de años, no por eso se puede demostrar su existencia con testimonio directos; pero admitiéndose que el ser humano ha salido del reino animal, no hay más remedio que aceptar esta transición”*².

En la fase media, el ser humano comienza a alimentarse de pescados, crustáceos y animales acuáticos lo cual va de la mano con el descubrimiento y uso del fuego, ya que solo el fuego permite hacer comestibles de un modo perfecto la pesca, dando paso también a la generación de nuevos alimentos, la creación de las primeras armas paleolíticas como la lanza. En la tercera fase primitiva conocida como estadio superior, se comienza con la invención del arco y flecha dando paso a la caza de animales como alimento primario fijándola como una de las ramas más habituales del trabajo.³

Producto de lo anterior, se coincide con la postura de Federico Engels, en el sentido que es necesario profundizar en la transición de una época con otra y de las etapas que conformaron cada una, con el propósito de no ver de forma escueta y aislada el fenómeno de la evolución de la familia. Por lo que se concluye que del análisis que hace Federico acerca del Salvajismo puede denotarse que esta época se caracterizó principalmente por la recolección que el ser humano realizaba de los productos naturales, por la caza de animales y los primeros indicios de organización familiar en cuanto a roles y supervivencia.

La teoría evolucionista y sus diferentes etapas desarrolladas por Federico Engels, es apoyada por otros autores, marcando el origen con la etapa de

²Ibid.

³Ibid.

promiscuidad una forma de vida sin ninguna limitante a la libertad sexual del humano y en donde rigió el gobierno familiar del matriarcado. En una segunda época comenta el autor que surgen agrupaciones humanas que se concentraban en viviendas rudimentarias y surgen nombres para cada agrupación como gens, patria, clan y tribu; siguiendo con el abandono del nomadismo, al establecer sus viviendas que sirven como refugios a donde podían cultivar y cuidar sus rebaños, consecuencia de esto es la transición a la familia monogámica que sustituye al patriarcado.

La época de la barbarie está compuesta por tres estadios: el estadio inferior en el que surge el uso de la alfarería, este periodo se caracterizó por la domesticación y cría del ganado, así como el cultivo de cereales; el estadio medio de esta época se dividió por zonas, comenzando en el Este con la cría de los animales domésticos, en el Oeste con el cultivo de hortalizas por medio del riego, el empleo de adobes y la piedra para construir edificios y el estadio superior inicia con la fundición del mineral hierro y pasa al estado de la civilización con el invento de la escritura alfabética y su empleo para la literatura, este estadio superior existió en el hemisferio occidental, a este estadio pertenece los griegos de la época heroica, las tribus itálicas poco antes de la fundación de Roma, los germanos de Tácito, los normandos del tiempo de los Vikingos.⁴

De la época de la barbarie resumimos este periodo por el surgimiento de lo que hoy se conoce como actividades ganaderas y agrícolas, así como el acogimiento e innovación de métodos de cultivos como gran avance de la sociedad humana.

En la época de la civilización prevaleció el trabajo humano y la creación de

⁴ Ibíd. 24-25.

productos naturales, el uso de técnicas de arado para a la agricultura y el aprovechamiento de la tala de árboles para la transformación de tierras para la labor desencadenó un aumento de la población, dando paso al avance con trabajos de hierro perfeccionados, molinos de brazos preparación de aceites y vinos, elaboración de productos artificiales por medio de la industria.⁵

Por lo que se concluye que la etapa de civilización fue marcada por la actividad industrial del hombre, en el cual comienza a aprovechar la materia prima natural y la transforma por medio de procesos industriales en productos artificiales, herramientas e incluso arte de la época, estandarizando las técnicas ganaderas y agrícolas.

En este punto se advierte que el análisis de todo lo anterior es cuanto al surgimiento y evolución del ser humano, sin embargo, no pronunciándose en cuanto a la evolución de la familia, lo cual se desarrollara en breve.

Existió una época de la promiscuidad, donde incluso existía comercialización sexual sin prohibición de la cual surgieron diversidades de familias,⁶ esta teoría es compartida por Federico Engels, según la cual a lo largo de la historia existieron cuatro tipos de familias: la familia consanguínea, la punalúa, la sindiásmica y monogámica, las cuales se desarrollaran a continuación en virtud del estudio de Federico Engels y al concluir la exposición de estos tipos de familias, se desarrollaran conclusiones propias.

La familia consanguínea, para Engels es la primera etapa de la familia, los grupos conyugales eran separados según las generaciones, todos los abuelos y abuelas en los límites de la familia eran maridos y mujeres, los

⁵ Ibíd. 24 -30.

⁶ Ibíd. 40.

hijos de estos es decir los padres forman el segundo círculo de cónyuges y así los hijos de estos, forman el tercer círculo de cónyuges, únicamente están excluidos del matrimonio los ascendientes con los descendientes.⁷

Actualmente en la Polinesia y Hawái aún existen vestigios de la familia punalúa, este tipo de familia se caracteriza por la unión matrimonial por grupos, en la cual los maridos son compartidos por grupos de hermanas cercanas o lejanas, excluyendo las propias hermanas uterinas (es decir por parte de la madre), se establece la descendencia materna en virtud de que al existir matrimonios por grupos solo se puede demostrar la descendencia por línea materna; de igual manera la institución de la gens⁸ como base del orden social de la mayoría de los pueblos de la tierra.⁹

La familia sindiásmica vino a sustituir los matrimonios por grupos, en esta etapa, un hombre vive con una mujer, pero de tal suerte, que la poligamia y la infidelidad ocasional sigue siendo un derecho para los hombres, exigiendo siempre a las mujeres su estricta fidelidad mientras dure la vida común, castigando su adulterio cruelmente, sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve fácilmente por cualquiera de las dos partes y después como antes los hijos pertenecen a la madre sola.

El autor expone que “no se sabe con certeza donde y de qué forma se dio la transición del matriarcado al patriarcado, pero concluye que existe indicios de una revolución por parte de los jefes del hogar desplazando la línea materna

⁷ *Ibíd.*

⁸ “proviene de los romanos y define al conjunto de familias en la antigua Roma que descendían de un antepasado común y llevaban el mismo nombre, pero *gens* en latín se emplea especialmente para designar un grupo que se jacta de una descendencia común.”

⁹ *Ibíd.* 42.

y pasando a la mujer como un objeto meramente reproductivo, que significó la derrota más grande para las mujeres".¹⁰

La familia monogámica, para el autor esta familia se funda en el poder del hombre con el fin formal de procrear hijos de una paternidad cierta, paternidad exigida por motivos hereditarios en los cuales los hijos en un futuro poseerán los bienes de la fortuna paterna, se caracteriza por tener una solidez mayor en el vínculo conyugal, pues su disolución ya no es facultativa en virtud de que solo el hombre puede romper este vínculo y repudiar a su mujer, otorgándole al hombre el derecho de infidelidad conyugal marcando la época de la civilización.¹¹

Finalmente se advierte a manera de conclusión propia que el autor realiza una crítica a los tipos de familias preestablecidas por Lewis Henry Morgan, en la cual no se limita únicamente a reafirmar estos tipos, sino a realizar una larga investigación a fin de presentar argumentos e hipótesis propias basadas en vestigios documentales y físicos en diferentes ocasiones, culturas y tiempos.

Como grupo de investigación se considera positivo este tipo de argumentos pues da una respuesta lógica a las etapas evolutivas de la familia hasta llegar a la familia que actualmente se conoce, sin duda que es una tarea difícil para el autor tratar de dar insumos a su teoría pues a lo largo de estas investigaciones no se han encontrado pruebas certeras que en alguna población haya existido el tipo de familia consanguínea en su totalidad ni siquiera en los pueblos más barbaros a lo largo de la historia sin embargo del razonamiento lógico se puede deducir el surgimiento de estas relaciones

¹⁰ *Ibíd.* 51-52.

¹¹ *Ibíd.* 68-73.

familiares pues en un inicio la procreación humana era vista como una necesidad.

Es así que se concuerda con la investigación realizada por el autor, pues no cabe duda que la familia ha evolucionado desde la época primitiva pasando por diferentes etapas, y factores sociales como la comercialización sexual, la promiscuidad del hombre, la fase del matriarcado en virtud de la certera línea materna, la poligamia por parte de hombre y de la mujer, el quebrantamiento del estado materno y el surgimiento del patriarcado hasta llegar a la monogamia y la forma de familia actual como base fundamental de la sociedad, pues desde la familia punalúa y el surgimiento de la gens se comenzaba a ver a la familia como figura de organización social.

La familia como el grupo humano primario, natural e irreductible, que se forma por la unión de la pareja hombre- mujer. Estableciendo que el hombre es impulsado por dos instintos, el de conservación y la reproducción, y que al cumplir con el segundo de los instintos ejecutando la unión sexual del hombre y mujer surge la procreación y se crea la familia, la primera célula social.¹²

Esta autora manifiesta que el concepto de familia no siempre tendrá la misma interpretación por ser un derecho en desarrollo, tal y como lo ha comprobado la historia y la sociología, pero afirma que sin importar como se desarrolle el concepto siempre tendrá datos biológicos primarios: la unión sexual y la procreación.

En este punto se retoma la idea de la autora en el sentido que para la propia

¹² Sara Montero Duhalt, *Derecho de Familia*, (México, Editorial Porrúa, 1984), 2.

existencia del ser humano siempre será necesario la unión sexual de hombre y mujer para lograr una concepción de un nuevo ser humano.

Sin embargo debido al avance de la ciencia y la tecnología el concepto de la autora queda limitado puesto que actualmente es posible la concepción sin mediar la unión sexual a través de la inseminación intrauterina o de la fecundación in vitro que conlleva siempre la mezcla de cromosomas de un hombre y una mujer pero sin mediar una relación sexual.

En cuanto al origen de la familia los historiadores se dividen en tres corrientes, los que aceptan el primer estadio en la vida humana en la que imperaba una absoluta promiscuidad sexual y los que no, y los cuales se limitan únicamente a plantear simples hipótesis, que más adelante se desarrollaran.

La corriente más aceptada para esta autora consiste en una primitiva promiscuidad sexual, un primate guiado por sus instintos que deja por fuera raciocinio, de ética u otro tipo de limitaciones a la libertad de su conducta; los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus instintos de forma espontánea e inocente como los demás animales que poblaban la tierra, por lo que únicamente era segura la relación materno- filial.

Las hipótesis de los que están en contra de esta teoría se basan principalmente en argumentos con consideraciones éticas, y niegan rotundamente la promiscuidad de sus antepasados y su conducta animal, estas posturas se encuentran influenciadas por la cultura occidental, cultura helénica y medieval cristiana, que tienen arraigados tabúes de moral sexual.

A criterio de los investigadores la autora desarrolla escasamente las hipótesis

que rebaten la teoría evolucionista, dejando al lector con la percepción que esta teoría es la acertada, sin embargo, dicha teoría es más aceptable y lógica para los investigadores.

En la obra curso de derecho de familia establece que la familia se constituye a partir de un vínculo de sangre y aclara que para la ley estos vínculos deben producir efectos jurídicos ósea estar reconocido por la misma; desarrolla que la familia debe de cumplir con el fin de conservación, propagación y desarrollo en todas las esferas de la vida, de la especie humana.¹³

El mismo autor trata cómo la sociología ha establecido que en el origen de la familia se constituyó un régimen de promiscuidad sexual y hetairismo, para luego pasar a un estado de matriarcado, en donde la maternidad es un hecho fisiológico tangible y fácil de probar y posteriormente llegar a una época civil más avanzada donde predominaría la familia patriarcal, culminando con la actual familia monogámica. Sin embargo, a esta teoría evolucionista este autor hace una crítica valiosa en la cual expone que dicha teoría no demuestra un auténtico y certero sistema de fases en el desarrollo de la familia con caracteres universales, es decir, no hay una forma de establecer que las fases que se plantean en la teoría evolucionista ocurrieran en todas las regiones y no solo en algunas; además de carecer de una explicación clara sobre el tránsito del régimen matriarcal al patriarcal.¹⁴

Los autores antes citados concuerdan en cuanto a que la familia configura la primera célula básica de la sociedad y que esta institución y el derecho que la regula esta en un constante desarrollo que va de acuerdo a los cambios

¹³ Gautema Fonseca, *Curso de Derecho de Familia*, (Honduras, Imprenta López y CIA, Tomo I, 1968), 51.

¹⁴ *Ibíd.*

morales y éticos de la sociedad. ¹⁵

El matrimonio por grupos es un hecho comprobado por los vestigios encontrados en la Polinesia, en el que implanta una primera restricción a la libertad sexual del humano en su estado animal y es que la autora Sara Montero Duhalt plantea un aspecto interesante en relación a este tema, puesto que denota un vestigio de comercio sexual entre las tribus, es decir, la Tribu A tenía plena libertad sexual para la Tribu B y se debían fidelidad entre todos los integrantes de ambos grupos, además de establecer prohibiciones en cuanto a la unión entre ascendientes y descendientes, se desconocía la certeza de la paternidad de los hijos mas no del vínculo de la maternidad, por lo que todos los hijos son comunes en el grupo y únicamente se establece un lazo estrecho entre la madre y el hijo, a esta familia se le denomino con el nombre “Punalúas”.

En cuanto empieza a darse una selección de maridos y mujeres primitivamente comunes de manera temporal la familia forma “la familia sindiásmica”, esta permanencia de la pareja o su exclusividad funciona en virtud de la procreación de los hijos, posterior al nacimiento el hombre podía decidir si quedarse o relacionarse con más mujeres, este es un primer paso hacia la monogamia.

La poligamia, por otra parte, históricamente comprobada era otra forma de constituir una familia, dividida en poliandria, en la cual la mujer podía cohabitar con varios hombres y la poligenia, en la cual varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre; siendo la primera división motivada por la escases de hombres como sostén económico y como mano

¹⁵ Adolfo Núñez Castillo, *Derecho de Familia, El Hijo natural frente a la Legislación Colombiana*, (Bogotá, Colombia, Editorial Librería de Profesional, 1979), 94.

trabajadora, esto debido a los sacrificios de las niñas mediante el infanticidio, existían más hombres que mujeres, por lo que era permitido que una mujer pudiera cohabitar con más de un hombre, por lo que el matriarcado representaba la autoridad de la madre y su tarea de fijar los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo los descendientes.

La poligenia, en cambio, es la constitución de la familia en la cual un solo hombre podía ser marido de varias esposas, esto a causa de varios factores, dentro de los que se encontraban: a) la reducción del número de varones adultos frente a las mujeres, b) por actividades peligrosas que amenazaban la procreación de nuevas generaciones, guerras, caza, etc..., existían formas específicas por las que se distinguía, cuando consistía en el matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa, este se denominaba poligenia Hermanazgo.

La siguiente clasificada como poligenia levirato consistía en la práctica por la cual el hombre tenía el deber de casar con la viuda de su hermano y finalmente la poligenia Sororato consistía en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer cuando esta era estéril.¹⁶

En el momento en que inicia la monogamia como forma de constituir la familia mediante la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer, se establece que es la etapa que cuenta con datos certeros comprobados.

La familia patriarcal monogámica tuvo sus más profundas características en la cultura romana, tanto durante de la República, como en el esplendor del Imperio y en su decadencia.

¹⁶ Duhalt, *Derecho de Familia*, 6.

Esta época se encontraba influenciada del cristianismo e institucionalizo la organización patriarcal, en este régimen el padre representa el centro de las actividades económicas, religiosas, políticas y jurídicas de un grupo de parientes, denominado también como el “pater familias” era el jefe supremo de los numerosos miembros que constituían la familia, esposa, hijos, nueras, nietos, agnados, siervos, etc.

Representaba un único *sui juris*, el sacerdote de los dioses familiares y el jefe militar, político y económico, legislador y jueces supremos de todos los miembros de la familia, incluso con poder de vida y muerte sobre los mismos.¹⁷

1.2. La familia y la filiación en el derecho romano

Para el Derecho Romano el concepto de Familia según Ulpiano aplicaba a cosas y a personas, tanto libres como esclavos que estaban sujetos a una misma facultad que solo cesaba por la muerte de la cabeza de la familia.

Agnación, se le denominaba a un tipo de parentesco originado por un vínculo jurídico que deriva de la autoridad del *paterfamilias* y une a los miembros de una familia civil; Cognación era el vínculo de sangre que existía entre las personas que proceden una de otras o tenían un tronco común.

La situación familiar en Roma significaba más que un vínculo biológico, era un estatus social de una persona libre y ciudadana dentro de un grupo familiar, categorizándolos en *quaedam personae*(personas independientes), *sui iuris sunt* (personas que no dependían del derecho de otra y que solo se pertenecían a sí mismas).

¹⁷ *Ibíd.*7.

Los sui iuris eran los que siendo libres y cives, no estaban bajo la autoridad de un jefe doméstico, pero eran quienes bien por carecer de ascendientes legítimos o por ser liberados de la potestad de que dependían, pasaban a ser los primeros de su familia (paterfamilias) quien ejercía la jefatura familiar; el sui iuris era aplicado también para la mujer, sin embargo, esta no podía ejercer la jefatura familiar.¹⁸

El concepto de sui iuris se amplía al establecer que el hombre sui iuris gozaba del derecho de tener un patrimonio y de ejercer las otras cuatro clases de poderes; aclara que la mujer sui iuris gozaba de esta calidad estuviera o no casada, siempre y cuando fuera de conducta honesta e incluso podría ejercer autoridad de ama sobre los esclavos, pero que la autoridad parental de los hijos pertenecía solo al hombre.

El régimen patriarcal designa al soberano padre como el dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, y puede arreglar a su conveniencia la forma en que se compone su familia, incluso excluyendo a sus descendientes mediante la emancipación o ingresando a un extranjero por la adopción; su poder se extiende hasta las cosas materiales, el autor habla que se hacía una sola concentración de patrimonio en cual era administrado por el paterfamilias; las personas bajo este régimen se encuentran unidos entre sí por el parentesco civil llamado agnatio.

En cuanto a la cognatio aclara que es un vínculo biológico en línea directa o colateral sin diferencias de sexo, el parentesco que resulta de la misma naturaleza, este parentesco es el que existía entre la madre y sus hijos, esto debido que nunca gozara la autoridad parental sobre ellos a menos que sea *inmanu*.¹⁹

¹⁸ Ricardo Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), 253-256.

¹⁹ Eugene Petit, *Derecho Romano*, (México, editorial Porrúa S.A, 4ª ed., 1998) 95-97.

Los hijos nacidos ex justis nuptiis son los hijos legítimos, liberi justii. Están bajo la autoridad de su padre (alieni iuris) o del abuelo paterno y toman también su nombre y condición social.²⁰

Otros autores coincide en cuanto al sui iuris y el alieni iuris que eran ciudadanos Romanos libres, siendo sui iuris los que no estaban sometidos a la patria potestas del *patria familia* ni a la *manus*, pero sin embargo estos podían tener un tutor o curador para ejercitar sus derechos ²¹

En el libro paternidad ilegítima, se establece que en el derecho Romano imperaba el *paterfamilias*, por lo que la maternidad como figura de autoridad parental no existía, la mujer pasaba a ser una hija de su marido (*loco filae*) y en hermana de sus hijos (*loco soris*), quedando sometida al poder y representación de su esposo; el hijo legítimo se consideraba unido a sus progenitores solo por el vínculo civil (solo podía nacer de un matrimonio legítimo), agnación y sometido a la patria potestad del *paterfamilias*.

En cuanto a los hijos naturales (los nacidos fuera de matrimonio) se encontraban desligados en absoluto de sus padres, ajenos completamente a ellos, libre de su tutela y sin ningún derecho a su respeto; en un principio ni siquiera la madre tenía la tutela de estos hijos pero posteriormente fue modificado por el *tutor dativus* instituyendo la tutela maternal.

La paternidad en consecuencia, era un vínculo que solo se creaba por el matrimonio y que si bien podía investigarse por los hijos naturales, pero esta no tenía ningún efecto. ²²

²⁰ Ibid. 107-108.

²¹ Ibid.

²² Cesar Miranda, *Constatación judicial de la paternidad ilegítima y leyes de investigación de la paternidad e hijos naturales del Uruguay, España, Portugal, Argentina, Honduras, Bélgica y Francia*, (Montevideo, editorial Claudio García, 1926), 13-14.

Posterior al matrimonio *manues* y sin *manus* de jus Gentium, el marido dejó de tener poder y representación sobre su esposa, quien era *finis familiae suae*, y el vínculo de agnación, parentesco civil, solo subsistió entre padres e hijos legítimos, no existía ningún derecho sucesorio entre la madre y sus hijos. Fue hasta que el derecho pretoriano modificó esta situación y estableció el vínculo civil, *cognatio* con la madre por el parentesco natural que existía entre ellos.

La *cognatio* cumplió un papel importante en la historia del derecho romano pues no solo creó la vinculación entre la madre y los hijos, sino que puso en una situación legal idéntica a los hijos legítimos y los hijos naturales, respecto de la madre claro, ya sea que estos fueran hijos productos del concubinato o del estupro y aun de una relación singular y pasajera.

La legitimación de los hijos fue permitida por los emperadores cristianos para favorecer las uniones regulares y avalaba la adquisición de la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato.

Algunos autores han planteado ciertas hipótesis en las cuales el padre obtenía como favor la autoridad paterna sobre sus hijos nacidos fuera del matrimonio, las cuales eran: a) cuando el emperador confería la ciudadanía a un peregrino y a sus hijos, le concedía especialmente sobre ellos la autoridad paterna; b) cuando un latino juniano disfrutaba del beneficio de la *causae probatio*,²³ y por último en caso de *erroris causae probatio* (cuando una persona se casaba, equivocándose sobre su cualidad o la de su cónyuge, creyendo que existe entre ellos *connubiu*, ejemplo cuando un ciudadano se casaba con una latina creyéndola ciudadana y de esta unión nace un hijo o

²³ Petit, *Derecho Romano*, 99.

una hija, un senado consulto permite al padre hacer la prueba de su buena fe y desde entonces el matrimonio queda convertido en *justae nuptiae*; todos tienen la ciudadanía y el padre posee la autoridad paterna sobre el hijo.²⁴

La legitimación de los hijos por el matrimonio subsiguiente del matrimonio del padre y de la madre exigía que hubiesen nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción y excluía a los hijos adulterinos e incestuosos, el hijo entra como agnado en la familia civil del padre.

Otra institución que debe resaltarse en el derecho romano es el de “Concubinato” esto en razón que si bien era considerado para los romanos como un simple hecho que pudo ser consumado con una viuda o mujer núbil o en adulterio y como lo menciona el autor del libro *Le mariage en droit canonique*, citado por el autor, durante el imperio de Augusto el concubinato paso a tener un estado legal y muy posiblemente regulado por las leyes romanas, así como también en la época de Constantino.

En esta época la figura del concubinato requería ciertas condiciones, tales como: se prohibía a las personas que no fueran célibes, con la excepción de los solteros a quienes se les avalaba tener varias concubinas.²⁵

1.3. La filiación en el periodo cristiano

La filiación bajo el imperio de Constantino marcó un punto de referencia importante, esto debido principalmente a que la legislación en su imperio

²⁴ Miranda, *Constatación judicial de la paternidad ilegítima*, 16.

²⁵ Rafael Rojina Villegas. *Derecho civil mexicano*. (México. Editorial Porrúa S.A., 7ª ed., Tomo segundo. 1997), 365.

varío considerablemente en comparación a los demás emperadores cristianos; la institución del matrimonio era la única unión legal que vincula a la madre y al padre con su hijo en el ámbito legal (agnación) y el sanguíneo (cognación).

Los hijos ilegítimos en este periodo, denominados por la Constitución Honorius y de Arcadius como hijos adulterinos e incestuosos no tenían ningún derecho, ni aun el de alimentos.²⁶

Bajo la legislación cristiana se desarrolló distintas categorías de hijos naturales, esto con el propósito de asignarles cierta situación jurídica; el hijo natural solo puede llegar a formar parte del núcleo familiar materno.

Sin embargo, esta situación permitía al hijo reclamar su filiación y obtener judicialmente alimentos, de su progenitor y aún de su abuelo paterno, pero se encuentra excluido de la sucesión paterna. La prueba para la paternidad se regía por los principios generales del derecho y se aceptaba la prueba testimonial.

Este periodo incidió en el reconocimiento de los hijos naturales y hace un cambio drástico al derecho romano, puesto que les da un status social aun cuando sus progenitores no estuvieren vinculados por el matrimonio.

1.4. La familia y la filiación en el derecho germánico

En la época germánica la familia conservaba sus costumbres primitivas, donde solamente existían los hijos naturales comprendiendo dentro de estos

²⁶ Miranda, *Constatación judicial de la paternidad ilegítima*, 17-19.

los hijos ilegítimos sin importar la condición en la que fueron concebidos es decir si era fuera o dentro del matrimonio. El régimen que predominaba era el tipo matriarcal, la madre desempeñaba el mismo papel que *paterfamilias* en Roma, por lo que los hijos eran extraños en cuanto a la familia paterna desde el punto de vista del derecho como de los bienes que este poseía, quien ejercía la patria potestad sobre los hijos era la madre, ella decidía a quien le dejaba su herencia no necesariamente se las tenía que dejar a sus hijos; pero si en un dado caso esta fallecía sus bienes correspondían a sus hijos y a sus parientes, excluyendo a los parientes paternos.

No existía ningún interés por parte de la madre ni por parte de los hijos el comenzar investigación alguna acerca de la paternidad pues bastaba con saberse quien era la madre, ya que ella era quien poseía el poder.

Asimismo comienza la época de los invasores donde la sociedad que era menos civilizada adapta las costumbres de la sociedad que era más civilizada, los bárbaros fueron conquistados por las costumbres de los vencidos, a consecuencia de dicho acontecimiento el matriarcado desaparece y surge el patriarcado, ahora el hijo tiene la oportunidad de convivir con la familia paterna y materna, el vínculo de cognación y agnación se convierten en un solo vínculo civil, que existe solo dentro del matrimonio.

Surge una separación categórica entre los hijos legítimos, que gozaban de un vínculo de hecho con su padre y madre, por nacer dentro de un matrimonio, presunción que no era aplicable para los hijos naturales, puesto que de ellos el único vínculo de hecho que se reconocía era el de la maternidad.

La situación que éstos tenían dentro del nuevo derecho bárbaro variaba según la condición en la que se encontraban los padres, si la condición era

idéntica los hijos estaban de lleno con la familia de la madre igual que los legítimos pero no tenían relación alguna con la familia del padre; si los hijos nacían de diferentes condiciones de los padres su trato era riguroso debido que las leyes prohibían las desigualdades, se aplicaba la ley de la raza fundamentándose en la necesidad de mantener la sangre de una raza superior.

Las leyes que habían en esta época donde surgió el derecho bárbaro variaban, ya que entre los frisones le quitaban la libertad a la madre por haber concebido a un siervo y a este lo castigaban; *los lombardos* imponían la pena de muerte para la madre y si esta daba a luz a un hijo lo declaraban como esclavo; *los visigodos* proclamaban a los hijos como esclavos y a la madre la castigaban con trescientos azotes y aplicaban una pena mayor si la mujer ejercía la prostitución, puesto que los quemaban a ambos vivos.

Los francos suplantaron el derecho germánico por el derecho galo- romano, solamente castigaban al hijo, estos no entraban a la familia del padre sin embargo podían tener participación junto con los hijos legítimos en una sucesión intestada.

En esta transición de la Ley de los Bárbaros se dieron grandes avances, uno de los más relevantes fue que se permitía la investigación de la paternidad y el reconocimiento de esta paternidad traía efectos que podían variar.

La ley de los bárbaros no reconocía ningún derecho a los hijos naturales; pero les sugería a los hijos legítimos que estos les ayudaran, a diferencia de la Ley Franca la cual marca un cambio importante a los derechos de los hijos naturales al establecer el derecho de *llamamiento* el cual consistía que los hijos naturales podían presentarse a la sucesión que dejaba el padre por la

voluntad de este.

Es claro que bajo este régimen no se le daba un trato igualitario a los hijos legítimos e ilegítimos, sin embargo significó un avance representativo en el desarrollo del derecho de familia y del derecho de igualdad de los hijos.²⁷

1.5. La familia y la filiación en el derecho canónico

En esta etapa se consideraba al matrimonio como un sacramento, ya que la iglesia exigía que este se reconociera como tal, la iglesia comenzó a legislar con el fin de proteger todo lo que se deriva del matrimonio, a consecuencia del ascendiente cristiano se sustituye el viejo derecho romano comenzándose a legislar la filiación en razón de fortalecer los principios dogmáticos y sucesiones en razón de las ganancias que su intervención acarrearía a la tesorería de san pedro. Lo anterior se legislaba en el *Corpus Juris canonici* (en español "*Cuerpo del Derecho Canónico*") que se forma en las decretales de Gregorio IX.

El cristianismo transformó el antiguo derecho, sin embargo la intervención de la Iglesia fue perjudicial e injusta, ya que sacrificaba el dogma estricto de los derechos de los hijos naturales.

La iglesia, queriendo combatir las uniones irregulares y el concubinato castigaba a los hijos de un modo severo, con el razonamiento de que el mal se tenía que quitar desde la raíz, dejando de lado la individualización de la pena, basados en el pensamiento que era mejor castigar a los hijos por los pecados de sus padres que a ellos, esto en razón que los padres sufrían más

²⁷ *Ibíd.* 20- 21.

por el castigo a sus hijo que como si se lo aplicaran a ellos; debido a esto se implementó una ordenanza que decía que los matrimonios que se celebraran momentos antes de la muerte de uno de los cónyuges, el matrimonio no produciría efectos civiles ni legitimarían a los hijos, eliminando la posibilidad de ser redimidos por Dios o por la sociedad de sus acciones.

El concilio de Valladolid castigaba a los hijos ilegítimos excomulgándolos y declarándolos incapaces para que estos no pudieran aspirar a un oficio público, para combatir el pecado se aplicaban la ley de la infamia según la religión admite la trasmisión de las faltas originales y la ley de la represión del hecho inmoral donde se decía que se hacía justicia desde el momento que una persona era castigada; pero la iglesia no estuvo de acuerdo con este criterio por lo que estableció que el bautismo podía salvar los pecados de los hijos nacidos fuera del matrimonio desde su nacimiento.

El derecho canónico legisló la filiación ilegítima distinguiendo la prueba de hecho y las consecuencias jurídicas de ésta.

El hijo natural no habiendo sido reconocido le permitían la investigación de su filiación paterna, pudiendo presentar testigos pero que fueran cercanos, así mismo podría probar su filiación con testigos testificando estos que cuando su madre estaba en el proceso de la concepción, su padre ha vivido con ella y al momento que esta daba a luz se encontraba en el domicilio de él.

Sin embargo no bastaba solo probar con los testigos sino que también el supuesto padre tenía que hacer constar por escrito que es cierto.

Los efectos jurídicos que se derivaron de estos hechos fue que el derecho canónico realizó la distinción entre los derechos de la familia que son los que

derivan de la voluntad del ser humano y los derechos de la sangre que consistían en el establecimiento voluntario del vínculo con los padres para que este entrare a la familia era por medio del matrimonio, el hijo natural si bien es cierto tenía derecho a investigar su filiación tanto de su padre como de su madre, este solo podía reclamar los alimentos.²⁸

En esta época el concubinato implicaba un delito de naturaleza aún más grave que la fornicación, debido a las reglas y costumbres instauradas por la Iglesia, pues la práctica de este significaba una fornicación continua, luego incluso a excomulgarse a los concubinos y se autorizó el uso de la fuerza pública para romper tales uniones.²⁹

1.6. La filiación en el derecho de partidas

La legislación española, tenía presunciones en cuanto a determinar la paternidad del hijo y aplicaban el principio de *pater is est quem nuptiae demonstrant* (en español “es padre aquel que indican las nupcias”) el cual indicaba la paternidad del hijo correspondía a el esposo de la madre, así como también estableció una segunda presunción en cuanto a los hijos habidos en concubinato.

La calidad de hijos naturales por la Ley de Toro se adquiría por los hijos nacidos de personas que podía casarse al tiempo de la concepción o del nacimiento,³⁰ la situación anterior hace notar la necesidad del reconocimiento voluntario del padre, en razón de no poder aplicar el principio *pater est* por no estar acorde a la institución del matrimonio.

²⁸ *Ibíd.* 24-28.

²⁹ Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, 365.

³⁰ Miranda, *Constatación judicial de la paternidad*, 29.

La investigación de la paternidad en las antiguas leyes españolas era permitida, pero tenía ciertas limitantes, se le otorgaban las facultades al Juez que conocía de la causa para investigar de oficio la verdad sobre la paternidad del supuesto hijo, de una forma llana y sin dilaciones, e incluso imponía lo que a nuestros tiempos se traduce en cuota alimenticia provisoria en los casos que los vecinos o por juramento del actor se creía que era hijo del demandado. Los hijos naturales, bastardos o notos, espurios, incestuosos, nefarios, sacrílegos, adulterinos, todos tenían el derecho a los alimentos.

En cuanto a los derechos sucesorios, los hijos naturales podían acceder únicamente al quinto de los bienes del padre cuando la sucesión fuere *ab intestato* y eran herederos forzosos en la sucesión de su madre, siempre con la limitante de la cantidad de patrimonio que heredaban. Sin embargo, el derecho sucesorio en cuanto al padre podía caducar para el hijo natural, esto si existían hijos legítimos.

1.7. La filiación en el derecho francés

El derecho francés ha sido dividido en tres momentos dentro de la historia: el derecho antiguo, el intermedio y el contemporáneo; así como los cambios que ha tenido la normativa y la aplicación del derecho en torno a la filiación. El derecho francés antiguo abarca el periodo de (1200–1755), en este periodo los hijos nacidos fuera del matrimonio eran denominados bastardos, compartiendo el mismo concepto de filiación ilegítima del derecho romano y rechazaban la clasificación que el derecho canónico tenía de los hijos naturales a razón de la concepción fuera del matrimonio.³¹

³¹Ibíd.

La ley solo regulaba el aspecto del parentesco civil pues al condenarse la paternidad sobre un hijo se le imponía al padre encargarse del hijo, suministrarle alimentos y a enseñarle un oficio; el hijo natural podía probar su filiación paternal y se permitía la investigación de la paternidad la cual podía ser ejercida por el hijo o por la madre, y esta última podía probar que el presunto padre había cohabitado con ella en el periodo de la concepción, lo cual era prueba suficiente para condenar al padre, salvo que este probaré el comercio ilícito de la mujer con otros, este término hace alusión a la prostitución.

El derecho antiguo francés establecía que la paternidad podía ser comprobada por los siguientes medios: por un acta de reconocimiento, por la posesión del estado, por cartas y todo tipo de escritos donde se confesara la cohabitación, prueba testimonial, por parecido físico o coexistencia de signos análogos en el padre con el hijo.

Las pruebas quedaban al prudente arbitrio del juez, quien si las encontraba decisivas rechazaba la demanda, pero una vez reconocida la paternidad los efectos jurídicos se limitaban únicamente a una obligación alimenticia.³²

El derecho intermedio francés comprendido entre el año mil setecientos ochenta y siete y la promulgación del Código Civil, 1804, periodo en el cual surgió la Revolución Francesa como un movimiento con ideas laicas e igualitarias, la cual transformo el derecho de las personas y el día 13 de abril de mil setecientos noventa y uno la convención Nacional dicto una ley que suprimió los últimos vestigios del derecho de bastardía y encomendó al Comité Legislativo la preparación de un proyecto de ley sobre los derechos de los hijos naturales.

³² Ibid. 34-39.

El decreto ley de 12 Brumario del año II equiparo a todos los hijos con excepción de los adulterinos e incestuosos; otorgándole a los hijos naturales una situación jurídica igual a las de los hijos legítimos; los hijos nacidos fuera del matrimonio debían probar la posición de estado.

Sin embargo con el paso del tiempo la legislación intermedia condujo a la irresponsabilidad del padre y al sacrificio del hijo, pues se le arrebató a los hijos naturales el medio de probar su filiación natural, si bien se les reconocía sus derechos, se les quitaba el medio para hacerlos valer, todo esto bajo la declaración del comité de legislación siguiente “el interés de las buenas costumbres y la tranquilidad de las familias exigen que no se admitan más esas demandas escandalosas de declaración de paternidad...”.³³

El legislador de la época revolucionaria pensando en igualar los derechos de los hijos naturales con los legítimos, dio paso a todo lo contrario, en lugar de beneficiar a los primeros equiparándolos con los segundos, les ocasionaba perjuicios dando origen a cuatro situaciones distintas entre estas categorías de hijos: a) hijos reconocidos antes de la ley de Brumario, b) hijos no reconocidos antes de la ley de Brumario, c) hijos reconocidos posteriores a la ley de Brumario y d) hijos no reconocidos posteriores a la ley de Brumario.

Los primeros gozan iguales derechos que los hijos legítimos, los segundos pueden investigar la paternidad por medio de posesión de estados y escritos y su situación es igual a los legítimos, los terceros tienen un crédito alimenticio y los últimos no tenían ningún derecho ni al de alimentos ya que estaba prohibida la investigación de paternidad.

³³ Ibíd. 40 – 45.

En el derecho francés contemporáneo, se expone que el hecho más importante de este derecho es el principio prohibitivo de investigación de paternidad, el cual viene a destruir los beneficios que se le otorgaban a los hijos naturales que tenían como fin no solo garantizar sus derechos sino equipararlos a los hijos legítimos;³⁴ el autor hace un recuento de los acontecimientos que dieron origen a esta prohibición los cuales como grupo investigativo consideramos a bien hacer una sucinta exposición de los mismo.

Como se ha venido desarrollando en un principio la madre natural podía indicar el nombre del padre en el registro de nacimiento de su hijo, hecho que dio origen a una gran controversia alrededor de la indagación de la paternidad, la cual se llevó hasta los tribunales, algunos de estos admitían la indagación de paternidad en ciertos casos en interés de la madre, hijo de la sociedad, siempre y cuando la paternidad fuese establecida previas formalidades.

Las opiniones de los tribunales eran divididas pero inclinadas a favorecer la indagación de la paternidad (64 votos a favor y 26 en contra), obligando a Napoleón Bonaparte a hacer uso de maniobras a fin de imponer su voluntad exponiendo que “el tiempo no era propicio para introducir en esas grandes discusiones la calma y unidad de intención que ellas exigían”; obligando a aplazar de forma provisoria.

Dos meses más tarde Bonaparte comenzó a suprimir a todos los que se interponían con su voluntad e hizo elegir nuevos miembros que le fueran devotos, asegurando así la unanimidad del tema y retomando la discusión y prohibiéndose la indagación de la paternidad, y en los casos de raptos

³⁴Ibíd.

relacionado al alumbramiento se modificó en hacer facultativa la indagación de paternidad; siendo este todo el proceso histórico del artículo 340 del Código Civil Francés con respecto a la prohibición fundados en la máxima del primer cónsul “ la sociedad no tiene interés que los bastardos sean reconocidos”.³⁵

Por regla general y siguiendo los criterios decimonónicos, la investigación de la paternidad era prohibida argumentando que los supuestos padres podían ser víctimas de chantaje por parte de la madre y la vulneración de la paz, la intimidad e integridad de la familia legalmente constituida por el supuesto padre mediante un vínculo matrimonial.

Existen opiniones que el sistema jurídico actuaba como cómplice del padre (autor) ayudando a ocultar la paternidad, desprotegiendo a la madre célibe y a los hijos extramatrimoniales (víctimas), aduciendo la protección de la familia matrimonial del padre.

Es decir, el razonamiento utilizado era que de dos males se ha de preferir siempre el menor, así la consecuencia mínima será que alguien se quede sin padre, en vez de promover procesos escandalosos, tal es el caso del Código de Napoleón.³⁶

En cuanto a la investigación de la paternidad, el autor Antonio Mirò Quesada sustenta su posición contraria basándose en: “ ... *en la imposibilidad material de acreditar la paternidad, dado el carácter misterioso de la generación y alegando las perturbaciones de los derechos de familia, los escándalos*

³⁵ *Ibíd.* 46-52

³⁶ Enrique Varsi Rospigliosi, *Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, (Lima, Perú, Fondo de Cultura Económica S.A de C.V., 1999), 52.

*sociales y los inconvenientes prácticos de todo género que origina aquel sistema cuando es sancionado por la ley positiva, combate abiertamente la investigación de la paternidad, principio que considera opuesto a la Justicia y a la moral.*³⁷

En cuanto a la investigación de la paternidad, se ha realizado en la presente investigación una recolección de datos históricos respecto del temas los cuales se plasmaron en el cuerpo de este marco, sin embargo, se estima conveniente hacer un apartado en específico donde se expondrá una breve reseña de los antecedentes de este tema puntualizando en cada periodo que se vio un cambio dentro de la historia.

Se sostiene que la evolución de la paternidad en el derecho y la sociedad hasta llegar a lo que se conoce en la actualidad, transito por una época oscura, donde se negó en su totalidad la investigación de paternidad en ciertas latitudes de la tierra, ignorando que en ese mismo país se haya aceptado investigar la paternidad con anterioridad.

No se analizan estos hechos de forma aislada ni desde una óptica de derecho actual, pero no se comparte la idea que se prohibiese la indagación de la paternidad, máxime cuando era permitida en esa misma región con anterioridad, pues la justificaciones para esta prohibición son absurdas en el sentido que al prohibir esta indagación se protegía la familia matrimonial del presunto padre.

Sin embargo se dejaba desamparado por completo al hijo extramatrimonial, en tanto no podía ni ejercitar su derecho por que no era reconocido,

³⁷Enrique Varsi Rospigliosi, *La Investigación de la paternidad*, (Lima, Imprenta Liberal, Tomo XXV, 1898), 130.

claramente existía una desigualdad entre hijos, generando una clasificación entre legítimos e ilegítimos garantizándose más derechos a los primeros y en ciertos casos ignorando por completo a los segundos; aduciendo que debían conservar la familia matrimonial y no generar un caos social.

La autora del libro “La filosofía del código de Napoleón aplicada al derecho de familia” hace un análisis crítico acerca de los defectos esenciales del derecho de familia en el Código de Napoleón, uno de los más importantes errores para esta autora es la noción que se tiene acerca del matrimonio-contrato y que sin embargo domino todo el siglo XIX y una parte de la época contemporánea.

Esto en razón que este instrumento sirvió como inspiración para otros Códigos posteriores, fue un derecho que en realidad significo un retroceso para los hijos naturales y las cónyuges, puesto que prohibía absolutamente la investigación de la paternidad natural, no preveía la caducidad paterna, no reconocía el derecho del cónyuge sobreviviente al usufructo o una pensión alimenticia sobre la sucesión del difunto, imponía un régimen legal la comunidad de muebles y ganancia y agrava la condición jurídica de la mujer en el matrimonio más que en otros periodos.³⁸ Avalaba el divorcio mutuo o simplemente el divorcio, facultando al hombre a dejar a la deriva a su mujer, aunque ella no aceptara el divorcio.³⁹

La idea que el matrimonio era un contrato estaba basado en lo que el autor Rousseau exponía en su obra el Contrato Social, en donde hablaba acerca de la teoría contractual de la familia y que el lazo natural del hijo con el padre

³⁸ Julien Bonnecase. *La filosofía del código de Napoleón aplicada al derecho de familia*. (Puebla. México. Editorial José M. Cajicá, JR. Volumen II. 1945)165-164

³⁹ *Ibíd.*

solo sobrevivía hasta que cesaba la necesidad de los recursos que el padre provee al hijo para su crianza, por lo que al crecer los hijos ya no existe más ese lazo natural sino que se convierte en una convención entre los miembros a permanecer juntos. Sin embargo, la autora afirma que, desde el punto de vista de formación, el matrimonio nada tiene de común con el contrato, porque no tiene ni a la apropiación de las riquezas, ni al aprovechamiento de los servicios susceptibles de valoración pecuniaria. El precipitado artículo mil ciento cuarenta y dos no es aplicable al matrimonio.⁴⁰

1.8. Evolución de la familia y la filiación en El Salvador

En el año de 1858 la cámara de los senadores ordenó que se redactara el Código Civil, delegando al poder ejecutivo para que nombrara una comisión encargada de revisar el proyecto de ley, para posteriormente convertirse en ley de la República.

En ese mismo año se aprobó por medio de la cámara de Diputados, siendo sancionado por el ejecutivo mediante decreto No. 7; finalmente el 23 de agosto de 1859 fue declarado ley de la República, pero fue hasta el 10 de abril de 1860 que se ordenó su promulgación y publicándose el 19 de mayo de 1860.

El Código Civil de El Salvador ha tenido diversas ediciones siendo útil mencionarlas de forma sucinta. La primera edición de 1860, fue impresa en la ciudad de New York. la segunda edición de 1880, autorizada por decreto de 10 de noviembre del mismo año, en las que se incluyeron las reformas que se habían decretado hasta la fecha; la tercera edición de 1893, no

⁴⁰ *Ibíd.* 182.

registra modificaciones a la reforma de 1880 por no haberla en el lapso intermedio; la cuarta edición de 1904, se incorporaron las reformas habidas hasta el mismo año; la quinta edición de 1912, contiene las reformas decretadas desde el año 1905 hasta el año de 1912; la sexta edición de 1926, impresa en España, insertándose las reformas realizadas hasta dicho año; la séptima edición 1947, en la que se incluyeron las reformas decretadas hasta la fecha de la edición y la octava edición de 1967, se incluyeron las reformas decretadas hasta 1967.

Si bien el Código Civil salvadoreño fue decretado el día 23 de agosto de 1859 es comúnmente conocido como el Código civil de 1860 esto en virtud de que en ese año se realizó la primera edición en Nueva York.

El Código fue inspirado en la tradición romana, específicamente en el derecho canónico y en el Código Civil francés, lo anterior se puede corroborar en lo relativo a derechos reales, posesión, modos de adquirir, venta de la cosa ajena; lo atinente a familia se tenía como preferencia el modelo del derecho canónico por ello era que el matrimonio religioso producía efectos civiles, los únicos que podían declarar la nulidad del matrimonio eran los funcionarios eclesiásticos; se realizaba categorización de los hijos en incestuosos y sacrílegos estos no tenían permitida investigar la paternidad natural, el divorcio no existía. En cuanto al Código Francés imitaron varias instituciones como la servidumbre, así como también las reglas, promulgación, efectos, interpretación y derogación de las leyes.

El Código Civil ha tenido una diversidad de reformas, sin embargo, dado a lo numerosas que son y debido a que no todas son relevantes a la investigación se hará una sinopsis de las reformas que ha sufrido el Código Civil desde el año 1860 hasta el año 1994 donde surge el Código de Familia. A

continuación, se expondrán las reformas atendiendo a las relaciones familiares en el Código Civil haciendo énfasis en las reformas relativas a la filiación y reconocimientos si surgieran:

En el Código Civil de 1860 existían dos clasificaciones de hijos, legítimos e ilegítimos, siendo los legítimos los concebidos dentro del matrimonio y los ilegítimos todos los nacidos fuera del matrimonio; de la última clasificación se desplegaban los hijos naturales que eran los que al momento de su concepción sus padres no tenían ningún impedimento para casarse, el código establecía como medios para reconocer voluntariamente a este hijo los siguientes: a) por instrumento público y b) por acto testamentario.⁴¹

Es válido hacer notar que en ese código se regulaba el reconocimiento mediante escritos u otros actos judiciales en el que el padre diera a conocer como hijo suyo a sus herederos, sin embargo, estos medios eran únicamente admisibles para indagar la paternidad y no para establecerla.⁴²

Los medios anteriormente relacionados fueron incluidos como modos de reconocimiento voluntario con la entrada en vigencia de la ley de reformas del Código Civil decretada el 4 de agosto de 1902.

El libro tercero del Código Civil regulaba lo pertinente a la sucesión intestada, estableciéndose un solo artículo, sin embargo el día cuatro de agosto de 1902, en el tomo 53, página 1572, se reformo el articulo 2017 estableciendo las modificaciones siguientes: con respecto a lo relativo a los llamados a la sucesión intestada, se adicono a dicho artículo que los hijos ya sean legítimos e ilegítimos tienen derecho a suceder, eliminando toda distinción o

⁴¹ Código Civil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860) art. 269

⁴² *Ibíd.* art. 281

discriminación entre los hijos, reconociéndoles el derecho a suceder, también se tomó en cuenta a los padres y al cónyuge sobreviviente como sujetos facultados para acceder a la sucesión del causante y que la repartición de la herencia fuera proporcional.

Los derecho de los colaterales no se entiendan más allá de los de cuarto grado de consanguinidad y que si no existiera ningún pariente del fallecido llamado a suceder, la masa patrimonial resultara para la Universidad de El Salvador así como también para los hospitales.

En el mismo tomo 53 se realizó otra reforma relativa a la disposición testamentaria, pues el artículo 1032 únicamente llamaba testamento “a la declaración de voluntad que realizaba una persona especialmente en la transmisión que hacía de sus bienes”, incorporándole así un inciso que regularía que el testador tendría la libre disposición de sus bienes a favor de una o varias personas. Pero este no podría afectar el cumplimiento que tendría con su familia en específico el derecho a los alimentos que tenían sus hijos, ascendientes y cónyuge.

La comisión se encargó de proteger este derecho por medio de una asignación por vía de alimentos a los parientes del difunto con una cuota que variaría del tercio al cuarto de la herencia, para que en caso que el testador hubiese dejado sus bienes a extraños, los hijos, padres y cónyuge pudieran tener la vida que tenían cuando este aún estaba en vida.

Al disponer libremente de sus bienes, dio origen a una consecuencia relativo a las asignaciones forzosas a excepción de la cuota alimenticia sucesoral, suprimiendo pues la porción conyugal fundamentándose con el cumplimiento de los deberes que se tenía con la familia y que por la íntima relación de

parentesco que tenía el testador con los hijos, descendientes y ascendientes, se les tendría que asignar una porción de sus bienes no solo suficiente para atender sus necesidades, sino también a la posición pecuniaria que la del difunto, designándose así un tercio de la masa hereditaria para que se distribuyera en partes iguales a los herederos.⁴³

La ley del 22 de octubre de 1903 incorporó al Código Civil un nuevo medio de reconocimiento del hijo natural, el cual consistía en que el padre firmara la partida de nacimiento en su calidad de padre.

En el decreto legislativo del día 10 de mayo de 1907, se reformaron los numerales 2° y 3° del art. 151 Cc. estableciendo que los alimentos de la mujer y del hijo que no quedan bajo la potestad del marido, siempre y cuando el matrimonio se hubiere contraído por el régimen de bienes comunes y el marido tenga la administración total de los bienes, si el matrimonio no se contrajo bajo el régimen anteriormente mencionado ambos esposos están en la obligación de proporcionarle los alimentos a los hijos contraídos en común.

El art. 220 del código civil mencionaba que cuando la legitimación carecía de pleno derecho, tenía que notificarse a la persona que se trataba de legitimar por medio del instrumento público.

Así se vino realizando hasta que por medio del decreto legislativo del día diez de mayo de 1907 se reformó incorporando que el matrimonio de los padres legitima el ipso jure es decir el pleno derecho, a los que estos hayan reconocido por medio de instrumento público o por el acta de matrimonio, si este ha sido reconocido por el padre antes del matrimonio por cualquiera de

⁴³ Diario Oficial de El Salvador, 4 de agosto de 1902, Tomo 53, Número 183.

los medios legales; pero no se necesitaba reconocimiento expreso cuando ha sido reconocido por medio de sentencia judicial o que en la partida de nacimiento constituyere el nombre de la madre.

Por decreto legislativo del mismo año se reforma el artículo 235 del Código Civil incorporándole que los encargados del cuidado personal, alimentación y educación de los hijos son los padres independientemente si estos se encontraren juntos o no, además se le dio la facultad al juez de decidir en caso de desacuerdo de los padres de cuanto aportara cada uno.

Asimismo se reforma el art. 255 C.C., con relación a que al momento de producirse la legitimación de un hijo, el padre obtenía la patria potestad sobre el hijo menor de veintiún años.

En el año 1907 surgió una reforma que si guarda relación con nuestra investigación pues se modificó el art. 283 Cc., estableciendo formalmente como medios para reconocer a un hijo, en instrumento público, por acto testamentario, por acta del matrimonio, por escrito u actos judiciales, firmando el padre la partida de nacimiento, dando a conocer el padre a sus herederos y dándoles la crianza y educación en concepto de hijo.

Además, se reformo el articulo 284 Cc., estableciendo que si el hijo legitimo es mayor de dieciocho años de edad, este puede comparecer ante el juez para declarar si él quiere, la citación debe de ser personal y que, si el padre es de domicilio ausente, aunque se haya constituido apoderado se le emplazara conforme la ley.⁴⁴

El 5 de julio de 1913 se declaró autentica y vigente la 5ta edición del código

⁴⁴ Diario Oficial de El Salvador, 21 de junio de 1907, Tomo 62, Número 142.

civil, y el día 17 de julio de 1922 se reforma el art. 988 Cc., en el cual se incluyen a los llamados a suceder a los hijos naturales, abuelo, abuela por parte de la madre, incorporando a los nietos del causante, al padre natural que ha reconocido a su hijo voluntariamente y que este haya aceptado dicho reconocimiento.⁴⁵

El legislador vio la necesidad de mejorar la condición de los hijos ilegítimos facilitando la regulación en cuanto a la investigación de paternidad; por eso el día 12 de noviembre del año 1928 se realizaron importantes reformas al código civil en los artículos 279, 280 y 283, donde menciona que habiéndose realizado la investigación de paternidad se tenían que presentar las pruebas pertinentes para demostrarla, luego el juez emitía la sentencia y esta surtía fuerza jurídica para llegarse a establecer en el estado civil del hijo natural; así mismo se instituyó el reconocimiento forzoso del hijo natural dándole un mismo valor cuando este había sido reconocido voluntariamente.⁴⁶

El 2 de junio de 1933 por medio del decreto legislativo No. 74 y en virtud de la entrada en vigencia de la Ley del bien de familia, se adiciona al artículo 552 del Código Civil el inciso donde se dispone que a efecto de la constitución del bien de familia, bastará un simple decreto del poder Ejecutivo para las enajenaciones o donaciones de sus bienes que la nación disponga, y se adiciona al artículo 1488 del mismo Código “el bien de familia debidamente inscrito”.⁴⁷

Por el decreto legislativo No. 154 del 7 de diciembre de 1935 se adiciona el ordinal 3° al artículo 2219 en el que se establecía que el acreedor de

⁴⁵ Diario Oficial de El Salvador, 17 de julio de 1922, Tomo 93, Número 159.

⁴⁶ Diario Oficial de El Salvador, 12 de noviembre de 1928, Tomo 105, Número 258.

⁴⁷ Diario Oficial de El Salvador, 08 de junio de 1933, Tomo 114, Número 128.

alimentos necesarios y congruos forzosos determinados por sentencia judicial, además se estableció la preferencia de pago de alimentos congruos en un ochenta por ciento del crédito alimenticio. Debiéndose prorratar el restante veinte por ciento los demás acreedores.⁴⁸

En el año de 1952 se realizó un estudio en el cual se develó un fenómeno en la casa nacional del niño y otros centros de beneficencia donde se asilaban menores, en los cuales se encontraban menores que carecían de padres y parientes conocidos e incluso algunos casos donde se ignoraban los verdaderos nombres de los menores, por lo tanto era imposible asentar las respectivas partidas de nacimiento; razón por la cual en ese mismo año el 15 de abril, por medio del decreto legislativo No. 634 se adicionó al artículo 312 del Código Civil un inciso donde en los casos de los menores antes mencionados la partida de nacimiento respectiva se asentará a solicitud del Procurador General de Pobres (hoy Procurador General de la República), utilizando los datos que sea posible proporcionar y la fecha probable de nacimiento y apellido será el que designe el funcionario en mención.⁴⁹

La ley publicada el 10 de febrero de 1972 agregó una nueva forma de reconocimiento voluntario compareciendo ante Procurador General de Pobres mediante acta, lo cual buscaba favorecer a las personas del interior del país de escasos recursos económicos.⁵⁰

El once de octubre de 1993 por medio de decreto legislativo No. 677, publicado en el Diario Oficial No. 231, tomo 321, de fecha 13 de diciembre del mismo año, se decretó el Código de Familia.

⁴⁸ Diario Oficial de El Salvador, 16 de diciembre de 1935, Tomo 119, Número 277.

⁴⁹ Diario Oficial de El Salvador, 25 de abril de 1952, Tomo 155, Número 77

⁵⁰ Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del Código de familia*, (San Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, Tomo II, 1994), 89.

Posterior al estudio y desarrollo de las reformas al Código civil de 1860 que incluían los modos de reconocer voluntariamente al hijo quedando establecidos estos en su totalidad en el artículo 283 los cuales eran: 1º por Instrumento Público; 2º por acto testamentario; 3º por acta de matrimonio; 4º por escritos y otros actos judiciales; 5º firmando el padre en concepto de tal, la respectiva partida de nacimiento; 6º dando el padre a conocer al hijo como suyo a sus herederos, declarándolo estos judicialmente, 7º criando y educando el padre a sus expensas al hijo en concepto de tal y 8º por acta ante el Procurador General de Pobres.

De lo anterior el Código de Familia al entrar en vigencia retomo los ordinales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8 con la diferencia que fueron ampliados de la siguiente forma: 1º En la partida de nacimiento del hijo, hubo una modificación en cuanto a la exigencia únicamente de la firma del padre, estableciendo ahora como requisito suministrar los datos para su inscripción en calidad de padre; 2º En la escritura pública de matrimonio variando la modalidad de acta debido a que se estableció como formalidad para el matrimonio su otorgamiento en escritura pública, y se agregó la posibilidad de efectuar el reconocimiento en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y Alcaldes Municipales; 3º En acta como reconocimiento ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales los últimos funcionarios fueron agregados en aras de facilitar el reconocimiento para los habitantes de los catorce departamentos de El Salvador; 4º En escritura pública, ampliando la circunstancia de que la escritura pública no era exclusiva para reconocer al hijo o que este no fuera el objeto principal del instrumento; 5º En testamento; y, 6º En escritos u otros actos judiciales. En estos casos el juez deberá extender las certificaciones que les soliciten los interesados, en virtud que se garantiza la autenticidad del acto.

Sin embargo este cuerpo normativo ha sufrido diversas modificaciones, como grupo de investigación creemos importante indagar y hacer una breve exposición de cada una de estas reformas que en la actualidad ascienden a doce, por lo cual se acudió al índice legislativo de la Asamblea Legislativa de El Salvador a fin obtener información al respecto, donde se nos proporcionó una copia de todos los decretos por medio de los cuales se reformó parte del código de familia, de los cuales se realizara una breve exposición.⁵¹

La primera reforma se dio mediante el decreto No. 830 del 11 de marzo de 1994, por medio de la cual se reformó el artículo 404 del Código de Familia, con relación a la entrada en vigencia del cuerpo normativo antes relacionado, el cual se estableció que entraría en vigencia el 1 de octubre de 1994. Antes de esta reforma se había establecido que entraría en vigencia el 1 de abril de 1994, no obstante, se advirtió que para esa fecha no estaban creados los tribunales de familia, ni las plazas de funcionarios y empleados operadores del código de Familia por lo cual se prorrogó la entrada en vigencia para el 11 de marzo de 1994.⁵²

El decreto No. 317 del 4 de junio de 1998, adicionó un inciso a los artículos 168 y 184 del código de Familia donde se prohibía la salida del territorio salvadoreño al niño o niña sujeto de adopción sin haber sido decretada previamente la adopción por el juez competente, lo anterior en razón de la posible ratificación del convenio sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción Internacional, suscrito en la Haya en 1993, pues este permite el desplazamiento del niño sujeto de adopción de su país de origen hacia el de recepción, sin que un juez competente haya

⁵¹ Decreto Legislativo número 677, Diario Oficial de El Salvador, 13 de diciembre de 1993, Tomo 321, Número 231.

⁵² Decreto Legislativo número 830, Diario Oficial de El Salvador, 11 de marzo de 1994, Tomo 322, Número 60.

decretado su salida, colocando al niño en situación de riesgo y desprotección.⁵³

En esa misma fecha el decreto número trescientos diecinueve vino a subsanar un vacío legal que presentaba el código de familia en cuanto al reconocimiento provocado, pues previo a esta reforma el artículo ciento cuarenta y seis únicamente le daba la facultad al hijo no reconocido y la mujer embarazada a citar al supuesto padre en el primer caso y al hombre de quien ha concebido en el segundo, a fin de que ante el juez declare si cree serlo, pero no existía un tipo de sanción u obligación para el supuesto padre que se negaba a comparecer ante el juez o someterse a la prueba biológica.

En virtud de lo anterior se adiciona a dicho artículo la facultad del juez de ordenar pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre, y además agrega un inciso a dicho artículo en el que se establece “la negativa del supuesto padre a comparecer ante el juez o a someterse a la prueba de paternidad, será considerada como positiva de la existencia de un vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla”.⁵⁴

El veinticinco de noviembre de 2003 por medio del decreto legislativo No. 212 en aras de brindar un mecanismo para protección de la niñez y garantizar el derecho a la supervivencia y desarrollo establecido en la convención de los derechos del niño, así como garantizar los deberes recíprocos de ambos padres se adiciona el artículo 253-A relativo a la solvencia de prestación de pensión alimenticia como una especie de sanción que obliga al padre o madre que proporciona una cuota alimenticia vía administrativa o judicial, a

⁵³ Decreto legislativo número 317, Diario Oficial de El Salvador, 11 de julio de 1998, Tomo 340, Número 121.

⁵⁴ Decreto legislativo número 319, Diario Oficial de El Salvador, 11 de julio de 1998, Tomo 340, Número 121.

cumplir con dicha obligación y estar solvente, así como la institución encargada de llevar los registros en cuanto a solvencia de dicha obligación.

Además, reformo el artículo 258 pues previo a este decreto el juez era el único facultado para ordenar la restricción migratoria a la persona obligada al pago de alimentos, y con esta reforma se extiende esta facultad al juez de paz y al procurador general de la república que ordenen ya sea por sentencia judicial o por resolución administrativa la imposición de la restricción migratoria.⁵⁵

El decreto No. 956 del 3 de febrero de 2006 agrego un inciso al artículo 264 estableciendo las cuotas alimenticias como materia de orden público, esto en razón de la preferencia que gozan las cuotas alimenticias ante las restricciones sobre embargabilidad establecidas por otras leyes.⁵⁶

Después de diez años desde la reforma del artículo 146, el decreto legislativo No. 843 del 28 de abril de 2009, agrego otro inciso a este, donde establece en beneficio del demandante la reversión de la carga de la prueba en procesos de reconocimiento forzoso de paternidad y la presunción legal de paternidad en caso que el demandado no aporte la prueba necesaria o se niegue a hacerlo, esto en beneficio del derecho a la identidad y a una familia, que posee la niñez y adolescencia.⁵⁷

A fin de guarda relación con la legislación internacional en cuanto a garantizarle al niño impedido mental o físicamente el disfrute de una vida

⁵⁵ Decreto legislativo número 212, Diario Oficial de El Salvador, 08 de enero de 2004, Tomo 362, Número 4.

⁵⁶ Decreto legislativo número 956, Diario Oficial de El Salvador, 22 de febrero de 2006, Tomo 370, Número 37.

⁵⁷ Decreto legislativo número 843, Diario Oficial de El Salvador, 28 de abril de 2009, Tomo 383, Número 76.

plena, decente y digna.

El 05 de junio de dos mil nueve el decreto legislativo No. 39 se agregó un inciso al artículo 211 del código de Familia en el cual se establece que cuando un hijo o hija mayor de edad con discapacidad, la cual debe ser acreditada ante juez competente, continuara gozando del derecho de alimentos acorde a su condición, instaurando el derecho de alimentos de forma vitalicia.⁵⁸

El 23 de junio de 2011 se reformaron varios artículos del código de familia, por medio del decreto legislativo No. 766, todas concernientes a la protección de la vivienda familiar, pues previo a estas reformas la protección de este derecho era ineficaz debido a que la mayoría de parejas que adquirirían un inmueble para vivienda, lo hacen a través de créditos bancarios donde se constituyen hipotecas en garantía de los créditos imposibilitando así el derecho de uso y protección a la vivienda familiar, con estas reformas se extendió más este derecho, pudiendo realizarse no solo en escritura pública ni ante el procurador general de la República, sino que también ante juez de familia y juez de paz.

Asimismo se suprimió la limitante de constituirse solo si el bien inmueble no se encontrare bajo algún gravamen, reformo el artículo 84 facultando a las cónyuges para constituir la protección de vivienda familiar en las capitulaciones matrimoniales, el art. 111 donde se dispone que en sentencia de divorcio se dispondrá que al cónyuge que corresponda los cuidados personales le corresponderá el uso de vivienda familiar, el 216 estableciendo que cuando el juez decida con respecto a una pretensión de

⁵⁸ Decreto legislativo número 39, Diario Oficial de El Salvador, 01 de julio de 2009, Tomo 384, Número 121.

cuidados personales se establecerá este derecho al cónyuge que ejerza los cuidados personales. Al igual que los artículos 118 y 124 el primero respecto de los años necesarios para configurarse la unión no matrimonial que paso de ser de tres o más años, a uno o más años, y el segundo se reforma el ordinal 5º donde se establece la finalidad de dar protección a la o el conviviente y a los hijos bajo autoridad parental.

Además, por medio de este decreto se reforman los artículos 253-A y 258 agregando ambos la facultad para interponer ambas restricciones en caso de incumplir con el derecho de constitución a la vivienda familiar.⁵⁹

Previo a la reforma del 24 de septiembre de 2012 se perjudicaba el patrimonio de la niñez pues el artículo doscientos treinta limitaba la fijación de precio del bien que sería vendido, ya que el precio del remate era el asignado por los peritos.

Es decir no se podía vender por una suma superior, por lo tanto, por medio del decreto legislativo No. 112 se reformo el inciso segundo del mencionado artículo, instaurando que el precio del bien vendido en pública subasta no podrá ser inferior al valor asignado por los peritos, por lo tanto, si podía ser superior, beneficiando así el patrimonio de la niñez.⁶⁰

El cuatro de enero de dos mil once se emitió la “Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres”⁶¹ y el ocho de abril del mismo año, se emitió la “Ley de igualdad, equidad y erradicación de la

⁵⁹ Decreto legislativo número 766, Diario Oficial de El Salvador, 20 de julio de 2011, Tomo 136, Número 20.

⁶⁰ Decreto legislativo número 112, Diario Oficial de El Salvador, 24 de septiembre de 2012, Tomo 396, Número 117.

⁶¹ Decreto legislativo número 520, Diario Oficial de El Salvador, 04 de enero de 2011, Tomo 390, Número 2

discriminación contra las mujeres”, a fin de que la legislación de familia guardara armonía con las antes mencionada.

Asimismo a fin de erradicar la violencia económica y patrimonial contra la mujer⁶², el día 05 de mayo de 2015 por medio del decreto legislativo No.989 se reformaron los articulo doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno en cuanto a que “el derecho de pedir alimentos es inalienable e irrenunciable, pero las pensiones alimenticias atrasadas podrán compensarse” y “el derecho a cobrar las pensiones alimenticias atrasadas es imprescriptible”.⁶³

Para darle seguimiento a la línea de protección de la mujer contra cualquier forma de discriminación y violencia, el pasado articulo 186 establecía que el estado familiar podía ser según correspondiese: casado, viudo, divorciado y soltero, no obstante, se consideró el hecho que el estado familiar de divorciado representaba la mayoría de casos de mujeres y que para ellas era una distinción discriminatoria que atentaba contra la igualdad, por lo que el veintiuno de febrero de dos mil diecisiete por medio del decreto legislativo No. 605 se reformo dicho artículo y se eliminó el estado familiar de divorciado, agregándose que se tenía estado familiar de soltero cuando el matrimonio hubiera sido disuelto por divorcio.⁶⁴

Además, se reformó el artículo 195 referente a la prueba preferente del estado familiar y de los actos jurídicos que lo modifiquen, la modificación básicamente consto en usar termino integrador para hacer referencia a el

⁶² Decreto legislativo número 645, Diario Oficial de El Salvador, 08 de abril de 2011, Tomo 391, Número 70.

⁶³ Decreto legislativo número 989, Diario Oficial de El Salvador, 05 de mayo de 2015, Tomo 407, Número 79.

⁶⁴Decreto legislativo número 605, Diario Oficial de El Salvador, 21 de febrero de 2017, Tomo 414, Número 36.

hombre y la mujer y se estableció que los hechos jurídicos que modificaren este estado se debían probar con la correspondiente certificación de partida de matrimonio, defunción, divorcio y nacimiento según fuese el caso.

La última reforma del código de familia vino a eliminar una práctica que se venía realizando desde la entrada en vigencia de este cuerpo normativo la cual era atentatoria del desarrollo integral de la niñez y adolescencia, en virtud que el artículo 14 establecía la excepción para que los menores de dieciocho años contrajeran matrimonio en los casos que tuvieran un hijo en común o si la mujer estaba embarazada, lo que implicaba la posibilidad legal que las niñas y adolescentes embarazadas (incluidas las víctimas de delitos contra la libertad sexual como estupro o violación) contraigan matrimonio muchas veces con su agresor sexual.

Por lo que el 4 de septiembre de 2017 por medio del decreto legislativo No. 754 derogó el inciso segundo del artículo 14 por tanto la excepción al matrimonio de menores de dieciocho años desaparece, y por consecuente se derogó todo los artículos que se relacionaban con el matrimonio de menores de edad (art. 18 y 19, 22, 86, 92), asimismo se reformaron los artículo 20, 21 el ordinal 5° del 23, el ordinal 4° del 90 y se eliminó el ordinal 4° del artículo 93, todas estas reformas consistieron en suprimir de todos estos artículos los vestigios que quedaban en relación al matrimonio de menores de edad, pues al eliminarse ese matrimonio por consiguiente se debía eliminar del Código de Familia todo lo concerniente a este y que se encontraba esparcido en el código de familia.

CAPITULO II

ORDENAMIENTOS JURIDICOS REGULADORES DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

A través de la historia se ha desarrollado el tema de la paternidad y de reconocimiento voluntario de esta, en virtud de la evidente desarmonía de los cuerpos normativos que han regulado las relaciones familiares con una nueva constitución de corte liberal que reconoce los derechos sociales y a la familia como base fundamental de la sociedad. En el presente capítulo se hace un análisis de la legislación vigente nacional e internacional, con el objetivo de tener un panorama jurídico claro acerca de cuáles son los sujetos y derechos que rodean a la regulación del reconocimiento voluntario de la paternidad.

2.1. Base constitucional

El Estado se encuentra en la obligación de regular todas aquellas circunstancias que pongan en riesgo el bienestar y desarrollo social de la familia tal y como se establece en el artículo 32 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, siendo ilustrativo transcribir el artículo en mención:

“Art.32-. La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico”...⁶⁵

⁶⁵ Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

Disposición Constitucional que precisa que el legislador prevea escenarios de riesgo para la familia y establezca medios que impidan un daño permanente e irreparable para sus integrantes, lo anterior en virtud de asegurar las condiciones familiares y ambientales que permitan el desarrollo integral de los hijos, que impida el fiel cumplimiento del objetivo principal de la familia que es aportar a la formación de nuevos ciudadanos con actitudes y comportamientos individuales que hagan posible su integración y convivencia social. Circunstancia que se relaciona en el artículo 34 del cuerpo normativo antes relacionado:

“Art. 34.- Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.

La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia.”⁶⁶

Las anteriores disposiciones se armonizan con los objetivos de mantener y fomentar al desarrollo físico, mental y social de los hijos dentro del seno familiar que se desarrollan en el artículo 35 de la misma ley.

“Art. 35.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia.”⁶⁷

Las relaciones personales y patrimoniales entre los padres e hijos desarrolladas en el código de familia están amparadas por disposición constitucional, garantizando la codificación de derechos y deberes recíprocos

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

coherentes con la realidad social actual, obligando al Estado a la creación de las instituciones necesarias para hacer positivas las leyes vigentes. Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 33 de la Constitución de la siguiente manera:

“Art. 33.- La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”. ⁶⁸

El precepto constitucional *“Art. 36.- Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad...”*, es el fundamento primordial que otorga igualdad de derechos a los hijos y les brinda protección legal sin importar el vínculo que exista entre los padres, imponiendo que una vez efectuado el reconocimiento del hijo los padres quedan obligados a la crianza de ellos.

“No se consignará en las actas del registro civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres...” el inciso segundo del artículo en mención consagra el cambio radical que hubo en cuanto a los calificativos que se insertaban en los registros civiles y partidas de nacimiento haciendo referencia al nacimiento de los hijos dentro de una relación matrimonial, adulterina, incestuosa o inapropiada moralmente, causando perjuicios irreparables y permanentes a la persona pues introducían etiquetas y

⁶⁸ Ibid.

términos peyorativos a su vida diaria, vulnerando la integridad y dignidad de las personas.

“Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia...”

Esta es la esencia constitucional que obliga al Estado a garantizar que toda persona nacida en El Salvador gozará del derecho a la identidad, la cual comprende nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad y conocer la identidad de sus progenitores, esto a través de mecanismos de protección establecidos en diversos cuerpos normativos secundarios positivos.

La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad.” Específicamente el legislador desarrolla en libro segundo del Código de Familia lo referente a la filiación y los modos de establecerla.

2.2. Tratados y convenios internacionales, suscritos y ratificados por el Estado Salvadoreño

Los tratados y convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Estado Salvadoreño, pretenden que este adopte todas las medidas necesarias inclusive las de carácter legislativo, para que modifiquen o deroguen leyes, reglamentos, usos y prácticas que vayan en contra de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la Igualdad de derechos del hombre y la mujer.

2.2.1. Declaración Universal de Derechos Humanos (Aprobada y proclamada en la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de

1948). Esta Declaración reconoce la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de la persona humana desde su nacimiento, considerando fundamental su protección a través de un régimen jurídico que garantice su cumplimiento procurando lograr un progreso social y elevar el nivel de vida, erradicando cualquier tipo de violación o vulneración de la persona producida por una legislación secundaria nacional.

2.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”. Reconoce que los derechos humanos debido a su naturaleza no son determinados por la nacionalidad y tienen como base los atributos de la persona, lo cual justifica su protección internacional.

Esta convención pretende ser una guía de principios que deben consagrarse en los cuerpos normativos de los Estados parte procurando la creación de condiciones que permitan el efectivo goce de sus derechos a cada persona.

Los artículos cinco y once de esta convención reconocen el derecho a la dignidad e integridad física, psíquica y moral de la persona, exhortando a los estados partes que por medio de legislaciones, instituciones y políticas públicas fomenten el respeto de estos.

En esta convención se confirma la obligación del Estado en cuanto a brindar protección a la familia como pilar fundamental de la sociedad, esto en virtud que la familia representa el futuro de la humanidad por lo que debe fortalecerse, dársele estabilidad y reconocerse la importancia de la cooperación internacional para su desarrollo integral.⁶⁹

En su artículo dieciocho explícitamente reconoce:

⁶⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, Costa Rica

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...” y lo garantiza obligando a los estados partes que deben regular en sus leyes internas las formas que aseguren este derecho a todos sus ciudadanos.

En cuanto a los derechos del niño el artículo diecinueve establece a la familia, la sociedad y al Estado a brindar los medios de protección necesarios en atención a su condición vulnerable de menor.

2.2.3. Convención sobre los Derechos del Niño. Esta convención enfatiza que la infancia debe ser cuidada especialmente por la falta de madurez física y mental del niño, estando este en pleno desarrollo de su personalidad y sus capacidades por lo que debe procurarse crecer en un seno familiar con un ambiente armonioso y comprensivo, a través de la protección legal antes y después de su nacimiento.

En cuanto a las medidas concernientes a los niños y niñas tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos deben estar acordes y aplicarse en consideración del interés superior del niño y adaptar sus legislaciones los Estados partes.

Estas medidas deberán respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres excepto cuando previo a decisión judicial se determine conforme a derecho que es necesario privarlos de estos.

El derecho de identidad está regulado en el artículo siete, ocho y nueve de la convención haciendo referencia a que este tiene su génesis desde el nacimiento y que el niño debe ser inscrito posterior a esto, momento en el

cual debe asignársele un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, derecho que debe ser respetado y preservado de conformidad con la ley la cual deberá guardar concordancia con este convenio.

Este derecho abarca también las relaciones familiares y garantiza que el niño y la niña no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos salvo cuando contrarié el interés superior del niño.

Cuando se establezca que el niño se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, la convención garantiza que los Estados suscritos a la convención antes relacionada permitirán que en todos los asuntos que afecten al niño tendrá la oportunidad de ser escuchado ya sea de forma directa o por medio de un representante.

Finalmente señala que los Estados partes deben adoptar las medidas necesarias en sus legislaciones y políticas públicas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, de cuidado o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres.

2.2.4. Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Surge como una medida ante la continua y considerable discriminación en contra de la mujer, pese a la existencia en ese momento de la Declaración de Derechos Humanos y otros instrumentos de las Naciones Unidas y Organismos Especializados. Con este convenio se cimentó el hecho de que la discriminación contra la mujer es incompatible con la dignidad humana y el bienestar de la familia.

Sin embargo, este instrumento internacional al ser el primero en la categoría especial de protección a favor de la mujer se encuentra generalizado y se concentra más en el reconocimiento, goce y ejercicio de derechos básicos fundados en el principio de igualdad y dirigido a derechos políticos como el derecho a emitir sufragio, optar a cargos públicos, igualdad en materia familiar, laboral y conyugal, el cual sirvió como punto de partida para los convenios posteriores.

2.2.5. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Este instrumento internacional sigue los principios concertados por las Naciones Unidas y organismos internacionales cuya finalidad es reconocer y favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, así como el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos por igual, afirmando que la discriminación hacia la mujer viola todos estos derechos y su dignidad humana, obstaculizando el pleno desarrollo social e integral de la mujer.

Para efectos de la convención se entiende por discriminación contra la mujer, “toda distinción exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independiente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en esferas políticas económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Como se observa se ha pretendido abarcar de forma amplia la definición de discriminación contra la mujer, esto a efectos de que los Estados partes practiquen el principio de igualdad del hombre y la mujer, garanticen a través de las instituciones y autoridades la erradicación de estos comportamientos,

adoptando todas las medidas necesarias incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes que permitan o constituyan discriminación contra las mujeres.

Asimismo este convenio establece que se deberá erradicar toda forma de discriminación contra la mujer en los asuntos relacionados con el matrimonio y relaciones familiares, considerando primordial los intereses de los hijos y el derecho de toda mujer a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos.

2.2.6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención Belem Do Para”. A fin de continuar con la línea de los demás instrumentos internacionales, pretende retomar el principio de igualdad entre hombres y mujeres, persiguiendo el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades eliminando de manera paulatina la violencia contra la mujer originando un efectivo desarrollo individual, social y su participación igualitaria en cualquier esfera de su vida.

Al contrario de los anteriores instrumentos internacionales, éste limita la definición de violencia contra la mujer a cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado.

La convención reconoce una serie de derechos a favor de las mujeres, sin embargo, para la presente investigación se pondrá mayor atención en el derecho a que se respete la integridad física, psíquica y moral; derecho a la seguridad personal; derecho a que se le respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

Así mismo impone a los estados partes el deber de adoptar medidas jurídicas para exhortar al agresor de abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer o su integridad.

2.3. Leyes secundarias

2.3.1. Código de Familia. La filiación se desarrolla en el Código de Familia en su libro II definiéndolo como el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres, el cual puede ser por consanguinidad (unión biológica que existe entre los hijos y sus padres) o por adopción.⁷⁰ Cuando el vínculo es entre padre e hijo se denomina paternidad y entre madre e hijo se nombra maternidad.

El establecimiento de la paternidad se hace: a) por disposición de ley, es cuando se presume o se determina la paternidad por ministerio de ley; b) por reconocimiento voluntario, cuando en un acto voluntario y espontáneo el padre acude a las autoridades que establece el código de familia y acepta la paternidad del hijo y c) por declaración judicial, cuando previo a cualquier acción judicial promovido por el padre, hijo o tercero interesado se declare en resolución judicial la paternidad del hijo.⁷¹

El Código le otorga el derecho al hijo de indagar cuál es su ascendencia en primer grado, facultad que es imprescriptible y que es transmisible a su descendencia e indica que en este tipo de caso se admitirá toda clase de prueba.⁷²

⁷⁰ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), Art. 133,134.

⁷¹ *Ibíd.* Art.1.35

⁷² *Ibíd.* Art.139

Cuando el código se refiere a las presunciones de paternidad que se establecen por ministerio de ley nos remite a casos específicos regulados en los artículos ciento cuarenta y uno y ciento cuarenta y dos:

- A. Los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad.
- B. En caso de nuevo matrimonio de la madre si el hijo naciere dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del segundo matrimonio, se presumirá que es hijo del primer marido.
- C. En caso de nuevo matrimonio de la madre si el hijo naciere después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primero, se presumirá que el hijo es del segundo marido.
- D. Cuando en el reconocimiento provocado, la paternidad fuese declarada por no comparecer el supuesto padre ante el juez o por no someterse a la prueba de paternidad.

En el caso “A” establece una excepción la cual es que si los cónyuges hubieren estado separados y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre la presunción no será aplicable.⁷³

Con la vigencia de este cuerpo normativo se le otorga la igualdad de derechos a los hijos sin importar si estos fueron concebidos y nacidos fuera o dentro del matrimonio, en la parte segunda de este libro regula la forma de establecer la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio mediante un reconocimiento voluntario del padre, el cual puede hacerlo de seis formas:

1. En la partida de nacimiento del hijo, al suministrar los datos para su

⁷³ *Ibíd.* Art 141, 142.

- inscripción en calidad de padre. En la partida se hará constar el nombre y demás datos de identidad de éste, quien deberá firmarla si supiere o pudiere;
2. En la escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y Alcaldes Municipales;
 3. En acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales;
 4. En escritura pública, aunque el reconocimiento no sea el objeto principal del instrumento;
 5. En testamento; y,
 6. En escritos u otros actos judiciales. En estos casos el juez deberá extender las certificaciones que les soliciten los interesados.⁷⁴

El reconocimiento del hijo puede realizarse desde la concepción del mismo, esto para efectos de otorgarle asistencia prenatal a la madre, podrá reconocer también al hijo fallecido, pero este solo aprovechará a su descendencia; lo anterior podrá hacerse por los medios establecidos en el artículo ciento cuarenta y tres.⁷⁵

Debido a que el derecho a reconocer la paternidad del hijo se encuentra conexo al derecho de identidad, el código autoriza la capacidad de los menores de dieciocho años para estos efectos.⁷⁶

Se prevé el caso que el padre no reconoce voluntariamente al hijo, este podrá ser citado por el hijo o la mujer embarazada ante el juez a declarar si cree ser el padre y el juez podrá ordenar prueba científica, hereditarias,

⁷⁴ *Ibíd.* Art.143

⁷⁵ *Ibíd.* Art.144

⁷⁶ *Ibíd.* Art.145

biológicas y antropomórficas del supuesto padre.

Si este se negare a comparecer ante el juez o a someterse a la prueba de paternidad será considerada como positiva la existencia del vínculo biológico; sin embargo si el citado declara ser el padre del hijo se le denominara a esta figura como “Reconocimiento Provocado”.⁷⁷

Cuando la paternidad sea reconocida voluntariamente esta adquiere la calidad de irrevocable, salvo en el reconocimiento provocado donde se deja abierto el derecho impugnado de la paternidad cuando fue declarada por no comparecer ante el juez o por no someterse a la prueba de paternidad.⁷⁸

Establecida la filiación paterna podrá ser declarada ineficaz cuando esta se contrarié y el vínculo biológico no coincida con el padre e hijo inscrito, a través de sentencia judicial por impugnación de la paternidad.⁷⁹ El reconocimiento voluntario hecho por el padre no requiere aceptación del hijo ni de la madre o tutor del niño.

2.3.2. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia entro en vigencia en su totalidad el uno de enero del dos mil once, la cual tiene como finalidad principal garantizarle a todo niño, niña y adolescente que se encuentre en el territorio salvadoreño el uso y disfrute pleno de los derechos que posee, indistintamente la nacionalidad que tenga, esto a través de la creación de un Sistema Nacional de Protección Integral donde participa la familia, el Estado y la sociedad siguiendo los lineamientos establecidos en la Constitución y

⁷⁷ *Ibíd.* Art. 146.

⁷⁸ *Ibíd.* Art. 147.

⁷⁹ *Ibíd.* Art.138

tratados Internacionales.⁸⁰

Reafirma a la familia como base fundamental de la sociedad y la obligación del Estado de protegerla, desarrollando una serie de principios que efectivizan el ejercicio de los derechos de la niñez y adolescencia al establecer que estos se ejercerán de manera progresiva y en virtud del desarrollo evolutivo de las facultades individuales de los niños, sin ningún tipo de desigualdad o discriminación.

Entre los más destacados retoma el principio de interés superior del niño, niña y adolescente, dotándolo de carácter de obligatorio cumplimiento, ponderando toda situación que favorezca el desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social a fin de lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad.⁸¹ Los artículos 37 y 38 de la ley en mención establecen el respeto a la integridad personal y la protección de la niñez y adolescencia frente al maltrato o cualquier tipo de violencia ejecutada por cualquier persona, incluidos sus padres.⁸²

El capítulo segundo del título tercero tiene como finalidad garantizar el respeto y efectivo cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, estableciendo la obligación del estado de crear mecanismos donde las instituciones públicas competentes aseguren el derecho de identidad de los sujetos de derecho, la cual entre sus elementos se encuentra el derecho al nombre, apellido, a conocer su relación paterno y materno filial.

⁸⁰ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), Art. 1, 5 y 6.

⁸¹ *Ibíd.* Art. 9 - 12

⁸² *Ibíd.*

Asimismo garantiza que todo nacimiento de un hijo sea inscrito inmediatamente y de forma gratuita en el registro del estado familiar, en el cual no se consignara el origen de la filiación; en caso de no poderse inscribir de forma oportuna, ordena adoptar medidas que faciliten la inscripción.⁸³

Esta normativa establece que la niñez y adolescencia, sin importar el origen de su filiación, tienen derechos a conocer a su padre y madre, a mantener relaciones afectivas con ellos, a ser criado y desarrollarse en su familia, salvo que el ejercicio de estos derechos sea contrario al interés superior, único caso en el cual podrán ser separados de su familia.⁸⁴

El artículo 94 consagra uno de los derechos más trascendentales para el desarrollo de la niñez, el derecho a opinar y ser oído en relación al ejercicio de los principios, garantías y facultades establecidos en la ley; facultando a la niñez y adolescencia a ejercer este derecho de forma personal ante cualquier instancia pública o privada, en procedimientos administrativos y judiciales que afecten sus derechos e intereses.

Esta opinión deberá ser recibida aplicando métodos acordes a la edad y al desarrollo de sus capacidades; si el niño, niña o adolescente no pudiera ejercer este derecho de forma personal por una discapacidad al comunicarse, será obligatorio la asistencia de sus padres, representante legal o cualquier persona que por su relación o profesión pueda transmitir de forma objetiva la opinión de estos.⁸⁵

2.3.3. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Esta ley fue emitida y publicada en el año dos mil, posteriormente fue derogada y

⁸³ Ibid. Art. 73 - 4

⁸⁴ Ibid. Art. 78 - 80

⁸⁵ Ibid. Art. 94

decretada nuevamente en el año dos mil ocho, con el objetivo de desarrollar las atribuciones constitucionales conferidas al titular de la Procuraduría General de la República, la forma de organización de esta y el cumplimiento de obligaciones derivadas de tratados internacionales, siendo una de las atribuciones del titular velar por la defensa de la familia e intereses de los menores e incapaces.⁸⁶

Creándose la Unidad de Defensa de la familia, niñez y adolescencia rigiéndose por los principios rectores del código de familia y teniendo entre sus funciones:

a) “velar por el cumplimiento de las relaciones derivadas de las relaciones familiares”; y b) “velar porque dentro de la fase administrativa, se efectúen los mecanismos de mediación y conciliación a fin que se concluya en esta etapa los reconocimientos de los menores de edad...”⁸⁷

2.3.4. Ley contra la violencia Intrafamiliar. Entro en vigencia el veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y seis creada con ciertos fines, pero para efectos de la investigación interesa únicamente lo relativo a la protección especial de víctimas de violencia en relación de parejas, niñez y adolescencia, teniendo como principios rectores el respeto a la integridad física, psicológica y sexual a fin de asegurar una vida digna libre de violencia en el ámbito público y privado.

El artículo tres define la violencia intrafamiliar como cualquier acción u omisión, directa o indirecta que cause daño, sufrimiento físico, sexual,

⁸⁶ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008) Art. 1 y 12.

⁸⁷ *Ibíd.* Art. 27 - 28

psicológico o muerte a las personas integrantes de una familia. Son formas de violencia intrafamiliar:

- a) Violencia psicológica: Acción u omisión directa o indirecta cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzcan un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las posibilidades personales;
- b) Violencia física: Acciones, comportamientos u omisiones que amenazan o lesionan la integridad física de una persona;
- c) Violencia sexual: Acciones que obligan a una persona a mantener contactos sexualizados físicos o verbales, o a participar en ellos, mediante la fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza u otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará violencia sexual, el hecho de que la persona agresora obligue a la persona agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

2.3.5. Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. Esta ley entró en vigencia el uno de enero de dos mil doce, la cual pretende establecer, reconocer y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, a través de políticas públicas que prevengan, protejan, reparen y sancionen la violencia contra las mujeres, con el fin de proteger su derecho a la vida, integridad personal, libertad, no discriminación, dignidad, entre otros.

Para efectos de la investigación interesa el reconocimiento que se realiza en la misma sobre el goce, ejercicio y protección de los derechos: a) respeto a

su integridad física, psíquica y moral; b) respeto a la dignidad inherente a su persona y que se brinde protección a su familia; c) libertad y seguridad personal; d) no ser sometida a tortura o tratos humillantes; e) la igualdad de protección ante la Ley y de la Ley y f) Un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la amparen frente a hechos que violen sus derechos. En este punto habrá que advertirse que las leyes y los legisladores dejan en un estado de vulneración e indefensión a las mujeres y niñas víctimas de violación cuando no regulan medios legales que las proteja en contra de la misma Ley, tal como lo es la ausencia total de excepciones o posibilidad de oposición al reconocimiento voluntario en casos del hijo concebido por medio de una violación.

Uno de los aspectos más importantes que recalca esta ley, es el aspecto de la prevención como medida para reducir la violencia contra las mujeres, establece diversos tipos de violencia contra la mujer, para el caso resulta ilustrativo transcribir las consideración de los tipos de violencia psicológica y emocional que también se establecen en la ley contra la violencia intrafamiliar pero de forma más limitada pues en este caso se introducen más elementos para determinar una configuración extensa:

Violencia psicológica y emocional: “Es toda conducta directa o indirecta que ocasione daño emocional, disminuya el autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer; ya sea que esta conducta sea verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, mediante amenazas, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, culpabilización o limitaciones de su ámbito de libertad, y cualquier alteración en su salud que se desencadene en la distorsión del concepto de sí misma, del valor como persona, de la visión del mundo o de las propias capacidades afectivas, ejercidas en cualquier tipo de relación.”

Violencia sexual: “Es toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntariamente su vida sexual, comprendida en ésta no sólo el acto sexual sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, con independencia de que la persona agresora guarde o no relación conyugal, de pareja, social, laboral, afectiva o de parentesco con la mujer víctima”⁸⁸

2.3.6. Ley del Nombre de la Persona Natural. Entró en vigencia el día veintinueve de diciembre de 1995 con el objetivo de regular lo concerniente al derecho a un nombre, siendo este un atributo de la persona humana que permite individualizarlo e identificarlo; es importante para esta investigación analizar la conformación del nombre, el modo en que se adquiere, los elementos que lo componen y su protección.

El nombre está compuesto por dos elementos:

a) el nombre propio; y b) el apellido, el primero estará formado por dos palabras como máximo las cuales serán asignadas al inscribirse el nacimiento de una persona mientras que el segundo se integrara por el primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre en los casos donde el hijo haya nacido dentro del matrimonio o que este sea reconocido por su padre; en caso de no ser reconocido por el padre se integrara por los dos apellidos de la madre.⁸⁹

Asimismo se establece un mecanismo para salvaguardar el derecho de identidad al hijo en los casos donde fue reconocido por su padre de forma

⁸⁸ Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 2012), Art. 9.

⁸⁹ Ley del Nombre de la Persona Natural, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1995), Art.1 y 3.

voluntaria posterior a la inscripción de su nacimiento, por medio del cual el funcionario encargado del registro civil debe cancelar la partida de nacimiento y asentara una nueva donde se consigne el primer apellido del padre seguido del primer apellido de la madre.⁹⁰

2.3.7. Código Penal. Este cuerpo normativo es importante para efectos de fijar las conductas tipificadas y punibles por el legislador que dan paso a la creación de relaciones filiales, la cuales pueden poner en una situación de vulneración a los sujetos pasivos del delito.

Lo anterior se refleja en los siguientes delitos:

“Violación.- Art. 158.- El que mediante violencia tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con otra persona, será sancionado con prisión de seis a diez años.”

El sujeto activo o “violador” mediante el uso de fuerza o la intimidación obliga a la víctima a realizar el acto físico, no existe ningún tipo de consentimiento por parte de la víctima a tener relaciones sexuales con su abusador.

“Violación en menor o incapaz.- Art. 159.- El que tuviere acceso carnal por vía vaginal o anal con menor de quince años de edad o con otra persona aprovechándose de su enajenación mental, de su estado de inconsciencia o de su incapacidad de resistir, será sancionado con prisión de catorce a veinte años.

“Quien mediante engaño coloque en estado de inconsciencia a la víctima o la incapacite para resistir, incurrirá en la misma pena, si realiza la conducta descrita en el inciso primero de este artículo.”

⁹⁰ Ibid. Art. 7 -15.

La conducta punible en este delito es la misma que en el delito de violación, sin embargo, no es necesario el uso de la fuerza o la intimidación, porque al ser el sujeto pasivo menor de edad o encontrarse en un estado de incapacidad se protege su indemnidad o la intangibilidad sexual.

“Violación y agresión sexual agravada.- Art. 162.- Los delitos a que se refieren los cuatro artículos anteriores serán sancionados con la pena máxima correspondiente, aumentada hasta en una tercera parte, cuando fueren ejecutados:

- 1) Por ascendientes, descendientes, hermanos, adoptantes, adoptados o cuando se cometiere en la prole del cónyuge o conviviente;*
- 2) Por autoridad pública o por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima;*
- 3) Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad;*
- 4) Por persona encargada de la guarda, protección o vigilancia de la víctima;*
- 5) Cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas;*
- 6) Cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios; y,*
- 7) Con abuso de relaciones domésticas o de confianza derivada de relaciones de Trabajo.”⁹¹*

De la simple lectura de los anteriores artículos puede denotarse que cuando el legislador desarrolló esta serie de delitos no tomo en cuenta la posibilidad

⁹¹ Código Penal, (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1997)

de un embarazo consecuencia de estas conductas, ni si quiera como un agravante. por lo que no se encuentra regulado nada en cuanto a la creación de la filiación en este tipo de situaciones y el posible reconocimiento voluntario del hijo por el padre quien es también el abusador de su madre.

2.4. Jurisprudencia salvadoreña

La jurisprudencia nacional acepta el hecho que el reconocimiento de paternidad en forma voluntaria debe ser en forma personal adoptando las características doctrinarias de este: declarativo, personalísimo, unilateral, irrevocable, formal, puro y simple.

“El reconocimiento es un medio de prueba, quizás el único, tratándose de la filiación no matrimonial, ya que cuando el padre reconoce al hijo, lo que hace es confesar el vínculo de filiación, tal confesión constituye prueba de la filiación, de esa manera la filiación resulta del vínculo de sangre y por lo tanto el reconocimiento tiene como único efecto probarla, no constituirla, ya que se trata de una confesión del padre al reconocer a su hijo, de tal suerte que el vínculo es ya existente, el reconocimiento es el medio de prueba que lo acredita.”(Cámara de Familia de la sección de occidente, Santa Ana dos de febrero de dos mil diecisiete. Ref. 014-17-ST-F)

Al efectuarse el reconocimiento voluntario del hijo producto de una violación, como se ha advertido no necesita ser aceptado por la madre ni el hijo, siendo que actualmente el Código de familia no regula un mecanismo por medio del cual la madre se oponga ante dicho reconocimiento.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que se debe garantizar el derecho a la identidad y los elementos que la componen, en este sentido la jurisprudencia expresa:

“El contenido del derecho a la identidad no se agota con el nombre, incluye además el derecho a una nacionalidad, el establecimiento de relaciones familiares y otros; el mismo ahora es reconocido y establecido en el Art. 73 LEPINA, que a letra reza: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley. En ningún caso serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar o en los documentos que éstos expidan, situaciones que indiquen el origen de la filiación. Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente.”*

“En la actual regulación de la LEPINA, el derecho a la identidad (Art. 73 y siguientes), está relacionado evidentemente al derecho del hijo a investigar su verdadera paternidad o maternidad (Artículos. Ciento treinta y nueve del código de familia y setenta y ocho de la ley de protección integral de la niñez y adolescencia). Y es que una forma de salvaguardar la identidad de un niño es conociendo su verdadera filiación, pues evidentemente el mal emplazamiento de esta o su omisión, conlleva que un niño no tenga correctamente establecida su identidad.” (Cámara de Familia de la sección del centro, San Salvador doce de julio de dos mil doce. Ref. 110-A-2012).

En virtud de lo anterior el hecho de no establecerse el vínculo paterno filial en el caso que atañe, se estaría afectando el derecho de identidad de este hijo, lo cual recae en una privación de identidad, así como lo establece las resoluciones judiciales a continuación:

“El supuesto de la privación de identidad puede ocurrir por varios factores: La falta de reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad, falta de

inscripción de la partida de nacimiento, error en la consignación del nombre del menor en ese asiento, suplantación de sus progenitores, entre otros. Todos esos supuestos pueden privar la identidad del menor, al no poder contar con un nombre correcto y completo...”(Cámara de Familia de la sección del centro, San Salvador seis de mayo de dos mil cuatro. Ref. 39-A-2004).

2.5. Jurisprudencia internacional

a) Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

“...La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

En el presente caso, la Corte observa que el artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo doce de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado del niño, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino...”⁹²

⁹²*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 99. Por otra parte, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha definido que el derecho a "ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño", implica que "esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones". Comité de derechos del niño, Observación General No. 12, CRC/C/GC/12, párr. 32. En particular, UNICEF ha indicado que "todo procedimiento [...] judicial que afecte al niño' cubre un espectro muy amplio de audiencias en cortes, incluyendo todos los procedimientos civiles, tales como los procedimientos de divorcio, custodia, cuidado y adopción, cambio del nombre, solicitudes judiciales respecto al lugar de residencia, religión, educación, disposición de dinero, etc., decisiones judiciales sobre nacionalidad, inmigración y estado de refugiado, y procedimientos penales; también incluye la participación de Estados ante tribunales internacionales".

“...De manera específica, la Observación General No. 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas desarrolló el significado y alcances del derecho a ser escuchados de las niñas y niños.

En general, el Comité indicó que el artículo 12 de la Convención de derechos del niño es, además de un derecho de los niños y las niñas, "uno de los cuatro principios generales de la convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”⁹³.

De igual forma, resaltó la relación entre el “interés superior del niño” y el derecho a ser escuchado, al afirmar que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”⁹⁴...”

“...Teniendo en cuenta la controversia entre la madre y el padre, y el alcance del derecho de las niñas a participar y ser oídas, la Corte considera útil, en el marco específico del presente caso, ordenar, como prueba para mejor resolver, que las niñas M., V. y R. sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la Corte y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implica, con el objetivo de que las tres niñas manifiesten lo que deseen al respecto.

⁹³ Comité de derechos del niño, Observación General No. 12, CRC/C/GC/12, párr. 2.

⁹⁴ *Ibíd.* párr. 74.

La Corte designará al personal de la Secretaría encargado de desarrollar dicha función, la cual será llevada a cabo en el lugar, fecha y modalidad que se determinará en su momento..." (Corte IDH. Caso Átala Riffo e hijas Vs. Chile. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011)

En "B., F. c. De P., R", se trata de un hombre que inicia medidas preparatorias de demanda de paternidad respecto de una menor y solicita se efectúe la prueba de ADN de la menor, la madre y el peticionante. La progenitora se niega a la realización del examen alegando el derecho a la intimidad de la menor.

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿debe priorizarse establecer la identidad biológica completa de una persona menor impúber por vía de la obligatoriedad hacia la madre de permitir la medida invocada, o, por el contrario, rechazar la medida en protección al derecho de intimidad de la menor, lo cual se deduce de la negativa materna?

El Tribunal analiza la vía intentada y en base al principio *iura novit curia* ubica a la acción entre las llamadas "medidas autosatisfactivas". Entiende que "en la especie se tiene la existencia de una probabilidad de que efectivamente lo requerido es jurídicamente atendible, no resultando de la presentación un ejercicio abusivo del derecho, y el peligro de su frustración actual o inminente reside en evitar que la menor continúe con un estado filiatorio cubierto de un manto de incertidumbre".

Así es como se considera "disvaliosa la posición materna de no facilitar el examen respectivo a fin de revelar la identidad del padre de su hija y de esa manera negar a ésta la posibilidad en los primeros años de vida de tener una identidad plena. De esa manera pone en duda el estado de familia de una

menor, y, por tanto, es inadmisibile una actitud omisiva".

Por todo ello los jueces admiten la acción como medida autosatisfactiva de indagación de la paternidad, tendiente a obtener certeza de paternidad respecto de la menor y se ordena la producción de la prueba biológica. B., F. c. De P., R, Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, Argentina, 28/05/2004, SJA 5/4/2006, JA, 2006-II-462, Abeledo Perrot N.º: 20060678.

En "C. F. c. J. C. G" la actora intenta obtener una declaración de certeza sobre su "verdad biológica" sin modificación del emplazamiento filial del que goza en la actualidad. La jueza comienza el análisis refiriéndose al derecho a la identidad y su protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico: "en nuestro ordenamiento constitucional está protegido, como un derecho básico y fundamental de la persona humana, el derecho a la identidad. Este derecho está integrado por una faz estática y una faz dinámica.

En esta última [sic] se inscribe el dato biológico, que tiene una trascendental importancia en la conformación global del ser humano, ya que a partir del momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de la madre se fija la identidad de todo nuevo ser humano, y ese aporte genético constituye una variable muy importante para el conocimiento de una persona desde su mismidad...

El derecho a la identidad en su faz estática lleva ínsito el derecho inalienable a saber, a conocer y a investigar nuestra verdad biológica, y consecuentemente a perseguir mediante una manifestación jurisdiccional la declaración de certeza sobre ella, cuando existen dudas razonables sobre la concordancia entre el estado de familia que se ostenta y el origen biológico de nuestra existencia".

Seguidamente se pronuncia respecto a la vía intentada: "Que en el sub lite, el interés legítimo de la accionante se encuentra plenamente justificado, ya que la acción mera declarativa resulta ser el medio idóneo para superar el estado de incertidumbre respecto de su verdad biológica que es un componente ineludible de su derecho a la identidad.

El hecho que existan acciones de estado expresamente previstas en la ley para esclarecer la verdad biológica, no obsta a la procedencia de la acción intentada, pues como ya se refirió precedentemente nuestra ley ritual no estableció la subsidiariedad de esta vía, sino que la regula como principal; y por otro lado, el derecho a conocer nuestra verdad biológica se puede ejercer mediante una acción autónoma, independientemente del estado de familia que se ostente, es decir que el ordenamiento jurídico permite la investigación y declaración de nuestra realidad genética, sin que ello implique ni el emplazamiento en un determinado estado de familia ni la impugnación de un estado de familia ya establecido, como podría ser el caso de la adopción.

Finalmente, la jueza considera que en el caso de autos debe hacerse lugar a la acción entablada y consecuentemente declara que la actora tiene vínculo biológico de hija respecto del Sr. J. C. G., sin que el pronunciamiento modifique el estado de familia que ostenta la peticionante ni que haga nacer derechos y obligaciones que sólo nacen de las relaciones de familia. C. F. c. J. C. G., Juzgado de Familia de Córdoba, Argentina, n. 4, 07/09/2005, LNC 2006-2-213, Lexis N.º 70022421.

2.6. Derecho comparado

a) Reconocimiento voluntario en Costa Rica: Los tribunales de familia de la República de Costa Rica han definido a la filiación como "un vínculo jurídico que existe entre hijos y padres (ascendientes y descendientes de

primer grado) teniendo su origen en un hecho fisiológico de la procreación, relaciones sexuales lícitas e ilícitas o también conocidas como matrimoniales y extra matrimoniales”. El legislador Costarricense establece tres formas de realizar el reconocimiento voluntario de los hijos habidos fuera del matrimonio:

1. Reconocimiento mediante trámite regular, esta forma aplica únicamente para los hijos cuya paternidad no conste en el registro civil, puede realizarse el reconocimiento del hijo por nacer y los hijos muertos; deberá de realizarse ante el registro civil, el patrono nacional de la Infancia o un notario público y exige la comparecencia de ambos o que haya mediado el consentimiento expreso de la madre, a diferencia de nuestra legislación el Reconocimiento debe ser aceptado por la madre y habilita al hijo o a tercero interesado a impugnarlo cuando se realizare mediante falsedad o error. Esta legislación comparte el criterio del derecho de familia en El Salvador en cuanto a que instituye que el reconocimiento es irrevocable, sin embargo difiere en lo relativo a que si el hijo que se pretende reconocer es mayor de edad es necesario contar con el consentimiento de éste.
2. Reconocimiento mediante juicio, esta forma se utilizará cuando el hijo que se pretende reconocer ya cuenta con un asiento de paternidad en el registro civil y se impugna dicha paternidad, será válido solo si al final de este juicio por medio de resolución judicial firme se autorice el reconocimiento y registro de dicho asentamiento, y el padre tendrá que presentar una solicitud para que se asiente su paternidad, en este proceso tendrán intervención los padres que aparecieren en el Certificado de Nacimiento y el hijo.
3. Reconocimiento por testamento, en esta forma no se exige el consentimiento de la madre y aunque el testamento fuere revocado el

reconocimiento no perderá su fuerza legal.⁹⁵

b) Reconocimiento voluntario en Estado de México, de los Estados Unidos Mexicanos: La filiación se encuentra clasificada en hijos de matrimonio e hijos nacidos fuera del matrimonio, para los segundos la ley exige para la fijación de su paternidad el reconocimiento o sentencia judicial.

El código civil del Estado de México en su Capítulo II: “De las actas de reconocimiento de hijos fuera de matrimonio” define el reconocimiento como el acto jurídico en virtud del cual, el que reconoce asume a favor del reconocido todos los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.⁹⁶

Los medios que el legislador mexicano establece para hacer el reconocimiento de hijo son:

1. En el acta de nacimiento o en la de reconocimiento ante el Oficial del Registro Civil;
2. En Escritura Pública;
3. En testamento;
4. Por confesión judicial expresa;
5. En el acta de matrimonio, al celebrarse, mediante la manifestación del padre y realizando la anotación correspondiente.⁹⁷

De los requisitos que establece el legislador para hacer el reconocimiento de

⁹⁵ Ley N° 5476 Código de Familia, (Costa Rica, La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1973).

⁹⁶ Código Civil del Estado de México, (Estado de México, Estados Unidos Mexicanos, Gobernador Constitucional del Estado de México) Art. 3.91

⁹⁷ Código Civil del Estado de México, (Estado de México, Estados Unidos Mexicanos, Gobernador Constitucional del Estado de México) Art. 4.168

la paternidad se encuentra el consentimiento del hijo mayor de edad para ser reconocido. En el caso que el hijo sea menor de edad pero mayor de catorce años, se necesitara el consentimiento de este y de quien ejerza la patria potestad o en su caso el de la persona o institución que lo tuviere a su cargo, si fuere menor de catorce años de edad se necesitara solo el consentimiento del que ejerza la patria potestad.

La legislación del Estado de México comparte el mismo criterio que otros países en cuanto a que el reconocimiento hecho en testamento surtirá efectos, aunque el testamento sea revocado.

El reconocimiento voluntario es irrevocable, salvo que este hubiere sido hecho por menor de edad engañado sobre el verdadero vínculo biológico, para promover esta acción la ley le otorga un plazo de cuatro años posterior a cumplir su mayoría de edad.

- c) Reconocimiento voluntario en Chile: El derecho Chileno regula lo relativo a la filiación y al reconocimiento voluntario de ella en el Código Civil título VII; clasifica la filiación en dos naturalezas: a) matrimonial y b) no matrimonial, en esta determina que quedara legalmente establecida cuando el padre, la madre o ambos la reconozcan.

El reconocimiento voluntario del hijo se hará mediante una declaración formulada por el padre exclusivamente para esos efectos, los medios para hacer dicha declaración son los siguientes:

1º. Ante el oficial del registro civil, al momento de inscribirse el nacimiento del hijo o en el acto del matrimonio de los padres;

2º. En acta extendida en cualquier tiempo, ante cualquier oficial del registro civil;

3º. En escritura pública, o

4º. En acto testamentario, en este caso sin importar que el testamento sea revocado por otro, el reconocimiento voluntario no perderá su validez.

Al igual que en el derecho de familia Salvadoreño el reconocimiento voluntario de paternidad es irrevocable, pero el legislador Chileno introduce la salvedad que si el reconocido fuere mayor de edad, este podrá repudiarlo dentro del término de un año, contado desde que tuvo conocimiento del reconocimiento.

En el caso que el reconocido fuere menor de edad, nadie más que el podrá repudiarlo, sin embargo lo habilitan para tal acción hasta que este cumpla la mayoría de edad, se le otorga el mismo plazo de un año desde que tuviere conocimiento del reconocimiento para que pueda repudiarlo.

El repudio deberá hacerse en escritura pública y esta se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento del hijo; los efectos del repudio del reconocimiento de la filiación son la privación retroactiva al reconocimiento de todos los derechos que beneficien exclusivamente al hijo o a sus descendientes. sin embargo no alterara los derecho ya adquiridos por los padres o terceros, ni afectara a los actos o contratos válidamente ejecutado o celebrado con anterioridad a la inscripción del repudio. Toda repudiación es irrevocable.⁹⁸

d) Reconocimiento voluntario en República de Argentina: El código civil de la República Argentina regula en su libro primero titulo segundo lo relativo a la filiación, estableciendo que esta puede tener lugar por naturaleza o por

⁹⁸ Código Civil, (República de Chile, Congreso Nacional de Chile, 1857) ART. 187-191.

adopción. Para efectos de la presente investigación se hablara acerca de la primera de ellas, sub clasificada como matrimonial y la extra matrimonial.

En este código se encuentran similitudes con el derecho salvadoreño en cuanto a la determinación de la paternidad por ministerio de Ley, ya que en el artículo 243 establece las presunciones de paternidad de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos, los nacimientos posteriores a los trescientos días no gozan de esta presunción salvo prueba en contrario.

Es interesante mencionar que el código aclara las formas de reconocer la filiación matrimonial: 1) Por la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil y capacidad de las personas y por la prueba del matrimonio de los padres; y 2) por sentencia firme en juicio de filiación. Existe también una presunción de paternidad cuando el hijo fuere concebido en concubinato, salvo prueba en contrario.

En el capítulo V artículo 247 y siguientes del mencionado código se desarrolla lo relativo a la determinación de la paternidad extra matrimonial, la cual puede realizarse por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación.

De los modos del reconocimiento voluntario del hijo se encuentra regulado en el artículo doscientos cuarenta y ocho y establece que resultará de: 1) de la declaración formulada ante el oficial del registro del estado civil y capacidad de las personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; 2) De una declaración realizada en instrumento público o privado

debidamente reconocido. 3) De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.

Es importante aclarar que este código coincide con el derecho Salvadoreño, puesto que no se requiere aceptación del reconocimiento por parte del hijo y es irrevocable. El derecho argentino ha desarrollado una acción innovadora en aras de garantizar el derecho a la identidad de la persona, en el artículo 255 del Código Civil fija una medida en la cual cuando el menor fuere de filiación paterna desconocida el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo.

CAPITULO III

FORMAS DE ESTABLECER LA PATERNIDAD COMO INSTRUMENTOS JURIDICOS QUE GARANTIZA LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD DEL NIÑO

En este capítulo se demuestra que el reconocimiento voluntario es una de las formas con las que el Estado Salvadoreño da cumplimiento al derecho fundamental de filiación e identidad plasmado en la constitución y convenios internacionales, con el propósito de garantizar a todos los niños el derecho a conocer a sus padres y al establecimiento de su filiación de una manera ágil y eficiente, donde no incida la educación, edad, religión, condición económica o la relación personal entre los padres para que se reconozca la paternidad del hijo.

3.1. Establecimiento de la paternidad

El código de familia determina tres formas por medio de las cuales se establece la paternidad del hijo, cada una de ellas responde a distintas situaciones jurídicas sujetas a condiciones de voluntad o a variaciones sobre la verdad del origen biológico del hijo, las cuales se dividen de la siguiente forma:

3.2. Establecimiento de paternidad por disposición de la Ley

Esta forma de establecer la paternidad fue desarrollada por el legislador bajo un supuesto específico el cual es que la paternidad pertenece al cónyuge de

la madre, lo anterior se nombra “presunciones de ley”.

Una vez celebrado el matrimonio entre los cónyuges la ley presume que los hijos nacidos posterior a este hecho jurídico son hijos del cónyuge, por lo cual no hay contradicción acerca de esta paternidad y la madre únicamente necesita presentar la certificación de partida de su matrimonio ante el Registrador del estado familiar de su municipalidad para que este consigne en el asiento de nacimiento del hijo en el nombre del padre al hombre con quien contrajo matrimonio la madre.

La anterior presunción aplica también aun cuando el vínculo matrimonial haya sido disuelto o declarado nulo siempre y cuando el nacimiento suceda en el plazo de los trescientos días siguientes a la disolución o a la nulidad, en estas situaciones la madre tendrá que presentar ante el Registrador del Estado Familiar, la certificación de partida de divorcio o la certificación de sentencia de nulidad del matrimonio, documentos con los cuales se probara que el nacimiento se encuentra dentro del plazo indicado por la ley y le es aplicable la presunción.

Sin embargo, el código hace una excepción a la presunción desarrollada anteriormente y es que cuando el hijo en efecto naciere al momento que sus padres aún se encontraren unidos por el vínculo matrimonial, pero estos hubieren estado separados por más de un año y un hombre diferente al cónyuge reconociere al hijo no será aplicable dicha presunción.

La misma presunción la retoma el código de familia en el artículo 142 relacionado con el artículo 17 del mismo cuerpo normativo y aclara que ante una disolución de un vínculo matrimonial o declaratoria de nulidad la mujer antes de contraer nupcias nuevamente durante el plazo de trescientos días

posteriores a la disolución o nulidad debe comprobar que no se encuentra en estado de gravidez y si esta omitiera lo anterior la ley establece que se presumirá la paternidad del primer marido si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del segundo matrimonio o se presumirá que la paternidad pertenece al segundo marido cuando el hijo naciere después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primero.⁹⁹

Las presunciones establecidas por disposición de ley se fundamentan primordialmente en los derecho y deberes instaurados en el vínculo matrimonial dentro de los cuales los cónyuges deben vivir juntos y guardarse fidelidad, por lo que es razonable presumir que si la mujer casada se encuentra en estado de embarazo la lógica indica que el nexa biológico se origina de una relación sexual entre cónyuges.

3.3. Reconocimiento voluntario

Esta forma de establecer la paternidad del hijo es exclusiva del padre, ya que tal y como se ha desarrollado a lo largo de esta investigación es un acto voluntario, unilateral, libre, espontaneo e irrevocable, acto que excepcionalmente se puede realizar por interpósita persona en caso que el padre otorgue facultades especiales mediante escritura pública a una persona particular para que realice el reconocimiento del hijo, lo anterior es aceptado en virtud de que el padre ha confesado la paternidad del hijo en el mismo instrumento donde está otorgando facultades especial para realizar dicho acto.

⁹⁹ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), Art. 17, 140-142.

El reconocimiento voluntario se puede realizar en seis modalidades, las cuales desarrollaremos a continuación:

1° al momento en que se asienta el nacimiento del hijo suministrando los datos para su inscripción en su calidad de padre, este podrá comparecer ante el registro del estado familiar del municipio donde ocurrió el nacimiento o en el domicilio de la madre o de este, presentando constancia expedida por el hospital, plantares o de persona autorizada para atender partos, deberá identificarse con su documento de identidad (DUI, pasaporte, licencia de conducir o carnet de minoridad).¹⁰⁰

Para reconocer al hijo mediante el asiento de nacimiento se corre con el mismo plazo que el que la ley da para realizar el asentamiento del recién nacido el cual es de noventa días hábiles hasta siete años posteriores al nacimiento.¹⁰¹

2° En la escritura pública del matrimonio, en dicha escritura el contrayente le manifiesta al notario ser el padre del niño o niños y relacionan las generales del niño.

Este acto goza de fe pública por lo que únicamente deberá presentarse ante el registro del estado familiar el testimonio de escritura pública de matrimonio donde conste el reconocimiento y el registrador cancela el asiento de nacimiento del niño y le genera uno nuevo en el cual se reflejara los datos del padre, esto en razón al precepto constitucional que prohíbe consignar alguna calificación a la naturaleza de la filiación.

¹⁰⁰Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1995), Art. 9, 15, 25, 28 y 29.-

¹⁰¹ Ibíd. Art. 16, 28.

En acta otorgada ante los oficios de los gobernadores políticos departamentales y alcaldes, acto que debe reunir los requisitos de solemnidad y que es una respuesta al deber del Estado de garantizar una filiación a los niños; esta acta deberá presentarse ante el registro del estado familiar de la municipalidad a efectos que se inscriba, esto en caso que fuera ante el gobernador.

3° En acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, el que pretenda reconocer a un hijo deberá comparecer a cualquiera de las diecisiete sedes en todo El Salvador, tomando en cuenta su domicilio, a la que deberá apersonarse con su Documento Único de Identidad y la certificación de la partida de nacimiento del hijo a fin que se efectúe el reconocimiento voluntario en el libro de reconocimientos respectivos ante el Procurador Auxiliar Departamental quien extenderá oficio para que se presente la Municipalidad donde se encuentra asentado el hijo, se cancele el asiento anterior y se inscriba un asiento nuevo consignando el nombre del reconociente como padre.

4° En escritura pública sin importar el objeto principal del instrumento, esto en razón que la ley otorga fe pública al notario por lo que la declaración de paternidad se tiene por cierta y reúne los requisitos del reconocimiento voluntario.

5° en el testamento, a pesar de que este es un acto que puede ser revocado por el otorgante, sin embargo en virtud del interés superior del niño cuando se reconociere el hijo mediante este acto y este posteriormente fuere revocado por el otorgante quedara vigente el reconocimiento.

Sin embargo en este medio cabe hacer la aclaración que en casos que se declare la nulidad absoluta del testamento por existir vicios en el

consentimiento, el reconocimiento si podrá ser impugnado ante un juez de familia que valore la veracidad del nexo biológico que se reconoció.

6° en escritos u otros actos judiciales, hace referencia a situaciones o declaraciones incidentales que pudieran resultar dentro de un proceso judicial que no necesariamente sea en materia de familia o que dicho proceso tenga por objeto el reconocimiento de un hijo, en estos casos a instancia de partes deberá solicitarse las certificaciones respectivas.

El reconocimiento voluntario no es exclusivo para establecer la filiación del hijo nacido, sino que también el legislador habilita al padre para reconocer al hijo concebido con el objeto que la madre y el *nasciturus* puedan obtener beneficios de salud y económicos durante la gestación y posterior al nacimiento esto sin perjuicio del ulterior reconocimiento del padre al nacimiento del hijo. También podrá reconocerse al hijo fallecido cuando este tuviere descendencia a efectos que estos se beneficien de la sucesión.

3.4. Reconocimiento provocado

La legislación Salvadoreña regula también lo relativo al reconocimiento provocado que tiene como objetivo garantizar el derecho de filiación a los hijos nacidos y no nacidos.

El supuesto hijo mayor de edad puede apersonarse ante el juez de familia competente a fin que se cite al supuesto padre quien deberá expresar ante la autoridad judicial si cree ser el padre o no del solicitante, el mismo procedimiento se realiza en el caso del hijo menor de edad y del hijo no nacido con la variante que en estos casos es la madre quien solicita en representación legal y beneficio de su hijo.

Cabe mencionar que esta forma de establecer la paternidad es conocida doctrinariamente como reconocimiento voluntario provocado, esto en virtud de que al supuesto padre no se le obliga a reconocer la paternidad, ya que él puede expresar perfectamente que no cree ser el padre del presunto hijo.

De igual forma se expresa que: *“aunque el término no sea el más indicado, se puede decir que el reconocimiento provocado de paternidad es una forma procesalmente impura de establecer la filiación”. “Lo impuro obedece al hecho de que este tipo de diligencias combinan determinadas características de las formas estrictamente puras”*.¹⁰²

Punto de vista que los investigadores comparten pues se encuentra en estas diligencias características de los medios para establecer la paternidad, tal es el caso de la declaración del supuesto padre quien expresa de forma voluntaria y personal que reconoce la paternidad del hijo solicitante, declaración que es de carácter irrevocable y que surte los efectos del reconocimiento voluntario, así mismo dicha declaración es provocada por la cita efectuada por la autoridad judicial competente quien le informa la solicitud del presunto hijo para que este reconozca la supuesta paternidad e incluso dicha autoridad puede ordenar la realización de pruebas biológicas, hereditarias y antropomórficas por lo tanto reúne características de los medios de establecimiento de paternidad determinados en el artículo 135.

La ley procesal de familia (en adelante L.Pr.F) en su artículo 143 establece el procedimiento en caso de reconocimiento provocado, en el cual una vez presentada la solicitud de reconocimiento provocado, el juez declarara

¹⁰²Cristian Palacios, “Diligencias de reconocimiento provocado”. Revista Jurídica Digital “Enfoque Jurídico”, 19 de septiembre de 2017, <http://enfoquejuridico.org/2017/09/19/diligencias-de-reconocimiento-provocado/>

admisible si cumple con los requisitos de admisibilidad y señalara fecha y hora para la celebración de la audiencia especial en un plazo de tres días hábiles y citara al solicitante y al presunto padre, en este caso la cita deberá ser efectuada de forma personal al presunto padre, cualquier otra forma de citación regulada en la ley no es válida en esta diligencia.

Una vez efectuada la cita de forma personal al supuesto padre pueden concurrir diversas situaciones:

- 1) el supuesto padre no comparece a la audiencia;
- 2) el supuesto padre comparece y expresa ser el padre; y
- 3). el supuesto padre comparece y expresa no ser el padre.

En el caso que el supuesto padre no compareciera a la audiencia, se reprogramará la misma y se citara nuevamente por segunda vez, en dicha cita podrá o no advertírsele la consecuencia de su inasistencia. En caso que no se presentará a la audiencia por segunda ocasión no obstante haber sido citado en legal forma el juez aplicará la presunción de paternidad pues la ley interpreta su silencio como aceptación.

Para comprender el fundamento de esta presunción es ilustrativo transcribir un párrafo del estudio realizado por la comisión coordinadora para el sector justicia en el año de 1994 el cual dice: “...*la ley interpreta su silencio en el sentido de aceptación; esto porque al reconocimiento se le toma como confesión de paternidad y el efecto de la contumacia,*¹⁰³ *cuando se cita a una persona para que declare contra sí misma, es decir, para que confiese un*

¹⁰³Contumacia: del latín contumacia, rebeldía (falta de comparecencia en un juicio), Diccionario de la Real Academia Española (23ª ed.), 2014.

*hecho suyo, es tenerla por confesa.”*¹⁰⁴

En virtud de la presunción anterior el juez tendrá por establecida la paternidad por medio de sentencia definitiva, la cual quedará firme una vez haya transcurrido el plazo legal para impugnarla o cuando el recurso contra ella no hubiera prosperado.

Si el supuesto padre comparece a la audiencia especial, se le informará el motivo de la cita para que bajo juramento declare si reconoce la paternidad que se le atribuye, a lo cual el deberá limitarse a contestar en sentido positivo o negativo. Si el solicitado contesta en forma positiva el juez tendrá por establecida la paternidad se asentara en acta o inmediatamente se dictara sentencia definitiva; y si por el contrario contesta en sentido negativo la paternidad que se le atribuye, entonces se procede a dictar sentencia rechazando la pretensión de la parte solicitante.

Sin embargo, si en un proceso ulterior se comprueba que aquel se trataba del verdadero padre, se agrava el motivo para condenarlo al pago de una indemnización por daños morales y materiales a favor del hijo y la madre (Artículo 150 inciso 2º CF).

Además, si el solicitado niega la paternidad, el hijo conserva el derecho de promover el proceso de declaratoria judicial de paternidad (Artículo 143 inciso 5º L.Pr. F.).

La simple negativa a reconocer la paternidad no habilita la terminación de las diligencias de reconocimiento provocado, ya que el juez perfectamente puede proponerle al presunto padre la práctica de la prueba biológica ADN y

¹⁰⁴ Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del código de familia*, (San Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, Tomo II, 1994), 554.

si este se negare a someterse a ella, es motivo suficiente para presumir la paternidad atribuida esto en razón del fundamento expresado con anterioridad en relación a la negativa a comparecer a la audiencia especial no obstante haber sido citado en legal forma.

Sin embargo, la presunción legal establecida en virtud de la negativa a someterse a la prueba de ADN admite prueba en contrario, por lo cual puede ser impugnada a través del correspondiente proceso.

Una vez establecida la paternidad, ya sea por el reconocimiento voluntario del padre o por las presunciones del artículo 146 C.F. la autoridad judicial librára oficio al registro del estado familiar donde se encuentra inscrita la partida de nacimiento del hijo, para que sea cancelada y se inscriba una nueva en la que conste la filiación paterna; salvo que se trate de la paternidad de un concebido no nacido.¹⁰⁵

El artículo ciento cuarenta y seis del código de familia. limita la tramitación de las diligencias de reconocimiento provocado a una sola vez contra el supuesto padre, la cual se entenderá como agotada cuando el presunto padre realmente haya tenido la oportunidad de declarar ante el juez, es decir cuando el hijo se da por satisfecho en su deseo de saber si su presunto padre lo reconoce en tal calidad o no.

3.5. Declaración judicial de paternidad

Este modo de establecer la paternidad es otra respuesta del Estado a garantizar el derecho de identidad, derecho a investigar la filiación verdadera el cual es un derecho personal, extrapatrimonial y que no se ve afectado por el transcurso del tiempo ya que la ley no establece un plazo para que el hijo

¹⁰⁵ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), Art.146

ejerza este derecho, otorgándole el derecho de exigir la declaración de paternidad al hombre que tenga indicios sea su padre por medio de un juicio de declaratoria de paternidad ante un juzgado de familia con competencia territorial en el lugar de domicilio del demandado o presunto padre.

Lo anterior si el hijo que pretende promover este proceso no tuviere ningún reconocimiento previo de paternidad (situación que el demandante deberá acreditar con la certificación de partida de nacimiento) y no pueda aplicársele ninguna de las presunciones que la ley determina, las cuales ya hemos desarrollado previamente.

En este escenario en el que el padre no ha reconocido voluntariamente al hijo previamente, el presunto hijo tendrá que interponer una demanda de declaratoria judicial de paternidad y será el juez quien decretara la paternidad en su sentencia.

La ley establece que una vez dentro de este proceso si el pretendido padre manifiesta expresa o tácitamente que sostuvo relaciones sexuales en el periodo de concepción del hijo, o la posesión del hijo (es decir que el presunto padre trató al presunto hijo como hijo frente a familiares, amigos y vecinos, por un tiempo prudencial) podrá decretar la paternidad.

Sin embargo a efectos de que la declaratoria no contravenga con la realidad biológico, el juez robustece la declaración con el examen de ADN, la certeza de paternidad se obtiene con el informe de investigación de paternidad que es elaborado por los profesionales del departamento de genética forense del instituto de medicina legal.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cristian Palacios, *Padres Irresponsables respecto al Reconocimiento de Hijos. Solución Jurídica*, (publicado en la revista jurídica digital “enfoque jurídico” el 05 de enero de 2015, <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1168>).

Es importante aclarar que en el caso una vez el demandado (el presunto padre) es emplazado, es imperativo que este comparezca al Juzgado ya que en caso contrario el Juez puede hacer la declaración de paternidad sin que exista una manifestación del demandado o prueba científica, opera una presunción de paternidad diferente a las establecidas en los artículos ciento cuarenta y uno y ciento cuarenta y dos del código de familia.

El demandado o presunto padre tendrá que contestar la demanda en un plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación (Art. 97 L.Pr.F)

En el plazo para contestar demanda deberá manifestar si se allana a la pretensión del demandante o si refuta la paternidad que se le pretende atribuir; el demandante podrá comparecer el proceso en cualquier etapa hasta antes de la sentencia y aceptar su paternidad.¹⁰⁷

En este proceso juez no solo decidirá sobre la paternidad del hijo, sino que también si resultare por cierta la pretensión se tendrá que pronunciar sobre cuota alimenticia, régimen de relación y trato, cuidados personales y el ejercicio de autoridad parental.

La acción de promover la declaratoria judicial de paternidad corresponde exclusivamente al hijo, sin embargo, que este fuere menor de edad es la madre en representación del hijo quien iniciara el proceso; en caso que el hijo hubiere fallecido la ley faculta a su descendencia para promover la acción en contra del pretendido padre o de sus herederos o contra el curador de la herencia yacente.

¹⁰⁷ Ley Procesal de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), Art. 46, 47 y 97.

La prueba de ADN en caso que el hijo falleciere se realizará con su descendencia y el pretendido padre, si fuera el pretendido padre quien falleciere el examen de ADN se realizará con la descendencia de este y el hijo que demanda la declaratoria de paternidad.

La ley reconoce una indemnización por daños morales y materiales que sufre el hijo y la madre al tener que llegar a una instancia judicial para establecer su filiación paterna, el juez que conozca la causa será el que establecerá en su sentencia la cantidad que se fijara para esta indemnización.

Es importante aclarar la diferencia entre un reconocimiento provocado y la declaración judicial de paternidad debido a que estas modalidades tienen similitudes procesales que pueden llegar a dificultar su distinción, en la primera modalidad no existe una demanda como la segunda modalidad sino que es una solicitud, no se puede acceder a una indemnización por daños morales y materiales por parte de la madre y el hijo como en la declaratoria judicial, la primera modalidad tiene calidad de diligencia judicial y el segundo de proceso judicial y la más importante es que en la primera modalidad no se aplica las presunciones de posesión de hijo o hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad.

3.6. Impugnación de la paternidad

El legislador a previsto los medios para refutar la paternidad que se ha establecido ya sea por ministerio de ley o por reconocimiento voluntario, determinando causales específicas y plazos para promover la acción de impugnar dicha filiación, en miras de garantizar que el nexo biológico reconocido legalmente sea verídico.

La impugnación puede ser promovida por el cónyuge, por el hijo, por el padre biológico o real y por terceros que la paternidad les cause un perjuicio actual, para cada uno de estos sujetos hay circunstancias y plazos diferentes, los cuales desglosaremos a continuación:

La acción para impugnar la paternidad por parte del cónyuge es válida únicamente para este, salvo en caso de fallecimiento del mismo.

Esta paternidad es la que otorga el código de familia por disposición de ley, acción que caduca transcurridos noventa días contados desde aquel momento en el que tuvo conocimiento de la paternidad atribuida.

Para determinar ese momento la ley presume que si el cónyuge cohabita con la madre y el hijo se tomara que este tuvo conocimiento de la paternidad inmediatamente, a excepción que este probare que hubo ocultación del parto.

Sin embargo si el cónyuge se encontrare ausente en ese momento se presumirá que lo supo inmediatamente después de su regreso a la residencia de la mujer, aplicando la misma excepción del ocultamiento.¹⁰⁸ La caducidad de la acción para el cónyuge se suspende únicamente por imposibilidad física o mental que entorpezca el conocimiento del hecho.

La ley ha previsto el fallecimiento del cónyuge antes del vencimiento del plazo de caducidad para desconocer al hijo y faculta en los mismos términos a los herederos de este, a sus ascendientes y a personas a quienes la paternidad cause un perjuicio actual, sin embargo, esto aplicara solo cuando la paternidad haya sido establecida por disposición de ley.

¹⁰⁸ Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994), Art. 150 y 151

La acción para los terceros caduca transcurrido noventa días contados desde la fecha en que los interesados tuvieron conocimiento de la muerte del padre o de la declaración de muerte presunta.

Si la paternidad fuere establecida por disposición de ley posterior a la muerte del padre el plazo contara desde el momento que supieron del nacimiento del hijo.

Para garantizar la dignidad y la integridad moral del hijo durante el juicio de impugnación de paternidad los legisladores tuvieron a bien determinar el trato que debe dársele a este, el cual sea considerado y tratado como hijo del marido percibiendo cualquier tipo de beneficio o cuota alimenticia hasta que sea declarada la no paternidad en sentencia definitiva.

Posterior a eso el padre o sus herederos tendrán derecho a una indemnización por parte de la madre por los perjuicios que la pretendida paternidad les haya ocasionado.

En caso que la paternidad haya sido reconocida voluntariamente, la ley habilita para impugnar dicho reconocimiento al hijo en virtud que dicho reconocimiento causa efectos sin necesidad que este acepte el reconocimiento, a los ascendientes del padre en razón que el principio de igualdad de los hijos otorga los mismos derechos que a los hijos nacidos dentro del matrimonio por lo cual estos entran a formar parte de la familia y es aquí donde surge el interés del ascendiente de evitar la introducción en su familia de un hijo cuya filiación creen dudosa¹⁰⁹ y a los que tuviesen interés actual, todos estos estarán obligados a probar la inexistencia del nexo biológico real entre el padre y el hijo. En el caso anterior se establecen plazos para ejercer la acción a cada

¹⁰⁹ Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del código de familia*, (San Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, Tomo II, 1994) 568.

uno de estos sujetos, aplicando a los ascendientes del padre reconociente los noventa días posteriores en que hubieran tenido conocimiento del acto, para el hijo la acción es imprescriptible y para los demás interesados la acción caducara transcurrido trescientos días contados después de aquel en que tuvieron interés actual en ello.

Podrá impugnarse el reconocimiento voluntario por parte del padre única y exclusivamente cuando el acto adolezca de vicios del consentimiento y deberá pedirlo dentro del plazo de noventa días desde que cesó o conoció el vicio que la invalida, posterior a ese plazo no hay forma o medio por el cual el padre pueda promover la nulidad del reconocimiento voluntario.

La importancia de desarrollar en esta investigación las diferentes modalidades de establecer la filiación del hijo pese a no ser el objeto principal de esta, radica en analizar la intención del legislador en cuanto a garantizar a los hijos el derecho a conocer su origen biológico y establecerlo legalmente tomando en cuenta las condiciones familiares al momento del nacimiento del hijo y verificar la clara omisión de medidas ante una relación desnaturalizada como es el caso del nacimiento de un hijo producto del delito de violación.

Por lo que para establecer la filiación de un hijo es necesario únicamente probar la existencia del vínculo matrimonial el legislador crea un criterio en el cual presume que las condiciones familiares que existen en este escenario son la convivencia y la fidelidad de los cónyuges que lógicamente concluyen en la concepción y posterior nacimiento del hijo por lo que no es necesario la comprobación del nexo biológico mediante prueba científica.

El criterio del legislador en cuanto al reconocimiento voluntario es que si bien no existe un vínculo matrimonial que una a los progenitores, el padre del hijo

que se pretende reconocer tiene la seguridad que este es producto de una relación sexual que sostuvo con la madre, por lo tanto al legislador le basta que el padre tenga la voluntad de aceptar la paternidad y no exige aceptación por parte de la madre o del hijo, ni prueba de la veracidad del nexo biológico que asegura tener con el hijo. Bajo este criterio el legislador deja desprovisto de medios de protección a la madre del hijo y a este mismo en una situación en el que el padre a cometido la ofensa más grave a la dignidad de la mujer abusando sexualmente de ella y agravando los daños y el trauma ocasionados a su víctima de una manera permanente con el embarazo producto de esa relación no consensuada, ignorando la inexistencia de condiciones familiares aptas para el cuidado y la crianza del hijo.

La impugnación de la paternidad pretende asegurar que el nexo biológico reconocido legalmente coincida con la realidad y que el derecho del hijo a conocer su origen biológico no esté sujeto a la voluntad de sus progenitores sino que esta acción pueda ser promovida por este en cualquier momento de su vida, ¿pero qué sucede cuando la realidad biológica coincide con la realidad jurídica, pero esta realidad biológica causa perjuicio a su persona y al entorno familiar en que se desarrolla?, ¿es válido que el legislador ignore una circunstancia tan especial como lo es la concepción producto de una violación?, ¿es válido que de un hecho ilícito se produzca un estado de familia, otorgándole derechos al transgresor?.

El libro segundo, capítulo dos, sección segunda del código de familia regula todo lo concerniente al establecimiento de la maternidad, la cual se puede reconocer voluntariamente por los mismos medio en que se puede reconocer la paternidad, lo concerniente a la declaración judicial de la maternidad, los casos en que se puede impugnar la maternidad, los sujetos a quienes les nace el derecho de impugnarla y el plazo para realizarlo, así como la sanción

en los casos que se comprobare el falso parto o la suplantación de maternidad, sin embargo todos estos tópicos serán excluidos de la presente investigación en virtud de que el tema a desarrollar es relativo a la paternidad.

CAPITULO IV

NOCIONES ACERCA DEL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL HIJO Y ANÁLISIS DE SUS EFECTOS EN LOS CASOS DE CONCEPCIÓN DEL HIJO PRODUCTO DE UNA VIOLACIÓN.

Es relevante para esta investigación analizar los alcances que tiene un reconocimiento de paternidad para el hijo ante la sociedad y los efectos que este produce. Esto con el propósito de exponer que el reconocimiento de una paternidad no genera inmediatamente un estado de familia, es decir, no adquiere la calidad de hijo con una simple manifestación del padre sino que esta debe ser registrada ante el funcionario competente para que surta efectos, tales como el derecho del hijo a ser alimentado, asistido y sostener una relación y trato con su padre, para garantizar la protección, dirección, orientación, su desarrollo integral y la evolución de sus capacidades.

El estado de familia genera derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos que son exigibles para estos, a través de una serie de normativas que hemos desarrollado a lo largo de la presente investigación.

Una vez generados estos derechos y deberes podrán restringirse alguno de ellos ante situaciones específicas, pudiendo el padre darle cumplimiento a estos sin que existe una relación entre ellos, sin embargo tal y como se ha mencionado anteriormente en un escenario en el cual la madre concibe un hijo producto de una violación y abandonada por medios legales para poder oponerse a un posible reconocimiento de la paternidad de su hijo por parte de su abusador, quedando expuesta a condiciones que vulneran su dignidad,

integridad personal y el derecho a vivir un vida libre de violencia ante una inminente régimen de relación y trato entre el padre quien representa un trauma insuperable y su hijo.

4.1. El estado de familia como reconocimiento del vínculo biológico

La familia se define como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas y sancionadas por el derecho, emergentes de la unión intersexual y la procreación, hechos biológicos regulados por el matrimonio y la filiación respectivamente.

La filiación es el vínculo biológico que liga a las personas que descienden unas de otros.¹¹⁰

La filiación da origen al estado de familia y pasa a formar parte de los atributos de la personalidad de las personas naturales, es fuente propia de derechos y obligaciones que da al sujeto un sentido de pertenencia a una familia; Belluscio según lo cita Zannoni expone que el estado de familia está dado por los vínculos jurídicos familiares que unen a las personas unas con otras o bien por la ausencia de vinculo como lo es la paternidad por ejemplo ante la ausencia del estado de familia entre el padre y el hijo se establece que es un hijo de paternidad desconocida.

Los conceptos doctrinarios desarrollados por el autor establecen una serie de caracteres específicos del estado de familia, dentro de los cuales están: ¹¹¹

- a) Unidad, este carácter se refiere a que sin importar la calificación de los vínculos que se le dé a una relación jurídica familiar (hijo legítimo,

¹¹⁰ Eduardo A. Zannoni, *Derecho civil, derecho de familia*, 4ta Ed., (Ciudad de Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Tomo I, 2002), 101.

¹¹¹ Ibid, 74-75

ilegitimo, matrimonial, extramatrimonial, adulterino) estos surtirán los mismos efectos, logrando unificar el concepto de familia.

- b) Indivisibilidad, en este carácter el autor hace referencia a la imposibilidad de dividir un estado familiar, en el sentido que, por ejemplo, si un hijo es nacido dentro del matrimonio y este es declarado nulo por padecer de mala fe de uno de los cónyuges, el hijo será matrimonial con ambos padres, no podría ser mitad matrimonial y mitad adulterino.
- c) Correlatividad, se refiere a la reciprocidad que nace de las relaciones jurídicas familiares establecidas por el vínculo, existe una en el estado de familia que emerge de la filiación respecto del padre y la madre y los hijos.
- d) Oponibilidad, el estado de familia, en cuanto atribución subjetiva de una relación jurídica, es oponible erga omnes (locución latina, que significa “respecto de todos” o “frente a todo” utilizada para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato) por los sujetos de la relación, sea mediante el ejercicio de las facultades o derecho inherentes a ese estado.
- e) Estabilidad, hace referencia a que el estado de familia es estable o permanente, lo cual no significa que sea inmutable; las modificaciones que puede sufrir el estado de una persona operan por hechos jurídicos independientes de la voluntad de su titular o por medio de acciones de estado que tienen por objeto modificar el estado, como por ejemplo la impugnación del reconocimiento que realizó el padre o la madre a quien ese hijo se atribuye, la paternidad conferida por ministerio de ley cuando el hijo es nacido dentro del matrimonio.

- f) Inalienabilidad, hace alusión a que el estado de familia no puede ser objeto de modificación, disposición o supresión, por la sola voluntad del titular.
- g) Intransmisibilidad, el estado de familia es intransferible por actos jurídicos, como atributos de la personalidad del titular.
- h) Intransigibilidad, se refiere a que el estado de familia no puede ser materia de transacción.
- i) Irrenunciabilidad, en rigor la Irrenunciabilidad del estado de familia en sí mismo es una consecuencia de su indisponibilidad, aplicado a nuestra legislación, este carácter se ve reflejado en la imposibilidad de renunciar al derecho de reclamar la filiación o de rechazar el reconocimiento del vínculo cuando la verdad biológica coincide con la realidad jurídica.
- j) Imprescriptibilidad, el estado de familia no se adquiere ni se pierde por prescripción, esto no debe confundirse con la caducidad que se genera por algunos supuestos que establece la ley como lo es la impugnación de la paternidad.
- k) Inherencia personal, relevante para la investigación debido a que se refiere al estado de familia como atributo de la personalidad del sujeto, implica que el ejercicio de facultades y deberes que contienen las relaciones familiares es inherente al titular y no pueden ser realizados por quien no lo sea, este carácter exige que la verdad biológica concuerde con la realidad jurídica, y condena que estos dos aspectos no concuerden.

Asimismo se expone acerca de la constitución del título de estado de familia

y los diferentes modos en los que se establece, siendo: por ministerio de ley, por resolución judicial o por reconocimiento voluntario, en relación al último observa que el reconocimiento efectuado en instrumento público hace plena fe y es irrevocable, pero este no constituye por sí mismo, el título de estado de hijo.¹¹²

El reconocimiento requiere un control de legalidad mediante la inscripción, que debe hacerse con los requisitos que la ley establece; por lo cual la inscripción constituye el título en sentido sustancial y formal, el reconocimiento por sí solo viene a ser un presupuesto del vínculo familiar que da origen al título.

4.2. La filiación

El concepto de filiación suele ser compartido por la mayoría de autores jurídicos, “la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra.”¹¹³

El término filiación lo conceptualizan como todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos y recíprocamente, determinada por la paternidad y la maternidad, estableciendo la procreación como presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial.¹¹⁴

La filiación que tiene lugar por naturaleza, según expone el autor presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres, sin embargo queda

¹¹² Ibid, 84

¹¹³ Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*, (Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1946), 349.

¹¹⁴ Zannoni, *Derecho civil, derecho de familia*, 313.

jurídicamente determinada únicamente cuando ese nexo biológico puede acreditarse.

La determinación de la filiación como categoría jurídica, tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica, es decir, siendo la filiación un atributo de la personalidad de la persona es elemental que al asignársele un vínculo paterno filial este coincida con la realidad biológica de la persona y con eso darle la certeza a la persona de quien es el, cuál es su origen y su ascendencia.

Existen cuestiones que suscita la determinación de la Filiación en relación a la identidad personal y lo resume en dos conceptos fundamentales, el primero la identidad genética y el segundo la identidad filiatoria.

La identidad genética hace alusión al patrimonio genético heredado por los progenitores biológicos, es decir, su genoma, a través del cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona.¹¹⁵

La identidad filiatoria es un concepto jurídico, producto del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres, lo normal es que estos dos conceptos coincidan, pero puede llegar a no estarlo.¹¹⁶

Lo anterior reafirma la hipótesis de que no debe existir una sumisión incondicional a la realidad biológica cuando el reconocimiento legal de esta puede llegar a comprometer la seguridad jurídica que implica una identidad

¹¹⁵ Eduardo A. Zannoni, *Prueba del ADN*, 2ª Ed., (Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, (Buenos Aires Argentina, 2001). 185

¹¹⁶ *Ibid.*

social o existencial consolidada a través de un emplazamiento que por razones de decisión familiar merece ser preservado.

Sin embargo, debe respetarse también el derecho de toda persona a acceder al conocimiento de esa realidad biológica.

La reflexión que hace el autor sobre los dos tipos de identidades, abre la posibilidad de valorar que en una situación de peligro inminente para la madre o para el hijo habilita la posibilidad de limitar el reconocimiento de la identidad genética de la persona, al menos para efectos jurídicos.

La filiación doctrinariamente se clasifica de forma universal atendiendo a los hechos o actos generadores de este vínculo, pudiendo ser legítima, natural o adoptiva.

La filiación legítima tiene como presupuesto principal la concepción del hijo dentro del matrimonio, es decir que no acepta el simple hecho de la existencia del vínculo biológico entre los padres y el hijo a raíz de la unión sexual, sino que es necesario para el establecimiento de la filiación que estos se encuentren vinculados por el matrimonio.¹¹⁷

4.3. El derecho a la filiación y el derecho de la identidad

El derecho de Identidad es un conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona ante la sociedad, derecho que se encuentra ligado a la persona desde su concepción hasta la muerte y que lo

¹¹⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*, (Santiago, Chile, Editorial Nascimento, 1946), 351.

faculta a conocer su origen biológico para lograr una sana y libre formación de la identidad personal; el normal desarrollo de la persona desde la etapa de su niñez implica brindar las facilidades necesarias para que este pueda obtener una respuesta de donde proviene su vida, la dotación cromosómica y genética particular.

El desarrollo de este derecho garantiza que se conserve la dignidad de la persona, proveyendo una verdad real y seguridad sobre quién es y cuál es su origen biológico, sin embargo diferentes cuerpos normativos tales como la convención sobre los derechos de los niños en virtud del interés superior del niño han establecido que en casos que sea perjudicial para su integridad personal conocer o convivir con sus padres podrá restringirse o limitarse dicho derecho.

Es entonces que para la presente investigación resulta interesante centrarnos en que no existen medidas de protección para los niños concebidos en una violación sexual y que tampoco el legislador ha creado un límite para el padre biológico bajo estas circunstancias reconozca la filiación con su hijo.

Es válido preguntarse si el garantizar el derecho de identidad proporcionando la verdad biológica al sujeto implica el reconocimiento de la filiación, es decir si el sujeto está claramente bajo una situación en el que convivir con su progenitor biológico implicaría someterse a un riesgo inminente a su propia persona o a terceros (madre víctima de violación), es totalmente justificable facultar al hijo para investigar su origen biológico sin que esto pueda llegar a alterar su filiación previamente establecida.

4.4. El reconocimiento voluntario y el establecimiento de la filiación

El reconocimiento voluntario tomando como base la legislación civil de Chile, expresando que es el acto voluntario y espontáneo ejercido por el padre o madre a fin de conferirle derecho a su hijo.

Los requisitos del reconocimiento voluntario varían según cada legislación, sin embargo, la doctrina retoma algunos requisitos como universales, entre estos: a) que emane de ambos padres o uno de ellos, b) que se realice con las formalidades legales; y c) que sea libre y espontáneo.¹¹⁸ Estos requisitos son adoptados por las legislaciones de cada país en virtud de las características propias del reconocimiento voluntario las cuales expondremos a continuación.

El autor en referencia enumera como características del reconocimiento voluntario las siguientes¹¹⁹:

- a) Es solemne: pues debe reunir todos los requisitos legales para producir efectos jurídicos.
- b) Es unilateral: se perfecciona por la sola voluntad del reconociente.
- c) Es irrevocable: se puede apreciar desde dos ópticas: en primer lugar, ni el padre ni la madre por su voluntad pueden dejarlo sin efecto; y en segundo no pueden privarlo de eficacia ni aún con el asentimiento del hijo.

Esta característica es reconocida universalmente por la doctrina y se justifica plenamente pues el reconocimiento es una confesión espontánea de paternidad que hace el padre.

¹¹⁸Ibíd. 433

¹¹⁹Ibíd. 437 - 440

El autor en mención es de la opinión que la irrevocabilidad es una característica que debe aceptarse aun y cuando el reconocimiento voluntario se efectuó por medio de testamento; sin embargo, existen autores que sostienen lo contrario fundándose principalmente en que el testamento es por su esencia un acto revocable.¹²⁰

- d) No admite modalidades: esta característica es una consecuencia de ser el reconocimiento un acto de familia, ya que estos actos no reciben aplicación las modalidades de ninguna naturaleza.
- e) produce efectos erga omnes: No solo produce efectos respecto al padre o la madre que lo reconoce sino respecto a todos, es decir los efectos que produce son absolutos.

El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o lateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones de la filiación; tiene como elementos: a) es un acto jurídico, b) es unilateral o plurilateral y c) por virtud del mismo, el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo.¹²¹

El argumento de que el reconocimiento es un acto jurídico para crear derechos y obligaciones es debatido por la doctrina en virtud de que se dice que es el vínculo consanguíneo el que los crea, sin embargo a lo largo de la investigación se ha establecido que, si bien el vínculo consanguíneo es el origen de esos derechos y obligaciones, solo puede ser exigible si ese vínculo es reconocido por la ley.

¹²⁰Ibíd. 148.

¹²¹ Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, 7ª ed., (México. Editorial Porrúa S.A., tomo segundo, 1997). 14.

En este punto se difiere del argumento del autor, pues este plantea el reconocimiento como un medio de prueba y pensamos que al contrario el reconocimiento es el acto que genera el vínculo y otorga derechos y obligaciones recíprocos, ya que el vínculo consanguíneo por si solo es irrelevante para esas obligaciones y derechos.

De la naturaleza jurídica del reconocimiento en el ámbito de la doctrina, pueden diferenciarse tres teorías: a) la del reconocimiento confesión, b) la del reconocimiento admisión; y c) la del reconocimiento declaración.

El reconocimiento confesión, es la teoría que considera que el reconocimiento es un medio de prueba especial, consistente en la confesión que se rinde, judicial o extra judicial, para dejar establecido que el que reconoce engendró, afirmando que tiene la convicción, la certeza o la creencia fundada de que es su progenitor, esta confesión debe ser apoyada por la madre.

Las críticas a esta teoría fueron que, según Furno no puede considerarse al reconocimiento como una confesión, puesto que el reconocimiento es irrevocable y una confesión puede revocarse, también consideraban que una confesión se funda en la idea de que la declaración es contraria a los intereses del confesante y la más fuerte crítica fue que no podría considerarse confesión debido a que la naturaleza de esta es que tuviere efectos solo dentro del proceso y el reconocimiento tenía como objeto hacer valer ese vínculo ante terceros que no estuvieran necesariamente involucrados en la relación familiar.

El reconocimiento admisión, supone que quien reconoce admitir y admite que el reconocido es su hijo para constituir la relación jurídica de filiación y

convertir una simple relación biológica en una relación jurídica; en esta teoría se pretende transformar una relación simplemente biológica a una relación jurídica cierta y en un estado jurídica que va a originar múltiples consecuencias de derecho, con la mira interesada en un aprovechamiento económico posterior, al nacerle al padre el derecho de reclamar alimentos al hijo en su senectud.

Y finalmente el reconocimiento declaración, teoría que pretende tomar lo que puedan tener de verdad las dos anteriores y al mismo tiempo ser flexible, amplia para comprender aquellas otras situaciones que no encajan ni en la confesión ni en la admisión, ambas como actos jurídicos que atribuyen el estado de filiación natural.

Esta es un medio de prueba pero no una confesión, no hay confesión porque parte de la doble posibilidad de ser o no cierta la relación que se declara y si el reconocimiento fuese siempre confesión, se tendría que partir de la base que solo pueden ser reconocidos los hijos que realmente hubiesen engendrado.

Sin embargo como el derecho no exige prueba previa, o por lo menos que se llegue a demostrar con elementos serios de convicción que el que reconoce es quien engendro al hijo, sino que el reconocimiento depende de la convicción del que reconoce y no de la que se forme un juez.

De la teoría anterior el escritor hace la observación respecto al acto jurídico como una voluntad que se declara con el propósito de crear consecuencias de derecho, no prejuzga para inclinarse bien a la tesis de que el reconocimiento solo es un acto jurídico que libremente crea por la manifestación de voluntad de quien reconocelos derecho y las obligaciones,

sino que conjuga las dos manifestaciones para comprender la gran variedad de modalidades que presenta el reconocimiento como acto confesión y como acto de admisión.

4.5. Efectos jurídicos del reconocimiento voluntario

El código de familia actual regula las formas de establecer uno de los elementos de la filiación: la paternidad. Este elemento no puede ser comprobado de forma directa e inmediata como si es en el caso de la maternidad, ya que la paternidad es consecuencia de la concepción, la cual a diferencia del parto no puede establecerse materialmente con testimonio humano.¹²²

La paternidad puede ser establecida de tres formas, para efectos de la presente, pueden ser clasificadas según si el hijo fue concebido dentro o fuera de un vínculo matrimonial.

En el caso de los hijos concebidos dentro del matrimonio, el código de familia ya establece las disposiciones legales, y en caso de los hijos concebidos fuera dicho vínculo, se instauran como formas para establecerla: el reconocimiento voluntario y por declaración judicial.

El reconocimiento voluntario, como uno de los medios de establecimiento de paternidad tal como se ha expresado a lo largo de la presente investigación es un acto unilateral y personal que realiza un hombre por medio del cual declara reconocer la paternidad sobre un hijo, este acto es solemne e irrevocable.

¹²² Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del CODIGO DE FAMILIA*, (San Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, Tomo II, 1994), 537.

Es importante destacar que el código de familia considera al reconocimiento voluntario como un acto declarativo, ya que bajo esta óptica la filiación resulta del vínculo biológico de sangre, mientras que el reconocimiento únicamente viene a probar este nexo.

Es decir el vínculo biológico existe previamente sin necesidad de mediar un reconocimiento de paternidad, este reconocimiento simplemente es el medio por el cual se acredita el mismo pues el vínculo es preexistente de tal suerte que el reconocimiento no constituye la paternidad sino que la acredita, por lo tanto el reconocimiento voluntario es un acto declarativo.

El reconocimiento voluntario al ser considerado como acto jurídico unilateral, produce efectos sin necesidad de aceptación por parte de la madre ni del hijo, sin embargo, salvaguarda el derecho que tiene el hijo de impugnar la paternidad reconocida. Este reconocimiento al ser efectuado por cualquiera de los medios establecidos en el artículo ciento cuarenta y tres del Código de Familia produce efectos jurídicos.

El primer efecto jurídico que se manifiesta de forma inmediata, es la obtención del estado familiar debido al vínculo parental, en este caso de padre e hijo.

El artículo 186 del código de familia lo define como la calidad jurídica que tiene una persona en relación a la familia y por el cual la ley le atribuye determinados derechos y deberes a cada sujeto dentro de las relaciones paterno filiales.

El siguiente efecto que produce el reconocimiento voluntario y que se presenta dentro de esta relación paterno filial son el surgimiento de una serie

de derechos y deberes que poseen los hijos, siendo útil transcribir los artículos doscientos tres y doscientos cuatro del código de familia.

“Art. 203.- Son derechos de los hijos:

1º) Saber quiénes son sus padres, ser reconocidos por éstos y llevar sus apellidos; 2º) Vivir en el seno de su familia, sin que pueda separárseles de sus padres sino por causas legales; 3º) Recibir de sus padres: crianza, educación, protección, asistencia y seguridad; y, 4º) Heredar de sus padres, en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación.”

“Art. 204.- Son deberes de los hijos:

1º) Guardar a sus padres respeto y consideración; 2º) Obedecerles mientras estén bajo su cuidado personal; 3º) Asistirlos en todas las circunstancias que lo requieran, especialmente en la ancianidad. Esta obligación se deberá cumplir en relación a los demás ascendientes, cuando falten los padres; y 4º) contribuir a los gastos familiares, según sus posibilidades, mientras convivan con sus padres.”

Estos derechos y obligaciones reconocidos al hijo constituyen un efecto jurídico producto de haber adquirido un estado familiar y por consiguiente una relación paterno filial. Al extremo de esta relación encontramos a la persona que tiene la calidad familiar de padre sobre el cual recae el siguiente efecto producido por el reconocimiento voluntario, el cual es la autoridad parental.

El artículo 206 del código de familia define la autoridad parental como “el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga al padre y a la madre sobre el sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que

los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y, además, para que los representen y administren sus bienes”.

De esta definición legal podemos destacar que son una serie de facultades y deberes que se obtienen únicamente al tener la calidad de padre con respecto a un hijo, por lo tanto, este claramente es uno de los efectos de haberse efectuado el reconocimiento voluntario.

Como consecuencia de la filiación, los padres tienen la obligación de alimentar, proteger, educar y asistir a sus hijos.

Para el cumplimiento de esos deberes, el ordenamiento jurídico les asigna unos poderes que son los que se agrupan bajo la denominación de autoridad parental.

La autoridad parental ostenta las siguientes características:

- a) Es irrenunciable: no puede ser objeto de abandono ni delegación.
- b) Es intrasmisible: los deberes y facultades que la integran están fuera del comercio, no pudiendo cederse en todo o en parte.
- c) Es temporal: se extingue por la mayoría de edad, por el matrimonio del hijo, por su adopción, por el fallecimiento del hijo o del padre y por decisión judicial.
- d) No se extingue por falta de ejercicio.
- e) Está sujeta a control judicial.¹²³

La doctrina moderna expone que la autoridad parental no consiste simplemente en el ejercicio del poder sino también y de manera importante del amor, pues afirma que el acatamiento de la ley es motivado por el amor

¹²³ Ibid. 646

que sienten los padres por sus hijos e inversamente.

Esta visión de la autoridad parental implica dos dimensiones: la dimensión de la autoridad y la dimensión del amor, presentando las premisas siguientes: “El poder desligado del afecto da lugar a: la inflexibilidad y rigidez, y en casos extremos a la negligencia y al maltrato físico. El afecto desligado del poder da lugar a la permisividad y laxitud y en casos extremos a la mala crianza y sociopatías.”¹²⁴

Tradicionalmente, se ha entendido por cuidado personal, aquel “derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía”¹²⁵, “proporcionándoles residencia, alimento y educación”¹²⁶; o como “aquel derecho que otorga el legislador al padre, a la madre, a otros ascendientes o colaterales, y aún a quienes no le liga parentesco alguno, de un menor de edad que requiere cuidado y protección de determinada persona o personas idóneas”¹²⁷.

En su forma más restringida, el cuidado personal se identificaría con la guarda o tenencia, siendo un derecho de los padres para elegir el lugar de residencia.

Los cuidados personales doctrinariamente engloban dos principios rectores los cuales incluso son aplicables de manera habitual en decisiones jurisprudenciales, el primero es el interés superior de los hijos; y el segundo

¹²⁴ María Cristina Tenorio, *Estilos de Autoridad Parental*,(Psicología Cultural, Universidad del Valle, Grupo Cultura y Desarrollo Humano), 6.

¹²⁵ Claudia Schmidt Hott, Paulina Veloso Valenzuela, *La filiación en el nuevo derecho de familia*,(Editorial Cono Sur, Santiago, 2001), 273.

¹²⁶ Maricruz, Gómez de la Torre Vargas, *El sistema filiativo Chileno*,(Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007), 135.

¹²⁷ Edmundo Fuchslocher Peterssen, *Derecho de Menores, de la tuición*, (Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1983), 24.

es el de corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado personal, crianza y educación de los hijos.

Sin embargo, el interés superior de los hijos no está delimitado, pues este principio permite subsumir en él todo aquello que, en cada caso concreto, aparezca como lo más beneficioso para el desarrollo integral de los hijos y para la satisfacción de sus necesidades, físicas, psíquicas y espirituales.

El segundo de los principios mencionados, el de la corresponsabilidad, es más delimitado en consideración que los hijos necesitan para su equilibrio emocional y el mejor desarrollo de sus potencialidades de ambos progenitores, siempre que ello no los perjudique.

En este punto se comparte la idea de la existencia de una jerarquía entre ambos principios expresada por la autora, donde expone la supremacía del interés superior del menor, ya que el principio de corresponsabilidad debe subordinarse a aquel.¹²⁸

Esto en virtud de que lo ideal para el desarrollo integral de la niñez y adolescencia es que el cuidado personal sea ejercido por ambos padres (principio de corresponsabilidad).

Sin embargo existe una excepción a la regla general, y es el caso en el que uno de los padres menoscabe el interés superior del hijo por tanto lo más beneficioso sería que el cuidado personal sea ejercido por el ascendiente que no menoscabe este principio y en el caso extremo de que el menoscabo sea

¹²⁸ María Soledad Quintanilla Villar, *La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual*, (Valparaíso, Chile, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII (2º semestre de 2014), 242 y 243.

efectuado por ambos ascendiente se podría atribuir de emergencia los cuidados personales a un tercero.

Los cuidados personales sobre un hijo comprenden: a) la crianza, b) el deber de convivencia, c) la formación moral y religiosa, d) educación, e) relación y trato; y f) la asistencia.

- a) Crianza: es una obligación impuesta al padre y la madre de un hijo desde el momento de la concepción, el artículo 211 del Código de Familia expresa que el padre y la madre deberán de criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad; y que se deberá tener en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo.

Lo anterior tiene una explicación biológica y es que desde el momento del nacimiento y en los primeros años de existencia se genera una relación de dependencia la cual deben ser satisfechas por medio de la relación de padres e hijos a fin de garantizar el desarrollo normal de su personalidad.

- b) Deber de convivencia: para poder ejercer la autoridad parental se requiere que exista una convivencia entre padres e hijos y por tanto una convivencia de estos.
- c) Formación moral y religiosa: diversos estudios coinciden en que la familia es la primera vía transmisora de valores morales y religiosos, es ahí en el seno de la misma donde se generan los modales, los hábitos, los usos y creencias sociales, es decir la familia prepara al individuo en sus primeros años para la futura inserción de este en la sociedad como padres y ciudadanos.

- d) Educación: El artículo 214 del código de familia impone el deber a los padres de formar integralmente a sus hijos, facilitarles el acceso al sistema educativo y orientarles en la elección de una profesión u oficio.

El estudio realizado por la comisión coordinadora para el sector justicia arrojó que la educación comprende dos aspectos: el formal y el no formal; el primero está constituido por todas las actividades que se despliegan en torno a la instrucción, es decir, la comunicación de ideas, conocimientos, doctrinas dirigidas a preparar profesionalmente al hijo para su vida útil. El segundo aspecto comprende la enseñanza continua de una serie de hábitos, modales, normas de conductas acordes al nivel que dentro del grupo social ocupe la familia a la cual pertenece el hijo.¹²⁹

- e) Corrección y orientación: se refiere a las medidas tomadas por los padres con la finalidad de corregir y reorientar la conducta del hijo que aseguren su adecuada formación.

El artículo 215 del cuerpo normativo en comento señala que esa corrección deberá ser de forma adecuada y moderada y en caso de ser necesario se puede auxiliar de profesionales especializados, servicios de orientación psicopedagógica y en casos en que la conducta del hijo no pueda ser corregida por dichos medios se podrá solicitar al juez que provea medidas tutelares.

- f) Relación y trato: al momento de redactarse el actual código de familia, la comisión coordinadora para el sector Justicia realizó una investigación la cual arrojó que para el adecuado equilibrio emocional y pleno desarrollo

¹²⁹ Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, *Documento Base y Exposición de Motivos del código de familia*, (San Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, Tomo II, 1994), 655.

del hijo es necesario propiciar las relaciones paterno filiales ya que la carencia de estas y la falta del trato constante traería repercusiones negativas en la siquis del sujeto y la desvalorización de su propia imagen produciendo traumas irreversibles.¹³⁰

Es por ello que el artículo 217 expresa que aunque el padre y la madre no convivieran con su hijo se deberá mantener el trato personal y las relaciones afectivas, de tal modo que aunque el hijo estuviese bajo el cuidado personal de uno de los padres, este no podrá impedir tales relaciones y tratos, salvo que este fuera contrario al interés superior del hijo; en todo caso la autoridad judicial podrá regular en tiempo, modo y lugar a fin de garantizar la relación y el trato los cuales según la doctrina moderna posee una dualidad ya que es un derecho y obligación a la vez.

- g) Asistencia: es la obligación contenida en el artículo 218 del código de familia por medio de la cual los padres deben asistir económica y moralmente a los hijos sujetos a autoridad parental, que se hallaren involucrados en procesos penales.

El segundo aspecto que engloba la autoridad parental es la de representación legal, por medio de la cual el padre y la madre que ejercen la autoridad parental representan a sus hijos sujetos a esta, quienes deberán velar por la conservación y defensa de sus derechos este aspecto está fundado en que se actúa por cuenta en interés de otro y regido por el principio de interés superior del hijo, esto en virtud de que los hijos sujetos a la misma carecen de capacidad de obrar por sí mismos, en virtud de la ley ningún padre puede eludirlo. Y solo podrá ser ejercido por uno de ellos en los casos en que se le hubiese confiado mediante resolución judicial a este.

¹³⁰ *Ibíd.* 660

El artículo 223 del Código de Familia establece las excepciones a la representación legal de los padres:

- 1) Los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con la ley y las condiciones de su madurez, pueda realizar por sí mismo;
- 2) Los actos relativos a bienes excluidos de la administración de los padres; y,
- 3) Cuando existieren intereses contrapuestos entre uno o ambos padres y el hijo.

El último aspecto que comprende la autoridad parental es el de la administración de los bienes del hijo, la razón de esto se desprende en virtud de que la autoridad parental tiene una función protectora, basada en el beneficio e interés superior del hijo esta se extiende a sus bienes e intereses económicos.

El código de Familia regula en el libro tercero, título segundo, capítulo cuarto la forma en que se deberá ejercer la administración de los bienes del hijo sujeto a la autoridad parental de los padres, esta administración deberá ser diligente y orientada a administrar, cuidar y realizar todos los actos administrativos ordinarios a fin de conservar y hacer productivos dichos bienes y estos son solidariamente responsable hasta de la culpa leve.

Así mismo establece los bienes del hijo que no pueden ser administrados por sus padres, prohibiciones y casos especiales que no son objeto de estudio de la presente investigación.

Retomando las ideas plasmadas los efectos producidos por el reconocimiento voluntario de un hijo o hija son:

- a) el padre reconociente obtiene un estado familiar respecto de su hijo; b) surgimiento de una relación paterno filial,

c) derechos y deberes emanadas productos de la calidad de hijo frente a un padre,

d) el padre reconociente pasa a ejercer la autoridad parental sobre su hijo reconocido (cuidados personales dentro de este una relación y trato directo con su hijo, representación legal de su hijo y administración de bienes.

4.6. Desamparo de la madre como efecto colateral del reconocimiento voluntario del hijo

Tal y como lo considera la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¹³¹ la violación sexual es para las niñas y mujeres una experiencia traumática con severas consecuencias físicas y psicológicas, que en términos generales persigue entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.

En los casos del *Penal Castro Castro, Rosendo Cantú y Fernández Ortega* la corte estableció que el delito de violación sexual es una experiencia sumamente traumática y devastadora que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, dejando a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas.

Que además de los perjuicios que se citan en el párrafo anterior, la corte también es del criterio que la violación sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada y que esta supone una intromisión a la vida sexual y anula el derecho a tomar libremente las decisiones respecto de con

¹³¹ Gisela Astocondor Salazar et. Al, La Judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH, San José Costa Rica, N 53 (2010-2014), 241.

quien tener relaciones sexuales, perdiendo la víctima de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas¹³².

Para efectos de la presente investigación se considera que es sumamente importante señalar la trascendencia del daño adicional que se le causa a la víctima por parte de su verdugo al no solo privarla del goce de sus derechos sexuales y reproductivos, sino que también la somete a un sufrimiento psicológico y moral permanente por un embarazo no deseado y posteriormente a la crianza del hijo que perpetua en su vida el hecho traumático de la violación.

Es importante aclarar que esta investigación no pretende centrarse únicamente en el perjuicio que se le causa a la madre con el reconocimiento voluntario del hijo que actualmente se regula en la legislación Salvadoreña, pero si intenta comprobar que existe una invisibilización de las graves consecuencias que acarrea la omisión o vacío legal que existe de una paternidad bajo este escenario o circunstancias.

Existen una serie de cuerpos normativos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país tales como: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará), que obligan al Estado Salvadoreño a que traten con la debida diligencia la protección, prevención, sanción y erradicación de la violencia en contra de las niñas y mujeres, brindando un tratamiento integral a las víctimas de violencia sexual, garantizándoles una vida libre de violencia.

¹³² *Ibíd.*242.

Lo anterior hace fácilmente cuestionarse, ¿si en efecto el Estado Salvadoreño garantiza a las víctimas de violación la protección de su integridad personal y moral, así como la prevención de futuros abusos en su contra en un escenario en el cual no hay un impedimento legal que pueda asegurarle que su violador reconozca la paternidad de su hijo?.

Ante esta filiación tan desnaturalizada es aceptable el planteamiento que hacía Aristóteles ¹³³ “exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes de manera diferente” el reconocimiento voluntario del hijo concebido bajo estas circunstancias amerita que sea tratado de una forma diferente, que entren a valorarse elementos y derechos no únicamente del hijo como individuo titular del derecho a la identidad sino que también se valoren las condiciones de sufrimiento y estrés que se someten a la madre al re victimizarla con un establecimiento legal de la filiación de su hijo con su violador y al no regular medidas de protección bajo estas circunstancias.

Es una obligación del Estado Salvadoreño regular el vacío legal que actualmente existe en este tema, el cual es atentatorio contra los derechos de las mujeres y dejan en un estado prácticamente de indefensión ante la imposibilidad de interponer alguna oposición o condición al reconocimiento voluntario de la paternidad de su hijo y los demás derechos imbitos que este trae.

Los informes de la relatora especial contra la violencia de las naciones unidas¹³⁴ señalan que la violación es el acto violento y degradante definitivo de violencia social y constituye “una invasión de las partes más privadas e íntimas del cuerpo de una mujer, así como un asalto a su propio ser”.

¹³³Roxana Arroyo Vargas, *Acceso a la justicia para las mujeres...el laberinto androcéntrico del derecho*, San José, Costa Rica, N 53 (2010-2014), 41

¹³⁴ Ibid.49

Es imperativo que se regule una situación en la que es inevitable que fácilmente la madre se convierta en una víctima nuevamente, no solo del autor del delito de violación sino del Estado Salvadoreño que omite regular un fenómeno jurídico como el que se plantea, la necesaria intervención del Estado en este asunto requiere una distinción basada en criterios razonables y objetivos y debe emplear medios que sean proporcionales al fin que se persigue.

La omisión que se ha expuesto a lo largo de este análisis deja a plena vista el flagelo del derecho al acceso a la justicia y al trato justo de las víctimas de violación, el cual abarca el ser tratadas con el compasión y respeto por su dignidad, recibir protección de su intimidad, en caso necesario y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares.

El desamparo al cual son sometidas las madres ante el reconocimiento voluntario del hijo las deja en un estado de indefensión y las convierte en víctimas primarias¹³⁵.

El estatuto de Roma define específicamente la violación y otros actos de violencia contra la mujer como actos que constituyen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Con esto se da un giro al tratamiento tradicional que se le venía dando a los derechos de las víctimas de violencia sexual, específicamente a la violación y se pasa a considerarlos como actos violatorios de los derechos

¹³⁵Primarias: Son las derivadas de haber padecido un delito que, cuando va acompañado de violencia o experiencia personal con el autor. La víctima no solo ha de enfrentarse con los perjuicios derivados de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido que conlleva el delito. Roxana Arroyo Vargas, "Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho", San José Costa Rica, N 53 (2010-2014) 52

fundamentales de las mujeres¹³⁶.

Bajo el criterio anterior es aún más cuestionable la falta de medidas amplias para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de la madre ante un reconocimiento voluntario del hijo producto de una violación.

Según la información que señala la revista del instituto interamericano de derechos humanos los delitos de violencia sexual son perpetrados en su mayoría por personas conocidas y cercanas a las víctimas (familiares, parejas, ex parejas, amigos, vecinos o novios) o por desconocidos.

Estos abusos no se tratan de impulsos incontrolables sino de ataques planeados, manifestaciones de abuso de poder, donde la sexualidad es utilizada para someter, controlar y utilizar a la víctima, bajo estas condiciones es negligente por parte del Estado esperar a que suceda un delito para poder garantizarle a la madre una protección de su violador dentro de la relación que se genera por el reconocimiento voluntario, será el Estado entonces totalmente responsable de la violación de sus derechos en defecto de la prevención para evitarlo.

4.7. Principio del interés superior del niño

Es imprescindible conocer el origen del principio del “Interés superior del niño” y sus alcances, dicho termino se introduce a la legislación salvadoreña a partir de un cambio radical de un sistema tutelar a un sistema de protección integral de la niñez y adolescencia, que entra en vigencia como producto de

¹³⁶ Ibid.56

la suscripción y la ratificación principalmente de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

El modelo tutelar surgió como consecuencia de la incapacitación social que se le adjudicó a la niñez y adolescencia, así como a la posterior construcción jurídica de la minoría objeto de tutela por parte del estado.

Previo a entrar a describir el modelo tutelar, es importante introducir de forma breve y sucinta la estructura y condición social que se encontraba en la época del surgimiento de este modelo.

En el siglo XX se comenzó a observar una brecha entre los hijos e hijas de las personas en condiciones económicas de pobreza, con los hijos de las personas que no tenían estas limitantes económicas y que se encontraban posicionados en una clase social y castas con mayores medios económicos, despojados de oportunidades a los hijos de las personas pobres, pues no se le garantizaban los derechos fundamentales que sí gozaban los hijos de las clases o castas sociales superiores.

La niñez y adolescencia de ese siglo se dividió en dos subcategorías, producto de las desigualdades sociales en general y de la división de clases y castas; por un lado se encontraban los niños que tenían serias deficiencias o carencias sociales, eran huérfanos, no tenían educación, estaban mal nutridos, trabajaban en faenas peligrosas, deambulaban en las calles, etc., los cuales se les denominó con el término peyorativo de “menores” o “menores carentes”; mientras que todos los demás que no se encontraban en estas situaciones, si se les denominaba “niños”.¹³⁷

¹³⁷Buaiz Valera, Yuri Emilio, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada de El Salvador libro primero*, (San Salvador, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, Talleres Gráficos UCA, 2011,) 30- 31.

Se considera que sin duda alguna en esa época se estigmatizó a los hijos sin oportunidades encasillándolos como incapaces, no solo en virtud de la edad, sino que además por las características negativas o ausencias en su desarrollo, de tal suerte que no se le garantizaban derechos fundamentales inherentes a la calidad de persona humana; ya que únicamente se les reconocían dos derechos: el de protección y el de vigilancia, lo cual a todas luces era un vejamen.

A mediados del siglo XX se introdujo esta incapacidad como concepto jurídico, derivada de la esfera social y dando origen a la judicialización de los problemas sociales, lo cual dotó de fundamento la construcción del tutelaje del estado sobre los incapaces sociales.

Esto porque sobre esta declaratoria de incapacidad sobre los niños vulnerados en sus derechos fundamentales, legitimando así la apropiación de los “menores” por parte del estado a través de una “tutela” protectora que le separa de la familia y de la sociedad de manera definitiva, controlando las formas de control social y en específico el control penal de los menores infractores.

La evolución de los instrumentos jurídicos de ese momento son criticados ya que eran dirigidos a controlar a los menores, por exponer que la infancia carenciada, partiendo de su segregación del mundo familiar, escolar y en definitiva social; se definió ya no por lo que es, sino por lo que no es, lo que no puede, o lo que no debe.

De esa manera la definición de menor constituye la negación de la definición de niño. Por tanto, quien es menor, no es niño, y viceversa. Así mismo advierte que en ese momento histórico, se entendía que el derecho no debe

adaptar la realidad tal como es, sino que, por el contrario, debe producir en prospectiva una norma que permita superar la realidad social, alterándola sustancialmente.

Por lo que lanza la crítica siguiente: “...*para hacer leyes iguales que la realidad, mejor nos quedamos a la realidad sin leyes.*”¹³⁸

Crítica que como grupo es compartida, ya que el objeto principal de las leyes que regulan una realidad social, es de provocar cambios relevantes en sociedades injustas o que carecen de regulación que guarden concordancia con los principios generales del derecho como el de igualdad social.

En ese periodo se carecía de una definición sobre el modelo titular, no fue hasta en el año 1974 el Instituto Interamericano del niño estableció que la situación Irregular es aquella en la que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material y moral o padece déficit físico o mental, agregando que se encuentran también en situación irregular los menores que no reciben tratamiento, educación y los cuidados que corresponda a sus individualidades.

4.7.1. Características de la situación irregular

a) La discriminación: esta es el fundamento principal de esta doctrina, consiste en establecer serias diferencias entre los grupos dentro de los menores de edad, pues crea una división dentro de la niñas y

¹³⁸ Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección Integral*, (Buenos Aires, Argentina, Editorial Galerna, 1994), 43 y 44.

adolescencia ya que estos tratos diferenciales no se aplicaban a todos los niños y adolescentes, pero si a una parte de estos; únicamente se aplicaban a la niñez y adolescencia carentes, abandonados, inadaptados e infractores, es decir que no se le aplicaba a los que no se encontraran en estas situaciones es por ello que la doctrina de situación irregular también se le conoce con el nombre de doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias pues hacia una distinción en virtud de la situación y carencia social de estos. De igual forma no se trataban todos los derechos; únicamente se aplicaba la protección para los carentes y abandonados, mientras que la vigilancia y la represión se aplicaba para los inadaptados y los infractores.

- b) La judicialización: se refiere a que los problemas sociales son sometidos a la competencia de los órganos del poder judicial.
- c) La discrecionalidad: en el modelo tutelar esta característica se refería al poder ilimitado del órgano judicial para crear cualquier tipología social como suficiente a efectos de que ese menor fuera declarado en situación de abandono o peligro y fuese clasificado como “menor carente” y en consecuencia sujeto de situación irregular.
- d) Negación del contradictorio: cuando el juez conocía de un caso de situación irregular previo a someter al menor a tutela del Estado, el juez podía evacuar cuantas pruebas considerara pertinente, sin embargo, el menor no podía hacer uso de ningún acto procesal de defensa, que le permita oponerse a las causas que se le imputan.
- e) Proceso injusto e impunidad en la justicia correccional de menores: la última categoría para considerar a un menor en situación irregular era cuando un adolescente involucrado en un acto delictivo que reúna condiciones adversas sociales o personales siempre eran culpables. Así se hacía uso de la “justicia correccional” cometiendo injusticia hacia los jóvenes.

A continuación se expondrá de forma sucinta como el surgimiento de los derechos humanos del niño motivaron la erradicación del modelo tutelar, así como los antecedentes históricos de la protección Integral de los derechos de la niñez, iniciando con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño la cual fue instituida por la Liga o Sociedad de las Naciones el 26 de diciembre de 1924, esta declaración vino a reconocer una serie de derechos a la niñez que el modelo tutelar jamás reconoció, entre los más importantes se encuentran el derecho a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual, el derecho a una familia, asistencia especial en situaciones como enfermedad, orfandad y discapacidad, y disponiendo de atención a la salud y nutrición como derechos entre otros.

Sin embargo, la declaración antes relacionada carecía de fuerza imperativa en términos de derecho internacional público, configurándose únicamente como una carta de intenciones y voluntad política.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de Derechos Humanos, que consagro en ella el derecho de toda persona a la crianza en la familia, al nombre y nacionalidad, al libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento jurídico de esta en cualquier parte del planeta.

En 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor en septiembre de 1990, esta declaración vino a motivar e impulsar a la comunidad Internacional a la creación de un instrumento Internacional donde se tratara específicamente la garantía de derechos de la niñez a nivel global; y fue hasta 1989 que rindió

frutos con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue el instrumento que derrumbó el modelo tutelar impuesto a finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX, en esta convención se consagran los principios generales y particulares de la protección integral a los niños y niñas, reconociendo los derechos de supervivencia, desarrollo, participación y protección especial, en ella se mecanizan los mecanismos garantistas de aplicación, cumplimiento y restitución de derechos. Con este Instrumento Internacional se implementa la perspectiva de derechos, en donde los niños y niñas son sujetos plenos de derechos y de justicia, estas prestaciones vienen a constituir la ruptura fundamental entre el régimen tutelar de menores expuesto anteriormente y el sistema de protección universal de derechos humanos.¹³⁹

Desde el surgimiento del modelo de protección integral de los derechos, se integran los derechos de forma interdependiente, inalienables, irrenunciables y progresivos como un conjunto, a través de acciones de política de Estado, al contrario del modelo tutelar el cual se atendían a los menores en necesidad y dirigía su atención al niño como problema, el niño abandonado, el niño desnutrido. En cambio, este nuevo modelo centra su atención en el compromiso con la niñez y adolescencia cualquiera que sea su condición personal familiar o social, respetando la dignidad humana y no estigmatizando a la niñez por su condición social.

En conclusión la Convención de Derecho del Niño, no es solo un instrumento sustantivo de derechos, sino que reconoce y establece mecanismos de

¹³⁹ibid. 49 – 52.

efectividad, creando garantías y medidas efectivas para la protección integral a través de las políticas integrales, las cuales sin duda han sido un avance, que busca corregir los vejámenes creados con el modelo tutelar en siglos pasados.

La doctrina acerca de este principio suele poner en tela de juicio si este por su naturaleza es correctamente aplicado por los jueces, ya que continuamente suele justificarse cualquier decisión que afecta la vida de un niño, ya sea de carácter personal o patrimonial basados en el interés superior del niño, cuando simplemente este principio pretende hacer cumplir la adjudicación de derechos ya preexistentes a favor de los niños.

Este principio evidentemente pretende garantizar los derechos fundamentales de los niños y así facilitar la formación de este y diseñar las líneas estratégicas del desarrollo de su personalidad; mismo concepto que comparte del autor Borrás el cual sostiene que el interés superior del niño pretende hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales del niño con total independencia de su situación familiar o personal¹⁴⁰

De los anteriores conceptos para efectos de la presente investigación hacemos notar que el derecho a ser reconocido como hijo, a la luz de este principio no debería verse afectado por las circunstancias que lo rodean (concepción a consecuencia de un abuso sexual).

Sin embargo este principio tiene como objetivo principal garantizar en pleno desarrollo del propio carácter, personalidad e integridad del niño y si bien esta circunstancia especial es ajena a su derecho de identidad es primordial

¹⁴⁰ Isaac Ravetllat Ballesté, *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, (Barcelona, España, Educatio Siglo XXI, Vol. 30 N° 2, 2012) 89-108

que se valoren escenarios que a consecuencia de este reconocimiento podrían poner en riesgo su integridad y pleno desarrollo.

Bajo un escenario tan peculiar no debería opacarse el interés superior del niño en las medidas que puedan tomarse para garantizar sus propios derechos o los de su familia y deberán adoptarse las medidas que sean más adecuadas al sujeto y menos perjudiciales para este, evitando que puedan llegar a ser usadas como medios de manipulación de su criterio.

Es primordial para los investigadores dejar en claro que si bien es sumamente importante proteger a la madre de convertirse en una víctima nuevamente no puede comprometerse el desarrollo integral del niño y su integración familiar, deberá decidirse sobre lo anterior bajo criterios que no dejen por fuera los perjuicios que causaría la restricción de una relación paterno filial.

4.8. Análisis de la situación problemática de la mujer víctima de violación ante un reconocimiento voluntario del hijo producto del ilícito, abarcado desde el punto de vista de la protección integral del hijo

La situación problemática que nos atañe en la presente investigación se deriva de la falta de regulación o reconocimiento de medidas que le permitan a la madre que ha sido víctima de un delito de violación sexual el poder expresar su no conformidad o inclusive oponerse ante un reconocimiento voluntario del hijo concebido producto del hecho delictivo por parte del abusador.

En la actualidad en ningún cuerpo normativo Salvadoreño se regula alguna alternativa para la madre ante dicha situación y esto se debe a que en este escenario se ven implicados tres sujetos: el violador (padre), la víctima

(madre) y el hijo (concebido por los anteriores, producto de la violación).

En ese sentido, al establecer un mecanismo legal a favor de la madre por el cual se oponga ante el reconocimiento voluntario por parte del abusador se estaría afectando derechos del hijo producto de ese hecho, sujeto que no participa en el hecho y que no tiene culpa alguna, ni es responsable de haber sido concebido bajo esas condiciones.

Por lo tanto nos encontramos en un panorama donde en un extremo tenemos normativa internacional y nacional que obliga al Estado a brindar protección y garantizar a la madre una vida libre de violencia en cualquiera de sus modalidades y al otro cuerpos normativos apartados de la antigua doctrina irregular donde la niñez era vista como objeto y no como sujeto de derechos y la cual obliga al Estado a brindar protección y garantizarle el desarrollo integral a este hijo.

A continuación, se analizará la situación del hijo concebido producto de la conducta típica, antijurídica y punible realizada por su padre en perjuicio de su madre y como se vería afectado ante una oposición que le permita ser reconocido por su padre, para posteriormente entrar a hacer una valoración de los derechos de la madre y poder tener una mejor perspectiva de la situación y posible solución.

La Constitución de la República de El Salvador reconoce la igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres, independientemente hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio y establece la obligación de los padres de dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad.

Así mismo reconoce el derecho humano fundamental que tiene toda persona a una identidad, una filiación y a establecer su paternidad.

Por su parte, la Convención sobre los derechos del niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia reconocen el derecho que tiene este hijo a una identidad junto con todos los elementos que la conforman: nombre, nacionalidad, a conocer quiénes son sus progenitores, a una relación paterno y materno filial, así como la obligación de los Estados de velar por la garantía de este derecho.

El derecho a la identidad es un derecho humano reconocido a nivel mundial que no solo es inherente a la niñez y adolescencia, sino que, a toda persona, por lo tanto, es preciso analizar si el reconocimiento voluntario por parte del violador le ocasiona perjuicios al hijo o si por el contrario la falta de este le ocasiona la vulneración de su derecho.

Previo al análisis cabe hacer la aclaración que cada situación es diferente, por lo tanto, no se puede generalizar un comportamiento hacia todos los sujetos, pues cada caso posee diversas particularidades como seres humanos.

En el supuesto que el abusador reconociera legalmente a su hijo se inscribiría un nuevo asiento donde hará constar su nombre como progenitor del hijo, garantizándole así el derecho a la identidad en todos sus elementos; por el contrario si se le prohibiera al padre reconocer voluntariamente a su hijo, el Estado de El Salvador no estaría cumpliendo con su responsabilidad de garantizarle este derecho al niño o niña, sino que por el contrario pasaría a ser un Estado vulnerador de derecho ya que se está omitiendo un elemento importante de la Identidad de ese hijo.

En este punto del análisis es necesario hacer una observación y es que en estos cuerpos normativos se rigen por una doctrina de protección integral que descansa sobre el principio del interés superior de la niñez y adolescencia, por lo tanto cada derecho reconocido y consagrado en dichas normativas se le debe reconocer, respetar y hacer cumplir pero consignan una excepción y es: *“salvo que sea contrario al interés superior del niño, niña y adolescente”*.

Sin embargo en cuanto al derecho de identidad nunca se consigna esta excepción en ningún artículo con relación a este derecho aparece esa consigna, la razón es evidente y es que el reconocimiento voluntario de paternidad no afecta de forma directa al hijo al contrario le garantiza ciertos derechos.

Sin embargo está claro que las consecuencias de este reconocimiento podría generar cierto perjuicio a la madre quien fue víctima de una violación por parte de la persona que está reconociendo a su hijo en virtud del innegable nexo biológico que posee, perjuicios que se analizaran de manera concreta más adelante específicamente en lo relativo a la madre pero es importante dejar este punto establecido.

En esa óptica el hijo producto de una violación no puede, ni debe ser discriminado por la naturaleza en que fue concebido, es necesario valorar si el niño debería saber el daño que su padre le produjo a su madre, pues efectivamente el daño efectuado por la violación fue causado en contra de la dignidad e integridad personal de su madre no suya.

Además no se tendría porque estar estigmatizando y discriminado a este hijo por haber sido concebido producto de una violación, pues la normativa en

relación es clara y establece que en ningún asiento de partida debe consignarse situaciones que indiquen el origen o naturaleza de la filiación (Arts. 36 Cn. y 73 LEPINA).

Por lo tanto, al hijo no debe recordarle constantemente que fue producto de una violación es claro que esta conducta podría desencadenar un rechazo, odio e incluso estigmatización evidente hacia el mismo y su origen.

Aunando a este punto, la constitución reconoce el principio de Igualdad, de la misma manera el código de familia establece entre sus principios rectores, el de igualdad de derechos entre hijos, entendido este último en virtud del origen filiatorio de los hijos.

Es decir sin importar si son productos de un vínculo matrimonial o no, pero de una manera más específica la CDN y la LEPINA en su artículo 2 y 11, siendo ilustrativo transcribir parte del art. 11 LEPINA:

“Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley. Por tal motivo, no podrá justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental, nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños, adolescentes o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.”¹⁴¹

¹⁴¹ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), Art. 11

La disposición transcrita es clara, no tiene por qué discriminarse, excluirle o restringirle a este hijo el poder ser reconocido por su padre tomando en cuenta únicamente la violación efectuada en contra de su madre lo cual dicho sea de paso fue un acontecimiento ajeno a él y del cual el no participo, garantizándole así el derecho de identidad que posee, así como el futuro goce y ejercicio del mismo.

Otro aspecto a considerar es, una vez efectuado el reconocimiento voluntario le surgen derechos y obligaciones recíprocos al padre y al hijo, entre los cuales se pueden mencionar el derecho del hijo a ser asistido por su padre, el derecho a tener una relación y trato padre e hijo, el derecho de crianza y cuidado, la representación legal de su hijo, a que esta hijo viva en un seno familiar compuesto por ambos padres, entre otros, esta serie de derechos claramente afectan a la madre, ya que el tener un contacto con el violador desencadenaría una serie de conductas que afectarían su psiquis, su integridad personal y configurarían una conducta de violencia hacia su persona, pero esto se abarcara de forma detenida y con énfasis en la madre más adelante, por el momento nos concentraremos en si afecta o no al hijo.

En un panorama normal todos estas condiciones de relacionarse con su padre, de vivir en un hogar con ambos padres y que cada uno asuma su rol, asista y crie a sus hijos no proporciona una afectación al hijo, por el contrario es necesario para el desarrollo integral y completo de sus capacidades, sin embargo este no es un panorama común, ya que no existe una familia integrada por ambos padres en virtud del hecho ocasionado en perjuicio de la madre, y por ende existirá una clara y comprensible resistencia por parte de la madre eso es innegable, e incluso la legislación actual reconoce que si el garantizarle estos derechos al padre (en este caso al violador) ocasionare un

menoscabo hacia el hijo o fuese contrario a su interés superior perfectamente se puede limitar o inclusive restringir estos derechos del padre.

El panorama se dificulta más cuando no se tiene certeza de que esta conducta realizada en contra de la madre se pueda repetir contra ella o contra su hijo, pues no se puede predisponer que este hombre no desempeñara su rol paterno de forma correcta ni que este ocasionara un perjuicio contra el hijo.

Lo ideal en estos casos sería realizar un estudio psicológico al padre y hacerlo asistir a un proceso de reeducación y readaptación previo a poder acercarse a su hijo y si en la conclusión profesional de este proceso se llega a determinar que efectivamente el que se relacione y ejerza los demás derechos con su hijo es contrario al interés superior del mismo o pueda poner en riesgo la integridad del hijo así como el de la madre, entonces deberá ordenarse restringir estos derechos al padre.

Los cuales están perfectamente avalados por los cuerpos normativos en mención, sin embargo y como ya se dijo anteriormente no avala esta excepción para el derecho de identidad que se completa con el establecimiento de paternidad.

Restringir estos derechos al padre previo a dicha evaluación, no tiene por qué afectar las obligaciones de este como es el caso de brindar asistencia al hijo, más concretamente el caso de una cuota alimenticia la cual se debe aportar en consonancia a la capacidad económica del padre y la necesidad del hijo, cuota que no necesariamente se debe hacer por medio de entrega personal a la madre o por especies ya que esto involucraría un contacto directo ocasionado una serie de daños y violencia en contra de la madre,

para ello la legislación actual cuenta con diversos mecanismos en cuanto a la aportación de cuota alimenticia, los cuales se retomaran en cierto grado en las conclusiones y recomendaciones.

Lo importante en este apartado es que no se puede desamparar al hijo de una cuota alimenticia, pues las necesidades de un hijo siempre será mayores y diversas y la capacidad económica de la madre puede o no puede ser la idónea para satisfacer todas las necesidades de su hijo, aquí es donde entra la aportación de la cuota alimenticia que ayudaría en cierta medida a sufragar estas necesidades del hijo sin mencionar que esta le corresponde precisamente al hijo y no a la madre.

Todo lo anterior es estrictamente en relación al panorama del hijo, sin embargo, hay otro sujeto inmerso en esta relación, en este caso la madre lo cual desarrollaremos a continuación.

4.9. Análisis de la situación problemática de la mujer víctima de violación ante un reconocimiento voluntario del hijo producto del ilícito

A lo largo de esta investigación se ha demostrado que no existe medida alguna que evite que ante un escenario en el que se da la concepción de un hijo consecuencia de una violación sexual a una niña o mujer, el violador (padre biológico del hijo) sin aval o autorización de la madre o del hijo puede comparecer al registro del estado familiar o ante cualquiera de los funcionarios autorizados por la Ley y reconocer la paternidad del hijo, situación que pone en inminente riesgo la integridad personal de la madre y del hijo, dejándolos a merced de sufrir un ciclo de violencia psicológica, económica o física ante una convivencia que no propiciaría un entorno familiar sano y apto para el hijo.

Es pertinente comentar que la relación involuntaria que se crea entre el padre y la madre con su hijo bajo este escenario es totalmente desnaturalizada, el abuso de los derechos sexuales y de la libertad propia de la madre se han visto vulnerados por parte del padre de una forma en la que diferentes cuerpos internacionales han determinado a través de estudios sociales y científicos es irreversible, por lo que para estos investigadores es inimaginable que el Estado Salvadoreño pretenda normalizar un acto que atenta contra la dignidad e integridad de la mujer regulando el reconocimiento voluntario de los hijos de la misma forma.

Es decir no es lo mismo la realidad social que vive una madre con el progenitor de su hijo, concebido en una relación sexual consensuada, en donde no se generó un trauma irreversible y donde su hijo no representa el recuerdo de una experiencia traumatizante e insuperable como lo es la violación.

Por lo que garantizar una vida libre de violencia para las mujeres en esta situación implica brindarle una protección a través de medios legales que le permitan tratar de superar una experiencia que las ha marcado por siempre y que se ve agravada con el hecho de tener que adaptar a su vida un hijo que no estaba incluido en su plan de vida.

Si bien es cierto que el derecho a conocer a sus padres pertenece única y exclusivamente al hijo, deben valorarse las intenciones con las que el legislador plasmo estas regulaciones y examinar si en este escenario podría el padre proporcionar un ambiente familiar que permita el sano desarrollo de la psiquis del hijo.

Si bien la madre podría posterior al reconocimiento voluntario del hijo optar a iniciar un proceso de pérdida de autoridad parental y el padre se encontrare cometiendo algunas de las causales que el C.F. establece para promover la acción; el legislador deja en un claro desamparo tanto a la madre como el hijo un periodo en el cual no se puede garantizar el cometimiento de nuevos hechos ilícitos, tomando en cuenta que en la mayoría de casos de violación sexual el actor es alguien de la familia de la víctima o amigo cercano, no debe de tomarse este escenario como poco probable el que el padre quiera reconocer la paternidad del hijo.

Abarca un mismo escenario pero en condiciones más fatales, es procedente plantear para un análisis legal y moral, ¿Es legal que ante una violación sexual de un padre hacia su hija y una posterior concepción y nacimiento de un hijo, el padre de la víctima quien ahora es abuelo y padre de su nieto lo reconozca como hijo y con el tiempo promueva un régimen de visitas?, la respuesta a lo anterior es si, actualmente nuestra legislación regula que siempre y cuando exista una correlación entre el nexa biológico real, el padre del hijo puede reconocer voluntariamente al hijo.

La pregunta desde el punto de vista moral se encamina en el sentido de ¿es correcto que la ley permita que ante esta situación se le admita al padre y abuelo reconocer voluntariamente al hijo?, el Estado Salvadoreño se encuentra en deuda con todas estas niñas y mujeres que se ven sometidas no solo a un embarazo no deseado sino que también a un sufrimiento psicológico permanente ante estas circunstancias.

El reconocimiento voluntario de la paternidad tal y como se regula actualmente denota claros privilegios para el abusador de la madre y le da libertad de imponer su voluntad sobre su víctima y respaldan la conducta de

abuso y de agresión en contra de su víctima. La falta de acción para cambiar el contexto o las condiciones para estas mujeres por parte del Estado dejan en una posición a las víctimas en la cual las culpabilizan por querer restringir la relación entre padre e hijo, cuando en realidad es el Estado que debería prever este tipo de circunstancias y garantizar justicia para ellas.

Para la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, existen diferentes tipos de violencia, entre una de ellas se encuentra la violencia psicológica que puede entenderse como el ejercicio de toda conducta directa o indirecta que ocasione daño emocional, disminuya el autoestima, perjudique o perturbe el sano desarrollo de la mujer.

Es aquí donde se observa el concepto antes relacionado, aplicado a la situación problemática planteada, esto en razón que es completamente negligente por parte del Estado salvadoreño omitir la regulación de medidas especiales ante reconocimientos voluntarios de padres que han concebido al hijo producto de una violación, sometiendo a la víctima a un ambiente que le produzca desvalorización y sufrimiento, además de posiblemente ocasionar alteración en la salud de la madre y en la visión del mundo o de las propias capacidades afectivas, imposibilitando inclusive en formar una nueva familia.

La omisión de regular esta situación obstaculiza el goce y disfrute de los derechos de la madre a vivir una vida digna, libre de violencia y conservar su integridad personal, incumpliendo con las políticas públicas de erradicación de todo tipo de violencia en contra de las niñas, adolescentes y mujeres de El Salvador.

Es competencia del Estado salvadoreño y de todos sus organismos e instituciones garantizar medidas para prevenir, detectar, atender e intervenir

la violencia de todo en contra de las mujeres, por lo que al omitir esta situación deja en un claro abandono a las mujeres víctimas de violación, este deber es muchas veces ignorado desde el inicio, ya que al momento en el que el Juez en materia penal condena al abusador y no determina medidas preventivas para evitar un acercamiento por parte de este posterior a cumplir su condena.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A manera de conclusión, y tomando en cuenta los datos bibliográficos, convenios internacionales, cuerpos normativos nacionales, jurisprudencia nacional e internacional, determinamos que la relación familiar involuntaria que surge como consecuencia del delito de violación sexual es perjudicial para la madre, pues, lesiona su dignidad, integridad personal, su derecho a no ser sometida a tratos humillantes y a ser tratada con igualdad ante la ley, por lo que, concluimos en lo siguiente:

5. Conclusiones

Es contradictorio que el Estado salvadoreño, por una parte, ratifique y suscriba convenios que lo comprometen a incluir en su legislación interna medidas que prevengan, sancionen y erradiquen cualquier tipo de actos que constituyan violencia contra la mujer, incluyendo dentro de estos la creación de políticas públicas que se orienten a la detección, prevención, atención de violencia contra las mujeres y por otra parte, no establezca un mecanismo para evitar que el violador de la madre reconozca voluntariamente al hijo producto de la violación de esta.

El reconocimiento voluntario del hijo de parte del violador de la madre debería ser negado tomando en cuenta la preservación de la integridad física y moral, la dignidad y la seguridad personal de la madre y de su hijo, más allá del nexo biológico.

El Salvador incumple su deber de garantizar una igualdad de protección ante

la ley, al no intervenir de forma expresa en este escenario que pone en peligro la dignidad, libertad y seguridad personal de la madre al tener que someterse indirectamente a una relación de trato con su violador.

Que actualmente el código de familia da un tratamiento correctivo y no preventivo en cuanto a la regulación del reconocimiento voluntario del hijo producto de la violación de la madre, ya que las causales para promover un proceso de pérdida de autoridad parental responden únicamente a delitos cometidos en contra del hijoy no en contra de la madre.

Existe un desamparo de las niñas, adolescentes y mujeres que se encuentran bajo este escenario y son obligadas a vivir en condiciones de vulnerabilidad o de riesgos, puesto que es una situación que no ha sido tomada en cuenta en la redacción de la legislación de familia, cuando claramente es un escenario que crea condiciones de inseguridad para la madre, el hijo y otros miembros del grupo familiar.

Se ha comprobado además que en este escenario la madre indirectamente sigue siendo víctima de su abusador, violentándola psicológica y emocionalmente, situación que es respaldada por el Estado minimizando los efectos que deja el delito de violación en su víctima, sometiendo a la madre a tratos humillantes como ejercer conjuntamente la autoridad parental o el simple acceso a su intimidad, prácticamente se premia al violador con la capacidad de reconocer a su hijo y tener acceso a la intimidad del hogar de su víctima, aunque realmente los derechos no pertenezcan a él sino al hijo.

5.1. Recomendaciones

Que el reconocimiento voluntario de hijo concebido producto de una

violación, sea conocido por la Comisión de la Mujer y la Igualdad de Género del Órgano Legislativo, a efecto que por medio de un diagnóstico nacional y evaluación amplia posibilite la generación de mecanismos legales, que a través de la normativa correspondiente restrinja los derechos que tiene el padre con su hijo producto de violación, definiendo de manera expresa las causales que le regulen.

Que los organismos e Instancias gubernamentales vinculantes a la protección especializada de la mujer, realicen un diagnóstico y análisis de la realidad social en la que se desenvuelve esta permisibilidad de reconocimiento, a efecto de que pueda dar lugar a nuevas políticas públicas nacionales que conduzcan a una regulación legal más acorde y apegada a la realidad nacional. Esto puede ser complementario a lo expuesto en el párrafo anterior.

Que el Estado Salvadoreño fortalezca las instituciones que se encargan de prestar asistencia especializada a las mujeres, capacitando a su personal de cómo proceder ante estos escenarios y proporcionar los recursos suficientes que permitan detectar y prevenir situaciones que representen un peligro inminente para las mujeres y su familia.

Garantizar los medios que permitan dar una atención integral a los hijos concebidos bajo estas circunstancias, de manera que no se les estigmatice de ninguna forma.

El Estado salvadoreño debe procurar armonizar de manera primordial el Código de Familia integrando las nuevas corrientes del derecho de igualdad y no discriminación en contra de las mujeres.

El Estado salvadoreño debe procurar armonizar de manera primordial el código de familia integrando las nuevas corrientes de los derechos de la niñez y adolescencia.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Astocondor, Salazar Gisela, Ofracio Serna, Andrea y RaicoGallardo, Tania. La Judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH.Costa Rica:San José. No 53, 2010-2014.

Arroyo Vargas, Roxana. Acceso a la justicia para las mujeres... el laberinto androcéntrico del derecho.Costa Rica:San José. No 53, 2010-2014.

Buaiz Valera, Yuri Emilio. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada de El Salvador libro primero. Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador.El Salvador:San Salvador.Talleres Gráficos UCA, 2011.

Méndez, JoséDomingo, Romeo, Melara Granillo, Simón,Rivera Argueta Isidro, Mejía Peña, Rubén Antonio, José Eduardoy Tomasino Hurtado. Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia. Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia. El Salvador:San Salvador. Unidad Técnica Ejecutora. Tomo II, 1994.

Engels, Federico. Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. México. México. Editores Mexicanos Unidos S.A. tercera edición,1980.

Fonseca, Gautama. Curso de Derecho de Familia. Honduras: Tegucigalpa. Imprenta López y CIA. Tomo I, 1968.

Fuchslocher Peterssen, Edmundo. Derecho de Menores, de la tuición. Chile: Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1983.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. El sistema filiativo Chileno. Chile: Santiago. Editorial Jurídica de Santiago, 2007.

García Méndez, Emilio. Derecho de la infancia-Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección Integral. Argentina: Buenos Aires. Editorial Galerna, 1994.

Miranda, Cesar. Constatación judicial de la paternidad ilegítima y leyes de investigación de la paternidad e hijos naturales del Uruguay, España, Portugal, Argentina, Honduras, Bélgica y Francia. Argentina: Montevideo. Editorial Claudio García, 1926.

Mizrah, Mauricio Luis. Identidad filiatoria y pruebas biológicas. Argentina: Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. México. Editorial Porrúa, 1984.

Núñez Castillo, Adolfo. Derecho de Familia. El Hijo natural frente a la Legislación Colombiana. Colombia: Bogotá. Editorial Librería de Profesional, 1979.

Panero Gutiérrez, Ricardo. Derecho Romano. España: Valencia. Tirant lo Blanch, 1997.

Petit, Eugene. Derecho Romano. México. Editorial Porrúa S.A. Cuarta edición, 1998.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil mexicano. México. Editorial Porrúa S.A. Séptima edición. Tomo segundo, 1997.

RavetllatBallesté, Isaac. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. España, 2012.

Schmidt Hott, Claudia, Veloso Valenzuela, Paulina. La filiación en el nuevo derecho de familia. Editorial Cono Sur. Chile: Santiago, 2001.

Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho de Familia. Chile: Santiago. Editorial Nascimento, 1946.

Tenorio, María Cristina. Estilos de Autoridad Parental. México: Valle. Psicología Cultural. Universidad del Valle. Grupo Cultura y Desarrollo Humano, 2005.

Varsi Rospigliosi, Enrique. Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Perú: Lima. Fondo de Cultura Económica S.A de C.V., 1999.

Zannoni, Eduardo A. Derecho Civil Derecho de Familia. Argentina: Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Tomo I. Cuarta Edición, 2002.

Zannoni, Eduardo A. Prueba del ADN. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina: Buenos Aires. Segunda edición, 2001.

Legislación

Código Civil. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 1880.

Código Civil del Estado de México. Estados Unidos Mexicanos: Estado de México. Gobernador Constitucional del Estado de México, 1993.

Código Civil. República de Chile. Congreso Nacional de Chile, 1857.

Código de Familia. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 1994.

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

Código Penal. El Salvador. Asamblea Legislativa, 1997.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José". Costa Rica: ciudad de San José, 1969.

Convención Sobre Los Derechos Del Niño. Estados Unidos: Nueva York. resolución 44/25. 20 de noviembre de 1959.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Estados Unidos: Nueva York. Asamblea General de Naciones Unidas, 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. "Convención Belem Do Para". Brasil: ciudad de Belém do Pará, 1994.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Francia. Aprobada y proclamada en la Asamblea General en su resolución 217 A III, 1948.

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Estados Unidos: Nueva York. Asamblea General de Naciones Unidas, 1967.

Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. El Salvador. Asamblea Legislativa, 2012.

Ley del Nombre de la Persona Natural. El Salvador. Asamblea Legislativa, 1995.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 2008.

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

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

Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio. El Salvador. Asamblea Legislativa, 1995.

Jurisprudencia

Sentencia de apelación. Referencia 014-17-ST-F. El Salvador. Cámara de Familia de la sección de occidente. Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sentencia de apelación. Referencia 110-A-2012. El Salvador. Cámara de Familia de la sección del centro. Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sentencia de apelación. Referencia 39-A-2004. El Salvador. Cámara de Familia de la sección del centro. Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sentencia con referencia N 53. Costa Rica: San José. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010-2014.

Observación General No. 12. Referencia CRC/C/GC. Organismo de las Naciones Unidas. Comité de derechos del niño, 2009.

Sentencia definitiva. Referencia SJA 5/4/2006, JA, 2006-II-462 Abeledo Perrot N.º: 20060678. Argentina. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 2004.

Sentencia definitiva. Referencia LNC 2006-2-213, Lexis N.º 70022421. Argentina. Juzgado de Familia de Córdoba No. 4, 2005.

Revistas y periódicos

Bonnecase, Julien. La filosofía del código de Napoleón aplicada al derecho de familia. México:Puebla. Editorial José M. Cajicá, JR. Volumen II, 1945.

Palacios, Cristian. Padres Irresponsables respecto al Reconocimiento de Hijos. Solución Jurídica. Publicado en la Revista Jurídica “Enfoque Jurídico”, 2015.

Palacios, Cristian. Diligencias de reconocimiento provocado. Publicado en la Revista Jurídica “Enfoque Jurídico”, 2017.

Quintanilla Villar, María Soledad. La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual. Chile: Valparaíso. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII, 2014.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 53. Número 183,4 de agosto de 1902.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 62. Número 142, 21 de junio de 1907.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 75. Número 7, 08 de julio de 1913.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 93. Número 159,17 de julio de 1922.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 105. Número 258,12 de noviembre de 1928.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 114. Número 128, 08 de junio de 1933.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 119. Número 277, 16 de diciembre de 1935.

Diario Oficial de El Salvador. Tomo 155. Número 7725, de abril de 1952.

Decreto Legislativo número 677. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 321. Número 231,13 de diciembre de 1993.

Decreto Legislativo número 830. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 322. Número 60, 11 de marzo de 1994.

Decreto legislativo número 317. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 340.
Número 121,11 de julio de 1998.

Decreto legislativo número 319. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 340.
Número 121, 11 de julio de 1998.

Decreto legislativo número 212. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 362.
Número 4,08 de enero de 2004.

Decreto legislativo número 956. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 370.
Número 37,22 de febrero de 2006.

Decreto legislativo número 843. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 383.
Número 76,28 de abril de 2009.

Decreto legislativo número 39. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 384.
Número 121, 01 de julio de 2009.

Decreto legislativo número 766. Diario Oficial de El Salvador., Tomo 136.
Número 20, 20 de julio de 2011.

Decreto legislativo número 112. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 396.
Número 117, 24 de septiembre de 2012.

Decreto legislativo número 520. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 390.
Número 2,04 de enero de 2011.

Decreto legislativo número 645. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 391.
Número 70, 08 de abril de 2011.

Decreto legislativo número 989. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 407.
Número 79, 05 de mayo de 2015.

Decreto legislativo número 605. Diario Oficial de El Salvador. Tomo 414.
Número 36, 21 de febrero de 2017.

Páginas electrónicas

<http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/1168>

<http://enfoquejuridico.org/2017/09/19/diligencias-de-reconocimientorovocado/>

<http://dle.rae.es/?id=AenlxU8>