190-2016

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las doce horas con treinta minutos del diecisiete de enero de dos mil veintidós.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue promovido por los ciudadanos Erika Marielos Abarca Melgar, Nubia Beatriz Bautista Carpio, Lisseth Marisol Fabián Fabián, Selene Aracy Fuentes Portillo, María Fernanda Hernández Mira, Silvia Jocelyn Osorio Díaz, Karla Patricia Ponce Ventura y Luis Antonio Cardoza González, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad por omisión parcial del art. 151 del Código de Familia¹ (CF), por no regular la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, lo cual vulneraría los arts. 3 y 36 inc. 4° Cn.

Analizados los argumentos y considerando:

I. Objeto de control.

“IMPUGNACIÓN POR EL MARIDO.

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

En el proceso han intervenido los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

II. Argumentos de los intervinientes.

I. Los demandantes alegaron que el art. 151 CF es incompatible con la Constitución, ya que no prevé la posibilidad de que el padre biológico pueda impugnar la paternidad atribuida por ministerio de ley al esposo de la madre. Para justificarlo, aducen que los progenitores y el hijo tienen derecho a que se esclarezca la filiación —derecho a la verdad biológica—. A partir de esta noción, expresan que el legislador ha incumplido la obligación de desarrollar en un cuerpo normativo secundario las formas de investigar y establecer la paternidad, porque omite reconocer la acción para que el padre biológico pueda impugnar la paternidad establecida por presunción legal. A modo comparativo, expresan que cuando se trata del reconocimiento voluntario (arts.

¹ Dicho código fue aprobado mediante el Decreto Legislativo n° 677, de 11 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial n° 231, tomo 321, de 13 de diciembre de 1993.

156 y 157 CF) se establece una legitimación procesal activa amplia que permite que el padre biológico del reconocido inicie el correspondiente proceso familiar, pues la disposición confiere tal facultad a “todo aquél que tuviere interés actual”. Ello no es así en el supuesto de impugnación de la paternidad atribuida por ministerio de ley al esposo, pues en tal caso solamente él y el hijo tienen tal legitimación, no así el presunto padre biológico.

2. La Asamblea Legislativa sostuvo que la normativa impugnada no contiene una vulneración al derecho a la verdad biológica ni al derecho a la identidad. Por el contrario, constituye una garantía para determinar la filiación de un hijo y deja a salvo el derecho de este de investigar la paternidad, según lo disponen los arts. 138 y 139 CF. En ese orden, sostiene que “el hijo aprende a ser hijo y a saber quién es a partir de la permanencia de las figuras parentales, que en el deber ser, son quienes le asistieron desde el primer momento sus necesidades, los que le hacen reconocerse a través de sus hábitos y sus rostros familiares, suponiendo la ruptura de la continuidad de esta crianza, una ruptura evolutiva significativa en su desarrollo psíquico y emocional”. Conforme a ello, el art. 139 CF es un mecanismo legal de salvaguarda del derecho del niño, niña o adolescente de conocer la verdad biológica. Señala que el art. 151 CF no transgrede el principio de igualdad (art. 3 Cn.), sino que garantiza el derecho a la filiación legítima al evitar que sujetos diferentes a los enunciados en él puedan impugnar la paternidad, como garantía de la identidad.

3. El Fiscal General de la República afirmó que la disposición objeto de control no puede ser interpretada aisladamente o de forma independiente. Para él, no se pueden desconocer los arts. 153, 155 y 156 CF y 36 inc. 4º Cn., que facultan a otras personas, incluyendo el verdadero padre biológico, para que puedan impugnar la paternidad atribuida al aparente padre legítimo. De manera que en los procesos familiares, además de impugnar la filiación existente, también es posible reclamar la declaración de la nueva filiación. Agrega que hay ocasiones infortunadas en las que puede pensarse que desconocer la verdadera filiación no es una prioridad, debido a que el vínculo afectivo creado con los padres que lo han tomado como hijo es más real y verdadero que el vínculo biológico conseguido en una forma no esperada. Por ello, considera que debe apelarse al interés superior del niño para decidir qué es lo más beneficioso para su desarrollo integral y si la verdad biológica debe prevalecer en todos los casos sobre la establecida formalmente. En consecuencia, concluyó que la omisión parcial planteada no ha sido fundamentada, porque la situación reclamada se regula en otras disposiciones del Código de Familia.

III. Resolución de cuestiones previas al pronunciamiento de fondo.

Antes de proceder a decidir la cuestión de fondo que suscita el presente caso, es necesario resolver un asunto previo relacionado con la depuración de la pretensión. Según el auto de admisión de la demanda, el objeto de este proceso sería el de “determinar: (i) si en verdad existe un mandato constitucional contenido en el ‘derecho a la verdad biológica’ para que el legislador atribuya legitimación a otros sujetos diferentes a los previstos en el art. 151 CF, a fin de que puedan impugnar la paternidad; y (ii) si ello se admite, si es razonable dicha omisión, por el tiempo transcurrido desde la fecha en que la Constitución entró en vigor”. A partir de esto, se admitieron como parámetro de control los arts. 3 y 36 inc. 4° Cn. Ello sugiere que la demanda fue admitida con base en dos clases de omisión parcial distintas: la que se produce por violación al principio de igualdad (art. 3 Cn.) —así se infiere de los argumentos de los actores— y la que ocurre cuando se protege deficientemente un derecho fundamental (art. 36 inc. 4° Cn.) —el derecho a la “verdad biológica”—².

Pues bien, de entre estas dos alegaciones, interesa examinar con mayor detenimiento la primera, es decir, la de la supuesta omisión parcial por infracción a la igualdad. Cuando se aduce una violación al art. 3 Cn. es necesario realizar un test de igualdad que, en caso de omisiones parciales ha sido hasta la actualidad el que corresponde a casos de exclusión arbitraria de beneficio³. En este caso, es imprescindible que se alegue un término de comparación válido que sirva para analizar si la exclusión o no inclusión dentro de la misma consideración —beneficio— se encuentra justificada, vale decir, que no es arbitraria, respecto de otros sectores⁴.

En este punto, esta Sala advierte que el término de comparación que se propone por los actores es que cuando se trata de la impugnación del reconocimiento voluntario prevista en los arts. 156 y 157 CF se establece una legitimación procesal activa amplia que permite que el padre biológico del reconocido inicie el correspondiente proceso familiar, mientras que en la paternidad atribuida por ministerio de ley al marido solo él y el hijo tienen legitimación procesal activa. En tal sentido, el término de comparación no hace referencia a dos sujetos distintos, sino que alude al mismo sujeto y a la posición que ocupa en ambos escenarios: en el primer supuesto (arts. 156 y 157 CF), el “padre biológico” tiene legitimación activa; y en el segundo (art. 151 CF), también el

² Sobre estas formas de inconstitucionalidad por omisión parcial, véase la sentencia de 10 de noviembre de 2017, inconstitucionalidad 8-2015 AC.

³ Sentencia de 15 de febrero de 2012, inconstitucionalidad 66-2005/4-2006.

⁴ Sentencia de inconstitucionalidad 66-2005/4-2006, ya citada.

“padre biológico” carece de ella.

El problema con el término de comparación propuesto es que tiene carácter autorreferente por aludir al mismo sujeto. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho término se analiza en tres fases. La primera es la aportación, en la que corresponde al demandante proporcionar al Tribunal el elemento factual del término de comparación. La segunda es la adecuación, en la que la Sala debe analizar los argumentos de las partes sobre la fijación de las similitudes y diferencias relevantes del término de comparación aportado. La última es la aceptación, donde se debe proceder al análisis de la finalidad y de la perspectiva de comparación, tomando en cuenta los argumentos de las partes dentro del proceso⁵. Ahora bien, en cuanto al elemento factual que debe examinarse en la fase de aportación, se ha dicho que se trata de los hechos, situaciones, regímenes o normas en los cuales se basa la comparación que permita deducir la desigualdad. Dichos criterios deben ser comparables, es decir que las categorías comparadas deben pertenecer a la misma clase o, al menos, debe concurrir en ellas una cualidad común⁶.

Al aplicar lo anterior al caso concreto, para este Tribunal hay una deficiente configuración de este elemento factual por su carácter autorreferente. Si bien en abstracto es admisible que un término de comparación tenga dicho carácter, en este caso no se ha expuesto por los actores cuáles son las semejanzas relevantes que hay entre los dos escenarios en que el “padre biológico” recibe un trato diferenciado (legitimado en uno, no legitimado en el otro). Esto es relevante en la medida en que, al menos en principio, se trata de dos situaciones en las que las diferencias son más relevantes que las semejanzas, pues en la primera (reconocimiento voluntario de paternidad) se presupone que no es imprescindible un vínculo matrimonial. En cambio, en la segunda (atribución por ministerio de ley) es necesario que exista un matrimonio y que el hijo nazca dentro de él. En ese sentido, se asume un vínculo jurídico e institucional que es razón suficiente para que el Estado asuma un rol de protección y promoción (art. 32 Cn.).

Entonces, una comparación sin mayor argumentación supone una barrera insuperable para este Tribunal a la luz de las particularidades de este caso, debido a que el carácter autorreferente del término de comparación sumado con las diferencias que de entrada se perciben entre las situaciones comparadas conduce a concluir que la demanda debió haberse rechazado en cuanto a

⁵ Sobre estas fases, véase la sentencia de 15 de marzo de 2006, inconstitucionalidad 10-2005.

⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 10-2005, ya citada.

este punto. En consecuencia, hay una admisión indebida de la demanda⁷, lo que implica que *el proceso se deberá sobreseer respecto de la supuesta violación al art. 3 Cn.*

IV. Determinación del problema jurídico y del orden temático de la sentencia.

1. Con base en las alegaciones de los intervinientes, el problema jurídico que deberá ser resuelto consiste en determinar si el art. 151 CF contiene una inconstitucionalidad por omisión parcial por protección deficiente que viola el art. 36 inc. 4° Cn., por no regular la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley.

2. Para resolver ese problema jurídico, se seguirá este orden temático: (V) la figura de la inconstitucionalidad por omisión parcial por protección deficiente; (VI) el derecho fundamental a la identidad y a la verdad biológica como elemento integrante de ella; (VII) análisis de la legislación aplicable al establecimiento de la paternidad, principalmente desde una perspectiva histórica; y (VIII) se resolverá el problema jurídico planteado.

V. Inconstitucionalidad por omisión parcial por protección deficiente.

1. La Constitución contiene mandatos constitucionales, que se caracterizan por su estructura relativamente incompleta⁸. Generalmente, las disposiciones que establecen mandatos se traducen en órdenes al legislador, sin perjuicio de que puedan tener otros destinatarios. Estas normas, en principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que la circunstancia a la que se refieren pueda cobrar plena eficacia⁹. No es una exigencia que los mandatos sean expresos, pues pueden derivarse de la jurisprudencia constitucional, cuando la emisión de actos o disposiciones infraconstitucionales sea imprescindible para la eficacia plena de la norma constitucional que los contiene. De igual forma, no es imprescindible que contengan un plazo para su emisión, pues esta Sala, como órgano encargado del control de constitucionalidad, puede determinar la razonabilidad del retardo de los órganos con competencias normativas¹⁰.

Esto es así porque si se dejara a los órganos ordinarios o constituidos la opción de cumplir esos mandatos, se les colocaría en el mismo nivel del constituyente¹¹. Por ello, el ordenamiento jurídico debe tener mecanismos y vías de defensa contra la violación de la Constitución por omisión, porque de otra forma esta no acarrearía consecuencia alguna y se negaría su carácter de

⁷ Sobre este motivo de sobreseimiento, ver el auto de 31 de agosto de 2015, inconstitucionalidad 68-2013.

⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

⁹ Sentencia de 23 de enero de 2015, inconstitucionalidad 53-2012.

¹⁰ Sentencia de 26 de febrero de 2002, inconstitucionalidad 19-98.

¹¹ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

norma jurídicamente vinculante¹². Pero, a diferencia de otros países, la actual Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente la inconstitucionalidad por omisión como uno de los instrumentos que garantizan la eficacia constitucional¹³. Aun así, tal instrumento es aplicable por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución¹⁴.

Se puede conceptualizar la omisión inconstitucional como la falta de desarrollo, en un plazo razonable, de los mandatos constitucionales, de forma que impida su eficaz aplicación¹⁵. No se trata de una simple negativa de hacer: significa no hacer aquello a lo que, de forma concreta, se está constitucionalmente obligado. Esta modalidad de vulneración constitucional se puede llevar a cabo de dos formas: como omisión absoluta, que consiste en la total ausencia de cualquier normativa o acto que dote de eficacia a las normas constitucionales que lo requieren¹⁶; y como omisión parcial, en la cual la normativa o acto de desarrollo existe, pero es insuficiente¹⁷. Por ello, en las omisiones relativas se distinguen dos especies: las que infringen el principio de igualdad —exclusión arbitraria de beneficio¹⁸— y las que suponen una deficiente regulación de un aspecto que le daría plenitud¹⁹.

2. A. Para este caso resulta de interés referirse a la inconstitucionalidad por omisión parcial por regulación o protección deficiente. En primer lugar, se debe partir de que esta constituye una vertiente del examen de proporcionalidad. En los precedentes constitucionales se ha afirmado que dicho test opera como prohibición de exceso o prohibición de protección deficiente²⁰, según se trate de medidas que afecten posiciones de derecho fundamental de defensa o de prestación, respectivamente. El presupuesto del examen es que, en cualquiera de esos dos casos, se trate de una injerencia en dichas posiciones iusfundamentales²¹.

Cuando se alude a posiciones de defensa o de prestación, se asume que los todos los derechos fundamentales tienen una estructura triádica: (i) una disposición de derecho fundamental, es decir, el texto de una fuente de Derecho apta para contenerlos —la propia

¹² Sentencia de 26 de enero de 2011, inconstitucionalidad 37-2004.

¹³ Sentencia de 20 de noviembre de 2007, inconstitucionalidad 18-98.

¹⁴ Sentencia de inconstitucionalidad 53-2012, ya citada.

¹⁵ Véase la sentencia de 28 de abril de 2000, inconstitucionalidad 2-95.

¹⁶ Por ejemplo, la sentencia de inconstitucionalidad 53-2012, ya citada.

¹⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

¹⁸ Por ejemplo, la sentencia de 12 de julio de 2005, inconstitucionalidad 59-2003.

¹⁹ Sentencia de inconstitucionalidad 8-2015 AC, ya citada.

²⁰ Sentencia de 24 de septiembre de 2010, inconstitucionalidad 91-2007.

²¹ Sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.

Constitución o la jurisprudencia constitucional²²—; (ii) una norma de derecho fundamental, esto es, lo que la disposición respectiva manda, prohíbe o permite, si se tratase de una norma regulativa —de una sola disposición puede derivar más de una norma²³—; y (iii) las posiciones de derecho fundamental adscritas a la norma, o como le ha denominado esta Sala, las modalidades de ejercicio del derecho, que pueden consistir en un derecho a algo, libertad, competencia o inmunidad²⁴. Un derecho a algo es una posición en la que el titular tiene un derecho a que el destinatario haga u omita algo. La libertad es un modo de ejercicio en que el titular es libre frente al destinatario para hacer u omitir algo. La competencia es una posición en la que, mediante una acción o un conjunto de acciones del titular, puede modificarse la situación jurídica del destinatario. Por último, la inmunidad o barrera significa que la situación jurídica del titular no puede ser modificada por las acciones del destinatario. En cada modo de ejercicio, el destinatario tiene un deber jurídico frente al titular —ej., hacer u omitir lo que el derecho a algo confiere al titular—.

Pues bien, como un derecho fundamental puede obligar a hacer u omitir frente al derecho a algo, libertad, competencia o inmunidad, las posiciones jurídicas pueden ser de defensa o de prestación. Las primeras serían las que vinculan al destinatario mediante una obligación de abstención o no hacer²⁵; y las segundas, mediante deberes de prestación o de hacer²⁶. El examen de proporcionalidad por regulación o protección deficiente operaría frente a las segundas, esto es, cuando no se brinde la prestación o se omita hacer lo que es obligatorio, con el fin de determinar si ello es inconstitucional atendiendo a las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto²⁷.

Es necesario reafirmar, como ya se ha dicho en la jurisprudencia constitucional, que todos los derechos tienen una dimensión de abstención y de prestación²⁸. En ese sentido, ni los derechos civiles y políticos obligan solo a no hacer, ni los derechos sociales obligan solo a hacer, por lo que todos los derechos fundamentales son susceptibles de examinarse bajo la óptica del principio de proporcionalidad en sus dimensiones de prohibición de exceso o prohibición de regulación o protección deficiente, según sea el modo de ejercicio afectado —de defensa o

²² Véase el auto de 29 de mayo de 2015, inconstitucionalidad 32-2015.

²³ Véase la sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013.

²⁴ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

²⁵ Sentencia de 1 de febrero de 2013, inconstitucionalidad 53-2005/55-2005

²⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada.

²⁷ Esto es una necesidad que deriva de que los derechos fundamentales se conciban como normas con la estructura de un principio (aunque, por supuesto, algunos poseen la estructura de reglas). Sobre el tema, véase la sentencia de 19 de agosto de 2020, controversia 8-2020.

²⁸ Sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada.

dimensión de abstención o de prestación o dimensión de hacer—²⁹.

B. Hasta la fecha, la jurisprudencia constitucional ha asemejado de alguna manera los requisitos argumentativos de las dos modalidades de proporcionalidad ya mencionadas, con solo ligeros cambios³⁰. Como es sabido, en el caso de la prohibición de exceso se efectúa un test escalonado³¹ que se estructura en tres fases sucesivas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto —o ponderación—³². Sin embargo, pese a la ligera equiparación mencionada, se advierte la necesidad de que en la prohibición de protección o regulación deficiente dichas fases sucesivas se adapten a la estructura de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, por lo que habría de mejorarse los precedentes en este sentido. Por ello, esta Sala considera que debe reformular el examen de acuerdo con las siguientes pautas:

a. Presupuesto. El presupuesto del examen es que haya una intervención en alguno o todos los modos de ejercicio de un derecho fundamental, siempre que incida en sus manifestaciones prestacionales³³. En tal sentido, será procedente si existe una limitación³⁴, suspensión o pérdida de derechos en el sentido apuntado, pero no lo será si únicamente existe una regulación, entendiendo esta como la dotación de contenido material, es decir, disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y la estructuración de sus garantías³⁵.

b. Subprincipio de idoneidad³⁶. En los casos de la prohibición de protección deficiente, la normativa será idónea solamente cuando favorezca la realización de algún fin constitucionalmente imperativo, pues la omisión de hacer algo estaría justificada en la medida en que la Constitución imponga un mandato de no hacerlo o la de hacer algo diferente. También es necesario que haya una relación medio-fin entre lo que se busca y el instrumento empleado para

²⁹ A manera de ejemplo, el derecho al sufragio obliga al Estado a no interferir en el voto ciudadano y permitir que se ejerza con total libertad —dimensión de abstención—, pero también a organizar el evento electoral, con todo lo que ello implica hacer: licitaciones, depuración del padrón electoral, campañas informativas, etc. —dimensión prestacional—.

³⁰ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 91-2007, ya citada.

³¹ Auto de 10 de diciembre de 2018, inconstitucionalidad 23-2018.

³² Sentencia de 29 de julio de 2010, inconstitucionalidad 61-2009.

³³ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

³⁴ La limitación de un derecho fundamental consiste en la modificación de su objeto o sujetos de forma que impide o dificulta el ejercicio de las acciones, propiedades o situaciones habilitadas por el derecho afectado. Al respecto, véase la sentencia de 5 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 13-2012.

³⁵ Sentencia de inconstitucionalidad 13-2012, ya citada.

³⁶ La fórmula tradicional de la idoneidad como estructura formal en el examen de protección deficiente deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *BVerfGE* 88, 203, caso aborto.

conseguirlo, el cual debe tener un fundamento objetivo basado en la ciencia³⁷, estadísticas o pronósticos sustentados en algún estudio fiable³⁸. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando la protección deficiente del derecho de prestación implica correlativamente la no injerencia en un derecho de defensa.

c. Subprincipio de suficiencia. En este caso, se entenderá que una regulación deficiente contradice el mencionado subprincipio de suficiencia si existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del precepto concernido por lo menos con igual intensidad y simultáneamente favorezca más la realización del derecho fundamental cuya protección se requiere³⁹. Es decir, debe argumentarse la existencia de medidas legislativas alternas que, por un lado, favorezcan, como mínimo, en igual medida la realización del fin de la normativa objetada; y que, además, favorezcan la realización del derecho prestacional en mayor medida que el objeto de control.

d. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. La particularidad que muestra la

³⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC. En este caso, la base científica que se necesitaba para determinar si la suspensión de derechos fundamentales era idónea consistía en la existencia de algún grado relevante de contagios por COVID-19 o de un alto peligro de contagio colectivo.

³⁸ En el Derecho Comparado, véanse los siguientes casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina: Reynoso, Nilda Noemí vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados; Parraga Alfredo vs. INSSJ y P (ex PAMI) s/amparo y Papa Estela Ángela vs. INSSJ y P. s/amparo. Todas las sentencias son de 16 de mayo de 2006, y el caso es más o menos el siguiente: había un reclamo respecto de la insuficiente entrega de medicamentos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados. El Programa Médico Obligatorio únicamente preveía la cobertura de un porcentaje de los medicamentos e insumos necesarios para los pacientes. Al decidir, la Corte Suprema ordenó que los remedios reclamados debían ser provistos íntegramente. En todos los casos se había probado que los asociados no podían afrontar el costo de los fármacos e insumos y que sus enfermedades eran graves.

³⁹ En el Derecho Comparado, véase la sentencia del caso Nikolaus-Beschluss del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. El asunto versaba sobre si un seguro público de salud tenía la obligación de cubrir nuevos tratamientos, en estado experimental, en los casos de una enfermedad con riesgo de muerte o con un desarrollo generalmente fatal para la salud. El actor padecía de distrofia muscular de Duchenne y estaba asegurado como familiar. A pesar de que la cura tenía un pronóstico favorable, la caja de salud pública rechazó la solicitud de asumir los gastos de la terapia alternativa. Pues bien, el demandante cuestionaba que existía otra medida alternativa de mayor suficiencia para su derecho a la salud: el reembolso de gastos. De igual modo, véase el salvamento de voto del exmagistrado Carlos Bernal Pulido en la sentencia de 2 de marzo de 2020, C-089/20, pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia. El caso se refería a la inconstitucionalidad del art. 90 del Código Civil colombiano, que establece: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Para él, “la Corte Constitucional ha debido reconocer que el Legislador preconstitucional vulneró el principio de respeto a la dignidad humana y la prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, y a la salud y a la igualdad de los niños y niñas en gestación, al no reconocerles la titularidad de estos y otros derechos desde la concepción. Esta vulneración deriva del uso legislativo, en la disposición demandada, de la ficción, según la cual, solo se es persona a partir del nacimiento. Como todas, esta ficción es arbitraria. No existen razones que hoy la fundamenten”. Por ello, el medio alterno más idóneo consistía en prever que “la existencia legal de toda persona principia desde la concepción”. Vale decir que este caso es similar a la sentencia de 15 de febrero de 2017. inconstitucionalidad 22-2011, resuelta por esta Sala.

alegación de este subprincipio es que una abstención legislativa o un precepto legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima lo infringe cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo o derecho contrapuesto sea inferior al grado de incumplimiento del derecho fundamental prestacional⁴⁰.

VI. Derecho fundamental a la identidad y a la verdad biológica.

I. La identidad es un elemento consustancial al ser humano. Aún cuando nuestra norma fundamental no lo recoge de manera expresa, el derecho a la identidad puede ser considerado como un derecho implícito cuyo anclaje normativo se encuentra en diversas disposiciones que recogen algunas de sus manifestaciones. Su derivación puede hacerse a partir del art. 5 inc. 3° frase 1ª parte final Cn. (derecho a la identificación), 1 y 10 frase 1ª parte final Cn. (dignidad humana), 33 y 34 Cn. (derecho a las relaciones de familia), 36 inc. 3° Cn. (derecho al nombre), 36 inc. 4° Cn. (derecho a la verdad biológica) y 90 y 91 Cn. (derecho a la nacionalidad). Asimismo, encontraría fundamento en el libre desarrollo de la personalidad y las manifestaciones de identidad propias de cada individuo —su religión, libertad de conciencia y cualquier otro rasgo que sirva para individualizarlo—.

La identidad se ha definido como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad⁴¹. En tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso⁴². Por ello, la identidad no puede ser entendida de forma abstracta, sin referencia específica a un sujeto determinado y a sus caracteres esenciales que permiten su distinción en comunidad y su diferenciación del resto de miembros de esta como un individuo con sus propias ideas, cosmovisión, origen, familia y rasgos identificativos.

En el plano internacional, el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) prescribe que “[l]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” y que “[c]uando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y

⁴⁰ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *BVerfGE 39, 1* (42); *BVerfG, NJW 1999, 3399* (3401); *BVerfG, NJW 2004, 3100* (3101); *BVerfGE 53, 30* (65).

⁴¹ Sentencia de 4 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad 55-2012.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 113; y caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párrafo 122.

protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. Por su parte, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos señaló que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³.

En consecuencia, la identidad es un derecho fundamental oponible frente a todos como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴. Y aun cuando dicha convención, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos no establecen en forma expresa el derecho a la identidad, sí establecen prescripciones referidas a los componentes de este derecho, tal y como ocurre con nuestra Constitución. Por ello, también resulta predicable este derecho a la luz de los instrumentos internacionales recién mencionados.

A nivel de la jurisprudencia constitucional comparada, se ha dicho que “la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos [y que] supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad”⁴⁵.

Asimismo, también se ha expresado que “toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre —conocer a sus padres y conservar sus apellidos—, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica”⁴⁶.

En la jurisprudencia constitucional salvadoreña se ha sostenido que cada ser humano es único e irreplicable, por lo que la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad se protege la vida humana en

⁴³ Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”, resolución AG/RES. 2286 —XXXVII-O/07—, de 5 de junio de 2007; resolución AG/RES. 2362 —XXXVIII-O/08—, de 3 de junio de 2008; y resolución AG/RES. 2602 —XL-O/10—, de 8 de junio de 2010.

⁴⁴ Comité Jurídico Interamericano, opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrafos 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJ1/RES.137 —LXXI-O/07—, de 10 de agosto de 2010.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-477/1995, de 23 de octubre de 1995.

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Perú, Segunda Sala, sentencia de recurso de agravio constitucional de 25 de julio de 2005.

su realidad radical que es la propia persona indivisible, individual y digna. La idea de la identidad de las personas entraña no solo una visión estática, sino que también dinámica como el ser mismo. De acuerdo con la primera, el individuo tiene ciertas propiedades inherentes que se hacen visibles en el mundo exterior. Son las que nos otorgan una primera e inmediata visión del sujeto, tales como el genoma humano, las huellas digitales y los signos distintivos de la persona (ej., el nombre, imagen, estado familiar e identificación). Con arreglo a la segunda, existe un despliegue histórico-evolutivo de la personalidad construido por los atributos y características de cada persona en relación con las demás, desde el punto de vista ético, religioso, cultural, ideológico, político y profesional, entre otros⁴⁷.

Desde la perspectiva jurídica, la identidad es un derecho que posee tres dimensiones. La primera es la identidad personal en referencia a la realidad biológica, de acuerdo a la cual toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, su pertenencia a determinada familia y el derecho a ser emplazado en el estado de familia que le corresponde de acuerdo a su realidad biológica. De ahí que esta primera dimensión comprenda la identidad genética y la filiatoria. La segunda consiste en la identidad personal en referencia a los caracteres físicos, dentro de la cual se encuentran los atributos de la personalidad y propia imagen. Finalmente, la tercera está referida a la identidad personal en referencia a la realidad existencial, que comprende las ideas, pensamientos, experiencias y cosmovisión de cada individuo⁴⁸.

2. A. La verdad biológica forma parte de la identidad de la persona humana. El derecho a conocerla se puede definir en forma sintética como la posibilidad que posee toda persona de exigir el conocimiento de quiénes son sus progenitores. El art. 36 inc. 4° Cn. reconoce esta categoría al señalar que “[l]a ley determinará [...] las formas de investigar y establecer la paternidad”. Es claro que como parte del elemento estático de la identidad, todo individuo tiene el derecho de poder conocer cuál es su origen biológico. Y por tanto, admitida la existencia del derecho a la identidad, de ello se sigue la existencia del derecho a conocer la verdad biológica. Ahora bien, nuestra Constitución prevé tal posibilidad en términos tales que podrían llevar al equívoco de suponer que solamente es posible investigar la filiación paterna. Ello no es así, y la explicación que puede dársele a la redacción de esta disposición tiene un marcado contenido

⁴⁷ Sentencia de inconstitucionalidad 55-2012, ya citada.

⁴⁸ Sobre todo lo dicho en este párrafo: Krasnow, Adriana Noemí, “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, en *Revista de Derecho Privado*, n° 32, 2017, pp. 175-217.

histórico.

En efecto, tradicionalmente se ha entendido que la maternidad es un hecho que queda establecido por la comprobación del parto y la identidad del hijo (art. 136 CF, siguiendo al aforismo “la madre siempre es conocida”). Sin embargo, esta concepción tradicional no es suficiente para entender que la norma fundamental solamente faculte la investigación de la filiación paterna. Y es que la preconcepción de que siempre es comprobable el parto o que no es posible la suplantación de la madre o del hijo no es consistente con ciertos escenarios fácticos habituales en la realidad.

A partir de la tesis expuesta puede afirmarse que el art. 36 inc. 4° Cn. se debe interpretar sistemáticamente⁴⁹. Es así que del art. 3 Cn. se puede arribar a la conclusión de que por razones de igualdad material⁵⁰ *debe entenderse que la norma que deriva de ambas disposiciones es que toda persona tiene derecho a investigar y que sea establecida la paternidad y la maternidad*. Esto es así porque entre la situación del hijo que no ha podido conocer a su padre biológico o fijar la filiación en el registro correspondiente y la del que no ha podido hacer lo mismo en relación con su madre existe una similitud lo suficientemente relevante para justificar un trato normativo igual.

Por tanto, si se afirma que de ambas disposiciones constitucionales deriva una norma que no se extrae de la comprensión literal del art. 36 inc. 4° Cn., sino más bien de una inferencia basada en un análisis sistemático de todo el articulado constitucional, y además se defiende la tesis de que la redacción de tal disposición obedece a razones históricas que ya no resultan compatibles con la realidad actual, ello conduce de forma necesaria a la conclusión de que las disposiciones constitucionales exigen de actualización normativa.

B. La jurisprudencia constitucional salvadoreña nunca ha hecho referencia expresa a la verdad biológica como parte integrante de la identidad. Pero, la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que es una necesidad reconstruir la verdad biológica que le ha

⁴⁹ La interpretación sistemática es aquella que intenta dotar a un enunciado de un significado sugerido desde el mismo sistema o contexto del que forma parte. Este sistema está compuesto por el conjunto de preceptos conectados ya sea por la identidad de la fuente que los contiene, porque derivan de una misma materia, tienen la misma proyección institucional, son utilizadas por el mismo aplicador, o son derivables formalmente de una sola fuente (sentencia de 13 de mayo de 2011, inconstitucionalidad 7-2011).

⁵⁰ Las exigencias que derivan de la igualdad son, entre otras, que se traten de manera idéntica las situaciones jurídicas iguales o aquellas situaciones en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias (sentencias de 4 de mayo de 2011 y 17 de noviembre de 2014, inconstitucionalidades 18-2010 y 59-2014).

sido negada a un niño o niña⁵¹. Asimismo, dicho tribunal ha explicado que “el objeto de la impugnación de paternidad se reduce a demostrar la inexistencia del presupuesto biológico para obtener el desplazamiento del estado familiar; a pesar que, en casi todos los ordenamientos jurídicos y así lo es en el nuestro, la caducidad —generalmente breve de estas 'acciones' de estado— provoca que la *verdad biológica* no siempre prevalezca, en pro de la estabilidad familiar”⁵²

Por otra parte, la jurisprudencia interamericana ha expresado que “[los] elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados *como el origen o la 'verdad biológica'*, el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de un persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad”⁵³. Por último, el Tribunal Constitucional de Alemania ha dicho que el “derecho general de la personalidad” abarca también el derecho del conocimiento del propio origen⁵⁴. En el contexto del caso reseñado, dicho tribunal indicó que el hijo tiene el derecho de conocer a su padre biológico a través de su madre, debido a que considera que la madre no puede desconocer quién es el padre de su hijo. Por tanto, se da preferencia al derecho de la personalidad del hijo, frente al derecho a la intimidad de la madre que no quisiera revelar el nombre del padre de su hijo.

C. Lo expuesto resulta aplicable al sistema normativo constitucional salvadoreño. En efecto, el reconocimiento del derecho a la identidad y la prescripción del art. 36 inc. 4° Cn. son razones suficientes para aseverar la existencia del derecho a conocer la verdad biológica como una manifestación de la identidad del individuo. Y si aceptamos esta tesis, entonces la emisión de normas que protejan en forma deficiente el derecho a la verdad biológica o que efectúen una exclusión arbitraria de beneficio respecto de los sujetos que pueden ejercerlo sería inconstitucional por omisión parcial. En consecuencia, en cualquiera de los supuestos descritos estaría justificado el control constitucional por parte de este Tribunal.

VII. Legislación aplicable al establecimiento de la paternidad.

Para efectuar el análisis del art. 151 CF en los términos propuestos por los demandantes

⁵¹ Sentencia de 27 de mayo de 2002, casación 313 Ca. Fam. S.M.

⁵² Sentencia de 22 de septiembre de 2003, casación 1055 Ca. Fam. S. S.

⁵³ Caso de las *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), voto en disidencia del juez Manuel Ventura Robles.

⁵⁴ Tribunal Constitucional de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*), sentencia de 31 de enero de 1989 —E 79, 256 I, del *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, J. C. B. Mohr Paul Siebeck, Tübingen, 1989—.

resulta necesario examinar la legislación conexas a esta disposición y analizar sus antecedentes. El art. 135 CF prescribe que la paternidad se establece por disposición de la ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial.

En el primer caso, la paternidad se presume o se determina conforme a las disposiciones del Código de Familia (art. 140 CF), es decir, se presumen hijos del esposo los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad (art. 141 inc. 1º CF), y en caso de nuevas nupcias por parte de la madre antes de vencido el término de 300 días mencionado, entonces se presumirá que el hijo es del primer esposo si nace dentro de los 180 días posteriores a la celebración del segundo matrimonio y que lo es del segundo esposo si nace con posterioridad a ese término (art. 142 CF). En el segundo caso, hay una declaración de voluntad del padre con el fin de reconocer a su hijo. En él, la legislación de familia establece una regulación flexible con el ánimo de garantizar en mayor medida los derechos de la niñez. Así, los requisitos de forma son básicamente inexistentes (art. 143 CF), se reconoce la posibilidad de que un padre que aún no sea adulto pueda efectuar el reconocimiento sin autorización previa (art. 145 CF) y se prevé su irrevocabilidad (art. 147 CF), la cual no supone que sea inimpugnable (art. 156 y 157 CF). Y, en el tercer caso, es el hijo quien exige la declaratoria judicial de paternidad ante la ausencia de reconocimiento voluntario o de presunción legal (art. 148 CF). Esta pretensión puede ser incoada por el hijo, y en caso que haya fallecido, sus descendientes. Además, posee carácter imprescriptible (art. 139 y 150 CF).

Al centrarse en el primero de los supuestos indicados, se observa que todas las normas contenidas en el Libro Segundo, capítulo II, sección primera, parte primera del Código de Familia regulan un sistema de determinación de paternidad que gira en torno a la preexistencia de un acto jurídico familiar: el matrimonio. Esta clase de presunciones siempre tienen como fundamento la presuposición de que, al casarse, una persona admite la posibilidad de procrear hijos con su pareja (aunque, como cualquier presunción, no significa una verdad necesaria). Aunado a ello, también hay una presuposición de cumplimiento del deber matrimonial de convivencia y fidelidad (arts. 27, 36 y 37 CF). Esta tesis se confirma en el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, tomo II, en el que se afirma que “[l]a presunción de paternidad del concebido dentro del matrimonio tiene fundamento en los deberes de cohabitación y de fidelidad de los cónyuges; y, para el concebido fuera del matrimonio y nacido dentro de él, en el reconocimiento tácito del padre, por el hecho de casarse con la madre estando [e]sta

embarazada”.

En esa línea, la figura de la presunción legal de paternidad tiene su origen en el cristianismo. En él, bajo una concepción sacramental del matrimonio y con exclusión de cualquier forma de organización familiar que no fuera la fundada en el matrimonio entre hombre y mujer⁵⁵, las relaciones paterno-filiales se rigieron bajo el principio de que es padre quien demuestra el matrimonio, ya que en el derecho de la época este funda un orden de autoridad del hombre, una continuidad en el linaje, una condición social y un padre cierto. Sin embargo, ello venía justificado por una concepción de la familia que ya no es compatible con la realidad actual. Esto es así porque las relaciones familiares exceden la visión del matrimonio y la predicación de modelos de familia arcaicos y unívocos. La modernidad ha llevado a superar estas nociones tradicionales y, en el esquema actual, las familias se fundan ya no sobre la base de actos jurídicos sujetos a solemnidades y cuya realización no es de interés de todos los miembros de una sociedad eminentemente pluralista, sino sobre la base de las relaciones afectivas con intención de permanencia, y solamente si se quiere, con la voluntad procreacional. No obstante, ello no significa que la institución del matrimonio no deba ser protegida por el Estado (art. 32 inc. 3° Cn), sino que más bien implica el reconocimiento de la apertura y amplitud del concepto de familia, la cual constituye la base fundamental de la sociedad (art. 32 inc. 1° Cn.).

Ahora bien, al interior de una relación familiar que tiene como base el matrimonio, el establecimiento de esta presunción de paternidad por el Código de Familia venía justificada por la dificultad que en aquel entonces existía para poder probarla. En esencia, se sostenía que “[la paternidad] no es susceptible de una prueba directa e inmediata como la maternidad, porque la paternidad resulta de la concepción, y [e]sta, a diferencia del parto, no puede establecerse materialmente con el testimonio humano. Por esta razón, tradicionalmente se ha dicho 'que la paternidad es un misterio que la ciencia y las investigaciones judiciales no pueden penetrar'. [Solo] la madre puede estar segura quién es el autor de su fecundación”⁵⁶.

Finalmente, que “[p]or la dificultad de no poder establecerse directamente la paternidad, la ley en la filiación matrimonial tiene que recurrir a una presunción fundada en el matrimonio. En la filiación fuera del matrimonio, ello 'no puede operar de la misma manera por la siguiente razón: [l]as fechas de inicio y de extinción del matrimonio tienen una certeza jurídica indudable,

⁵⁵ Hoy en día se sostiene que la vida en familia no puede limitarse a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que comprende también otros lazos de facto respecto de personas que optan por la mera convivencia. Véase la sentencia de 20 de diciembre de 2013, amparo 264-2010.

⁵⁶ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, ya citado.

autenticada a través del acta de matrimonio de los padres, del acta de nacimiento del hijo, del acta de defunción del padre, o de la sentencia ejecutoriada que declara la nulidad de matrimonio o de divorcio de los progenitores, según sea el caso. A partir de esas fechas, se tiene el conteo de los plazos que fija la ley para determinar la certeza de paternidad (180 y 300 días)'. Lo anterior no ocurre con la unión no matrimonial"⁵⁷.

Estas ideas no son sostenibles en la actualidad. Como se puede advertir, la creación de la disposición obedeció a que en El Salvador había una extrema dificultad para probar la paternidad, producto de la inexistencia de mecanismos para la realización de pruebas de paternidad. Pero, hoy en día tales pruebas son realizables sin mayores obstáculos. Es un hecho de conocimiento general que los procesos familiares de impugnación de paternidad se deciden casi en su totalidad por medio de la prueba científica. Por tanto, si en el esquema actual el motivo que justifica la presunción de paternidad por ministerio de ley pierde fuerza y sentido, ello necesariamente debe incidir en la posibilidad de impugnarla y en el cúmulo de sujetos legitimados para hacerlo.

El Código de Familia no es ajeno a la posibilidad de impugnar la paternidad establecida por presunción legal. De hecho, el art. 151 CF claramente prescribe que “en vida del marido nadie podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, sino el marido mismo, probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él; salvo el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 138 y 139”. De la lectura de esta disposición se infiere que solo hay dos sujetos legitimados para poder impugnar la paternidad establecida por este medio: el esposo y el hijo. El problema de esta disposición es el que han planteado los demandantes: la exclusión de la legitimación procesal activa de quien afirme ser el “padre biológico” para iniciar el proceso de impugnación de paternidad. Esta exclusión podría no tener sentido luego que se ha establecido que en la actualidad no es sostenible la concepción familiar monolítica que inspira la presunción legal de paternidad, así como tampoco lo es la noción de que existe una excesiva dificultad para demostrar la paternidad o desvirtuarla, ya que contemporáneamente no resulta difícil ni inalcanzable realizar una prueba científica de paternidad.

VIII. Resolución del problema jurídico.

Partiendo de las ideas expuestas, debe analizarse si el art. 151 CF contiene una inconstitucionalidad por omisión parcial por protección deficiente que viola el art. 36 inc. 4º Cn.,

⁵⁷ Esto también consta en el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, ya citado.

por no regular la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley. En consecuencia, el examen a desarrollar es el que corresponde en casos de omisión por protección deficiente, tal como se apuntó en el considerando V de esta sentencia.

I. El primer punto es que haya una intervención en alguno o todos los modos de ejercicio de un derecho fundamental que incida en sus manifestaciones prestacionales. Esto es el equivalente a que “exist[a] un mandato constitucional contenido en el 'derecho a la verdad biológica' para que el legislador atribuya legitimación a otros sujetos diferentes a los previstos en el art. 151 CF, a fin de que puedan impugnar la paternidad”, tal como se plasmó en el auto de admisión, porque las posiciones iusfundamentales de prestación generan mandatos de hacer. En cuanto a esta cuestión, hay que recordar que todos los derechos fundamentales presentan dimensiones negativas y positivas⁵⁸. Para esta Sala, el tener legitimación para impugnar la paternidad es, en principio, una posición prestacional del derecho a la identidad en referencia a la realidad biológica, dadas las siguientes razones:

A. Si el motivo que inspiraba la distinción entre la paternidad establecida por ley respecto de las otras formas de establecerla era la dificultad de probar la paternidad y la “sacramentalidad” del matrimonio, debido a que esto ya no resulta sostenible en la actualidad, tampoco lo resulta la limitación a la legitimación procesal que se estatuye en el art. 151 CF. Y si en los casos donde antecede una declaración de voluntad se establecen cláusulas abiertas de legitimación procesal para impugnar el reconocimiento — “los que tuvieren interés actual” (art. 156 CF)—, a mayor razón debería ampliarse el número de legitimados para hacer la impugnación cuando la paternidad se establece por una disposición legal.

B. Si el derecho a la identidad y a conocer la verdad biológica se encuentran en juego, pueden producirse dos escenarios distintos. Por un lado, se tiene el caso en que el hijo aún no ha cumplido la mayoría de edad; y por el otro, el caso en que el hijo es una persona que ya ha cumplido la mayoría de edad. En el primer supuesto, el esposo a quien se le atribuye la paternidad puede impugnarla “probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él” (art. 151 CF), mientras que el hijo, en ejercicio de su derecho a conocer la verdad biológica (art. 36 inc. 4° Cn. y arts. 139 y 151 CF), puede hacerlo únicamente a través de quien ejerza su representación legal (art. 223 y siguientes del Código de Familia y 9 inc. 4, 10 inc. 1, 50 inc. 3 y 195 de la Ley

⁵⁸ Además de la sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, ya citada, véase la sentencia de 16 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad 7-2012.

de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).

Al tratarse de cuestiones de naturaleza procesal —como en el proceso de impugnación de paternidad—, debe suplir su falta de capacidad de ejercicio o procesal por medio de su representante legal o por medio de la integración de la capacidad procesal (arts. 59 y 60 del Código Procesal Civil y Mercantil). Debido a que en la relación matrimonial la madre es quien está en situación preferente de conocer que existe la posibilidad (o certeza) de que el esposo no sea el padre del hijo, esto significa que, ante este escenario, el hijo está supeditado a la representación que ejercería su madre o el esposo a quien equívocamente se le atribuye la paternidad, y solo en caso de que conociera por alguna otra vía que aquel no es su verdadero padre podría requerir la representación del Procurador General de la República. Pero, esto podría dar lugar a una suplantación de estado familiar o a la permanencia de uno falso.

En el segundo supuesto, si el hijo es mayor de edad puede ejercer por sí mismo su derecho a conocer la verdad biológica e impugnar la paternidad⁵⁹. Es decir, en caso en que el hijo no quiera ejercer esta facultad no puede ser obligado a hacerlo. Sin embargo, una eventual ausencia de ejercicio puede estar motivada por el desconocimiento de la situación fáctica real. Y es que por el carácter íntimo y reservado de las relaciones sexuales, salvo casos excepcionales solamente la madre y el padre biológico pueden conocer con certeza que existe la posibilidad de que el hijo no sea del esposo de aquella. Entonces, el no ejercicio de esta facultad también podría estar supeditada a una decisión unilateral: la de la madre de no informar a su hijo sobre su posible origen biológico.

C. Si a lo antedicho se agrega que el Estado está obligado a garantizar la protección de la niñez y adolescencia (art. 34 inc. 1° Cn.), se puede inferir que existe la obligación del Órgano Legislativo de emitir la normativa necesaria para el cumplimiento de este propósito, lo que incluye la tutela de sus derechos (entre ellos, la identidad). En este punto debe tomarse en cuenta el contenido del principio del interés superior de la niñez y adolescencia (art. 3.1 de la CDN⁶⁰ y arts. 34 y 36 inc. 1° Cn.). De este se desprende que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que,

⁵⁹ En relación con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha expresado que si el sujeto no quiere conocer su verdadera identidad, el Estado no puede obligarlo a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla (caso V. 356. XXXVI, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación”, de 30 de septiembre de 2003).

⁶⁰ Las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño integran el *corpus juris* de los derechos de la niñez en el Derecho Internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos humanos del niño, *Opinión Consultiva OC-17/02* del 28 de agosto de 2002, párrafo 24).

según las circunstancias, debe adoptar acciones positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos (arts. 7, 8, 9, 11, 16, y 18 CDN).

2. El segundo paso del examen de proporcionalidad por protección deficiente es el escaño de idoneidad. Según se apuntó en el considerando V, la normativa será idónea solo cuando favorezca la realización de un fin constitucionalmente imperativo y si es adecuada (relación medio-fin entre lo que se busca y el instrumento empleado para conseguirlo). Al respecto, esta Sala considera que el art. 151 CF en efecto busca realizar un fin constitucional imperativo: las prestaciones que exige el derecho a la identidad en su vertiente de identidad personal en referencia a la realidad biológica. Pero, lo hace partiendo del contexto de los avances científicos de la época, donde no había forma de determinar con base en pruebas periciales que una persona fuese hijo (o no) de otra⁶¹. En dicho contexto, se optó por esta vía porque el matrimonio se consideró como un fundamento válido para presumir la paternidad del esposo y cerrar la posibilidad de impugnaciones de terceros que no pudiesen ser comprobadas y deterioraran la unidad familiar. Sin embargo, se insiste en que era un fin constitucionalmente imperativo solo a la luz de dicho contexto.

Por tanto, ahora corresponde examinar si la medida es adecuada. En cuanto a esto, es preciso recordar que la relación medio-fin debe tener un fundamento objetivo basado en la ciencia, estadísticas o pronósticos sustentados en algún estudio fiable. En el contexto en que se emitió el art. 151 CF, el legislador consideró que “[p]or la dificultad de no poder establecerse directamente la paternidad, la ley en la filiación matrimonial tiene que recurrir a una presunción fundada en el matrimonio”⁶². Asimismo, impidió que otras personas distintas al padre presunto y el propio hijo tuvieran legitimación activa para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley. En tal sentido, la medida sí es adecuada a la luz de esas circunstancias⁶³, debido a que aunque la impugnación sí es posible en el caso del reconocimiento voluntario, en el escenario de la paternidad fijada por presunción hay un interés institucional diferenciado consistente en proteger al matrimonio.

3. El tercer escaño del examen es el de suficiencia. Como se dijo, una regulación deficiente contradice este subprincipio si existen medidas legislativas alternas que, por un lado, favorezcan al menos en igual medida la realización del fin de la normativa objetada; y que, además, favorezcan la realización del derecho prestacional en mayor medida que el objeto de

⁶¹ Así se infiere del Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, ya citado.

⁶² Esto también consta en el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, ya citado.

⁶³ Sobre el examen de idoneidad a partir de las circunstancias existentes al adoptar una medida, véase la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, ya citada.

control. Si el fin constitucionalmente imperativo buscado por el art. 151 CF es el de satisfacer las prestaciones que exige el derecho a la identidad en su vertiente de identidad personal en referencia a la realidad biológica (pero, partiendo del contexto científico imperante en la época), entonces puede afirmarse que hay una medida alterna igualmente idónea, pero más favorable para las posiciones iusfundamentales de prestación exigidas por tal derecho: reconocer también la legitimación activa para impugnar la paternidad establecida por ministerio ley al que alegue fundadamente ser “padre biológico” del niño o niña.

Lo anterior se afirma con base en las innovaciones científicas relacionadas con el ADN y ARN, en tanto que de ellas deriva una forma de analizar el ADN de una persona (el hijo o hija) para compararlo con el de otra (el supuesto padre) con el fin de concluir si el vínculo consanguíneo paterno existe⁶⁴. Según una opinión muy aceptada en materia de razonamiento probatorio, esta prueba es de un grado elevado de fiabilidad, siempre que la técnica de análisis sea idónea y usada de modo correcto⁶⁵. Así, cuando el legislador sostuvo que “[p]or la dificultad de no poder establecerse directamente la paternidad, la ley en la filiación matrimonial tiene que recurrir a una presunción fundada en el matrimonio”⁶⁶, optó por un modo de lograr el fin constitucional buscado que resultaba suficiente en el contexto científico de aquel entonces. Pero, al desaparecer esa barrera probatoria, en la actualidad hay otro medio alternativo más garantista de la identidad y verdad biológica, pues será la prueba pericial de ADN la que, en suma, aclare cuál es la filiación paterna del hijo o hija.

Con base en lo anterior, se puede concluir que la medida contenida en el art. 151 CF es desproporcionada por protección deficiente del derecho a la identidad en su vertiente de identidad personal en referencia a la realidad biológica, pues hay otro medio alterno igualmente idóneo, pero de mayor suficiencia que el adoptado. En consecuencia, *se deberá declarar que el art. 151 CF es inconstitucional por omisión parcial, al haber regulado deficientemente el contenido prestacional del derecho estatuido en el art. 36 inc. 4º Cn. Por tanto, la Asamblea Legislativa deberá reformar dicha disposición con el fin de adicionar la legitimación procesal activa de la persona que afirme ser el padre biológico de otra en casos de paternidad establecida por ministerio de ley, para lo cual dispondrá de un plazo de un año contado partir del día siguiente al de notificación de la presente sentencia.*

⁶⁴ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de mayo de 2002, 313 Ca. Fam. S.M. Asimismo, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 154/2005-PS.

⁶⁵ Por ejemplo, Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho*, 3ª ed., Marcial Pons, 2010, pp. 150-154.

⁶⁶ Esto también consta en el Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, ya citado.

4. Ahora bien, al reconocer la legitimación procesal activa antes aludida, la Asamblea Legislativa deberá tomar en cuenta la posibilidad de que haya abusos por parte de las personas legitimadas, en tanto que estos podrían afectar la unidad familiar y debilitar la protección que el Estado debe brindarle⁶⁷. Al respecto, debe recordarse que para este Tribunal el abuso del derecho se configura cuando el sujeto lo ejerce desnaturalizando las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de un atributo, facultad o libertad reconocida por el ordenamiento jurídico o de sus modalidades, ya que debe recordarse que los derechos no pueden usarse de forma ilegítima, sino solo de manera compatible con los valores constitucionales⁶⁸. Por ello, a pesar de que una persona se atribuya la calidad de “padre biológico” y que tenga la posibilidad de iniciar un proceso en que impugne la paternidad fijada por ministerio de ley, el ejercicio de tal pretensión debe ser fundado y no abusivo, esto es, basado en razones objetivas que le conduzca a pensar razonablemente que es probable que sea el padre de otra persona y sin un fin que desnaturalice tal posibilidad (ej., causar perjuicio, dañar el honor ajeno, etc.).

Así las cosas, en el marco de la regulación de la legitimación antes mencionada, el legislador puede optar por el establecimiento de diversas medidas que estén dentro de su margen de libre configuración para controlar y evitar que no haya abuso de derecho. Dichos controles deberán tener un doble enfoque: preventivo y reactivo, en tanto que la protección de los derechos puede ser en su conservación (que no se violen) o en su defensa (si ocurren las violaciones)⁶⁹. Por ejemplo, desde el enfoque preventivo, podría determinar, por ejemplo, la reserva del proceso correspondiente, un plazo de caducidad para el ejercicio de la pretensión, contado a partir de la fecha en que se tenga noticia del nacimiento del hijo o hija; o bien, la exigibilidad de cauciones que garanticen el resarcimiento de los daños derivados del ejercicio abusivo de la legitimación. En cambio, desde un enfoque reactivo, podría preverse expresamente que cuando alguien haga un uso abusivo de la legitimación activa reconocida quepa la posibilidad de reclamar la reparación por el daño moral causado a cualquiera de los integrantes de la familia (art. 3 de la Ley de

⁶⁷ En el auto de 20 de septiembre de 2017, amparo 623-2015, esta Sala sostuvo que “[e]l derecho a la protección familiar encuentra raigambre constitucional en el art. 32 inc. 1° de la Cn., al establecer que la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, imponiendo a este último la obligación de dictar la legislación necesaria y crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. [...] Entonces, el derecho a la protección familiar puede definirse como aquel en virtud del cual el Estado debe asegurar a todas las personas el disfrute de una convivencia digna con su núcleo familiar, independientemente de la forma que este adopte, y eliminar toda forma de obstrucción arbitraria a este derecho por parte de cualquier entidad pública o privada”.

⁶⁸ Auto de 18 de enero de 2013, inconstitucionalidad 74-2012.

⁶⁹ Sentencia de 12 de noviembre de 2010, inconstitucionalidad 40-2009/41-2009.

Reparación por Daño Moral)⁷⁰, entre otras medidas.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y los artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **FALLA**:

1. *Sobreséese* el presente proceso por la supuesta inconstitucionalidad del artículo 151 del Código de Familia, al no regular la legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley, por la supuesta infracción al artículo 3 de la Constitución. La razón es que hubo admisión indebida de la demanda en cuanto a este punto, dado que hay una deficiente configuración del elemento factual del término de comparación propuesto por los demandantes.

2. *Declarase inconstitucional*, de un modo general y obligatorio, el artículo 151 del Código de Familia, debido a que contraviene el artículo 36 inciso 4° de la Constitución, en tanto que contiene una omisión parcial por protección deficiente del derecho a la identidad en su vertiente de identidad personal en referencia a la realidad biológica, pues no reconoce la legitimación procesal activa de la persona que afirme ser el padre biológico de otra para impugnar la paternidad establecida por ministerio de ley. La razón es que dicha medida no supera el escaño de suficiencia que integra al test de proporcionalidad en su vertiente de protección deficiente, pues en la actualidad hay otro medio alternativo igualmente idóneo, pero de mayor suficiencia que el adoptado, del cual no se disponía cuando se emitió la disposición impugnada a la luz del estado de la ciencia: la prueba pericial de ADN que, en suma, sirve para aclarar cuál es la filiación paterna del hijo o hija.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá reformar el artículo 151 del Código de Familia con el fin de adicionar la legitimación procesal activa de la persona que afirme ser el padre biológico de otra en casos de paternidad establecida por ministerio de ley, para lo cual dispondrá de un plazo de un año contado a partir del día siguiente al de la notificación de la presente sentencia. Dicha reforma deberá señalar las medidas que sean necesarias para que el reconocimiento de la legitimación procesal activa aludida no sea objeto de abusos por parte de las personas legitimadas.

⁷⁰ Se entiende que el daño moral constituye una de las formas de daño inmaterial, porque se refiere a los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de ciertos derechos, efectos tales como la aflicción, el dolor, la angustia u otras manifestaciones del impacto emocional o afectivo de la lesión a bienes inestimables o vitales de la persona. Véase la sentencia de inconstitucionalidad 53-20 12, ya citada.

3. *Notifíquese* la presente sentencia a todos los intervinientes.

4. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiéndose remitir copia al Director de dicho ente público.

-----A. L. J.Z.-----DUEÑAS-----J. A. PÉREZ-----LUIS JAVIER SUÁREZ MAGAÑA-----H. N. G.-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
-----RENÉ ARÍSTIDES GONZÁLEZ BENÍTEZ-----SECRETARIO INTERINO-----RUBRICADAS-----
-----””””