



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

El derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación de paternidad del hijo matrimonial

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogada de los tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales

Autora:

Natalia Rodríguez Pizarro

CI: 0104907670

Correo electrónico: nataliarodriguezpizarro94@gmail.com

Director:

Dr. Diego Francisco Idrovo Torres

CI: 0103971784

Cuenca-Ecuador

29-octubre-2021



RESUMEN

El derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial, forman parte de procedimientos judiciales, genéticos y psicológicos en aras de efectivizar los derechos fundamentales de las personas. Este trabajo analiza el alcance del derecho a la identidad que recae sobre una persona y la inferencia sobre los criterios que verifican su importancia en el desarrollo de la vida de los individuos. En este sentido, la exigibilidad de la identidad es interpretada como la inmediata ejecución de un derecho para evitar quebrantamientos innecesarios. Por consiguiente, el Estado debe tutelar los avances sociales y científicos evidenciando que la única finalidad es velar por su correcta materialización, conllevando una armonía de derechos que se encuentran relacionados con la vida digna. Para concluir, se distingue que la identidad no solo puede ser vista desde la perspectiva de un reconocimiento o una impugnación, sino merece un trato legal especial, adecuándose al desarrollo científico, como las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) y ADN.

Palabras clave: Derecho a la identidad. Caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial. Derechos fundamentales. Vida digna. Avances científicos. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), ADN.



ABSTRACT

The right to personal identity and the expiration of the action to challenge the marital child are part of legal, genetic, and psychological procedures to the effectiveness of people's fundamental rights. The scope of this research is to analyze the right to an identity that relies on a person and the inference about the criteria that verifies the importance of development in the individual's life quality. In this sense, the enforceability of identity is interpreted as the immediate execution of a right to avoid unnecessary violations. Consequently, the State, has tried to protect according to social and scientific advances, evidencing that the only purpose is to ensure its correct materialization, which results in a harmony of rights that are related to a dignified life. To conclude, it is distinguished that identity can not only be seen from the perspective of recognition or a denial action but also deserves special legal treatment, adapting to scientific development, such as Assisted Reproduction Techniques (ART) and DNA.

Keywords: Right to personal identity. Expiration of the action to challenge the marital child. Fundamental rights, Dignified life, scientific advances, Assisted Reproduction Techniques (ART), DNA.



SIGLAS Y ACRÓNIMOS

CRE: Constitución de la República del Ecuador 2008

CPE: Constitución Política del Ecuador 1998

CONA: Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

CC: Código Civil

CDN: Convención sobre Derechos del Niño

LOGIDC: Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CNJ: Corte Nacional de Justicia

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

CCE: Corte Constitucional del Ecuador

COGEP: Código Orgánico General de Procesos

TRA: Técnicas de Reproducción Asistida

ADN: Ácido Desoxirribonucleico

ARN: Ácido Ribonucleico

LOS: Ley Orgánica de Salud

RESFMC: Reglamento Establecimientos Servicios Funerarios y Manejo de Cadáveres



INDICE

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I	15
1.El derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial.	15
1.1. Nociones generales del derecho a la identidad y de la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial.	15
1.1.1. Definición de identidad.	15
1.1.2. Derecho a la identidad.	17
1.1.3. Definición de acción.	24
1.1.4. Definición de caducidad.	26
1.1.5. Definición de impugnación.	29
1.2. El derecho a la identidad, surgimiento en nuestra sociedad y país.	30
1.3. El derecho a la identidad en base al nivel constitucional y legal desde la Constitución Política del Ecuador de 1998 y de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.	33
1.4. Acciones judiciales relacionadas:	35
1.4.1. La acción de investigación de la paternidad.	35
1.4.1.1. Quienes pueden reclamar la acción de investigación de paternidad.	37
1.5. Definición de filiación.	38
1.5.1. Clases de filiación.	40
1.5.1.1. Filiación Matrimonial.	40
1.5.1.2. Filiación Extramatrimonial.	40
1.5.1.3. Filiación Adoptiva.	41
1.5.1.4. Filiación a través de técnicas de reproducción asistida.	41
1.6. Definición de paternidad.	47
1.6.1. Finalidad de la acción de investigación de la paternidad.	48
1.6.2. Características de la acción de investigación de paternidad.	48
1.6.2.1. Inalienable.	48
1.6.2.2. Imprescriptible.	49
1.6.2.3. Irrenunciable.	51
1.7. La acción de impugnación del acto de reconocimiento.	52
1.7.1. Teorías del reconocimiento voluntario.	53
1.7.1.1. La teoría del reconocimiento – confesión.	53
1.7.1.2. Teoría reconocimiento – admisión.	54
1.7.1.3. Teoría final.	54
1.7.2. Características del reconocimiento voluntario.	55
1.7.3. Quien puede ejercer la impugnación del acto de reconocimiento.	56



1.7.4. Vía nulidad. Quien puede plantear la impugnación del acto de reconocimiento por vía nulidad.	57
1.7.5. Elementos esenciales del acto de reconocimiento voluntario de paternidad.	58
1.7.6. Vicios del consentimiento que pueden influir en la nulidad del acto de reconocimiento.	59
1.7.6.1. Error.	59
1.7.6.1.1. Clases de error.	59
1.7.6.2. Fuerza.	60
1.7.6.3. Dolo.	62
1.8 Análisis de la Sentencia No. 1911-16-EP/21.	64
1.8.1 Análisis de los antecedentes procesales.	64
1.8.2 Identificación del problema.	64
1.8.3 Argumentos principales.	65
1.9. La acción de impugnación de paternidad.	66
1.9.1. Causales de impugnación.	68
1.9.1.1 Ausencia del hogar por parte del marido.	68
1.9.1.2. Imposibilidad del marido para engendrar.	68
1.9.1.3. Adulterio de la mujer.	69
1.9.1.4. Otros hechos.	69
1.10. Derecho Comparado.	71
1.11. Antecedentes normativos de la impugnación de paternidad.	73
1.11.1 La invocación del derecho a la identidad para plantear la acción de impugnación de paternidad.	73
CAPITULO II	77
2. Derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial referente al avance tecnológico y el gran aporte a la investigación.	77
2.1. Definición de ácido desoxirribonucleico ADN.	77
2.2 Análisis del examen ácido desoxirribonucleico ADN.	79
2.2.1 Casos en los que se puede realizar el examen de ADN.	81
2.2.2 Muestras para la realización del examen ADN.	83
2.2.2.1 Muestra de saliva.	84
2.2.2.2 Muestra de sangre.	84
2.2.2.3 Muestra post-mortem.	85
2.2.3 Protección de las muestras del examen de ADN.	86
2.2.4 Cadena de custodia de las muestras del examen de ADN.	87
2.2.5 Proceso de análisis de la muestra del examen de ADN.	88
2.2.6 Conservación de las muestras del examen de ADN.	89
2.2.7 Confiabilidad del resultado del examen de ADN.	93



2.2.8. Validez probatoria del examen ácido desoxirribonucleico ADN.	95
2.3 Normativa que ampare el examen de ADN y su alcance.	96
2.3.1 Derecho Comparado	98
2.4 Aporte del examen de ADN al tema de investigación.	100
CAPITULO III	103
3. Repercusión positiva y negativa del derecho a la identidad y de la impugnación del hijo matrimonial.	103
3.1 Criterios que determinan la importancia del derecho a la identidad y la acción de impugnación del hijo matrimonial (familia).	103
3.2 Consecuencias de la impugnación de paternidad del hijo matrimonial en relación padre-hijo.	119
4. CONCLUSIONES.	123
5. RECOMENDACIONES.	126
6. REFERENCIAS	127
7.ANEXOS	141



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Natalia Rodríguez Pizarro en calidad de autora y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “El derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 29 de octubre de 2021

Natalia Rodríguez Pizarro

CI. 0104907670



Cláusula de Propiedad Intelectual

Natalia Rodríguez Pizarro, autora del trabajo de titulación “El derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, 29 de octubre de 2021

Natalia Rodríguez Pizarro

CI. 0104907670



DEDICATORIA

A mis padres Jorge y Nelly, que con inmenso amor, benevolencia y sabiduría han llenado de dicha cada etapa de mi vida,

A mis hermanos Jorge y José, compañeros de regocijos y contiendas, por su amor y apoyo incondicional,

A mi sobrina Rebecca, por su adorable corazón y su capacidad de alegrar mis días,

A mi segunda familia, mis padres Katie y Matt, mis hermanos Sofía y Gus, mis abuelos Ida y Larry, mi corazón está siempre con ustedes.



AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser mi motor fundamental de cada día,

A mi sublime familia, por su motivación diaria,

A mi director de tesis Dr. Diego Francisco Idrovo Torres, por su colaboración y entrega.

A mi afable Dr. Marco Antonio Machado Clavijo, por sus aportes y conocimiento.

A mi Universidad de Cuenca, que me ayudó a forjarme día a día,

A mis profesores de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales, por impartir sus conocimientos y amor a la profesión,

A mi entrañable amigo Christian, por todos los consejos y apoyo desprendido.



INTRODUCCIÓN

Hace 15 años en el Ecuador, el derecho a la identidad y la acción de impugnación del hijo matrimonial formaban parte del quebrantamiento del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, debido a que su regulación se encontraba sujeta a limitaciones mediante plazos dentro de su accionar, impidiendo de esta manera su correcta ejecución. Los avances científicos, han aportado diversos avances a las ramas de estudio para brindar facilidades o mejorar condiciones de vida. Dentro de la óptica del derecho, la implementación del examen comparativo de Ácido Desoxirribonucleico ADN, ha servido para consolidar la verdadera identidad biológica de las personas.

Es necesario señalar que, los artículos 257 y 260 del Código Civil, procesalmente, fueron considerados como obstáculos legales dentro del pleno ejercicio del derecho a la identidad por parte de dos señores jueces del cantón Cuenca, cada uno dentro de sus respectivos juicios, mismos que fueron elevados en consulta constitucional, donde el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del Art. 260, el que fue suspendido de carácter general y obligatorio. Por otro lado, la Corte Constitucional del Ecuador, declaró la inconstitucionalidad de la norma derogando el Art. 257, debido a que existía una afectación en su ejercicio en relación a la Constitución Política del Ecuador de 1998, que reconocía como un derecho imprescriptible, mismo que no podía ser sujeto a un plazo o extinción.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, comprende y abarca el derecho a la identidad desde la concepción de un Estado constitucional, como un derecho fundamental, que todas las personas son titulares por ser inherente a su dignidad humana, que incluye el derecho a conocer su origen, procedencia, nombres, condiciones, nacionalidad e incluso historial médico de sus progenitores, así como formar parte de un núcleo familiar al que realmente pertenece y a *tener certeza sobre su verdad biológica*, para de esta forma poder desarrollarse de una manera adecuada; considerando que existe un nexo relevante con la acción



de impugnación de paternidad del hijo matrimonial que ha sido reconocido, al existir una presunción legal, para que pueda ser desvirtuada es necesario acudir a la administración de justicia, mediante la realización de una prueba biológica de ADN, pretender revocar la paternidad, para entablar la correcta relación biológica, precautelando el derecho fundamental a la identidad.

Para la protección del derecho a la identidad, el Ecuador ha pasado por transformaciones legales en sus cuerpos jurídicos con la implementación de términos, derogaciones y sustituciones de artículos relevantes sobre su contenido, eficacia y alcance, debido a que la protección de los derechos no es estático y siempre busca la verdadera protección para las personas y estas conozcan su verdadera identidad, para garantizar la eficacia contemplada en las normas del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país.

En este trabajo se identifica y analiza el derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial, así como las acciones judiciales relacionadas que en muchas ocasiones son confundidas dentro del ámbito de su alcance; de igual manera colaboran otros campos de estudio como es la Biología y Psicología que dentro del presente tema tiene amplia importancia para su desarrollo y protección.

En este sentido, se desarrollan las nociones generales del derecho a la identidad y de la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial, definiciones, base legal y constitucional de la identidad, se indaga la acción de investigación de paternidad, de igual manera se analiza la filiación, su definición y clases, así como la filiación mediante las técnicas de reproducción asistida (TRA). Se profundiza sobre la diferencia entre la acción de impugnación del acto de reconocimiento, sus teorías, características del reconocimiento voluntario, vía nulidad, elementos esenciales del acto de reconocimiento, vicios del consentimiento; y la acción de impugnación de paternidad, sus causales de impugnación, los antecedentes normativos y la invocación del derecho a la identidad,



En el segundo capítulo, se distingue el derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial referente al avance tecnológico y el gran aporte a la investigación. Se describe en qué consiste el examen de ADN, la normativa que lo ampara, y la relevancia que ha aportado a los grandes cambios normativos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los casos en los que se puede realizar, tipos de muestras, protección, cadena de custodia, proceso de análisis, conservación, confiabilidad del resultado y validez probatoria del examen de ADN. De igual manera, se examinan diversas legislaciones en lo referente a la importancia del ADN, su regulación y las diferencias existentes en el Ecuador.

En el tercer capítulo, se examina la repercusión positiva y negativa de la impugnación del hijo matrimonial en relación al derecho a la identidad, se parte de criterios que determinan la importancia del derecho a la identidad y la acción de impugnación del hijo matrimonial, la repercusión que recae en el contexto de una familia y la consecuencia que esta acción recae sobre el padre e hijo, primando el interés del hijo y más si se trata de un menor de edad.

Finalmente se concluye analizando el derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial en el campo del derecho, genético y psicológico, las repercusiones que una persona puede llegar a tener por la falta de conocimiento sobre su verdad biológica.



CAPÍTULO I

1.El derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial.

1.1. Nociones generales del derecho a la identidad y de la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial.

1.1.1. Definición de identidad.

La palabra identidad, es muy nombrada y de uso reiterado al invocar a los derechos humanos que toda persona por condición propia goza, la definición de identidad viene de la raíz latina *identitas* que significa “el mismo”, entendiéndose como propio, algo que se adquiere desde el momento en que formamos parte de esta sociedad, un cúmulo de particulares que nos distingue entre todas las personas, un derecho inherente a nosotros mismos, la adquisición de este derecho no nace por la invocación, petición o solicitud de un derecho, “es un conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás” (RAE, 23.^a, ed.).

En el Derecho Romano se destaca que, no se dio en sí la existencia de una formalidad que indique la calidad o status de un individuo, como puede ser con una partida de nacimiento, una cédula o un pasaporte que permitan la identificación de las personas que forman parte de una comunidad, como señala Claudia Moatti (como se citó en Bancalari, 2017) que realiza una clasificación con bastos criterios como el hecho de que pueden ser reconocimientos y señales palpables en cada individuo como el cabello, tatuajes, donde también se incluye la huella del pie en la tierra.

“El derecho a la identidad es un derecho personalísimo, autónomo y distintivo de las personas; es el reconocimiento del ser de cada persona elevada por el derecho a la categoría del bien jurídico protegido, por considerarla digna de tutela jurídica” (López, 2017, p.121). Tomando la característica de distintivo, se hace mención a los nombres y apellidos que se obtiene de los progenitores, representantes legales o padres adoptivos, los mismos que deberán

inscribirse para que sean legalmente considerados como ciudadanos y protegidos por el Estado y las leyes; para que pueda tener algún cambio, rectificación, reconocimiento o impugnación, es necesario un proceso judicial en donde el propio Estado velará por su correcto desempeño.

La identidad al ser pieza fundamental en el desarrollo de los seres humanos, forma parte trascendental de un conglomerado de derechos constitucionales que una persona goza, para de esta manera regocijarse de una vida digna en cualquier ámbito que el individuo tenga miras a desarrollarse, para el psicólogo Erik Erikson (como se citó en Zeledón, 2015) la identidad es fruto del resultado de un proceso donde intervienen tres circunstancias, las cuales con, la biológica, psicológica y social, ya que la identidad va a depender de una síntesis interna de la persona y la integración de esta en la sociedad.

Al hacer referencia del triple proceso es necesario identificar:



Figura I: Triple proceso de verificación de la identidad. **Fuente:** La infancia y la niñez en el sentido de identidad. Comentarios entorno a las etapas de la vida de Erik Erikson, por Beatriz Robles. **Elaboración:** Propia.



1.1.2. Derecho a la identidad.

El derecho a la identidad, es un derecho humano, es un atributo que todas las personas poseen sin importar su condición social, edad, género, raza, nacionalidad, idioma u otra condición, este derecho no puede ser menoscabado, violentado, ultrajado, privado o condicionado bajo ninguna circunstancia, mismo que se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y en la Convención sobre los Derechos del Niño, estas normas han abarcado el derecho a la identidad como un derecho inherente a la persona para que bajo ninguna condición las personas, niños, pueblos, nacionalidades o comunidades se vean vulnerados.

El derecho fundamental a la identidad en nuestro país adquirió un tratamiento normativo con la Constitución Política del Ecuador de 1978 donde no existió un contenido específico sobre su protección; en ese sentido y por los distintos gobiernos de turno subsiguientes se realizan nuevas constituyentes donde la codificación de la Constitución cambia dando indicios de un mayor reconocimiento a la identidad, es así que en la primera codificación de 1993 se aborda el tema pero no se hace mención a la palabra identidad en su contexto, en la sección II de la familia, en el artículo 25 se expresa que:

El Estado protege a los progenitores en el ejercicio de la autoridad paterna y vigila el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de padres e hijos. Estos tienen los mismos derechos sin considerar sus antecedentes de filiación. Al inscribirse el nacimiento no se exigirá la declaración sobre la calidad de filiación; y al otorgarse el documento de identidad, no se hará referencia a la misma, ni a la calidad de adoptado. El hijo será protegido desde su concepción y se garantizará el amparo del menor, aún de que su crecimiento y desarrollo sean adecuados para su integridad moral, mental y física, así como para su vida en el hogar (CRE, 1993, Art. 25).



Es así que, mediante el proceso constituyente que derivó en la Constitución del año 1996 ya se incorpora la palabra identidad, en la sección III referente a la familia es así que se expresa que “Los menores tienen derecho a la protección de sus progenitores, de la sociedad y del Estado para asegurar su vida, su integridad física y psíquica, su salud, su educación, su identidad, nombre y nacionalidad” (CRE, 1996, Art.36).

En la Constitución Política del Ecuador del año 1998, de igual manera se reconoce concretamente a la identidad, como un derecho de manera taxativa, es por ello que, dentro de los derechos civiles, se regula que “sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 24. El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley (CRE, 1998, Art. 23).

Continuando con el análisis desde el ámbito constitucional en el Ecuador, tenemos que en el proceso constituyente iniciado por el ex presidente de la República Rafael Correa que derivó en la Constitución del año 2008 se amplía el catálogo de derechos y es por ello que dentro de los derechos de libertad se reconoce y garantiza a las personas:

El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales (CRE, 2008, Art.66).

Dicha innovación constitucional es menester resaltar en virtud que, al ser la norma suprema de directa e inmediata aplicación, se convierte en un derecho que todas las personas lo ostentamos por ser uno propio inherente a la dignidad humana, donde se garantiza a todos los ciudadanos en el Ecuador la protección y seguridad jurídica ante cualquier posible vulneración.



Una vez que hemos partido de dicho análisis constitucional, creemos necesario adentrarnos al ámbito legal del derecho en referencia, que es en donde se abarca una mayor amplitud en cuanto a su contenido y sus titulares, es así que, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, dentro de los derechos relacionados al desarrollo, se regula el derecho a la identidad indicando que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho (CONA, 2017, Art. 33).

El referido contenido legal creemos necesario resaltarlo en virtud que garantiza especialmente a las niñas y niños a un nombre, desde sus primeros días de vida, y es así puesto que, al hacer referencia al precitado artículo a dicho reconocimiento, este debe estar de conformidad con la ley de la materia, es así que simultáneamente nos encontramos con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles que se convierte en una normativa necesaria para coadyuvar a la materialización de este derecho, y en efecto el cuerpo normativo dice:

Datos de la inscripción de nacimiento. El registro de la inscripción de nacimiento deberá contener al menos los siguientes datos: 1. Lugar y fecha de inscripción. 2. Número único de identificación asignado. 3. Lugar donde ocurrió el nacimiento. 4. Fecha del nacimiento. 5. Nombres y apellidos de la nacida o nacido vivo. 6. Sexo. 7. Nombres, apellidos, nacionalidad y número de cédula de identidad del padre y de la madre o de solo uno de ellos según el caso. 8. Captura de los datos biométricos. 9. Apellidos, nombres, nacionalidad y número de cédula de identidad del solicitante. 10. Firma de la autoridad competente. 11. Firma del o los solicitantes de la inscripción. Los datos en mención pueden ser modificados



mediante acto administrativo o resolución judicial. El sexo será registrado considerando la condición biológica del recién nacido, como hombre o mujer, de conformidad a lo determinado por el profesional de la salud o la persona que hubiere atendido el parto. El dato del sexo no podrá ser modificado del registro personal único excepto por sentencia judicial, justificada en el error en la inscripción en que se haya podido incurrir (LOGIDC, 2016, Art. 30).

La importancia de esta ley radica en el cumplimiento de su objetivo el cual es garantizar, normar, regular, gestionar y velar por el derecho a la identidad de las personas, para que de esta manera el Estado pueda generar políticas públicas en beneficio de los ciudadanos, en virtud que con un debido registro de datos de los ciudadanos aplicar de manera correcta y ordenada las referidas políticas públicas en los diferentes grupos sociales que conforman la sociedad ecuatoriana.

Consecuentemente creemos traer a colación normativa convencional, la cual debe ser observada y aplicada por y ante la autoridad pública, es así que en el ámbito supranacional se tiene que con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño se garantiza que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (CDN, 1989, Art. 7). Es así que, en dicha convención tiene una amplia regulación en favor del derecho a la identidad, es por ello que se establece:

1. Los Estados Partes[sic] 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. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes[sic] deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (CDN, 1989, Art. 8).



Estos artículos fueron incluidos en 1989, debido a una propuesta que fue planteada por la Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo de la República de Argentina, la cual es una organización de derechos humanos que tiene como finalidad localizar y restituir a los infantes a sus respectivas familias, críos que fueron apropiados durante la dictadura militar que abarcó periodos de tiempo comprendidos entre 1976 y 1982 en Argentina, por el Proceso de Reorganización Nacional donde se observaron actos de violación a los derechos fundamentales de los argentinos.

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1978, que fue suscrita luego de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, que es un pedestal para la protección de los derechos humanos para todos los Estados que lo han ratificado, en donde al hacer referencia a la Protección a la familia se establece que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” (CADH, 1969, Art. 17). Brindando protección a los hijos en general, sin distinción de haber nacido o no dentro de un matrimonio; situación que merece especial análisis ya que en nuestra legislación se encontraba contemplado en el CC tal diferenciación, como es de conocimiento, el CC ecuatoriano es una adaptación del CC de la República de Chile que fue redactado por Andrés Bello, es por esto que variedad de temas se encuentran muy relacionados, en esta clasificación, el CC ecuatoriano tenía una mayor codificación sobre los tipos de hijos existentes. Esta terrible vulneración de derechos en Ecuador sobre los hijos terminó con el Decreto Supremo No. 94 de noviembre de 1935, con esta reforma fue en donde en el CC se dejó de utilizar la denominación como se explica en el Gráfico II subsiguiente; de igual manera, en uso del derecho comparado está el CC de la República de Chile, donde existía esta diferenciación y clasificación normada que vulneraba los derechos de los hijos.

Ecuador	Chile
Hijos legítimos:	Hijos legítimos:



<p>Los que eran concebidos dentro del matrimonio.</p>	<p>Los que nacían dentro de un matrimonio.</p>
<p>Hijos ilegítimos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Simplemente ilegítimos: Los que eran concebidos fuera del matrimonio por personas que no tuvieran impedimentos para casarse entre sí.2. Reconocidos o naturales: Los que eran reconocidos por uno o ambos progenitores.3. Ilegítimos de dañado ayuntamiento: Los que eran concebidos fuera del matrimonio por personas que no podían contraer matrimonio.<ol style="list-style-type: none">3.1 Incestuosos: Los que eran concebidos por individuos muy próximos por consanguinidad.3.2 Sacrilegio: Los que eran concebidos por personas que estaban ligadas por voto solemne de castidad.	<p>Hijos ilegítimos o "huachos":</p> <ol style="list-style-type: none">1. Ilegítimos propiamente: Los que no tenían reconocimiento alguno.2. Ilegítimos naturales: Los que eran reconocidos mediante escritura pública por uno de sus padres o ambos.



3.3 Adulterinos: Los que eran concebidos por personas que se encontraban casadas.	
Hijos legitimados: Los que eran concebidos fuera del matrimonio y luego de su nacimiento sus padres se casaban.	

Tabla I Características de Hijos Legítimos e Ilegítimos. **Fuente:** Ecuador: Nueva situación legal de los hijos ilegítimos de Manuel A. Corral Jáuregui, y Chile: A 20 años de la ley que terminó con los hijos ilegítimos en Chile. **Elaboración:** Propia.

Es por ello que indicamos, si ninguna persona puede ser prohibida de llevar nombres y apellidos, es necesario que las autoridades velen por el correcto registro de los ciudadanos nacidos dado que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario” (CADH, 1969, Art. 18).

De lo cual se desprende que bajo ningún concepto una persona se encontrará en una condición de menoscabo de sus derechos por falta de reconocimiento de sus dos progenitores, sin ningún perjuicio de aquello se puede tener los apellidos sólo de un progenitor, y en el caso de que la persona no cuente con un nombre se le acreditará un nombre supuesto autorizado por una autoridad competente, siempre y cuando se hayan agotado todas las posibilidades de obtener un reconocimiento de sus progenitores, se entiende que ese nombre no le pertenece al que lo usa, pero sirve para poder distinguir a una persona y no se vulnere su derecho a la identidad.

Vulneraciones al derecho a la identidad que no deben ser toleradas por el más mínimo ciudadano peor aún por parte de los funcionarios públicos, en razón de lo cual el máximo órgano



de justicia constitucional en el Ecuador, que es la Corte Constitucional, ha indicado de manera clara que el derecho a la identidad personal, se convierte en:

Un derecho fundamental porque permite establecer la procedencia de los hijos respecto de sus padres, es un hecho tan natural e innegable que nadie puede desconocer y constituye la relación más importante de la vida; su incidencia se manifiesta no solo en la familia sino en el conglomerado social, o sea el derecho de saber quién es su padre y madre, y esto sin duda constituye la identificación de una persona (CCE, Sentencia NO. 025-10-SCN-CC, p.6).

El derecho a la identidad, se concibe principalmente como un derecho innato, adquirido desde el nacimiento del ser humano como un derecho fundamental, dotado con la individualización de cada persona dentro de la sociedad a la que forman parte, también se considera que es un derecho originario donde el Estado protegerá y respetará ante cualquier vulneración, no puede ser limitado, menoscabado o violentado un derecho consagrado en normas del ordenamiento jurídico que regulan, reconozcan y brinden seguridad jurídica.

1.1.3. Definición de acción.

La palabra acción tiene múltiples significaciones en las diferentes ramas de estudio, en los múltiples actos o actividades cotidianas, económicas y sociales, esta palabra viene de la raíz latina *actio* que significa acto, entendiendo como el acto, la acción de ejecutar, desempeñar, desarrollar, explicar alguna actividad; así como el efecto de la realización de estos actos o actividades; de igual manera se considera que es el “ejercicio de la posibilidad de hacer (...) el resultado de hacer” (RAE, 23.^a, ed.). Por lo tanto, al hacer mención específica a su significación en derecho se indica que “en sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés” (RAE, 23.^a, ed.).

Es de suma importancia considerar que, la palabra acción se encuentra en todas las ramas del derecho, como una vía, una forma, una modalidad, una realización hacia la obtención de un



derecho, dejar sin efecto alguna vulneración, solicitar un derecho, pedir la nulidad de una vulneración, en sí es una facultad que permite impulsar la actividad jurisdiccional; en virtud de lo cual concepto de acción se lo entiende como “el derecho subjetivo que se concede a las personas físicas y morales para que puedan provocar que un órgano jurisdiccional conozca de un conflicto de intereses determinado y lo resuelva mediante una sentencia” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p.41).

Debido a la extensión que abarca la palabra acción resulta muy complejo delimitarla en un solo concepto, en realidad varios juristas consideran que darle un concepto sería restringir la amplitud de este término dado que “realmente existen contados temas en el ámbito del Derecho Procesal Civil, en el que existan opiniones tan contrapuestas y diversas como en el concepto de acción, razón por la cual su explicación relativamente compleja y dificultosa” (Matheus, 1999, p.108).

Dentro del desarrollo doctrinal en la República de México, tenemos una referencia desarrollada por parte de los magistrados de su más alta corte como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde se ha manifestado que la acción se la puede entender como:

Es un derecho, subjetivo, público. Es un derecho porque tiene como correlativa la obligación del órgano estatal al cual se dirige, de resolver afirmativa o negativamente. Es un derecho subjetivo porque constituye una facultad conferida al gobernado por el derecho objetivo para reclamar la prestación del servicio jurisdiccional. Y es un derecho subjetivo público porque significa una facultad del gobernado frente al Estado como entidad de derecho público y porque el contenido del objeto que se persigue (la obtención del servicio jurisdiccional) es de carácter público (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p.17).



1.1.4. Definición de caducidad.

La palabra caducidad, viene de la raíz latina *caducus-a-um* que significa que cae, destinado a la muerte y frágil. Se la entiende como la extinción de un derecho por el transcurso del tiempo, es la “extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de ellas” (RAE, 23.^a, ed.). La caducidad es la limitación impuesta por la ley por lo tanto es la “pérdida de oportunidad de realizar un acto por el paso del tiempo” (Prícolo, 2019, p.25).

La caducidad comprende un periodo de tiempo establecido en la norma referente a la materia con el asunto y “es la causa normal de extinción de las anotaciones preventivas, que se produce ipso iure por el mero transcurso del plazo establecido por la Ley” (Gómez, 2008, p.159). Este plazo es el lapso dentro del cual las personas tienen la potestad de reclamar o hacer valer sus derechos para que estos tengan efectos jurídicos, es decir que la caducidad es:

La pérdida de todos los derechos procesales, a causa de la inactividad de las partes, inactividad total y bilateral, y opera una vez que transcurre determinado plazo que la ley señala. Técnicamente se habla de caducidad de la instancia y los plazos para que esta caducidad se dé, varían según la ley y según el asunto del que se trate (Gómez, 2000, p. 223).

Como Precedente Jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia, en la Resolución No. 13-2015, según la atribución que la propia CRE otorga, siendo el de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, sobre las sentencias que reiteren la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, en la parte resolutive se señala que “(...) dado que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso iure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso” (CNJ, 2015, Art. 1).



Es importante diferenciar:

Prescripción	Caducidad
El transcurso del tiempo consolida situaciones de hecho.	La extinción de un derecho se da por el transcurso del tiempo.
Es susceptible de interrupción.	No admite en ningún caso interrupción del tiempo.
El impulso del proceso es a petición de parte.	El impulso puede ser de oficio.

Tabla II Diferencias entre prescripción y caducidad. **Fuente:** Excepciones previas: Prescripción y Caducidad, de Dr. José García Falconí. **Elaboración:** Propia.

El CC, hasta antes de su codificación del año 1970, en el título IX del libro I, agrupaba dos artículos que hacían referencia a la caducidad, donde se expresaba que “Las acciones para investigar la paternidad o maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo” (CC, 2005, Art. 257). Limitándose así a la persona interesada de ejercer su derecho constitucional, siendo el derecho a la identidad un derecho imprescriptible que no caduca en 10 años, sino dura para toda la vida. De igual manera en el cuerpo normativo en referencia se regulaba que “La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiera comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiera trabado la litis” (CC, 2005, Art. 260).

Esta regulación normativa ciertamente contraviene la efectiva vigencia de los derechos humanos de las personas que pretendían invocar el derecho a la identidad, por no haber sido reconocidos desde su nacimiento, al existir esta restricción la persona estaba obligada a vivir sin hacer efectivo un derecho constitucional, en la actualidad sería imposible que se den este



quebrantamiento a los derechos gracias a los avances tecnológicos y a los exámenes destinados específicamente para dar a conocer si existe algún vínculo familiar entre las personas, gracias al examen ADN entre vivos e incluso post mortem.

Estos dos artículos 257 y 260 del CC pasaron por un análisis de constitucionalidad, después de que se hayan suscitado varios casos judicializados donde se pide el reconocimiento de paternidad y los mismos fueron negados debido a que el plazo para presentar las acciones, como regulaba la ley, habían prescrito, al existir criterios de inconformidad sobre las normas, por un lado estaba una norma específica que es el CC que limitaba y restringía el derecho a la identidad, y por otro lado estaba la CPE de 1998 donde garantizaba el derecho a la identidad.

Ambos artículos del CC fueron declarados inconstitucionales, bajo precisos argumentos, es así que la inconstitucionalidad del Art. 257 del CC la CCE se fundamentó en que aquella regulación impide que se conozca un hecho natural y obvio que es el conocer sobre los orígenes de cada persona, la cual guarda relación con el derecho a la identidad personal, que sin lugar a dudas tiene relación con el derecho a gozar de una vida digna consagrado en el numeral 2 del Art. 66 de la CRE, en consecuencia la acción para demandar la paternidad no puede estar sujeta a plazo alguno para que de esa manera se garantice los derechos constitucionales invocados (Resolución No. 025-10-SCN-CC, 2010).

Respecto al artículo 260 fue suspendido de carácter general y obligatorio, bajo la argumentación en cuanto a que la determinación de la verdad con lo que respecta a la filiación de las personas, no puede concebirse como un tema netamente privado de las partes procesales, sino que el conocer los orígenes de las personas conlleva un tema de orden público, puesto que el derecho a la identidad es independiente de la existencia o no del progenitor (Tribunal Constitucional No. 002-06-DI, 2006).



1.1.5. Definición de impugnación.

La palabra impugnación, viene del latín *impugnare* que significa combatir, contradecir y refutar; entendiendo como el acto de estar en contra del estado de un hecho o de las resoluciones del juzgador para de esta manera solicitar la nulidad, sustitución o modificación de este hecho en cuestión, es la “objeción, refutación y contradicción” (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993). Y desde el ámbito procesal impugnar es “aquella pretensión procesal, de parte o de tercero, establecida expresamente por el legislador, destinada a atacar resoluciones judiciales o diligencias procesales” (Orellana, 2006, p. 165).

Los ciudadanos frente a un hecho, acto, situación o resolución donde existe una pugna de intereses, o sientan que se han sido violentadas o menoscabadas en sus derechos, tienden a bien el derecho “Al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión” (CRE, 2008, Art. 75). Por lo tanto, si dentro de un proceso judicial en donde aún habiendo acudido al órgano jurisdiccional, es importante garantizar en todo momento el derecho al debido proceso en donde se deben respetar las garantías básicas como lo es el derecho a la defensa donde se puede, “Recurrir al fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (CRE, 2008, Art. 76).

Así mismo, la impugnación como norma sustantiva en materia procesal se encuentra en el Código Orgánico General de Procesos, en el Título IV, Capítulo I, refiriéndose a la impugnación, los recursos horizontales como son la aclaración, ampliación, revocatoria y reforma, y los recursos verticales como el de apelación y casación, en el caso de que estas dos sean negadas, cabe el recurso de hecho, que se pueden interponer en el caso de que no se esté de acuerdo con alguna decisión con la finalidad de que los jueces superiores tutelen los derechos, corrigiendo los yerros cometidos por jueces de primera instancia. En materia penal se encuentra en el Código Orgánico Integral Penal en el Título IX, Capítulo I, de igual manera



se hace mención a la impugnación refiriéndose a las reglas generales, recurso de apelación, recurso de casación, recurso de revisión y el recurso de hecho.

Al hacer referencia sobre la impugnación en el CC, en el Título VII, de los hijos concebidos en el matrimonio, se encontraba su regulación desde el Art. 233 hasta el Art. 242, sin embargo en la actualidad desde el Art. 234 al Art. 241 se encuentran derogados por la Disposición Derogatoria Única de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19VI2015, pero es de mucha importancia analizarlos y conocer cuáles fueron las causas que llevaron a que sean declarados inconstitucionales, pues trataban temas específicos sobre la impugnación, la presunción de paternidad, impugnación de paternidad por adulterio de la mujer, derecho exclusivo del marido para impugnar la paternidad, impugnación de la paternidad luego de la muerte del marido, presunción de no paternidad, plazo para impugnar la paternidad después de la muerte del marido, impugnación de la paternidad por los ascendientes del marido, y requisitos de la impugnación.

Para que la impugnación tenga validez es necesario que sea presentada por la parte interesada o por terceros interesados, con la finalidad de modificar un estado o derecho, invalidar un auto, providencia, sentencia o revocar un derecho, al existir un límite de tiempo para poder ejercerla, es necesario respetar el tiempo establecido por la ley; aunque muchas veces este tiempo pueda ser el causante del quebramiento de derechos, es importante analizar las normas derogadas o suspendidas, normas que se encontraban vulnerando los derechos y fue el motivo para que sean declarados inconstitucionales, realizar un análisis exhaustivo con las normas vigentes para observar la existencia de posibles vulneraciones de derechos que en la actualidad afectan a las personas.

1.2. El derecho a la identidad, surgimiento en nuestra sociedad y país.

Es necesario tomar en cuenta los primeros avances en cuanto al registro de personas en el Ecuador, es así que el General Eloy Alfaro, presidente del Ecuador desde el año 1895, presentó



el proyecto de ley de creación del Registro Civil, ante el Congreso Nacional, debido a la gran importancia de la existencia de un registro de matrimonios civiles, nacimientos y defunciones; décadas más tarde el presidente José María Velasco Ibarra en 1970 amplió su nombre a Registro Civil y de Identificación Ciudadana, formándose con este registro una base de almacenamiento de datos de todos los ciudadanos del país.

Con el pasar de los años, el Ecuador se a suscrito a normativa convencional para de esta manera garantizar el derecho a la identidad como es la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, todos estos tienen la finalidad de dotar a todas las personas el derecho a tener una identidad, un nombre propio, tener conocimiento de los progenitores, a contar con la protección jurídica y su buen desarrollo.

Toda la normativa convencional ha tenido la misma finalidad, que es el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de las personas y que estos sean precautelados por los Estados suscriptores. Sin embargo creemos hacer especial énfasis a los menores recién nacidos, debido a un estudio realizado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, a nivel mundial se considera que 1 de cada 3 niños menores a 5 años no existen oficialmente (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2013) debido a todas las desigualdades en las que se encuentran por diversas condiciones, al no existir para una sociedad significa que no cuentan con la protección del Estado privándoles como consecuencia de derechos fundamentales como el derecho a la identidad, a la salud y a la educación.

Tomando datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, en el último censo del año 2010, 161 mil ecuatorianos se encontraban indocumentados, el 93% correspondía a niños y adolescentes de los cuales no existía un registro de su nacimiento o de una tardía inscripción, algunas razones de la falta de inscripción eran la lejanía en la que se encontraba un Registro



Civil o al desconocimiento de que se debía realizar apenas haya el nacimiento de un menor. Por ser un tema relevante el país ha tratado de solventar esta problemática brindando de facilidades para que el porcentaje de niños indocumentados baje al 0%, se inició un programa de registro y cedulação por parte de la Dirección Nacional de Registro Civil “Al Ecuador ponle tu nombre”, así mismo ha brindado facilidades como la creación de Agencias de Registro Civil en establecimientos de salud para brindar facilidades para poder inscribir de una manera directa sin dilaciones a los recién nacidos (Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2011).

Con aquella referenciación, se resalta que debe ser de importancia para el Estado un correcto y ordenado registro de sus ciudadanos, o sea, la implementación de políticas públicas encaminadas a garantizar el registro que tenga como consecuencia la plena vigencia de los derechos inherentes a las personas, es por ello que creemos necesario resaltar por el órgano constitucional de la República de Colombia, al describir a este importante derecho:

La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte, se establece que: “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes”. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona. Son todos estos derechos asignados a la persona, algo propio en razón de su naturaleza. El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee[*sic*], se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de cualidades, tanto de carácter biológico, como los



referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-477/95, 1995).

1.3. El derecho a la identidad en base al nivel constitucional y legal desde la Constitución Política del Ecuador de 1998 y de la Constitución de la República del Ecuador del 2008.

La aplicación directa de la norma constitucional prevista en las dos Constituciones en referencia, nos lleva a enmarcarnos en el análisis de las mismas en cuanto a la regulación y tutela del derecho a la identidad, no solo porque se reconoce al mismo sino porque su aplicación y materialización está relacionado con muchos otros derechos inherentes a la dignidad humana como se desarrollará a lo largo de este punto.

Al hacer referencia al derecho a la identidad en el Ecuador, se observa que en la CPE de 1998 y la CRE 2008, han existido grandes cambios respecto a su normativa, hace mención a una nueva forma de reconocimiento y regulación de este derecho, desde una concepción moderna para su protección, pese a que este derecho ya se encontraba normado y regulado en la Carta Magna de 1998, la notable diferencia es la amplitud de su redacción y la inclusión de términos que complementan la protección del Estado sobre los derechos.

Los enunciados de los capítulos de las Cartas Magnas señalan:

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998	Constitución de la República del Ecuador de 2008
CAPITULO SEGUNDO	CAPÍTULO SEXTO



De los Derechos Civiles	Derechos de Libertad
<p>Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:</p> <p>Numeral 24. El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley.</p>	<p>Artículo 66.- Se reconoce y garantiza a las personas:</p> <p>Numeral 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.</p>

Tabla III Avances normativos CPE 1998 y CRE 2008. **Fuente:** CPE (1998), CRE (2008).

Elaboración: Propia.

Los derechos civiles, son todos los derechos inherentes a toda persona por su condición humana, como son los derechos a la vida, la libertad, la honra, de asociación, de información, desempeñar un trabajo, seguridad personal, intimidad personal y familiar, recibir protección jurídica, inviolabilidad del domicilio y expresarse libremente (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966); es por ello que desde la doctrina se señala:

Los derechos civiles, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de



elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado (Ferrajoli, 2007, p. 23).

En la Constitución de la República del año 2008, el derecho a la identidad se lo reconoce desde el capítulo correspondiente a los derechos de libertad, los cuales son todos aquellos derechos que los seres humanos poseen desde su nacimiento, en igualdad de condiciones, sin perjuicio de ninguna condición, tanto es así que desde el instrumento en materia de derechos humanos se lo regula de la siguiente manera:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa de una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía (DUDH, 1948, Art. 2).

1.4. Acciones judiciales relacionadas:

1.4.1. La acción de investigación de la paternidad.

La investigación de la paternidad es una acción que busca la declaración judicial del vínculo biológico consanguíneo entre una persona que cree tener un derecho subjetivo para con el accionado y de esta manera declarar la existencia de la filiación, con esta investigación se pretende adquirir derechos y obligaciones impuestos por la ley, se considera que la acción de investigación de paternidad es “Uno de los juicios más delicados, porque en estos juicios se puede palpar el dolor, la mentira, el odio, la soledad, el amor, la sosería o la viveza criolla, revelando la tremenda iniquidad que puede ocultar el orgullo humano” (Calderón, 2014, p.23).



La acción de investigación de la paternidad es una acción judicial que puede ser entablada de dos maneras, cuando quien pretende el reconocimiento es menor de edad el procedimiento es sumario, y en el caso de las personas mayores de edad es el procedimiento ordinario, acciones que deberán ser presentadas ante autoridad competente que corresponde a un Juez de Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, cuando el padre no se ha responsabilizado por el hijo que ha sido concebido y ha nacido fuera del matrimonio, dentro de este proceso se realizará la investigación necesaria para verificar el vínculo biológico mediante la prueba de paternidad ADN, misma que será prueba clave e irrefutable para la declaración de derechos, de esta manera se sostiene que:

Acudimos entonces a la Medicina Legal, ya que ella, como una ciencia que se encuentra al servicio de la administración de justicia, nos puede ayudar a demostrar y probar en juicio que, las persona que reclama la paternidad es descendiente del demandado, basándose en la comprobación de los caracteres hereditarios sean estos hematológicos o psicosomáticos (Calderón, 2014, p.25).

Al indicar que es un trámite seguido en vía ordinaria, se puede considerar que es un proceso dilatorio pero en la realidad se tiene en consideración que, la persona que patrocina el proceso puede simpatizar de primera impresión con la persona que busca establecer definitivamente un vínculo de origen con el demandado, pero es necesario considerar que, del otro lado está el demandado y que los hechos alegados pueden o no ser ciertos, hay que respetar los derechos de uno y otros, el hecho que el legislador haya elegido que se trate de un proceso ordinario y no uno sumario o uno de mayor brevedad es una realidad procesal, en este sentido no hay afectación, hay que acatar las normas, el COGEP al ser norma procesal y pertenecer al derecho público se pone para que todos sepan a qué atenerse, cual es la conducta que han de seguir en un escenario judicial, dice la ley procesal cual es la conducta que debe acatar el juez, actor, demandado y los auxiliares de justicia, todos los que van a intervenir en el proceso,



incluyendo testigos, es completo, de modo que está en debida correspondencia con la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva porque el ejercicio de esta garantía constitucional esta reglado, hay que hacer la cosas como manda la ley procesal.¹

Con esta acción se pretende establecer el nexo existente entre el progenitor y el hijo, lo que se conoce como filiación, entendiéndose así:

Vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y, por lo tanto, constituye la forma más cercana de parentesco. De ahí que por filiación jurídica deba entenderse en su sentido amplio la relación creada entre los progenitores, padre y madre, y sus descendientes, hijos, que forman el núcleo social primario de la familia, a quienes la ley atribuye derechos, deberes y obligaciones (Baqueiro, 2009, p.223).

Al hacer referencia sobre derechos, deberes y obligaciones entre padre, madre e hijos son los de dotar de nombres y apellidos, de una nacionalidad en el caso de que el padre-madre sean extranjeros, proporcionar el derecho de alimentos correspondiente, estar presente en los actos importantes de su vida, proveer de cuidado y protección especial y el derecho a suceder (CONA, Art. 102, 2013).

1.4.1.1. Quienes pueden reclamar la acción de investigación de paternidad.

La reclamación de esta acción le corresponde a la persona que no haya sido reconocido, en otras palabras, al hijo, como indica el artículo 252 CC, sobre el reconocimiento judicial, ha sido legislado con las reformas al CC, de la siguiente manera:

La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o a sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales. Quien tenga la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a

¹ (M.A. Machado comunicación personal, 06 de agosto de 2021)



conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este código. Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015, Art. 34).

Con aquello creemos tener presente la antigua regulación que sobre la acción de investigación de paternidad o maternidad se tenía en el CC y es que se regulaba que “La acción de investigación de paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz” (CC, 2005, Art. 255). A simple vista se nota un gran cambio, en primer lugar indica que los descendientes del hijo son titulares de la acción de investigación de la paternidad, en los casos en los que su ascendiente ya haya fallecido y pretendan tener conocimiento sobre su verdadera identidad; como segundo cambio es la adecuación de quien tenga la patria potestad, la norma anterior indicaba específicamente que la madre podría presentar esta acción, ahora hace alusión a que puede ser padre o madre sin ninguna distinción; y por último el tercer cambio y de suma importancia, indica expresamente que el derecho a la identidad es imprescriptible.

1.5. Definición de filiación.

Con la acción de investigación de paternidad se pretende tutelar derechos, que se utiliza como el mecanismo que ayuda al hijo a conocer su verdadero derecho a la identidad, en donde resulta de importancia resaltar el contenido de la filiación, que se lo entiende de la siguiente manera:

Es el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos (...) entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho y regulado en la ley (Pérez, 2010, p.120).



La correlación existente entre un reconocimiento voluntario o un judicial lleva a la consecuencia de la plena y efectiva vigencia de los derechos de los menores, en donde los progenitores al tener derechos y obligaciones se convierten en los principales actores para velar por el correcto desarrollo y crecimiento de sus hijos, y en esa medida es el Estado que por medio de políticas públicas coadyuva a garantizar el bienestar de los menores; en consecuencia el establecimiento de la filiación, desde el ámbito legal, se lo realiza de la siguiente manera:

a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre (CC, 2005, Art. 24).

En uso del derecho comparado podemos tener en cuenta el Código Civil para el Distrito Federal de la Ciudad de México, que al regular la filiación dispone:

La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromisos en árbitros (CCDFM, 2000, Art. 338).

Al momento de establecerse la filiación, aun tratándose si es realizado dentro o fuera de la institución matrimonial, se gozarán por parte del beneficiario de los derechos establecidos en la Ley y en la Constitución es así que dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico se establece que “Los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido” (CC, 2005, Art. 247). Pero en el caso que no se de este reconocimiento queda la posibilidad de que se puede ejercer la acción de investigación de paternidad para que los hijos puedan gozar de los derechos que les corresponden.



1.5.1. Clases de filiación.

1.5.1.1. Filiación Matrimonial.

Corresponde al hecho de haber matrimonio en una pareja, y como consecuencia de ello se procrea, o sea, se da lugar a la existencia de un hijo en común de los contrayentes, en virtud de lo cual “Con la filiación, el matrimonio se completa y llega a ser propiamente una familia, la que a su vez constituye la célula básica en la que se estructura el tejido social” (Corral, 2003, p.241).

La filiación matrimonial, concebida como filiación legal, se entiende que por imperio de la ley cumple los supuestos establecidos donde establece que “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido (...)” (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015, Art. 26).

1.5.1.2. Filiación Extramatrimonial.

Es la filiación que se da cuando un padre y una madre no se encuentran casados, sino se mantuvo una relación extramarital y como consecuencia se tuvo un hijo, nace simplemente de la procreación. “Los hijos naturales no tenían vínculo con el padre, no formaban parte de la familia, no llevaban su nombre, no le heredaban. Todas las relaciones eran con la madre, a quien heredaban todos sus derechos” (Pérez, 2019 p.14). Sin embargo, existe la posibilidad legal de reconocer a los hijos habidos fuera del matrimonio, como lo dispone así nuestro Ordenamiento Jurídico en donde se regula que “El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce” (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015, Art. 31).

Consecuentemente si la norma faculta un reconocimiento libre y voluntario, la misma tiene relación en cuanto a que “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido” (CC, 2015, Art.247). Y es así, puesto



que el reconocimiento puede realizarse “Por escritura pública, declaración judicial, acto testamentario, instrumento privado reconocido judicialmente, declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo o en el acta matrimonial (...)” (Ley Reformativa al Código Civil, 2015, Art. 32).

1.5.1.3. Filiación Adoptiva.

La adopción es una institución jurídica que persigue establecer entre dos personas una relación de filiación; es decir, vínculos jurídicos similares a los que existen entre una persona y sus descendientes biológicos. Para ello, el derecho recurre a una ficción, reconociendo la existencia de una relación de filiación entre quienes no tienen la correspondiente vinculación biológica (Moliner, 2012, p.102-103).

Por otro lado, es la filiación que se da cuando una familia heterosexual u homoparental se convierten en padres en el momento que adoptan un menor, niño o adolescente, a través de una organización que se encarga de la adopción luego del procedimiento establecido en la legislación de cada país, en donde los padres adoptivos adquieren los mismos deberes, derechos y obligaciones que la ley establece para con su hijo adoptivo.

La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, (...), respecto de un menor de edad que se llama adoptado. Solo para los efectos de la adopción se tendrá como menor de edad al que no cumple 21 años (CC, 2015, Art.314).

1.5.1.4. Filiación a través de técnicas de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida son tratamientos practicados con la finalidad de concebir un hijo en los casos en los que una persona, pareja heterosexual u homosexual por cualquier condición natural o de salud no lo puedan consumir, tienen como objeto resolver los trastornos de fertilidad que lo impiden, es necesario que estos tratamientos adquieran



intervención profesional para determinar la técnica adecuada y de esta manera llevar el debido control (Sociedad Española de Fertilidad, 2011).

En relación a los tratamientos se refiere:

Al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide (Santamaría, 2000, p.37).

Estos tratamientos son practicados con la finalidad de que las personas que asisten a ellos, obtengan el anhelo de convertirse en madre o padre, pero existen casos en que es necesaria la intervención de una tercera persona para poder concebir el hijo como puede ser el caso de una inseminación heteróloga o de una maternidad subrogada, que se entiende la primera como “El tratamiento de parejas infértiles que por causas bien definidas requieran inseminación heteróloga (con semen de un donador), proveniente de un banco de semen” (Ginecología y Obstetricia de México, 2011, p.761). Y como maternidad subrogada se entiende a “La práctica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebé previo pacto, compromiso o contrato, que incluye una cláusula de cesión, al término de la gestación, de todos sus derechos sobre el recién nacido. Esa cesión se hará a favor de otras personas las contratantes, que asumirán la paternidad o maternidad del niño” (Pacheco, García, 2018, p.1).

Esta definición es necesaria porque existe la posibilidad de que el tercero que ha donado semen o ha gestado en su vientre un bebé se encuentre en la situación que con el paso de los años el hijo desee establecer legalmente la relación biológica existente en especial cuando “Se trata de aplicar los TRA a situaciones excepcionales como en las parejas homosexuales, en la procreación post mortem o en mujeres solas” (Turner, Molina, Momberg, 2000, p.14).

Ante esta situación se entiende que:



En los eventuales conflictos de intereses que suscitan las TRA entre sus distintos partícipes, creemos que es el interés del hijo el que debe primar, con el objeto de hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales, teniendo presente que ello no puede llevarnos a considerar como absolutos los derechos de los hijos frente a los demás involucrados (Turner, Molina, Momberg, 2000, p.14).

En referencia a esta situación, es necesario indicar que el derecho a conocer el origen biológico de las personas nace en Alemania, y es entonces que se explica:

Por el influjo de la ideología nacionalista, que sentía necesario distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. (...) con el término del origen nacionalista, la doctrina alemana fundamentó la procedencia de esta acción en que el derecho a conocer la propia identidad es un derecho de la personalidad (Turner, Molina, Momberg, 2000, p.16).

En diferentes legislaciones como la española indican que:

La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así, como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que lo constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. (...) Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes (Ley 14, 2006, Art. 5.5).

En el Ecuador, no existe normativa que indique con exactitud que son las TRA, su alcance y modalidad en las que se llevarán acabo o la manera en cómo se aplicarán en el caso



de que exista algún inconveniente, la complicación más notable sería el tema de filiación indicando que sus derechos podrían ser transferibles, estando en contra de lo establecido en el Ordenamiento Jurídico, es por esta razón donde se indica que, “Evidentemente que la institución de la Filiación es la que se vería más afectada y alterada, tendría que cambiar por completo, y dicho cambio conllevaría a la reforma de varios cuerpos legales que se encuentran ligados entre sí” (Crow, 2006, p.74).

En España, la filiación de los hijos nacidos mediante TRA establece que:

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles (...). 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge (Ley 14, 2006, Art. 7).

Retomando el tema sobre la determinación de la filiación respecto a las TRA se indica que, es necesario tener presente cual fue la técnica utilizada y las personas que intervinieron en el tratamiento, es necesario considerar que se puede catalogar diversos tipos de filiación como son:

1. **Filiación matrimonial:** En el caso que exista implantación directa del espermatozoide y el óvulo de la pareja unidos por el vínculo matrimonial dentro del útero de la esposa;

En este caso, no se presenta mayor problema, ya que coincide perfectamente la identidad entre paternidad genética y legal y entre maternidad genética y biológica. (...) Esta filiación es determinada en el momento en que el marido consciente en que se realice sobre su mujer una de las técnicas de Reproducción Asistida. (...) Dentro de este caso,



debe tomarse en cuenta si el matrimonio se lo realizó antes, durante o después de la realización de una de las Técnicas de Reproducción Asistida. Si el tratamiento se lo hizo antes del matrimonio debe utilizarse la regla de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio. Si el niño nace dentro de este periodo, entonces se inscribirá la paternidad matrimonial. Pero si el tratamiento se lo hizo luego de la separación o disolución del matrimonio de la pareja se debe usar la regla de los trescientos días. Si existía consentimiento por parte del marido y el nacimiento se da dentro de ese periodo entonces la paternidad será matrimonial (Crow, 2006, p.178).

Dentro de esta determinación es importante destacar lo que ocurre en el supuesto que los espermatozoides y óvulos pasen por el proceso de crioconservación debido a que no se pretende utilizar todos los embriones en el mismo momento, después de cierto tiempo acaece la separación entre el marido con su esposa, consecuentemente ella acude a la clínica especializada a solicitar que los embriones sean implantados en su útero, ante este hecho es necesario que exista una autorización previa de ambos intervinientes donde se decida sobre el destino de los embriones que fueron congelados (Crow, 2006).

Así mismo es importante señalar lo que explica la doctrina al respecto:

La fecundación in vitro se hace con el óvulo de la mujer, pero con el semen de un donante que no es el marido (...). En este caso se presume que el hijo es del marido porque nace dentro del matrimonio o antes de los trescientos días contados desde la disolución del contrato matrimonial, por lo tanto, el hijo tendría una filiación matrimonial. Y debido a su consentimiento en la aplicación de esta técnica, ninguna de las partes puede impugnar su filiación matrimonial (Crow, 2006, p.180).

De igual manera existe filiación matrimonial en el supuesto que “La fecundación que se da con los gametos del marido o varón de la pareja y además existe donación de óvulos para luego ser insertados dentro de la mujer para que se encargue de la gestión del niño. (...) Siempre



y cuando hubiere existido el consentimiento libre y voluntario de ambas partes” (Crow, 2006, p.181).

2. **Filiación no matrimonial:** En el caso que una pareja que no se encuentra unida por el vínculo matrimonial acuda a las TRA, “lo que determina esta filiación es el consentimiento del varón y la posterior inscripción en el Registro Civil. (...) Aquí se da el conflicto en la paternidad, ya que no existirá identidad entre la paternidad genética y la paternidad legal, la primera correspondiente al origen de los gametos, y la segunda debido al matrimonio (Crow, 2006, p.179-180).

Existe también la posibilidad en la que una mujer soltera por su propia cuenta mediante las TRA pretenda obtener como resultado un embarazo mediante la donación de semen, “En este caso la filiación del niño será no matrimonial y deberá ser inscrito como tal y no tendrá padre” (Crow, 2006, p.181).

3. **Filiación de madre sustitutas:** Aquí se atribuyen tres tipos de maternidad que son la genética, la biológica y la legal, y se entienden de la siguiente manera:

El primer caso, en donde la pareja decide aportar con su embrión, para luego introducirlo dentro del útero de la madre sustituta para que se encargue de la gestación. Aquí el conflicto se da ya que no se sabría quien es la madre de la criatura, ya que no existe identidad entre la madre genética y la madre biológica. El segundo caso, cuando la madre sustituta es la que aporta con el óvulo para fecundar el semen del marido o varón de la pareja que la contrata. Aquí se confunden la maternidad gestacional con la biológica, y lo que se estaría haciendo es la venta del hijo que está por nacer. Y el tercer caso, en donde a la madre sustituta se le introduce embriones de una tercera mujer donante que no tiene relación alguna con la pareja contratante (Crow, 2006, p.181-182).



Bajo estos supuestos la maternidad será considerada como un contrato de subrogación, el cual será aceptado o no como válido según la manera en la que fue estipulado por las partes y también dependerá del estado civil de los intervinientes para determinar si existe filiación matrimonial o no matrimonial, en este caso la madre sustituta una vez dado por concluido con el contrato antes mencionado no tendrá ningún derecho sobre el menor y se determinará la paternidad y maternidad a la pareja (Crow, 2006).

Por otro lado, desde la doctrina se puede determinar la filiación de la siguiente manera: Si se considera al contrato de subrogación como paso previo para la adopción del menor. De ser así, en el contrato la madre sustituta renuncia a todos los derechos sobre el menor, otorgando la custodia al padre biológico, para que luego la esposa de este lo adopte como suyo. La paternidad se establece en el momento de la inscripción del menor como hijo no matrimonial (Crow, 2006, p.182).

1.6. Definición de paternidad.

De igual manera es considerable precisar la palabra paternidad, que es un concepto que viene de la raíz latina *paternitas*, que hace referencia a la condición de ser padre, un hombre puede ostentar esta condición ya sea de manera biológica o mediante la adopción. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe, en la propuesta de indicadores de paternidad responsable, define a la paternidad como:

La relación que los hombres establecen con sus hijos en el marco de una práctica compleja en la que intervienen factores sociales y culturales, que además se transforman a lo largo del ciclo de la vida tanto del padre como de los hijos (CEPAL, 2001, p.5).



1.6.1. Finalidad de la acción de investigación de la paternidad.

La investigación de paternidad es un proceso de carácter judicial que se halla totalmente reglado, y que restituye el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas voluntariamente por sus padres; se adelanta ante la Jurisdicción de Familia y para emitir sentencia el juez debe solicitar y practicar pruebas, que le permitan determinar la paternidad, incluida la prueba biológica de ADN, prueba que puede ser ordenada por la autoridad competente, o aportada por las partes interesadas en el proceso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-258/15, 2015).

Consecuentemente, de lo constante en el desarrollo de este trabajo podemos entender que finalidad de esta acción es tener el conocimiento certero sobre quién es el padre de un hijo, esto se suscita cuando no ha existido un vínculo matrimonial entre los procreadores o cuando no existe la certeza de que un hijo sea fruto de esa relación sin importar el estado civil de las personas, es por esta razón que al existir esta acción se le va a hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales como es el derecho a la identidad.

1.6.2. Características de la acción de investigación de paternidad.

1.6.2.1. Inalienable.

Es inalienable, porque no puede venderse o cederse de manera legal bajo ninguna concepción, esta es una característica también de los derechos humanos ya que los mismos son “Innegociables debido a que nadie puede enajenarlos. Sin embargo, existen algunos derechos respecto a los cuales puede permitirse negociar con su objeto intrínseco. Lo cual no significa que el derecho mismo se encuentre dentro del contenido de cualquier negocio jurídico, v. gr., la imagen” (Nava, 2012, s.p). Tanto es así que la característica de inalienable viene de la raíz latina *inalienabilis* y se entiende como un derecho fundamental, se adquiere de manera voluntaria formando parte de la esencia misma de la persona, están alejados de la voluntad



debido a que no pueden ser desprendidos, renunciados o transferidos a terceros, forman parte desde el momento de su nacimiento hasta el día de su muerte.

1.6.2.2. Imprescriptible.

Es imprescriptible, porque no se pierde el ejercicio del derecho, ni tampoco su vigencia o validez, viene de la raíz latina, de dos componentes léxicos el prefijo *in* que significa no y el sustantivo *praescriptio* que se forma con el prefijo *prae-*, que es sinónimo de delante; la palabra *scriptus*, que significa escrito, y el sufijo *-tio*, que se usa para indicar acción y efecto; entendiendo como un acto que no prescribe y no extingue el derecho al ejercicio de una acción por el paso del tiempo; lo que se encuentra vinculado con el hecho claro que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993, p.19).

Siendo esta característica esencial para que la Corte Constitucional haya declarado la inconstitucionalidad de los artículos 257 y 260 del CC donde se regulaba que “Las acciones para investigar la paternidad o maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo” (CC, 2005, Art. 257). Y la segunda regulación disponía que “La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiera comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiera trabado la litis” (CC, 2005, Art. 260).

Al existir una limitación de tiempo en el ejercicio de la acción de investigación de paternidad, siendo esta exigible solo hasta cuando el hijo cumpla los veinte y ocho años de edad como indicaba el artículo 257 y posteriormente ser sometidos a un análisis constitucional, fue considerado inconstitucional, en base a la siguiente fundamentación:

El derecho a conocer su identidad constituye una garantía constitucional, no sólo para los menores de edad, sino también para todas las personas sin distinción de edad, puesto



que tiene la plena facultad de investigar sus orígenes, pudiendo de esta manera exigir a quien le ha dado vida que cumpla con las obligaciones que la ley establece para el caso, garantizando de esta manera el derecho a la igualdad por ser un derecho propio de la persona, estableciéndose como características de la identidad el sentido vitalicio de la misma, por ser concedida para el resto de la vida del peticionario, dándole un carácter innato por establecerse la individualidad propia del hombre y originario, ya que constituye el poder jurídico puesto a su deferencia contra posibles vulneraciones (CCE, Sentencia No. 025-10-SCN-CC, p.5).

La precitada fundamentación tiene un fuerte calado, dado que reafirman el sentido vitalicio de la identidad, lo que tiene relación con la característica de su imprescriptibilidad, dado que, por el transcurso del tiempo se sigue manteniendo a favor de la persona para que de esta manera pueda materializarse el derecho a la identidad de los ciudadanos, tanto es así que la misma Corte Constitucional ha indicado:

Si se establece un plazo para que una persona pueda demandar el reconocimiento de sus vínculos de consanguinidad, se está desconociendo el derecho a la identidad personal, puesto que si bien es cierto la ley estipula un determinado lapso para reclamar la protección de este derecho en la vía judicial, hay que entender que el vencimiento de dicho periodo de tiempo no cambia la condición de padre o madre y por tanto no puede ser sujeto de prescripción; en consecuencia, el efectivo ejercicio del derecho a la identidad personal, entendido como el derecho que tienen las personas a establecer sus orígenes, no se llegará a materializar si opera un plazo para presentar la acción correspondiente (CCE, Sentencia No. 025-10-SCN-CC, p.6-7).

Criterio el cual lo compartimos con el máximo órgano de justicia constitucional, ya que los orígenes de un individuo deben ser conocidos por los titulares del derecho a la identidad, recordando que la dignidad humana al ser fundamento de los derechos fundamentales, no puede



menoscabarse por el texto de la ley que imposibilitaba conocer las raíces de las personas; de esta manera al declarar inconstitucional el Art. 257 del CC la Corte Constitucional indica que:

Debemos señalar que el respeto al derecho a la identidad personal se transforma en términos generales en el respeto de la dignidad humana, reconocida en la norma constitucional como deber fundamental que debe ser garantizado por el Estado. En este orden, se precisa que la norma cuya constitucionalidad se consulta solapa la vulneración del derecho a la identidad personal, que al final tiene relación también con el derecho a gozar de una vida digna, consagrado en el numeral 2 del artículo 66 de la Constitución de la República (CCE, Sentencia No. 025-10-SCN-CC, p.8).

Se reconoce y garantiza a las personas: el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios (CRE, 2008, Art. 66).

Al entender que el derecho a la identidad se puede extinguir con la muerte de los progenitores, por más de que ya se haya movido todo el aparataje judicial, con esto se habla de un terrible atropello a los derechos humanos, en la actualidad conocer quién es el padre es muy sencillo a causa del examen de ADN, sin afectación de resultados erróneos en caso de que el presunto padre esté muerto, convirtiéndose de igual manera el Art. 260 en inconstitucional siendo suspendido de carácter general y obligatorio por el Tribunal Constitucional No. 002-06-DI, publicado en el Registro Oficial Suplemento 274 de 19 de mayo del 2006.

1.6.2.3. Irrenunciable.

Es irrenunciable, porque ninguna persona puede desprenderse de sus derechos, viene de la raíz latina, del prefijo *ir* por *in* que significa privación o negación y del verbo neutro intransitivo *remunerar* y del sufijo *ble* que significa susceptible o puede ser. La palabra irrenunciable hace



referencia al hecho de que no existe la posibilidad de despojarse de aquel derecho así sea por la propia voluntad de las personas, en el caso de que se dé una vulneración, es así en el titular de un derecho humano:

Puede durante toda su existencia ejercitar o no dicho derecho, lo cual no supone que se ha operado una renuncia de su ejercicio, v. gr., el derecho de acción y de acceso a la jurisdicción. Es decir, el hecho que una persona se halle legitimado para reclamar ante los órganos jurisdiccionales una tutela determinada, y no exteriorice el interés procesal de acudir a los órganos de justicia para introducir su pretensión, no es indicativo que ha renunciado al derecho de la tutela judicial efectiva (Nava, 2012, s.p).

1.7. La acción de impugnación del acto de reconocimiento.

El reconocimiento viene de la raíz latina, de la conjunción del prefijo *re*, que significa repetición y el verbo *cognoscere* que significa conocer y el sufijo *-mento* que significa instrumento, es así que el reconocimiento es la acción de distinguir a un sujeto o una cosa entre los demás, luego de un análisis sobre las características propias del sujeto u objeto que se pretende reconocer, con el objetivo de identificar o individualizar la acción; tanto es así que la propia CIDH se ha pronunciado dentro de los casos contenciosos sustanciados, sobre el punto específico del reconocimiento, en el caso *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, ha expresado:

Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. (...) La Corte ha tenido por demostrado que 18 de los 19 miembros de



la Comunidad Sawhoyamaxa que fallecieron como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su deber de prevención de su derecho a la vida (supra párr. 178), no contaron con registros de su nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad. (...) Igualmente, se desprende de los hechos que los miembros de la Comunidad viven en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tienen serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos de identidad. (...) Los miembros de la Comunidad mencionados anteriormente han permanecido en un limbo legal en que, si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, 2006, párr. 189, 190, 192).

Una vez establecida la importancia del acto de reconocimiento, se debe dejar claro que en el momento en el que se da el acto de reconocimiento, los hijos tienen los apellidos de sus padres y gozan de todos los derechos y obligaciones que en el Ordenamiento Jurídico se señala, mismas que no podrán ser privadas de una manera unilateral por parte del padre o la madre, haciendo alusión de que no ha existido ninguna disposición más que su propia voluntad y consentimiento de aceptación, donde indica la naturaleza jurídica del reconocimiento, convirtiéndolo en “El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce” (Ley Reformativa al Código Civil, 2015, Art. 31).

1.7.1. Teorías del reconocimiento voluntario.

1.7.1.1. La teoría del reconocimiento – confesión.

(González, 2015) Señala que la persona que va a reconocer a un hijo como suyo ha indicado o confesado que ha mantenido relaciones sexuales con la procreadora durante el tiempo de la concepción, señalando que con esta confesión no existe duda alguna de que el hijo es suyo, este



acto puede no ser certero, debido a que no existe una seguridad material que avale dicha manifestación, sino que a esta teoría se le debe tomar como una simple narración de los hechos por parte del reconociente que pueden ser cierta o no para que se determine la existencia de la filiación.

Al interpretar esta teoría se considera a la confesión como una verdad absoluta, un reconocimiento excluyente pudiendo ser este falso, frente al verdadero reconocimiento que pueda tener un padre con su hijo, limitando y agotando los medios probatorios para demostrar la verdadera filiación, más sin embargo esta no es tomada como una prueba plena ante el Juez para declarar el reconocimiento:

El nuevo derecho de la filiación contiene una distinción entre los medios de prueba y los factores de determinación. (...) los factores de determinación son los necesarios para que opere la atribución o determinación del Estado: el parto, la situación del pater is est, el reconocimiento, la sentencia jurisdiccional, (...) En cambio, los medios de prueba buscan corroborar un hecho para que el juez decida; es decir, para que pueda operar otro factor de determinación: la sentencia (Gandulfo, 2007, p.207).

1.7.1.2. Teoría reconocimiento – admisión.

Que cuestiona la anterior teoría (González, 2015) indica que no sólo es relevante la narración de un hecho, tomándola como una certeza definitiva, sino que es necesario adicionar a la declaración de la voluntad, como elemento indispensable, donde el reconociente debe manifestar su propia decisión acerca del nacimiento de un hijo como suyo, para que mediante la ley se establezcan los derechos y obligaciones que la ley exige para el correcto bienestar y desarrollo del hijo.

1.7.1.3. Teoría final.

Como oposición a ambas teorías, existe una teoría final (González, 2015) considera al reconocimiento como un acto jurídico en sentido estricto, donde no existe una declaración de



voluntad, sino se refiere a que el reconocimiento contiene el acto jurídico de reconocer a un hijo como suyo, como el jurista español indica que “quien reconoce en la forma y condiciones legales es porque quiere que se produzcan los efectos legales correspondientes a la relación parento-filial” (Rivero, 1997, p. 501). Es oportuno diferenciar:

Declaración de voluntad	Acto jurídico
Declaración propia de la voluntad entre el deseo interno y la manifestación externa para celebrar un acto para que tenga efectos jurídicos.	Acto voluntario que influye en la creación, modificación o extinción de las relaciones de derecho.

Tabla IV Diferencia entre declaración de voluntad y acto jurídico. **Fuente:** Código Civil Ecuatoriano y Guías Jurídicas. **Elaboración:** Propia.

1.7.2. Características del reconocimiento voluntario.

Con la finalidad de analizar las características del reconocimiento voluntario debemos partir del CC en donde se regula:

El reconocimiento podrá hacerse por escritura pública, declaración judicial, acto testamentario, instrumento privado reconocido judicialmente, declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo o en el acta matrimonial. El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo. Si solamente es uno de los padres el que reconoce, no podrá expresar la persona en quien o de quien tuvo el hijo (Ley Reformativa al Código Civil, 2015, Art. 32).

Se considera entonces al reconocimiento como un acto personalísimo, donde sólo puede realizarse por parte del padre o la madre, de igual manera es unilateral, porque la paternidad y maternidad son dos condiciones distintas aunque conjuntamente se realicen actos de protección y cuidado a los hijos, así mismo es irrevocable, el reconociente bajo ningún concepto puede dejarlo sin efecto, salvo que incurra en alguna causa legalmente establecida y pueda ser



impugnada, siendo llevada a juicio, fundamentándose con elementos y pruebas ante un juez competente que resuelva lo contrario.

Como consecuencia de ello, creemos resaltar lo previsto en la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, que dispone:

Si con posterioridad a la inscripción, el padre o la madre realizan este reconocimiento, este se registrará en la respectiva partida, con notificación previa y aceptación del reconocimiento por parte del o la representante legal a cuyo cuidado se encuentre la persona menor de edad o incapaz y de la propia persona que sea reconocida en caso de ser mayor de edad y con capacidad legal, de acuerdo con las reglas descritas para el orden de los apellidos en esta ley y al trámite administrativo correspondiente que se determine para el efecto. El reconocimiento podrá ser impugnado y se estará a lo dispuesto en el Código Civil (LOGIDC, 2015, Art. 48).

1.7.3. Quien puede ejercer la impugnación del acto de reconocimiento.

Con la finalidad de adentrarnos en este particular, creemos necesario partir de quienes son los legitimados activos para plantear la acción de impugnación del acto de reconocimiento, es así que la misma puede ser ejercida por el hijo y por cualquier persona que pueda tener interés en ello como lo indica así nuestro Ordenamiento Jurídico que lo regula:

La impugnación del reconocimiento de paternidad podrá ser ejercida por: 1. El hijo. 2. Cualquier persona que pueda tener interés en ello. El reconociente podrá impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez. La ausencia de vínculo sanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica (Ley Reformativa al Código Civil, 2015, Art. 33).



Por ello si existe disposición expresa en cuanto a que a pesar de la inexistencia de vínculo sanguíneo, por este mero hecho no podrá ser prueba plena para entablar la acción de impugnación de reconocimiento, tanto es así que el máximo órgano de administración de justicia ordinaria en nuestro país lo ha dejado mediante la emisión del precedente jurisprudencial obligatorio donde se dispone que “El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable” (CNJ, resolución No. 05-2014, 2014, s.p) y el único quien se encuentra legitimado para poder presentarlo lo ha dejado claro en cuanto a que el “Legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello (...) la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica” (CNJ, resolución No. 05-2014, 2014, s.p).

1.7.4. Vía nulidad. Quien puede plantear la impugnación del acto de reconocimiento por vía nulidad.

La impugnación del reconocimiento de paternidad podrá ser ejercida por: 1. El hijo. 2. Cualquier persona que pueda tener interés en ello. El reconociente podrá impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez. La ausencia de vínculo sanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015, Art. 33).

En tanto desde los precedentes jurisprudenciales existe consonancia con lo referido, siendo así:

El reconociente, quien sólo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que a de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo,



no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez (CNJ, resolución No. 05-2014, 2014, s.p).

Al referirse de requisitos indispensables se refiere a los elementos esenciales de esta acción de impugnación del acto de reconocimiento que son considerados como el conocimiento, la aceptación y la libertad, al encontrarse ausente cualquiera de estos elementos se entiende que existe un vicio, el mismo que es susceptible de una nulidad o invalidez del acto, un acto al estar viciado pudo haber tenido como antecedente la existencia de error, fuerza o dolo.

1.7.5. Elementos esenciales del acto de reconocimiento voluntario de paternidad.

Desde los conceptos jurídicos, se tiene como elementos del acto, el conocimiento, la aceptación y la libertad, los cuales creemos desarrollarlos para poder llegar a lo regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico; consecuentemente al conocimiento se lo entiende como la “Inteligencia, entendimiento, razón de los hombres, reconocimiento, confesión, identificación de una persona, cópula carnal” (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993). La aceptación, es “La manifestación del consentimiento concorde, como producto de efectos jurídicos, constituye el acto de aceptación, que consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido” (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993). La libertad, es la “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, o de no obrar, por lo que es responsable de sus actos” (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993).

En el CC ecuatoriano se regula dentro de los actos y declaraciones de voluntad, al regular la capacidad legal dispone que:

Para que una persona se obligue a otra por un acto declaración de voluntad es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4. Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra (CC, 2014, Art. 1461).



Por lo tanto para que un acto sea legal conforme a derecho, debe reunir los elementos esenciales comunes que corresponden a todos los actos o declaraciones de voluntad y no pueden faltar, caso contrario se trata de nulidad, estos son la capacidad, entendida como un atributo de la personalidad, inherente a la persona desde su nacimiento y es considerada como un requisito de validez de todos los actos; el consentimiento, es la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones; el objeto lícito, indica que para que una persona se obligue a otra por un acto de voluntad es necesario que recaiga sobre un objeto lícito; y la causa lícita, señala que no puede haber obligación sin una causa real y lícita.

1.7.6. Vicios del consentimiento que pueden influir en la nulidad del acto de reconocimiento.

1.7.6.1. Error.

Existe una disconformidad entre lo que es verdadero y lo que se cree que es verdadero, considerado como la falta de discernimiento, como consecuencia a caer en la equivocación e ignorancia, de esta manera una persona celebra un acto, pero desconoce de ciertas realidades sobre el mismo, en tanto así desde el ámbito doctrinal se lo entiende como:

La falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido la parte conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por equivocación, es decir, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias (Vial del Río, 2003, p.77).

En cuanto al error, cabe señalar que, dentro del esquema expuesto, hace acto de aparición en el primero de los planos señalados, de forma que, en general, su presencia no supone más que un conocimiento equivocado de la realidad, en cuya virtud el sujeto quiere algo que no desearía de haber conocido lo que efectivamente existe (De Lamo, 2010, p.10).

1.7.6.1.1. Clases de error.

- **Error de derecho.**



Error sobre un punto de derecho que no vicia el consentimiento como indica el (CC, 2005, Art. 1468) en tanto desde la doctrina se entiende al error de derecho como:

La ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria. Y tanto lo constituye el desconocimiento de la existencia de la norma- es decir, de la letra exacta de la ley- como de los efectos que de un principio legal o consuetudinario vigente se deducen (Osorio, 2008, pág. 373).

- **Error de hecho.**

El error de hecho, recae sobre la especie e identidad del acto, para Cabanellas, es “El que versa sobre una situación real; el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas; y acerca de si se han producido, o no, un acontecimiento” (Cabanellas, Diccionario Elemental Jurídico, 1993). Correlación que existe también en el CC dado que encontramos la siguiente disposición:

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra (CC, 2005, Art. 1469).

Por lo tanto, puede un padre encontrarse en el supuesto de que crea que su hijo, sea biológico, mientras que en la realidad no lo es y la madre lo condujo a error para que se lleve a cabo el acto de reconocimiento y su posterior inscripción del hijo, este error de hecho debe ser probado y declarado por un juez competente.

1.7.6.2. Fuerza.

Tradicionalmente, se ha dividido la fuerza o violencia en dos clases: física (vis absoluta) o moral (vis compulsiva). La fuerza o violencia física, consiste en toda coacción sobre la integridad y libertad material de la persona de la víctima, como pueden ser los maltratos, las torturas y el secuestro, y en ella existe ausencia total de elección en el sentido de la



manifestación de la voluntad del compelido materialmente a la realización del acto; y la fuerza o violencia moral, consiste en una presión psicológica que perturba a la víctima (Consejo de Estado de Colombia, Radicación número: 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605), 2012, párr. 27).

Tomando en cuenta aquella referencia en derecho comparado, podemos entender que la fuerza es la presión física o moral, que se efectúa sobre una persona para obligar a que brinden su consentimiento, sobre un objeto determinado o para impedir expresar su consentimiento, por fuerza física se entiende los actos que han impartido con violencia para obligar a expresar una voluntad ajena a la propia; y fuerza moral son amenazas, coacciones o cualquier otra forma que impongan a la voluntad de la persona, para que vicie el consentimiento es necesario que produzcan una fuerte impresión sobre una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición, que infunda temor a su familia o un mal imparable y grave.

Tratándose de la intimidación, el miedo subyacente a la amenaza se convierte, como en los supuestos de error y dolo, en la causa de la manifestación de una voluntad de la que se carece. De esta manera, el análisis conjunto de ambos vicios permite extraer como conclusión el que comparecen el mismo funcionamiento, toda vez que su presencia no supone una afectación de la voluntad, sino de la declaración, querida solo en la medida en que resulta apta a los fines de poner fin a la situación de violencia ejercida por un tercero. Dicho esto, sin embargo, considero que, con todas las cautelas necesarias, es posible realizar una apreciación derivada del carácter formal requerido por el legislador civil para el reconocimiento (De Lamo, 2010, p.16-17).

Al respecto el CC regula que "La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona



justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar su consentimiento” (CC, 2005, Art.1472). Entendiendo que debe existir una amenaza, una lesión, un menoscabo a su condición humana para que de manera obligatoria realice un acto, que no goce de libertad propia para tomar una decisión y la persona que ejerza cualquier presión reciba un beneficio.

La fuerza, es el medio que tiene la persona interesada en impedir expresar su consentimiento o voluntad, de igual manera tiene que ser probado por quien lo alega, debe ser apreciado por un juez competente, que determinará si la fuerza es actual, injusta y efectivamente sea grave para viciar el consentimiento, para Cabanellas fuerza es “Todo atropello y acto opuesto a razón y derecho” (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 1993). Puede un padre encontrarse en la situación de que haya presenciado actos de fuerza que ha empleado una madre para el reconocimiento de un hijo, tal como amenazar su integridad o a su familia.

1.7.6.3. Dolo.

Para el CC “El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro” (CC, 2005, Art. 29). Si bien la norma no nos da luces claras con respecto a lo que podemos entender por dolo, desde la doctrina se ha construido apreciaciones claras con respecto a aquello en el ámbito civil, considerándola como:

La maniobra empleada por una persona con el propósito de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico, es un error provocado, donde queda evidenciado que, sin ellos, los contratantes, no hubiesen contratado la otra parte y, en este caso, es causa de nulidad por haberse utilizado este medio. Es preciso que este haya sido cometido por uno de los contratantes en contra del otro, para que sea probado por aquel que lo alega (Rojas, 2014, p.205).



Tomando en cuenta este antecedente lo podemos describir como todo engaño o maquinación insidiosa de una de las partes, que incide al otro a prestar su consentimiento para celebrar un acto, y sin este consentimiento no se hubiera celebrado, existen dos clases de dolo, dolo positivo y dolo negativo, el primero hace referencia a actos que se realizan para causar perjuicios a un tercero, proveniente de acciones, palabras o hechos; el segundo, indica que si se ocultan circunstancias que deben comunicarse a la otra parte o se dejan de realizar, teniendo efectivamente la intención maliciosa contra el titular de un justo derecho, es así que el Código Civil regula:

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo (CC, 2005, Art. 1474).

El dolo viene acompañado del desconocimiento e ignorancia por parte de quien lo sufre, es un vicio que afecta los actos voluntarios, es la “Voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato” (Cabanellas, Diccionario Elemental Jurídico, 1993). Quien alega dolo debe probarlo, sobre la voluntad que ha sido prestada, y esta debe haber sido en virtud a la gestión dolosa, la parte perjudicada tendrá el derecho de ser indemnizada.

Cuando se presente la demanda de impugnación del acto de reconocimiento por vía de nulidad, en el desarrollo del proceso en base a las pruebas donde se demuestre algún vicio del consentimiento, el juez competente podrá formular todos los elementos de aportados por la partes, en base a pruebas anunciadas, presentadas y evacuadas, para de esta manera declarar con lugar o sin lugar la demanda, aceptando o rechazando todas las pretensiones señaladas



dentro del proceso y lo actuado en las audiencias, en el caso de la demanda sea favorable se ejecutará lo ordenado en sentencia para que se margine la partida de nacimiento respectiva.

1.8 Análisis de la Sentencia No. 1911-16-EP/21.

1.8.1 Análisis de los antecedentes procesales.

En la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón Naranjal, se plantea la demanda de impugnación de paternidad dentro de juicio ordinario signado con el No. 09319-2009-0696 seguido por Jhonson Isaias Quezada Armijos en contra de Narcisa Elena Balón Laines por los derechos que representa a su hijo, dentro de esta acción la pretensión era la de excluir la paternidad del accionante, quien reconoció de manera voluntaria al menor. Debido a la inasistencia de la accionada y su hijo a la realización del examen de ADN, ante esta situación la juzgadora aplica la norma que consiste en que “Cuando se trate de exámenes o reconocimiento de personas, podrán practicarse peritajes radiológicos, hematológicos y de otra naturaleza. La renuencia de la parte a estos exámenes será apreciada por el juez como indicio en contra de ella” (CPC, 2005, Art. 263).

Consecuentemente declara con lugar la demanda al considerar que efectivamente no existe compatibilidad y los resultados excluyen la existencia del vínculo biológico de paternidad; sentencia a la cual se recurre, por parte de la accionada, sin embargo, el recurso es inadmitido por la juez de primer nivel, frente a lo cual interpone la acción extraordinaria de protección para ante la Corte Constitucional.

1.8.2 Identificación del problema.

La problemática radica en la vulneración del derecho a la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva al confundir, la autoridad jurisdiccional de primer nivel, la acción de impugnación de paternidad con la acción de impugnación del acto de reconocimiento vía nulidad, las cuales tienen ámbitos de aplicación distintos.



1.8.3 Argumentos principales.

La CCE al analizar la Acción Extraordinaria de Protección, procede a realizar ciertas consideraciones que son de importancia en todo tipo de procedimiento, es entonces que, en estrecha relación con la jurisprudencia emitida por el propio organismo constitucional, procede a examinar dentro de sus primeros puntos, sobre la seguridad jurídica, y expone:

La Constitución determina que el derecho a la seguridad jurídica “Se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”¹⁶ La Corte ha entendido que estas características permiten tener una noción razonable de las reglas que serán aplicadas y que brindan certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad (CCE, Sentencia No. 1911-16-EP/21).

Al amparo de dicho argumento, constata que el órgano jurisdiccional de primer nivel vulnera el derecho a la seguridad jurídica, en virtud que éste confunde dos tipos de acciones completamente diferentes como es la acción de impugnación de paternidad del hijo matrimonial, la que puede ser impugnada por el padre que se encuentra unido mediante vínculo matrimonial, en el cual haya nacido un hijo que considere que no es suyo con la acción de impugnación del acto de reconocimiento vía nulidad.

Del análisis del proceso se desprende que la acción de impugnación planteada es improcedente dentro del presente juicio de origen, dado que no existe un matrimonio entre los padres, sino ambos acuden para que Jhonson Isaías Quezada Armijos reconozca voluntariamente al menor; y por otro lado está la acción de impugnación del acto de reconocimiento vía nulidad, que debió haber sido aplicada, puesto que, el reconocimiento voluntario es de carácter irrevocable, y para accionar la impugnación se debía alegar que ha sido inducido al error por medio de los vicios del consentimiento, tal como la CNJ ha señalado



mediante Resolución No. 05-2014, de 20 de agosto de 2014, la misma que ha sido ya abordada y explicada en este capítulo.

Con el antepuesto análisis, es pertinente relacionar en conjunto con las teorías del reconocimiento voluntario, en primer lugar, se encuentra la teoría del reconocimiento - confesión, como ha sido analizado es necesario que, la persona que va a reconocer a un hijo como suyo haya confesado que ha mantenido relaciones sexuales con la madre del menor y por esta razón la existencia de la filiación quedaría sin lugar a dudas. Dentro del respectivo juicio, se observa que Jhonson Isaías Quezada Armijos declaró que jamás hubo ninguna relación de tipo sexual con la madre del menor.

En segundo lugar, se encuentra la teoría reconocimiento – admisión, la cual se considera a la declaración de la voluntad como elemento indispensable, particular en el cuál Jhonson Isaías Quezada Armijos, acudió a reconocer voluntariamente al menor y mediante este reconocimiento se entablaron derechos y responsabilidades para con el menor que desde ese momento ante la ley era considerado como su hijo.

Por último, está la teoría final, misma que supone que el reconocimiento es la manifestación del acto jurídico de reconocer a un hijo como propio, abduce que la persona que ejerza este acto jurídico no necesita confesar o admitir para que se pueda considerar que existe filiación entre padre e hijo, y es exactamente lo que Jhonson Isaías Quezada Armijos hizo con el menor, acarreándole la relación irrevocable de reconocer voluntariamente a un hijo como suyo.

1.9. La acción de impugnación de paternidad.

Esta acción en consonancia con la CRE, normativa convencional sobre derechos humanos, la legislación civil, es un derecho humano esencial de las personas, el derecho a identificarse, su identidad material e inmaterial, rasgos biológicos, procedencia, ámbito social, todos estos aspectos deben ser tutelados por el Estado, es por esto que la acción de impugnación de



paternidad procura tutelar derechos humanos de rango constitucional inclusive supraconstitucional, es una acción que está en consonancia con el respeto a estos derechos.²

Es obligación de los padres dotar de nombres y apellidos al hijo, al igual que cumplir con los deberes y obligaciones que están reconocidos en nuestro marco jurídico, como bien se manifiesta desde el ámbito constitucional donde se debe promover la maternidad y paternidad de manera responsable dado que “La madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos” (CRE, 2008, Art. 69). En este caso se debe cumplir el rol de un buen padre de familia para así poder velar por la integridad, el correcto desempeño y brindarles el cuidado necesario a los hijos ya que “La paternidad es una obligación intransferible, inviolable, inmutable e imprescriptible, existiendo los elementos reales de la concepción de la mujer embarazada y que relacionan al padre del hijo” (Orrico, 2014, p.7). El progenitor por ciertas condiciones, razones tiene dudas sobre la verdad biológica de su hijo, es ahí cuando el ejercicio de la acción de impugnación está presente.

“La impugnación de paternidad es una institución jurídica creada frente a la duda eventual respecto a la verdadera relación biológica entre presuntos padre e hijo” (Coello, 2016, p.12). Esta duda eventual deberá tener bases certeras sobre la alegación de la acción, deberá contar con motivos y pruebas que sean necesarias y suficientes para poder acceder a la administración de justicia para presentar la demanda de impugnación de paternidad y bajo el criterio del Juez con los alegatos y pruebas presentadas, poder tomar una decisión motivada que no vulnere los derechos de las partes dentro del proceso.

² (B.E. Ortega, comunicación personal, 12 de julio de 2021)



1.9.1. Causales de impugnación.

1.9.1.1 Ausencia del hogar por parte del marido.

En la primera causal, tenemos la regulada en el CC, que dispone:

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene como padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015, Art. 26).

A reglón seguido la misma normativa en referencia nos indica los titulares de la acción de impugnación de paternidad, la cual puede ser ejercida por.

1. Quien se pretenda verdadero padre o madre. 2. El hijo. 3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna. 4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnada perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contando a partir de la defunción del padre o madre (Ley Reformatoria al Código Civil, 2015, Art. 26).

Lo que indica que en el caso de que el marido no ha estado presente dentro del núcleo familiar, por cualquier razón que esta sea antes de los 180 días, se puede pedir la impugnación de paternidad.

1.9.1.2. Imposibilidad del marido para engendrar.

Como segunda causal, hacemos alusión a la impotencia que puede tener el marido.

1. **La impotencia coeundi:** Ramírez, Pérez, Vilela (2020) describen como la imposibilidad del marido de acceder carnalmente a su mujer por causa de alguna enfermedad o debido a una operación.



2. **La impotencia generandi:** Ramírez, Pérez, Vilela (2020) lo refieren como la imposibilidad física del marido para engendrar un hijo, pese al acceso carnal con su mujer.

1.9.1.3. Adulterio de la mujer.

Como tercera causal, se encontraba regulada en el Art. 234 del CC, articulado en la actualidad derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley s/n, R.O. 5262S, 19VI2015, que trataba la impugnación de la paternidad por adulterio de la mujer:

El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza, por sí solo, al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre (CC, Art. 234).

De igual manera se necesitaba desvirtuar que efectivamente no era el padre para que la impugnación hubiere progresado, era necesario demostrar la infidelidad de la mujer, pero sin embargo no constituía en una razón por la cual se hubiera dejado en vulneración el derecho a la identidad de un hijo; tanto más que se consideraba una norma arcaica, donde se denigraba los derechos de la mujer, una norma sexista desde todo ámbito ocasionando discriminación hacia la mujer que históricamente ha sido discriminada en una sociedad patriarcal.

1.9.1.4. Otros hechos.

Son considerados como otro tipo de causales, mediante los cuales el marido puede pedir la impugnación de paternidad, siendo estas como la edad avanzada o una grave enfermedad, convirtiéndose en una imposibilidad física, por otro lado está la falta de conocimiento durante el estado de gestación o cuando haya dado a luz, otra es la separación de habitaciones de los esposos, también está la diferencia racial ente el padre y el hijo, y por último encontramos a la diferencia del tipo de sangre del padre y del hijo; causales en referencia que en la actualidad no



se las usa, ya que solamente se debe invocar las causales establecidas en la ley, como garantía de la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Dentro del ámbito constitucional, se a hecho referencia a este particular, esto es, el tipo de sangre entre padre e hijo, es así que en base a informes médicos se desprende que “De dos padres con tipo de sangre O RH+, no puede, en ningún caso, resultar un hijo con tipo de sangre B RH+, en razón de que el factor B de la sangre nunca es recesivo, siendo dominante o codominante (AB) (CCE, Sentencia No. 131-15-SEP-CC, P.5). Esto se explica porque un hijo recibe la mitad de información genética del padre que determina su tipo de sangre y la otra mitad de la madre biológica, como un medio explicativo el Dr. Paz y Miño indica que “Un padre y una madre de grupo sanguíneo “O”, solo pueden tener hijos del grupo sanguíneo “O”, y el apareamiento de otro grupo sanguíneo diferente significa automáticamente que se debe descartar la paternidad” (CCE, Sentencia No. 131-15-SEP-CC, P.5).

Como base fundamental en el desarrollo de la presente investigación, tomamos a la Sentencia No. 131-15-SEP-CC, donde claramente se observa una impugnación de paternidad y la razón del por qué el Art. 236 CC en la actualidad derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley s/n, R.O. 5262S, 19VI2015, fue considerado como una norma que vulneraba los derechos y establece una limitación al padre, se manifestaba como, el derecho exclusivo del marido para impugnar la paternidad y se lo encontraba regulado de la siguiente manera:

Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer, salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente (CC, Art. 236).



1.10. Derecho Comparado.

En este punto en particular creemos necesario abordar desde diferentes ópticas legales en distintos países de la región de Hispanoamérica, acerca de la impugnación de paternidad dado que, es importante tomarlas en cuenta en uso del derecho comparado, con la finalidad de clarificar las distintas concepciones en el ordenamiento jurídico de cada país sobre esta acción, es así que, en el caso de la República de Colombia, la impugnación de la paternidad:

El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto (CC, 2006, Art. 217).

Como se ha indicado, no existe limitación de un plazo determinado, bajo ninguna circunstancia en su accionar, sea esta presentada por el hijo, madre o padre, brindando de protección y seguridad a la persona que desee tener conocimiento sobre su verdad biológica, primando el derecho a la identidad. Un tema a considerar, es el valor probatorio que el juzgador dará a las pruebas presentada inclusive a la de ADN, en cambio en el Ecuador será apreciada en su totalidad. En el caso de España, la acción de impugnación de la paternidad, indica que:

1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.
2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.
3. Si el marido falleciere antes



de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo (CC, 2015, Art.136).

Esta normativa, limita el plazo a un año, bajo diversas circunstancias en su accionar, el tema más interesante es que se incluye a los herederos como reclamantes, en el Ecuador, en la actualidad no existe una normativa que ampare específicamente la acción de impugnación de paternidad de aquellos, menos pertinente estaría la inclusión de los herederos del padre en su reclamación, adelanto normativo que tiene alta consideración debido a que entra en juego intereses en el derecho de sucesión. En cambio, la legislación uruguaya, por acción de impugnación de paternidad la norma determina que:

El cónyuge que no concibió podrá ejercer la acción de desconocimiento de relación filiatoria a efectos de impugnar la presunción de legitimidad que hubiera surgido, dentro del plazo de un año contado desde que tomó conocimiento del nacimiento de la criatura cuyo vínculo filiatorio la ley le atribuye fuera de los casos de acuerdo expreso antes referido. Sus herederos podrán continuar la acción intentada por este, o iniciar la misma, si el cónyuge no concibiente hubiera muerto dentro del plazo hábil para deducirla. Los herederos dispondrán del plazo de un año a contar desde el fallecimiento de este siempre y cuando no se hubiese producido la situación mencionada en el inciso anterior (CC, 2014, Art. 218).

En términos de implementación de una nueva figura este país, regula la acción de desconocimiento de relación filiatoria como un preámbulo para accionar la impugnación de la presunción de legitimidad, de igual manera limita el plazo a un año desde el conocimiento del nacimiento, así mismo incluye a los herederos para que los mismos puedan seguir el proceso cuando el padre haya fallecido. En comparación a las figuras y lo establecido dentro de las normas del Ecuador se encuentra una gran distinción, sin embargo, lo que se pretende es velar por la protección del derecho a la identidad al amparado de cada ordenamiento jurídico.



1.11. Antecedentes normativos de la impugnación de paternidad.

1.11.1 La invocación del derecho a la identidad para plantear la acción de impugnación de paternidad.

Principalmente se debe recalcar que, el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, las personas son consideradas titulares de derechos que están garantizados en la CRE e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que amparan y protegen de cualquier tipo de vulneración, que podrán ejercer sus derechos ante las autoridades competentes, las mismas que velarán por el correcto desempeño del proceso. En la CRE a más de un cúmulo de derechos, se consagra la igualdad, la equidad y la no discriminación entre todas las personas sin ninguna condición.

En la misma condición el Ecuador al ser un Estado garantista de derechos, se reconoce que:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (CRE, 2008, Art. 76).

Es por ello que si hablamos de derecho de acceso gratuito a la justicia debemos tener en cuenta que la Organización de Naciones Unidas ha indicado:

Ponemos de relieve el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de los grupos vulnerables, y la importancia de la concienciación sobre los derechos jurídicos, y, a este respecto, nos comprometemos a adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios, responsables y que promuevan el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica (ONU, Asamblea General, 2012).

Es de suma importancia demostrar que el ahora derogado Art. 236 CC, por la Disposición Derogatoria Única de la Ley s/n, R.O. 5262S, 19VI2015, donde existía un plazo



de 60 días para impugnar la paternidad del hijo matrimonial desde su nacimiento, deja un vacío legal notable, porque no hay alguna otra norma que indique cual es el plazo en el que se puede plantear esta acción, o una norma sustitutiva que la señale como imprescriptible, bien es cierto que antes existía una limitación desproporcionada respecto a los derechos del padre, causando un perjuicio irreparable para toda la vida, obligando de igual manera tanto a padre e hijo a vivir con una identidad falsa.

Al no existir norma que regule esta acción, los que pretenden invocar el derecho de acción de impugnación del hijo matrimonial, se encuentran sujetos a hipótesis, que pueden estar alejadas de una realidad, pero se obliga a que se busque una respuesta por cuenta y riesgo de la persona interesada, resultando tal vez errónea, pero el vacío legal lleva a una conclusión, en relación al Art. 2415 CC, al ser la impugnación de paternidad un proceso ordinario, se entendería que para esta acción ordinaria el tiempo para la prescripción extintiva sería de 10 años.

Sin embargo, no hay ningún inconveniente procesal para presentar esta acción, las demandas se están sustanciando, tramitando y resolviendo conforme a derecho, que la CNJ ha desarrollado jurisprudencia en este sentido de que las acciones deben prosperar y la experticia de ADN una vez que se ha cumplido con los protocolos de ley, es la prueba esencial para determinar si la pretensión planteada en la demanda es válida o no, entonces quien se considere asistido de ese derecho tiene plena libertad para ejercerlo y de esa manera garantizar el derecho humano de la identidad e identificación de la persona que se ha declarado o se procura declarar la paternidad.³

Una postura adecuada sobre el contenido del Art 236, hubiera sido la decisión que fue tomada del caso No. 0561-12-EP por parte de la CCE, donde refería de una inconstitucionalidad sustitutiva del Art. 236, porque al haber un límite de tiempo de 60 días desde el nacimiento del

³ (B.E. Ortega, comunicación personal, 12 de julio de 2021)



hijo, indica la CCE que, el artículo en cuestión es contrario a la CRE, porque atenta y vulnera el derecho a la identidad personal, derecho a la verdad histórica, al libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, y expresa textualmente que “La posibilidad de impugnar la paternidad debe constituir en una oportunidad y un mecanismo idóneo para aquellos casos justificados en los que la verdad formal y la verdad biológica no coincidan” (CCE, sentencia N.0 131-15-SEP-CC, p.23).

Otro aspecto relevante que consideró la CCE fue que, esta acción podía ser ejercida como una vía para desentenderse de las responsabilidades paternas que como consecuencia podrían afectar la armonía y la paz del entorno familiar, y que para poder plantear la acción deberá existir una justificación apropiada, la CCE indica que para evitar un posible vacío legal que afecte derechos constitucionales de las partes involucradas en este tipo de procesos judiciales, principalmente de niñas, niños y adolescentes, el artículo permanecerá de la siguiente forma:

Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio deberá estar acompañada de elementos, pruebas o indicios suficientes que justifiquen la existencia de una duda razonable. En esta clase de procesos, con el objetivo de esclarecer la verdad biológica, la autoridad jurisdiccional competente deberá ordenar la práctica de las pruebas biológicas que sean necesarias y, por su lado, las partes procesales están obligadas a acatar las disposiciones judiciales relacionadas a la práctica de dichas pruebas (CCE, sentencia N.0 131-15-SEP-CC, p.46).

Con la sentencia que fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, no hace mención a una limitación de tiempo, tampoco indica que es un derecho imprescriptible, simplemente hace referencia a cómo se puede invocar el derecho a la identidad de la acción de



impugnación del hijo matrimonial, sin ningún tipo de limitación, estrictamente indica como se puede presentar esta acción, cuáles son los justificativos para que pueda prosperar la misma.

Así mismo, no se debe entender que no existe normativa, porque hay normativa en el CC que establece el hecho de la presunción de paternidad y en base a esa presunción de paternidad, se declara la paternidad, otra normativa que indica que pese a la declaratoria de paternidad por la vigencia de esa presunción puede ser desvirtuada la presunción con la prueba correspondiente de ADN. Lo que se derogó es el límite de tiempo para demandar, ahora hay normativa más eficiente porque hay sustento en norma constitucional como es el artículo 66 núm. 28 que ampara el derecho a la identidad e identificación y todas las otras normas del CC que determina quien tiene el derecho a impugnar es el hijo o cualquier persona que se considere con el interés puede demandar la paternidad, entonces con esta normativa se sustenta para poder ejercer la acción.⁴

La normativa antes vigente se consideraba un obstáculo para la acción porque si pasaba el tiempo aplicando esta norma jurídica ya no se podía demandar, entonces la derogación no ha dejado en el vacío, sino más bien ha habilitado que se pueda impugnar en cualquier momento por más hijo matrimonial que sea, por más presunción de paternidad que se establezca el derecho humano a la identidad no podía ser desvirtuado por una misma presunción del derecho.

⁴(B.E. Ortega, comunicación personal, 12 de julio de 2021)



CAPITULO II

2. Derecho a la identidad y la caducidad de la acción de impugnación del hijo matrimonial referente al avance tecnológico y el gran aporte a la investigación.

2.1. Definición de ácido desoxirribonucleico ADN.

El ADN fue conocido por primera vez, por el biólogo suizo Frierich Miescher en 1869, el mismo, que descubrió la existencia de nuevas sustancias que no correspondían a los lípidos⁵ ni proteínas, en donde por medio de su investigación se pudo desprender que esta nueva molécula estaba presente en todos los núcleos celulares, nombrándola como nucleína, de la cual, por medio del análisis correspondiente la identifica con características de naturaleza ácida y decidió nombrarla, ácido nucleico. Posteriormente continuó con sus investigaciones Phoebus Levene que logró determinar la existencia y componentes del ADN y ARN (Centro de Estudios Científicos, 2021).

En 1928 con los aportes de Avery y experimentos de Alfred Hershey y Martha Chase en 1952 se determinó que el ADN es la molécula responsable de la herencia. Rosalind Franklin, Maurice Wilkins, Francis Crick y James Watson mediante estudios de difracción de rayos X, lograron interpretar la estructura molecular de doble hélice del ADN y gracias a este descubrimiento ganaron el premio Nobel de Fisiología y Medicina en 1962 (Guevara, 2004).

Concomitantemente, se desprende hasta este punto una serie de investigaciones y avances científicos en el tema por parte de diferentes ilustrados, los cuales con los diferentes resultados se tomaría como punto de partida para que subsecuentes docentes y científicos puedan continuar con sus descubrimientos, razón de ellos tenemos otro avance significativo de la siguiente forma:

En 1985, Alec Jeffreys y colaboradores describían un método de identificación individual que denominaron DNA fingerprinting o huella genética. Este prometía ser la solución

⁵El uso de lípidos estructurados en la nutrición: Una tecnología que abre nuevas perspectivas en el desarrollo de productos innovadores. Los lípidos representan la principal fuente de energía, son fundamentales en la formación de estructuras celulares como las membranas; proveen de ácidos grasos esenciales necesarios para la síntesis de los eicosanoides y de otros derivados bioactivos.

definitiva al análisis de la diversidad humana desde la Medicina Legal, tanto en investigaciones biológicas de la paternidad como en criminalística (González, 2006, p.24-25).

De lo que se desprende al hacer referencia a la Medicina Legal, en la práctica este método es más utilizado para establecer el vínculo entre la prueba biológica y un sospechoso dentro de una investigación criminal; en otro punto tenemos que el ácido desoxirribonucleico, más conocido como ADN, es el nombre químico de la molécula que contiene la información genética de todos los seres vivos, que consiste en dos cadenas que se mantienen unidas y enlazadas por sí mismas para formar una estructura de doble hélice, cada parte central está formada por desoxirribosa que es azúcar y fosfato, enganchados a cada azúcar donde existen 4 bases: la adenina, sirve para almacenar energía. La timina, interviene en el código genético. La citosina, ayuda a controlar el crecimiento y la actividad de células sanguíneas y del sistema inmunológico. La guanina, interviene en reacciones metabólicas de transferencia de energía, estas bases a lo largo de la cadena se codifican para formar moléculas de ARN (Austin, 2018).

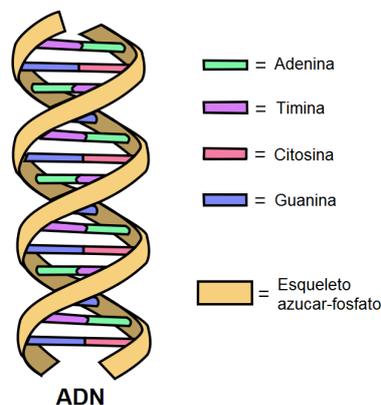


Figura II Estructura del ADN: ADN: historia, funciones, estructura, componentes, por Mariana Gelambi.



El ADN se organiza estructuralmente por cromosomas⁶ y a nivel funcional por genes que son piezas de ADN que generan características físicas específicas presentes en todos los seres humanos por parte de ARNs mensajeros, que son producto de la combinación de los códigos genéticos por parte de los progenitores que aportan la mitad de su genoma para la formación de un nuevo individuo (Centro de Estudios Científicos, 2021). Es importante diferenciar:

ADN Ácido Desoxirribonucleico	ARN Ácido Ribonucleico
Es un ácido nucleico que contiene toda la información genética hereditaria que sirve de manual de instrucción para desarrollarnos, vivir y reproducirnos.	Es un ácido nucleico que posibilita la síntesis de proteínas, permite que la información genética sea comprendida por las células.

Tabla V Diferencias entre ADN y ARN. **Fuente:** ADN y ARN concepto, diferencias y funciones por Universidad Internacional de Valencia. **Elaboración:** Propia.

2.2 Análisis del examen ácido desoxirribonucleico ADN.

Gracias al avance tecnológico y al aporte de la ciencia hacia el campo del derecho, se revela que el examen de ADN, es la única prueba específica, que determina la verdad genética sobre los progenitores y el hijo, ante cualquier duda existente, ya sea de manera judicial o extrajudicial, el examen se realiza mediante la toma de muestras, que puede ser saliva, cabello, dientes, sangre, semen, uñas, cera de las orejas o huesos, todas las posibilidades brindan una eficacia del 99.9999%, no existe un rango de diferencia o error dependiendo del tipo de muestra que se obtenga, de igual manera el resultado será el mismo (Mojica, 2003).

⁶ Lo que el médico debe saber sobre los genes: El genoma humano es el conjunto de genes y ADN no codificante, organizado en los cromosomas en el interior del núcleo, que trasmite la herencia de los progenitores a los hijos. Cada célula tiene 23 pares de cromosomas (la mitad heredada del padre y la otra de la madre).



Del tratadista citado en párrafo inmediato anterior se desprende una gran eficacia y confiabilidad que se le debe dar a la prueba de ADN, la cual desvirtúa sobre cualquier duda que se tenga sobre la paternidad del que se pretende hijo, confiabilidad que resulta consecuente en garantizar el derecho a la identidad de las personas, de ahí que la prueba genética:

En términos generales, tiene por objeto establecer directa y fundamentalmente la relación biológica filial, que supone o que argumenta cualquier investigación paternofilia independientemente de la causa que se alegue, ya para establecer la filiación, ya para impugnarla, esto es, para ejercer cualquiera de las dos acciones que tiene el estado civil de una persona (Vargas, 2010, p.129).

Desde la invención de la estructura del ADN en 1952 hasta 1987, año en el que un examen de ADN se convertía en una prueba fundamental para la decisión de los tribunales de justicia, sobre todo en el campo anglosajón quienes la usaron de manera temprana en la resolución de controversias derivadas de estos temas, es así que:

Se utilizó por primera vez en 1987, en los Estados Unidos de Norteamérica, por un Tribunal de la Florida. Esta técnica consiste en un estudio molecular que permite generar perfiles genéticos para así establecer si el presunto padre o madre debe ser incluido o excluido. La exclusión de la paternidad o maternidad mediante la técnica de ADN es irrefutable (Mojica, 2003, p.252).

En el Ecuador, en el año de 1997 se realizó el primer examen de ADN, a partir del año 2002, el ADN estuvo reconocido dentro de la legislación ecuatoriana (El Telégrafo, 2014). Para que su contenido tenga validez probatoria y forme parte íntimamente en los procesos como pruebas determinantes e inobjetables en los casos de reconocimiento o impugnación de paternidad, dado que “anteriormente estos procesos eran resueltos mediante el estudio de proteínas séricas y subgrupos sanguíneos” (González, 2006, p.25).



De ahí que debemos tener en cuenta lo manifestado por los órganos jurisdiccionales en nuestro país, en relación a los cinco puntos de interés que ha planteado la antigua Corte Suprema del Ecuador, hoy Corte Nacional de Justicia, sobre el examen de ADN, es así que de manera acertada se indica:

Primero, que la prueba de ADN ha alcanzado un grado de confiabilidad muy alto por lo que negar su valor sería desconocer los estudios científicos mundiales al respecto. Segundo, se excluyen los exámenes somáticos y hematológicos comparados. Tercero, se resolvió que para declarar la paternidad basta con la prueba de ADN al menor y a su padre, que tenga una certeza igual o mayor al 99.99%. Cuarto, se asigna un valor adicional a la prueba de ADN en aquellos casos en los cuales las resoluciones dictadas sin la mencionada prueba no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial o material. Quinto, la Corte deja abierta la posibilidad de que otras pruebas de mayor valor científico, que se vayan descubriendo, tengan el mismo valor probatorio y efecto procesal (González, 2006, p.23).

2.2.1 Casos en los que se puede realizar el examen de ADN.

El examen de ADN se realizará como una prueba afirmativa, en el que las partes interesadas acudirán particularmente al laboratorio, se procederá a tomar la muestra de saliva para realizar un análisis comparativo del perfil genético, el resultado será entregado en 5 días laborables en las instalaciones del laboratorio. Los resultados no tendrán ningún valor legal o judicial debido a que acuden privadamente a la realización del examen de ADN (Lab Biomolecular Ordóñez & Ugalde, s.f).

De igual manera, están las pruebas particulares, que son realizadas de manera voluntaria por parte de los interesados, que acuden al laboratorio donde se requerirá la presentación de la cédula de identidad, se procederá a la obtención de las muestras de sangre, que tendrán un



código de identificación para cada persona, de esta manera evitar alguna equivocación y brindar seguridad a la prueba. El resultado es válido para iniciar un proceso judicial para la declaración o impugnación de la paternidad, por la complejidad del asunto, las pruebas serán realizadas por peritos calificados por el Consejo de la Judicatura, el resultado será entregado en 5 días laborables (Lab Biomolecular Ordóñez & Ugalde, s.f).

Por otro lado, están las pruebas judiciales, donde un juez ordena como práctica de una prueba, dentro de un proceso la realización del examen de ADN, indicando la fecha para la realización del examen, deberán acudir en el día y hora señalada para la toma de muestra en presencia del juez o su delegado, en los procesos de investigación de paternidad, cuando se trate de padre e hijo vivos se procederá a la toma de muestras que serán realizadas por peritos calificados por el Consejo de la Judicatura. El resultado será entregado por parte del profesional directamente al juzgado (Lab Biomolecular Ordóñez & Ugalde, s.f).

En el supuesto que se pretenda la investigación de paternidad de un padre que a muerto, se refiere al examen de ADN post-mortem, en la que mediante orden del juez se procederá a la exhumación del cadáver para poder obtener las muestras, al ser considerado un examen más complejo y ante la necesidad de técnicas especiales, es preciso analizar incluso con una muestra de la madre, pero se indica que “La toma de muestra a madre no altera ni afecta el resultado respecto a la filiación entre el hijo y el presunto padre” (Mojica, 2003, p.260). Cuando el cuerpo haya sido cremado, las muestras estarán direccionadas a sus ascendientes o hermanos, “Y si, por ejemplo, se practica con tres hermanos la certeza será mayor que si se practica con uno” (Quesada, 2005, p.504).

De igual manera, el examen se podrá realizar en los casos en los que se presume la no existencia de filiación entre un padre e hijo, dentro de los procesos de impugnación de paternidad ya sea por el acto de reconocimiento voluntario o de hijos matrimoniales, para velar



y garantizar como una prueba fehaciente los derechos de los intervinientes, para demostrar la existencia o no de un vínculo ante la ley y la sociedad.

2.2.2 Muestras para la realización del examen ADN.

Se considera muestra todo tipo de rastro biológico de una persona, cuando necesite que sus fluidos o tejidos sean analizados por las técnicas propias de un laboratorio, encargado por personas con conocimiento especial en genética. Como se indicó anteriormente, las muestras pueden ser de varios tejidos o fluidos, que se pueden encontrar en una servilleta, en los restos de cabello, de barba o de un vello, en algún tipo de comida que fue introducida en la boca y quedaron los residuos como es un caramelo o un chupete, un hisopo que fue utilizado para la limpieza de los oídos, este tipo de muestras se recolectarían en el caso de que la toma de muestra no sea a conocimiento de la persona que se pretende realizar el examen de ADN. En el caso de que la persona que pretende realizar el examen, tenga conocimiento y voluntad, acudirá por cuenta propia para la toma de muestras que se realizan en los laboratorios o se someterá a una orden del juez dentro de un proceso (González y Sánchez, 2004).

En el caso de que el padre sea llamado mediante orden judicial para la realización del examen de ADN para demostrar la filiación y establecer la paternidad, y de no asistir el presunto padre, se fijará una nueva fecha para la realización del examen, ante la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, se presumirá la filiación y se declarará la paternidad sobre el hijo, este tema es cuestionado debido a que en el caso de que la madre se niegue también a la realización del examen de ADN, de igual manera se aplicará la negativa de paternidad, en este sentido el padre se encuentra en una vulneración de derechos donde la ley solo se dirige en contra del supuesto padre, como fue en el caso del Juzgado Décimo de lo Civil de Pichincha en el año 2009, cuando un padre presentó la acción de impugnación del hijo matrimonial, donde la madre tuvo por 3 veces la orden del Juez de realizarle al hijo el examen de ADN, a las que nunca asistió, ni se sometió; de igual manera



la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha en el año 2011, por 2 ocasiones dio la orden a la madre para realizarse la prueba de ADN y de igual manera no las realizó, lo que demuestra efectivamente una desproporción en los derechos y oportunidades entre el padre y la madre (CCE, Sentencia No. 131-15-SEP-CC).

2.2.2.1 Muestra de saliva.

Esta muestra es empleada en su mayoría en el caso de que se pretenda declarar o descartar la paternidad referente de un recién nacido o de un niño, es muy efectiva, práctica y no tiene algún efecto de dolor en el cuerpo, su modo de empleo es mediante un kit, el que incluye hisopos o un cepillo, que son introducidos en la boca de la persona, será frotado en la zona de la mejilla y bajo la lengua; para el respectivo análisis se debe solicitar mínimo de cinco hisopos o un cepillo, estas muestras se almacenarán en tubos herméticos que se encargarán de conservar y no alterar la muestra tomada, para posteriormente ser extraídos para que se realice el análisis pertinente y determinar la ausencia o presencia de la paternidad (González y Sánchez, 2004).

En España, el protocolo para la obtención de muestras de saliva para la realización del examen de compatibilidad de paternidad, se ha modificado debido a un intento de fraude en el año 2007, en el que un hombre se tomó saliva de otra persona momentos antes de la realización de la prueba, que tenía almacenada en un recipiente, por este motivo es un requisito obligatorio que la persona que va a proceder a la toma de muestras, se realice un enjuague bucal con un poco de agua frente a los peritos, para de esta manera evitar que el supuesto padre pretenda eludir la responsabilidad de paternidad sobre un hijo (Servicio de Información y Noticias Científicas, 2008).

2.2.2.2 Muestra de sangre.



Este método es el más empleado para realizar el examen de ADN para confirmar o descartar la paternidad y consiste, en una punción dactilar, se necesita de 4 a 5 gotas que son colocadas en una tarjeta de papel FTA de Whatman⁷, cuando es una punción venosa, se necesita 5 mililitros de sangre, que son colocadas en un tubo anticoagulante EDTA⁸, la muestra se conservará de manera segura sin ningún tipo de riesgo y no necesita refrigeración. (González y Sánchez, 2004).

Se han suscitado casos en los que, las muestras de sangre para la realización de la prueba de compatibilidad han arrojado un resultado del 0%, a pesar de que existe certeza sobre la existencia del vínculo biológico, ante este suceso, peritos explican que puede existir la posibilidad de que el resultado sea negativo, debido a que el supuesto padre pudo haber recibido una transfusión sanguínea días anteriores a la toma de la muestra, y como resultado se obtiene la sangre del donante y efectivamente el resultado de la prueba sea negativo (González y Sánchez, 2004).

2.2.2.3 Muestra post-mortem.

Este tipo de muestra, pese a que la persona ya no tenga vida, es muy efectivo para poder determinar la paternidad, las muestras son tomadas de la médula ósea, tejidos blandos, como los músculos de la mano, sesos, en cadáveres recientes sin descomposición; en el caso de que hayan transcurrido varios años del fallecimiento se puede tomar de los dientes que no estén calcinados y de los huesos largos como es el fémur (González y Sánchez, 2004).

⁷ Las tarjetas FTA[®] (Whatman Bioscience, Cambridge, United Kingdom) están diseñadas para la colección, almacenaje y posterior purificación del ADN. Dichas tarjetas están constituidas de un papel filtro impregnado con una fórmula química patentada por la casa fabricante. La fórmula está diseñada para producir lisis de las membranas celulares y desnaturalización de las proteínas y de las enzimas con capacidad para desnaturalizar los ácidos nucleicos, los cuales quedan atrapados en una matriz tan pronto entran en contacto con el papel, con lo cual se reduce el riesgo de contaminación (15). (Burgos, Rosero, Cárdenas, Solarte, 2007, p.68).

⁸ El tapón lila corresponde al anticoagulante EDTA (etilendia- minotetra-acético) en forma de sales de sodio o potasio. El EDTA es el anticoagulante que mejor conserva las células sanguíneas. Actúa como anticoagulante por ser quelante del calcio de la muestra. La concentración de la muestra debe ser de 1-2 mgr/ml de sangre. Esto lo conseguimos añadiendo la cantidad de sangre que nos indica el tubo. (Chávez, 2013, p.15)



La exhumación del cadáver debe ser mediante orden del juez, “La exhumación para efectos legales podrá practicarse en cualquier tiempo por orden de autoridad competente” (LOS, 2006, Art.91). Así mismo, se debe tener en consideración que la exhumación de cadáveres “Mortinatos, piezas anatómicas u osamentas humanas no se podrá realizar antes de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de inhumación; posterior a este período se autorizará la exhumación, siempre y cuando no exista impedimento legal” (RESFMC, 2018, Art. 28). Teniendo esto último como regla general, la cual admite excepciones y se dispone que “La exhumación para efectos legales podrá practicarse en cualquier tiempo por orden del Juez competente, para lo cual la Dirección Distrital de Salud que corresponda, a través de la Ventanilla Unica [sic] de Atención al Usuario, emitirá la respectiva autorización” (RESFMC, 2018, Art. 29). De igual manera se debe oficiar al Representante Legal del cementerio en el que se encuentre la persona a la que se va a realizar la exhumación para que brinde toda la información oportuna sobre la ubicación del cadáver.

2.2.3 Protección de las muestras del examen de ADN.

Al momento de extraer las muestras se debe velar por el correcto protocolo de asepsia y la utilización de material desechable con la siguiente finalidad dado que:

Personal que manipula cadáveres se debe considerar a todos los cadáveres como potencialmente infecciosos y deben aplicarse "Precauciones estándar" para cada caso. Aunque la mayoría de los organismos presentes en el cadáver son poco probables de infectar a personas sanas, algunos agentes infecciosos pueden ser transmitidos cuando las personas están en contacto con la sangre, fluidos corporales o tejidos del cadáver de la persona con enfermedades infecciosas (RESFMC, 2018, Anexo 1).

Norma que tiene también relación para de esta manera precautelar la efectividad de la toma de muestras a fin de que no se encuentren comprometidas con la anterior o con una futura



muestra; estas deben ser almacenadas correctamente en los tubos, papeles, tarjetas o cualquier otro dispositivo propio para su conservación y almacenamiento hasta el momento en el que se realice el análisis correspondiente. De esta manera se evitará que las muestras sufran algún tipo de contaminación innecesaria, donde efectivamente el resultado no será el correcto (Aler, Carrasco, Lorente, Prieto y Rivas, 2000).

2.2.4 Cadena de custodia de las muestras del examen de ADN.

Por cadena de custodia se entiende que es el conjunto de procedimientos que se encargan de garantizar que las evidencias recopiladas no sean alteradas ni destruidas, para precautelar el correcto desarrollo y cumplimiento de lo que se pretende analizar o tratar, por lo tanto:

Se aplicará cadena de custodia a los contenidos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio (COIP, 2014, Art.456).

En el Ecuador, el protocolo que deben cumplir los peritos encargados en la realización de la exhumación del cadáver, se encuentra regulado en la resolución No. 073-FGE-2014, donde disponer que se deben observar los Manuales, Protocolos, Instructivos y Formatos del Sistema Especializado Integral de Investigaciones de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

La muestra tomada permanecerá en el Centro de Investigación de Ciencias Forenses de la provincia a la que corresponda, que deberá ser sometida a la cadena de custodia, y posteriormente será entregada al perito designado y posesionado por orden judicial, en presencia de un delegado del juzgado, para verificar que se está dando cumplimiento con lo ordenado por el juez y que no se está vulnerando ningún procedimiento, posteriormente el perito llevará las muestras al laboratorio donde cumplirá con la limpieza de los restos, que serán



lavados, esterilizados y de manera secuenciada serán tomadas las muestras para la realización del examen comparativo para determinar la compatibilidad del ADN, en cada proceso que se realice con la muestra deberá estar especificado con la razón y finalidad de la misma y el nombre de la persona responsable.

La importancia de la cadena de custodia sobre la toma de muestras del examen de ADN, es vital, no solo para las personas que intervienen en su traslado, cuidado, almacenamiento, análisis o de las personas interesadas, sino también es relevante para el Estado, debido a que con este examen se pretende el reconocimiento y protección de derechos constitucionales, como es el derecho a la identidad, las personas que incurran en alguna falta dentro de todos estos procedimientos, manipule algún factor, pretendan engañar a la justicia para de esta manera interrumpir o retardar el cauce del proceso, a más de ser condenados a costas, se podrá iniciar un proceso penal por el presunto cometimiento del delito de fraude procesal⁹.

2.2.5 Proceso de análisis de la muestra del examen de ADN.

Después de la obtención de la muestra, se conservarán en un bloque térmico que mantiene la temperatura del ambiente, y es necesario que se sequen naturalmente, este proceso tarda por lo menos 24 horas, el almacenamiento final en el caso de sangre fresca, muestras de tejidos blandos y semen deben ser refrigerados a -20° C, posteriormente se procesa la muestra a través de pipetas secas y se procesa la información, donde se utilizan reactivos químicos que ayudan a encontrar el ADN puro, para así obtener el gen que será analizado con el perfil genético. Para

⁹ Fraude procesal. - La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Con igual pena será sancionada quien conociendo la conducta delictuosa de una o varias personas, les suministren alojamiento o escondite, o les proporcionen los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorezcan ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecerlos (COIP, 2014, Art. 272).



que el resultado sea considerado positivo el resultado debe arrojar un porcentaje del 99.9999% (González y Sánchez, 2004).

2.2.6 Conservación de las muestras del examen de ADN.

Dentro de los procesos de investigación de paternidad, la prueba de ADN es de vital importancia para la determinación o exclusión de la paternidad, dada la existencia de varios factores ya sean naturales, accidentales o por intervención de los seres humanos que pueden impedir el correcto desempeño de la toma de muestras o que puedan sufrir alguna manipulación para de esta manera impedir la tutela de los derechos, es así que en las siguientes líneas encontraremos unos ejemplos prácticos, los cuales tienen una circunstancia en común, que el presunto progenitor ya había fallecido y sus hijos en diferentes acciones, reclaman la declaratoria de paternidad del causante, es así que tenemos:

- Proceso judicial No. 01606-2003-0578, el cual lo explicamos:

Se da inicio en el año 2003 un proceso por investigación de paternidad, donde el accionante pretendía el reconocimiento de la paternidad mediante la realización del examen de compatibilidad de ADN, es así que mediante una diligencia previa¹⁰ solicita que, el cuerpo del

¹⁰ Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios: 1. Confesión judicial; 2. Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción; 3. Exhibición y reconocimiento de documentos; 4. Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley; y, 5. Inspección judicial (Código de Procedimiento Civil, Art. 64).

Puede pedirse como diligencia preparatoria o dentro de término probatorio, la exhibición de libros, títulos, escrituras, vales, cuentas y, en general, de documentos de cualquier clase que fueren, incluyendo los obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología, siempre que se concreten y determinen, haciendo constar la relación que tengan con la cuestión que se ventila o que ha de ser materia de la acción que se trate de preparar. Pero no podrá solicitarse la exhibición de los testimonios o copias de instrumentos públicos cuya matriz u original repose en los archivos públicos, de los cuales pueden obtenerse nuevas copias, sin ningún otro requisito, a menos que en las copias existan cesiones o anotaciones. Si no existiere la matriz u original, se sacarán compulsas de las copias exhibidas. Cuando se trate de la exhibición de libros o cuentas que formen parte de otras, se presentarán únicamente para la copia o compulsas de la partida del libro o cuenta relacionada con la cuestión que se ventile, o para el examen pericial, en su caso. La copia o compulsas la verificará, a presencia del juez, el respectivo secretario, y el examen se hará por el juez y los peritos, con intervención del secretario, debiendo, cuando el juez lo crea conveniente o alguna de las partes lo solicite, obtenerse copias fotográficas de la partida, acta o cuenta materia del examen. Dichas copias o compulsas y copias fotográficas constituirán prueba (Código de Procedimiento Civil, Art. 65).



presunto padre no sea cremado, el proceso recayó en el Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, siguiendo el curso de la causa se procedió a la citación de los herederos presuntos y desconocidos mediante citación en la prensa debido a que se desconocía si el causante había dejado descendencia.

Motivo de la citación realizada, comparecen los hermanos del causante en diferente orden, pero, todos en su contestación concluían que, la demanda planteada era improcedente, debido a que “Las acciones para investigar la paternidad o maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo” (CC, 2005, Art. 257). El accionante tenía a la fecha de tramitación judicial, 36 años de edad, así también los hermanos del fallecido alegaban que “La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiera comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiera trabado la litis” (CC, 2005, Art. 260). Alegación realizada dado que el presunto padre había fallecido en el año 2000, por lo tanto, pedían que, se archive la demanda presentada porque carece de valor legal y procesal.

Mientras transcurría el tiempo y se seguía dilatando el proceso, se plantea en el año 2006 una nueva acción, en el Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, bajo el juicio No. 01614-2006-072, proceso seguido para declarar la paternidad del mismo cadáver del proceso No. 01606-2003-0578, los herederos presuntos y desconocidos comparecen indicando que la demanda es contraria al Art 60 del CC, en primera instancia se declara sin lugar la demanda por extinción de la acción, el accionante apela esta decisión y los familiares del causante piden el archivo definitivo de la causa.

El proceso judicial llegó hasta el entonces Tribunal Constitucional que fue el competente de conocer y resolver sobre la inaplicabilidad de principios jurídicos contrarios a la CPE, en el caso Nro: 0002-06-DI declara al Art. 260 inconstitucional e incompatible con lo establecido en



la CPE, la Ministra Juez de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Honorable Corte Suprema de Justicia solicita la realización del examen de ADN para verificar si existe vínculo de filiación y parentesco, se exhuma el cadáver y como resultado se obtiene que efectivamente el accionante es hijo del fallecido y se dispone al Registro Civil a marginar la partida de nacimiento.

El Accionante del proceso 2003-0578 al tener conocimiento del reconocimiento de paternidad dictado dentro del juicio No. 2006-072 presenta copias certificadas del proceso indicando que se cite de igual manera al hijo reconocido del accionado, quien se opuso indicando que, el accionante dentro del proceso 2003-0578, al momento de presentar la demanda tenía 36 años de edad y que había transcurrido el tiempo que la ley señala pidiendo que se declare sin lugar la demanda porque la acción se encuentra prescrita.

Mientras proseguía la tramitación del proceso, se presenta una acción de investigación de paternidad en el Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Cuenca, dentro del juicio No. 01614-2006-0510, en el que se pretendía la declaración de paternidad del mismo cadáver de los dos anteriores procesos, el trámite seguía su cauce y se da la orden del juez para la exhumación del cadáver para su análisis, donde arrojó un resultado negativo, resultado que llamó la atención al médico legista encargado de la exhumación porque los resultados obtenidos concluían de que se trataba de un cadáver de sexo femenino, ante esta situación ordena el juzgador comparar las muestras tomadas dentro del 006-072 con las actuales en relación a los patrones de bandas de ADN ya obtenidos, que fueron realizadas en el mismo laboratorio, donde efectivamente se comprueba que no coinciden las muestras que fueron exhumadas dentro de los dos procesos y al analizar la compatibilidad se corroboró la paternidad existente y se declara como hija legítima dentro de la causa.



Dentro del proceso 2003-578 el Juez Sexto de lo Civil de Cuenca tuvo que suspender la tramitación de la causa en virtud que se elevó una consulta¹¹ de constitucionalidad a la CCE, en relación al Art. 257 del CC, donde indica que “mediante oficio N.º 744-J6CC-2009-578-03 del 31 de diciembre de 2009, el doctor Agustín Pesántez Ochoa, Secretario del Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca, remite el proceso ordinario de paternidad (...)” (CCE, Sentencia No. 025-10-SCN-CC, p.3).

En respuesta la CCE declara la inconstitucionalidad del artículo 257 y se procede con la continuación del trámite, como los restos del accionado habían desaparecido el juez ordenó que el accionante se realice una prueba en relación a los patrones de bandas de ADN ya obtenidos de acuerdo a los resultados del perfil genético obtenidos dentro de los procesos 510-2006 y 72-2006, teniendo como resultado la declaración de la paternidad.

Por esta razón, es necesaria la conservación de las bandas de ADN en los propios laboratorios en los que se realizaron los exámenes de ADN, donde proporcionarán un óptimo almacenamiento que contarán con un número de expediente y datos que acrediten la conservación de la muestra, el laboratorio procederá desde el momento que adquiera la debida autorización para la toma de muestras, mínimo se podrá tomar 4 muestras, posteriormente serán analizadas para proceder a su almacenamiento y sujetas al proceso de criogenización¹² donde se conservaran en cámaras frías a temperaturas de -20º y -80º (Criogene Servicios Genómicos, s.f).

¹¹ Cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma (LOGJCC, 2009, Art. 142).

¹² “Acción de criogenizar. Congelar a muy bajas temperaturas materiales biológicos para revitalizarlos en el futuro” (RAE, 23.^a, ed.).



No obstante, en algunas ocasiones el análisis del ADN de una persona fallecida puede realizarse con muestras (de sangre, semen, tejidos corporales, etc.) obtenidas cuando estaba viva que se hallan en un hospital o centro sanitario, o con muestras que se encuentran en objetos personales del fallecido (cepillos del pelo, pipas de tabaco, sellos pegados con saliva, etc.) (Quesada, 2005, p.504).

Como criterio médico y científico indican que es preferible que “Los protocolos futuros deberán prever, como requisito que en las autopsias se tome una muestra directa de sangre del corazón mediante una punción y guardarla. De esta manera se evitarán en lo posible las exhumaciones” (González y Sánchez, 2004, p.24). Debido a que son procesos que prorrogan la declaración de un derecho.

2.2.7 Confiabilidad del resultado del examen de ADN.

En el momento en el que se acceda ante la administración de justicia y se pretenda el reconocimiento de una paternidad o la impugnación de la misma, se deberá seguir un proceso en el que se requiera confirmar el vínculo biológico existente o la insistencia del mismo, entre el presunto padre con un hijo; por lo tanto se recurre ante la Autoridad competente, quien velará por el correcto desempeño del proceso y la confiabilidad de la realización de la prueba genética de ADN y su resultado, que será realizada por peritos expertos en genética, dentro de laboratorios públicos o privados que cuenten con autorización del Ministerio de Salud Pública, de igual manera estarán sujetos a la cadena de custodia hasta que se obtenga el resultado del examen para que sea pieza fundamental para la decisión del juez.

Genéticamente y procesalmente, la prueba de ADN promete total confiabilidad debido a que se comparan los genes del padre con los del hijo, estos genes se conocen como alelos, en cada célula existente en nuestro organismo, concurre un conjunto de alelos, uno que es heredado



de la madre y otro del padre. Es así que al analizar la cantidad de alelos¹³ con los genes del hijo y al existir una compatibilidad del 99.9999% efectivamente se comprueba que es el padre. En el caso de que al analizar la cantidad de alelos con los genes del hijo y al no existir una compatibilidad por lo menos en tres genes, se declara que efectivamente él no es el padre (Mojica, 2003).

Por lo tanto, el examen de ADN brinda confianza en sus resultados debido a los procedimientos de protección que es sometida, se considera una imposibilidad que pueda existir una equivocación, puesto que cada muestra posee un código y cualquier manipulación debe ser especificada por la persona que lo realiza con su respectiva motivación, hasta que se realice el examen de compatibilidad, por ello se manifiesta que:

Desde el punto de vista legal, forense y ético todas las situaciones deben estar bien documentadas, ya que en cualquier momento podrían solicitarse estudios adicionales que requiera la justicia, o en otros casos se podría revertir la carga de las pruebas por errores de procedimiento (González y Sánchez, 2004, p.21).

Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatorio para el juzgador de instancia, pero a de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen (...) (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 1999, p.3962).

¹³ Un alelo es cada una de las dos o más versiones de un gen. Un individuo hereda dos alelos para cada gen, uno del padre y el otro de la madre. Los alelos se encuentran en la misma posición dentro de los cromosomas homólogos. Si los dos alelos son idénticos, el individuo es homocigoto para este gen. En cambio, si los alelos son diferentes, el individuo es heterocigoto para este gen. Aunque el término alelo fue usado originariamente para describir variaciones entre los genes, ahora también se refiere a las variaciones en secuencias de ADN no codificante (es decir, que no se expresan) (National Human Genome Research Intitute, s.f).



2.2.8. Validez probatoria del examen ácido desoxirribonucleico ADN.

Para el Juez, las pruebas aportadas dentro de un proceso son de suma importancia porque estas se convierten en los pilares en los que se fundamentará su decisión, visto que, al Juez le corresponderá la dirección de las audiencias (COGEP, 2015, Art. 80). Donde velará por el correcto desempeño y evacuación de las pruebas. Existen las pruebas documentales, testimoniales y periciales, el examen de ADN es una prueba pericial “Lo importante de la practica de esta prueba es que es de obligatoria ejecución en todos los procesos para establecer la filiación, y que su dictamen ofrece certeza y seguridad, pues es una prueba irrefutable que supera y opaca cualquier otro medio probatorio” (Mojica, 2003, p.261).

La prueba es la acción y el efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. Probar es una actividad jurídica que consiste en la comparación entre las afirmaciones iniciales de las partes (probabilidad a priori) con aquellas afirmaciones emanadas de los medios de prueba (probabilidad a posteriori), es decir de terceras personas (peritos) destinadas a formar el conocimiento del Juez (González y Sánchez, 2004, p.28).

Gracias a los avances de la ciencia, la técnica de ADN permitió establecer la paternidad o la maternidad, ya sea compatible o incompatible, con índices de certeza absoluta en porcentajes superiores al 99.99%. En los asuntos de filiación los avances de la ciencia han superado y opacado las formulaciones legales, por lo que el juez debe enfrentarlos, pues no puede desconocerlos en modo alguno y, por el contrario, le prestan su sapiencia como una herramienta probatoria de gran valor, que supera y se opone a cualquier otro medio probatorio. El juez no puede dejar de lado la ciencia cuando la verdad que predica ha llegado a su consentimiento (Mojica, 2003, p.255).



El avance del derecho y su dinamismo debe ir a la par con los avances tecnológicos, dado que los aportes que brindan las pericias científicas dan continuidad al proceso para que este tenga una resolución lógica, comprensible y razonable¹⁴; si bien es cierto las partes procesales lo pueden objetar, pero su grado de certeza científica lo convierten en una prueba plena e indiscutible, que ostenta validez probatoria y el juzgador no podrá eximirse de apreciarla en su totalidad, esta formará parte fundamental en la postura para tomar su decisión.

2.3 Normativa que ampare el examen de ADN y su alcance.

El CONA, es la única norma que regula y ampara el ADN dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en primer lugar, refleja la obligación del presunto progenitor y la manera en la que se realizará la práctica de la prueba, como indica:

El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas: a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda. b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma

¹⁴ La motivación de las resoluciones de los poderes públicos y más aún de los órganos jurisdiccionales, constituye una garantía esencial para evitar la arbitrariedad y lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones adoptadas (...) la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacerse de forma: i. Razonable, es decir que sea fundada en los principios constitucionales; ii. Lógica, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. Comprensible, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 09213SEPCC, caso N.º 053811EP).



providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda. c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita. Se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o pariente consanguíneo obligado a sufragar los gastos que demande el examen de ADN, así como las costas procesales y los gastos del estudio social, cuando del estudio de la oficina técnica se probare dicho particular y de conformidad con la prueba que se actúe en la audiencia respectiva. Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo, se lo puede hacer en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación parentofilial (CONA, 2009, Art. In. 10).

De igual manera, hace alusión a los considerandos para la realización del examen de ADN, su aplicación y conservación, se manifiesta disponiendo que:

Tendrán valor probatorio en juicio, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) practicadas por laboratorios especializados públicos o privados, que cuenten con peritos calificados por la Fiscalía. En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública. La identidad de la persona a la que pertenece la muestra, se comprobará mediante la cédula de identidad o ciudadanía o pasaporte o cualquier otro mecanismo que asegure fehacientemente la identidad de la persona y, el registro de su huella digital. La identificación y toma de muestras se hará en presencia de la autoridad que la ordena o su delegado, el/la perito y las partes o quienes las representen. Los resultados de las pruebas de ADN son confidenciales. Todo movimiento de la muestra deberá ser registrado con indicaciones de la fecha, hora y el



nombre e identificación de las personas que intervinieron. El Juez/a, podrá disponer el auxilio policial, la intervención de médicos legistas o de otros peritos a petición de la parte interesada, para asegurar la autenticidad y confiabilidad de la toma de muestras, se examen, custodia y transporte (CONA, 2009, Art. In. 11).

Por otro lado, expresa la responsabilidad de los peritos manifestando que:

Los peritos serán administrativa, civil y penalmente responsables por los procedimientos y metodología, resultados falsos o adulterados de las pruebas que practican y por los informes que emiten, sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria del laboratorio en el que se ha practicado la pericia y de la descalificación del perito por la Fiscalía. Esta responsabilidad se extiende a los hechos y actos de las personas que intervienen bajo su dirección o dependencia en dichas pruebas o informes (CONA, 2009, Art. In. 12).

Por último, se regula la validez probatoria de la prueba de ADN, manifestando que:

La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley (CONA, 2009, Art. In. 13).

2.3.1 Derecho Comparado

Dentro de este análisis, es oportuno indagar y comparar a través de la normativa de la República de Colombia la regulación y el alcance del examen de ADN, para de esta manera advertir las diferencias existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico en base a este relevante mecanismo de gran significación en el adecuado reconocimiento y protección del derecho a la identidad, la normativa señala que:



En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticias deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información: a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba; b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad; c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen; d) Frecuencias poblacionales utilizadas; e) Descripción del control de calidad del laboratorio (Ley 721, 2001, Art.1o).

En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad. En aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes (Ley 721, 2001, Art.2o).

“Solo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente” (Ley 721, 2001, Art.3o).

“En caso de adulteración o manipulación del resultado de la prueba, quienes participen se harán acreedores a las sanciones penales correspondientes” (Ley 721, 2001, Art5o).



En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, solo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba (Ley 721, 2001, Art.6o).

Dentro de la legislación colombiana, se puede apreciar que existe una mayor regulación en base al examen de ADN, incluso los artículos son descritos de manera más detallada, debido a que regulan temas que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran contemplados netamente en relación al ADN. Como incorporación llamativa dentro de esta regulación, es la alusión de pruebas testimoniales y documentales, siempre y cuando no sea factible obtener el ADN, en nuestra legislación netamente se podrá atribuir o impugnar una paternidad mediante prueba pericial de examen comparativo de ADN. Por otro lado, incorpora que en el supuesto que las partes procesales no puedan costear el valor de la prueba de ADN, El Estado será el encargado de cubrirlo siempre y cuando la ley, les haya concedido amparo de pobreza¹⁵.

2.4 Aporte del examen de ADN al tema de investigación.

Antes de la existencia del examen de ADN y su valor probatorio dentro de los procesos para la determinación de la filiación existente entre un padre e hijo, donde eran sometidos a una comparación en base a los rasgos físicos, si existía alguna característica igual al padre, era reconocido como hijo, “A todas luces un medio poco idóneo y totalmente arbitrario, que conducía a resultados subjetivos carentes de fiabilidad, y de todo fundamento legal y fáctico” (Mojica,2003, p.251). Limitando el ejercicio del derecho fundamental como es el derecho a la identidad, debido a que existen hijos biológicos que no poseen ninguna característica física de

¹⁵ Es una institución lógica y humanitaria que permitía el acceso a la tutela judicial de aquellos menos favorecidos por la fortuna, e incluso a quienes, quedando circunstancialmente privados de su patrimonio, o de una parte considerable del mismo, se veían necesitados de reclamar su restitución, o las indemnizaciones consagradas por la Ley. (Brigante, 2001, p.43)



su padre, sino solo características físicas de la madre y su familia, llevando como resultado una vulneración y tal vez una posible interrupción del gozo de un derecho constitucional.

Anteriormente, la posibilidad de deslindarse de la responsabilidad y cuidado de un hijo era una cuestión que no acarreaba ningún problema legal, era común que las personas tenían hijos extramatrimoniales que nunca eran reconocidos, los mismos que eran engendrados por abuso o por relaciones fuera del matrimonio y por temas de moral no llegaban a su reconocimiento, es por esta razón que el examen de ADN, desde que es reconocido y practicado en nuestro país, por su valor probatorio dentro de los procesos respectivos tanto para el reconocimiento de paternidad como para impugnar la paternidad, porque ha favorecido para que las personas no se encuentren en desproporción frente a la posibilidad de un reconocimiento de paternidad o a una impugnación de paternidad, es por esto que se define como:

La posibilidad de establecer o negar la paternidad o maternidad entre dos personas a través de una prueba genética ha cimbrado hasta sus cimientos a la institución de la filiación. Las repercusiones de este cisma llegan a incidir en los derechos humanos de los involucrados en forma tal, que se torna imprescindible la reflexión sobre temas como el sistema legal para establecer la filiación y las consecuencias jurídicas de tal establecimiento y, por otro lado, las herramientas que brinda actualmente la ciencia genética para identificar una relación de filiación biológica (Brena, 2004, p.85).

Los resultados de los exámenes de ADN, se han convertido en base primordial para proteger los derechos fundamentales de las personas en base al reconocimiento de derechos como es el derecho de identidad, el derecho a que las personas conozcan su procedencia, no sean discriminados y cuenten con el apoyo del Estado durante todo el proceso, o en el caso de que se declare la impugnación de la paternidad, no sufran de vulneración de sus derechos, se demuestra que “El ADN es la prueba “Gold” en todo el mundo para la identificación humana



y desde luego, para los estudios de paternidad. Los estudios de filiación siempre son concluyentes y no dan margen de error” (González y Sánchez, 2004, p.13).

El ADN, pese a formar parte de la genética brinda una íntima y relevante relación con el derecho respecto al reconocimiento de la paternidad o a la impugnación de la paternidad, debido a que se considera que tiene un gran valor probatorio que no está sujeto a errores o equivocaciones que puedan inducir a error, convirtiéndose en la única y real prueba inobjetable esencial para las acciones de reconocimiento o impugnación de la paternidad, por ello desde la doctrina se entiende que:

Para comprender la importancia de esta prueba es esencial saber que cada ser humano tiene su origen en la unión de dos células (gametos), una procede de la madre (óvulo), la otra del padre (espermatozoide). El resultado de esta unión es la formación de una única célula, a partir de la cual se desarrollarán todas las células que componen el organismo humano (Quesada, 2005, p.500).

Con estas consideraciones se entiende que hablar de un error sería poco probable, debido a que el ADN se encuentra en el material genético de las personas, el avance de la ciencia tiene un fuerte impacto en el derecho como ha quedado expuesto, y la manera de introducir en legal y debida forma estos avances es a través de los auxiliares de justicia quienes coadyuvan a que las decisiones de los jueces se ajusten al debido proceso constitucional.



CAPITULO III

3. Repercusión positiva y negativa del derecho a la identidad y de la impugnación del hijo matrimonial.

3.1 Criterios que determinan la importancia del derecho a la identidad y la acción de impugnación del hijo matrimonial (familia).

Como se ha analizado a lo largo de este trabajo, el derecho a la identidad es un derecho fundamental y primordial en la vida de una persona, es por esta razón que es deber del Estado normar, proteger y velar por su correcto ejercicio desde el momento de su nacimiento, tanto es así que por mandato constitucional se dispone que es deber del Estado “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (CRE, 2008, Art. 3).

Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos que les correspondan; y es así que el Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad (CONA, 2009, Art. 35). Consecuentemente ello nos lleva a analizar la importancia de la protección de los derechos en niñas y niños puesto que:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 2005, p.59).

Toda la visión que tiene una persona en el desarrollo de su vida, va de la mano con la efectiva protección y tutela que se les dio a sus derechos desde menor, para corroborar que “El ser es único y esencial, inherente e inamovible, complejo y total” (Sola, 2018, p.22). Por lo que el Estado debe, desde temprana edad de los menores, garantizar su derecho al Buen Vivir, lo



que involucra garantizar su derecho a la identidad, y en efecto es así, cuando nuestra carta constitucional lo ha recogido de la siguiente manera:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía (...) (CRE, 2008, Art. 45).

La importancia del derecho a la identidad va más allá de un reconocimiento como tal, que proporcione a las personas de nombres y apellidos, sino se trata de la búsqueda de estabilidad y armonía social de la persona a lo largo de su vida, concomitantemente se ha pronunciado la doctrina:

En cuanto a los vínculos afectivos, se considera este como uno de los factores más esenciales e influyentes en el desarrollo emocional del niño, el cual necesita afecto para la seguridad y confianza en sí mismo y en los demás; a su vez, los padres juegan un papel importante en el control emocional de sus hijos, en tanto al tener manejo de sus propias emociones se convierten en referente para los mismos (Marín, Quintero y Rivera, 2019, p. 168).

La vitalidad de los vínculos afectivos, no solo con padres, sino con el entorno, deviene en que la persona pueda en uso de su plena identidad desarrollarse y desenvolverse en el conglomerado social, ya que el derecho a la identidad y su conexión con el desarrollo de la personalidad se lo enlaza de la siguiente manera:

En principio, debe alcanzar y potencialmente cubrir todos los múltiples y complejos aspectos de la rica personalidad del sujeto. Esta potencial extensión de la tutela de la identidad, en la medida que se relaciona con los vastos atributos y características



definitorios de la personalidad, hace que ella necesariamente infiera con la protección de otros derechos de la persona (Fernández, 2015, p.237).

Consecuentemente es significativa la determinación del derecho a la identidad al analizar la filiación mediante las TRA, teniendo en consideración que, por lo general en la etapa de la adolescencia se interrogan si las personas que les crían son efectivamente sus padres y eso es un tema importante de la afectación emocional, pero lanzarse a la búsqueda en el aire sin tener noticia que apuntale como y a donde debe dirigirse sería inútil.¹⁶

Sin embargo, no es muy alejado de la realidad, porque en la práctica se pretende entablar algún tipo de vínculo biológico con la persona que intervino como donante o como gestadora subrogada, es necesario indicar que, en algunas circunstancias poco puede importar quién es el donante, puede ser anónimo, muchos casos se presentan de esa manera; o en el supuesto que una mujer deseara embarazarse por intermedio de las clínicas o bancos de donación, estas cuidarán que sea un donante sano, pero existe la decisión de fecundar y tener un hijo, en este caso una eventual búsqueda de paternidad sería poco probable.¹⁷

Teniendo en consideración que, en el Ecuador, no existe normativa que indique con exactitud el alcance que pueden llegar a tener las TRA con respecto al derecho a la identidad, pero nos permite interpretar desde el punto de vista constitucional donde indica que las personas tienen “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener” (CRE, 2008, Art.66). Situación que tiene estrecha relación con la siguiente disposición constitucional:

Se reconoce a la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se

¹⁶ (M.A Machado, comunicación personal, 06 agosto de 2021)

¹⁷ (M.A. Machado, comunicación personal, 06 agosto de 2021)



basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (CRE, 2008, Art. 67).

Norma constitucional que es importante invocarla, puesto que su pertinencia en este trabajo de titulación tiene relación con la jurisprudencia constitucional, al abordar el derecho a la identidad de los menores, cuando sus progenitores son del mismo sexo, por ello debemos tener presente el caso *Satya* en donde la Dirección General del Registro Civil, se negó a inscribirla con el apellido de sus dos madres, es así que la CCE ha expresado:

En el caso específico, la decisión de la Dirección General del Registro Civil, de negar la inscripción de la niña Satya Amani con los apellidos de sus dos madres, implicó negar su derecho a la identidad en cuanto a gozar de la nacionalidad ecuatoriana. Tal hecho generó una situación de indefensión e incertidumbre, en la medida que restringió su identidad y la posibilidad de ejercer sus demás derechos que como niña y persona le asisten. Se toma nota, además, que esta situación afectó directamente al principio del interés superior, que exige de las autoridades públicas la adopción de medidas idóneas a fin de precautelar los derechos de niños y niñas, priorizando en todo momento la satisfacción de sus necesidades y desarrollo integral (CCE, Sentencia 184-18-SEP-CC, p.63).

Es notablemente trascendental tomar cuenta de aquella sentencia, ya que el Estado no puede a pretexto de invocar que desde el punto de vista legal no existe la posibilidad de inscribir a una menor con el apellido de sus madres, impedir que se materialice un derecho que está reconocido constitucionalmente, como es el de la identidad; y aun así, si no estuviese reconocido taxativamente en nuestro ordenamiento jurídico, la norma constitucional se la debe interpretar “En el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos” (CRE, 2008, Art. 427).



Sin duda, aquella sentencia es un avance en materia de derechos humanos, ya que aplica el texto constitucional con la finalidad de materializar los derechos de las personas; y es así que esta disposición constitucional se la debe analizar con la sentencia referente al matrimonio igualitario que ha sido dictada por la CCE, es entonces que el máximo órgano de justicia constitucional, en ejercicio de sus competencias ha abordado de manera clara el tema de la familia, la cual creemos importante traerla a colación en este trabajo de titulación, en virtud de la estrecha relación del derecho a la identidad de las personas, en relación con su ámbito familiar:

En cuanto a la familia, la Constitución parte de dos principios que informan todo su contenido: la diversidad y la igualdad de derechos de sus miembros. De ahí que se reconozca a la familia "en sus diversos tipos", con diversos fines y que pueden constituirse "por vínculos jurídicos y de hecho", basado en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. En lo diverso, además, hay que considerar que Ecuador es un Estado plurinacional y que en cada nacionalidad puede haber distintas concepciones de familia. Esto quiere decir que la Constitución no reconoce un concepto único y excluyente de familia, y que, al ser el núcleo fundamental de la sociedad, toda familia es importante (CCE, Sentencia No. 11-18-CN/19, p.14).

Criterio constitucional que guarda relación con el ámbito supranacional en el sentido que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (DUDH, 1948, Art.16).

Conforme lo ya expuesto, la importancia del derecho a la identidad va más allá de cualquier reconocimiento que uno de los padres pueda dar, sino también conlleva que desde el Estado no se obstaculice la posibilidad de que un ciudadano pueda gozar efectivamente de sus derechos, por ello la administración pública debe ser el vehículo conductor que coadyuve a la materialización de los derechos, y no use o invoque la falta de norma, como un instrumento



para menoscabar el efectivo ejercicio de los derechos; por ello la CCE es enfática en indicar que:

El objetivo fundamental que tiene el Estado en materia de niñez y adolescencia es garantizar sus derechos en observancia de sus obligaciones, lo cual se empieza por la tutela de su identidad, desarrollo integral e interés superior. Para tal cumplimiento, se debe desvirtuar toda clase de barreras que impidan materializar los derechos en condiciones de una adecuada infancia, así como toda etapa de desarrollo posterior. De manera que la entidad pública, frente a su deber de garantía del derecho constitucional de niños y niñas a tener identidad, nombre y ciudadanía, estuvo obligada a emplear en forma preferente el principio del interés superior del niño en armonía con el principio de trato prioritario a fin de sobreponer el efectivo goce de los derechos (...) por sobre cualquier otra consideración en atención a la satisfacción de sus necesidades primordiales (CCE, Sentencia 184-18-SEP-CC, p.66).

La aplicación preferente de principios de igual manera determina la importancia del derecho a la identidad, y aquello no significa que los derechos de los menores sean más importantes que otros, sino que el Estado está en la obligación de actuar diligentemente para que una persona recién nacida pueda a lo largo de su desarrollo inmiscuirse en la sociedad y en la familia, conforme nuestra jurisprudencia interamericana de la siguiente manera:

Los Estados, dentro del marco del artículo 18 de la Convención, tienen la obligación no sólo de proteger el derecho al nombre, sino también de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona, inmediatamente después de su nacimiento. (...) Igualmente, los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción al derecho ni interferencia en la decisión de escoger el nombre. Una vez registrada la persona, se debe garantizar la posibilidad de preservar y reestablecer su



nombre y su apellido. El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia con la sociedad y con el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 2005, p.70).

Siguiendo con el desarrollo de este trabajo, es necesario abordar de igual manera ciertos puntos de importancia, los cuales son los TRA, por lo que en este punto es necesario tomar en cuenta su relación con el derecho a la salud con la libertad sexual, siendo así que:

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, párr. 8).

Por lo tanto si de libertad sexual hablamos, es necesario vincularlo con los derechos reproductivos, ya que estos particulares es necesario entenderlos al abordar las TRA, que si bien parten desde el punto de vista médico, su importancia con los derechos de las mujeres merece una especial referencia, ya que no se puede concebir que sean usadas desde el punto de vista reproductivo, es por ello que la Corte Constitucional de Colombia se ha expresado en el siguiente sentido sobre los derechos reproductivos:

Sin embargo es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así(...), son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado (Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-627/12, p. 147).



Por ello es importante tener en cuenta, a la luz de la precitada jurisprudencia, que, si una mujer desea hacer uso de las TRA, sea por su propia autodeterminación y proyecto de vida, más no como una obligación que le impone la sociedad para poder tener hijos, sólo así puede entenderse en plenitud su derecho a la libertad sexual y reproductiva, por eso se entiende que:

Algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción (Tribunal Constitucional del Perú, Caso 00008-2012-PI/TC, párr. 85).

Es inevitable tener en consideración que las TRA son utilizadas para poder procrear a un nuevo ser mediante métodos efectivos que logren la fecundación, salvo en otros casos que es necesaria la participación de un tercero para poder llegar al deseo de tener un hijo, pero no es menos importante reflexionar que:

El tiempo avanza y la necesidad del hombre por mejorar su calidad de vida también, jugando la ciencia un papel determinante en la preservación de la vida y preservación de la especie, convirtiéndose el derecho a la vida y al poder generarla en un acto en donde las condiciones biológicas ya son secundarias pues la medicina puede suplirlas, tal es el caso de las técnicas de reproducción asistida, fuertemente cuestionadas e insuficientemente reguladas, comprometiendo a una serie de principios, derechos e instituciones jurídicas como la seguridad jurídica, el interés superior del niño, la identidad la privacidad, la dignidad e integridad personal, filiación, maternidad y paternidad así como también cuestiones bioéticas, religiosas y culturales (Salame, Pérez, Merizalde, 2019, p.219).

Resulta sustancial contar con el consentimiento expreso y escrito por parte de las personas que desean someterse a las TRA y conocer cuál es el efecto directo en torno al derecho



a la identidad de las personas que nacen mediante los métodos alternativos; como se analizó respectivamente en el Capítulo I, teniendo en consideración la normativa española donde efectivamente ampara que la donación será anónima y no podrá ser revelada la identidad bajo ninguna circunstancia, salvo que se encuentre la salud del hijo en condiciones de alta gravedad ocasionando peligro directo a la vida del hijo, siendo el único caso en el que procederá a la búsqueda del origen y una posible solución ante la latente enfermedad, teniendo en consideración que esta hipótesis se rige a un caso extremo, pero es necesario considerar que, lo que estaría en juego es otro valor, la integridad de la vida del interesado porque si sufre alguna enfermedad hereditaria se debe buscar la fuente y un modo de tratamiento, el supuesto real anonimato tiene que ceder frente a la vigencia de un derecho de mayor trascendencia que sería la salud y la vida de la persona interesada, sin pasar por el principio de ponderación, uno pesa más que otro evidentemente, no son derechos constitucionales de igual rango porque el anonimato no tiene el mismo rango que la salud y la vida.¹⁸

Desde la óptica de la bioética, los donantes anónimos son considerados como altruistas debido a que no siempre reciben una bonificación por la donación de semen o por el alquiler del vientre, en muchos casos la cobertura económica abarca costos de desplazamiento hasta el lugar en el que se vaya a realizar las TRA, exámenes de salud donde se controlará la correcta salud de los donantes analizando si existe alguna enfermedad hereditaria para de esta manera evitar cualquier impedimento en asuntos de salud de carácter genético que puedan producir daños graves a la persona nacida a través de TRA (Enguer, Ramón, 2018). Como acotación a lo antes dicho, es necesario dejar en claro que:

En otras legislaciones como la española y la argentina se garantiza el anonimato del donante que participó en la técnica aplicada de carácter altruista, bajo el criterio de que la paternidad engloba no sólo el aspecto genético sino también vínculos psicoafectivos,

¹⁸ (M.A. Machado, comunicación personal, 06 agosto de 2021)



de lo contrario una persona resultaría ser padre legalmente sin haberlo querido, por otra parte el anonimato no sólo brinda seguridad al donante, sino también a la pareja que desea procrear por estos medios (Salame, Pérez y Merizalde, 2019, p.228).

Con la existencia de las TRA, la bioética exige la solución más factible en el caso de que se den conflictos o choques entre los derechos humanos, por ello creemos necesario entender cuál es el verdadero alcance de la bioética, por ello debemos tener claro que:

La bioética surge como una respuesta primordial a los conflictos suscitados por el rápido avance del conocimiento científico y técnico en las diferentes áreas de la medicina y la biología, sumados a la identificación de los efectos nocivos en el medio ambiente como consecuencia de la contaminación indiscriminada del planeta por acción del hombre (Rodríguez, 2018, p.1).

Dentro de los criterios que determinan la importancia del derecho a la identidad, al contar con las TRA y los diversos conflictos que se suscitan es importante señalar que “Estas técnicas hacen que conceptos básicos como los de familia, paternidad, maternidad o procreación dejen de tener sentido o, al menos, sufrir una fuerte distorsión que les puede despojar de los últimos vestigios de humanidad que les quieran reconocer” (Gamboa, 2016, p.335).

Sin embargo, no podemos dejar de lado los beneficios que traen las TRA, no solamente en el cumplimiento de los objetivos en el plan de vida de las personas, que trae consigo una serie de obligaciones con el futuro hijo, dentro de las cuales es la de coadyuvar a la materialización de contar con una vida digna del menor, y este pueda gozar de sus derechos fundamentales. Al respecto la jurisprudencia constitucional colombiana sobre las TRA se ha pronunciado:

Las técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro, combinadas con la maternidad subrogada, permiten a las mujeres que no han podido llevar a término un embarazo,



tener un hijo genéticamente suyo por medio de la fecundación de su propio óvulo y semen de su marido, compañero o donante. Generalmente, las parejas que recurren a este método prefieren generar el embarazo con sus propios óvulo y esperma. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. La ventaja que tiene este sistema para las parejas que no han podido concebir sus propios hijos, sobre cualquier otro, incluso la adopción, es que el niño que nace es hijo biológico de la pareja que alquila el vientre. La madre sustituta o de alquiler se limita a gestar un embrión fruto del óvulo de la madre y el esperma del padre (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/09).

Por otro lado, la acción de impugnación del hijo matrimonial, es un tema considerablemente debatido, porque se concibe que el hijo que es nacido dentro del vínculo matrimonial, es producto de uno de los fines del matrimonio que la ley establece, señalando que “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente” (CC, 2005, Art. 81). Si bien es cierto aquel artículo tiene una antigua data, es necesario entender que con el avance científico, la procreación no solamente se da en el lecho matrimonial, sino como ha quedado expuesto con la jurisprudencia, puede usarse las TRA, como el alquiler de vientre para que los cónyuges puedan tener a sus hijos; en ese mismo sentido se considera que:

La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y a puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios



a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/09).

Es entonces que, cualquiera sea el método por el cual los cónyuges tengan a sus hijos, es necesario resaltar que las autoridades tanto administrativas y judiciales deben velar por la real tutela de los derechos de los menores a su identidad y muchos otros conexos, es por ello que es importante tener en cuenta que:

Los casos vinculados con derechos de las niñas y niños son especialmente complejos debido a que esta rama del derecho debe regirse bajo principios propios, muchas veces diferentes a los del derecho en general. Ejemplo de estos principios son: el interés superior del niño, el derecho de prioridad, el principio de autonomía progresiva, el derecho a la supervivencia y al desarrollo, entre otros (González, 2010, p.109).

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla (CONA, 2014, Art. 11).

En tal virtud, los menores tienen además el respaldo legal para que sus derechos sean velados por el Estado y por parte de sus padres, ya que el interés superior “Debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad



incumbe, en primer término, a sus padres” (DDN, 1989). Así mismo, se reconoce a la autonomía progresiva del menor, siendo así:

La autonomía del niño, niña o adolescente es progresiva, de acuerdo con la evolución de sus facultades, posibilitando a los padres o a la persona que esté a su cargo, impartir la dirección y orientación apropiada para que el niño pueda ejercer sus derechos (Gómez de la Torre, 2018, p.119).

Por lo tanto, si indicamos que la autonomía progresiva en cuanto a que el niño ejerza sus derechos, es importante tener en cuenta que no se puede desconocer las implicaciones que lleva consigo el desarrollo del menor, por ello no se puede desconocer lo que se recoge desde el ámbito doctrinario sobre la referida autonomía progresiva, ya que los menores:

Se encuentran en una situación fáctica especial: son personas “en” desarrollo. Por lo tanto, en una primera instancia, son los padres o bien sus responsables legales quienes pueden hacer efectivo aquel conjunto de prerrogativas. De hecho, los padres de un niño pequeño desempeñan una función esencial en el logro de sus derechos: nadie se imagina a un bebé recién nacido eligiendo su propio nombre al momento de ser inscripto en el Registro Nacional de las Personas. Y es que, el derecho al nombre junto con el derecho a la vida son unas de las primeras facultades que los padres ejercen por sus hijos (Delle, s.f. p.2).

Así también, debemos tener en cuenta otro de los derechos que se involucran en el desarrollo de los menores, vinculado íntimamente con la dignidad humana, como uno inherente a su condición de grupo vulnerable y de atención prioritaria como en efecto lo son por mandato legal y constitucional, siendo así el derecho de supervivencia:

Los derechos de supervivencia invitan a hacer una reflexión en torno a lo que es más sagrado y fundamental para la sociedad, la condición de dignidad. Dignidad vista como la posibilidad que tiene todo ciudadano a vivir en un contexto armonioso, en donde su



integridad no se encuentre en riesgo ni en su dimensión física ni en su dimensión mental (Mancera, Mesa y Rodríguez, 2013, p.110).

El reconocimiento de los derechos de los menores se encuentra enlazado con la importancia necesaria para su desarrollo dentro de un ambiente dotado de protección, que puede ser ejercida desde el entorno de una familia, en sus distintos tipos, conforme lo expresado y reconocido por la jurisprudencia constitucional del matrimonio igualitario que se ha explicado en líneas precedentes:

El determinante primario del destino de una persona. Proporciona el tono psicológico, el primer entorno cultural; es el criterio primario para establecer la posición social de una persona joven. La familia construida como está sobre genes compartidos, es también la depositaria de los detalles culturales compartidos, y de la confianza mutua (Bohannan, 1996, p.72).

La Constitución del Ecuador, tiene un catálogo amplio de derechos, y en su medida al ser la norma de supremacía de aplicación directa e inmediata, recoge grandes avances en materia de derechos para los menores vinculados íntimamente a su identidad, y es así que tenemos:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (CRE, 2008, Art.44).



Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar (CRE, 2008, Art. 45).

Por otro lado, para que una persona tenga conocimiento verdadero sobre su identidad y origen es necesario que conozca la verdad sobre su procreación, si esta ha sido mediante las TRA, para de esta manera aceptar que los avances de la ciencia no solo pretenden proteger o entablar derechos sino otorgar circunstancias que por naturaleza no pueden ser factibles, para mediante su utilización fecundar un ser humano que tendrá derechos y obligaciones, los mismos que serán protegidos conforme al derecho a la identidad (Salame, Pérez y Merizalde, 2019).

Es trascendental distinguir que, en el caso de entablar la filiación es importante tener en consideración que, por un lado está la filiación con las personas que ejercen su patria potestad, cuidado, protección y el rol materno o paterno; y por otro lado se encuentran las personas que tendrían todos los derechos como madres o padres pero, la diferencia radica en que los donantes no demostraron el consentimiento y voluntad de engendrar un hijo, sino simplemente después de los análisis pertinentes se convirtieron en donantes y no desean tener derechos o ejercer un rol materno o paterno sobre el nuevo ser o formar parte de su vida (Salame, Pérez y Merizalde, 2019).



En este punto en particular debemos tener en cuenta sobre dos puntos, la maternidad subrogada o la donación de esperma; ya que un sector de la doctrina considera que los terceros intervinientes en la donación, con el pasar del tiempo, sin ninguna circunstancia particular desean forma parte de la vida de la persona que por medio de la donación existe:

Bastará con impugnar la paternidad y con un simple examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) se detonará el ejercicio de otros derechos en función no solo de los progenitores o padres biológicos, si no del niño producto de este procedimiento, que también los contempla la Constitución del Ecuador así como la Convención de los Derechos del Niño como: la identidad personal, conocimiento de orígenes biológicos, integridad personal, corresponsabilidad parental, y no discriminación en razón de su filiación, siendo estos los más relevantes (Salame, Pérez y Merizalde, 2019, p.227-228).

Sin embargo, aquel criterio doctrinario no lo puedo compartir del todo en razón de que en uso de la TRA, son los ciudadanos quienes al acudir a estos métodos buscan formar una familia propia, independientemente de quien sea el donante, y por tal hecho no puede concebirse que el donante luego del pasar del tiempo pretenda a pretexto de reconocer biológicamente a su hijo pueda iniciar acciones legales para el otorgamiento de su apellido, y en esa misma línea que el hijo producto de esas TRA, pretenda iniciar acciones de investigación de paternidad; criterio el cual tiene sustento en la jurisprudencia española:

Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los



gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora (Tribunal Constitucional España, STC 116/1999).

3.2 Consecuencias de la impugnación de paternidad del hijo matrimonial en relación padre-hijo.

Como consecuencia directa, está el vacío que generará la acción de impugnación en relación al derecho a la identidad paterna, donde entablaron relaciones paterno filiales que coadyuvó para el beneficio del hijo en diversos ámbitos para el desenvolvimiento, como es el derecho de alimentos, dotar de cuidado, protección y ejercer en cierto tiempo el derecho a suceder, el desapego que el hijo va a ser sujeto y las consecuencias que va a formar en su vida, por esto se considera que:

La identidad como derecho implica las características y rasgos que le son propios al individuo y que además sirven de elementos para diferenciarlo del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico. Respecto a este último, primordialmente a través del nombre se le suele relacionar a un entorno familiar con las consecuencias jurídicas que esto conlleva: el parentesco, la filiación, la maternidad, la paternidad o los alimentos (López, Kala, 2018, p.68).

Por esta razón se entiende que la presencia de sus progenitores en la vida del hijo sin importar la edad siempre será relevante, porque su rol dentro de la familia es trascendental en el descubrimiento de la identidad personal del hijo. Al hablar de impugnación de paternidad del hijo matrimonial, está relacionado con “La ruptura de un contrato, acuerdo o pacto implícito o explícito, en el cual uno de los dos miembros en una pareja, tiene algún tipo de relación con una tercera persona” (Camacho, 2004, p.10).

Además, se considera que es “Adulterio o quebrantamiento de la exclusividad carnal que los cónyuges se deben. Está expresamente impuesta en las leyes religiosas y civiles”



(Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 2006). Y, como consecuencia de esta infidelidad hubo un resultado, o sea se tuvo producto un hijo, que la mamá lo hizo pasar como procreado con su esposo dentro del vínculo matrimonial, en relación a que:

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) (CC, 2015, Art. 233).

Debido al avance de la ciencia y la validez probatoria dentro del proceso en relación a la realización del examen de ADN, “Esta presunción admite prueba en contrario, pues no se podría cerrar los ojos a la realidad y obligar al marido a reconocer como hijo a quien fue engendrado por otro” (Calderón, 2016, p.30).

El impulso del proceso de la acción de impugnación de paternidad del hijo matrimonial se da durante las dudas que surgen dentro del propio matrimonio o también se dan en los casos en que la pareja está atravesando por un proceso de separación o de divorcio y en momentos de crisis se puede llegar a ventilar acerca de la verdad biológica del hijo o también terceras personas pueden influenciar a que el padre tenga esta concepción (García, 2001).

Así mismo, se tiene en consideración la renuencia de la madre en la toma de muestras para la realización de la prueba de ADN, quien no acude con su hijo a ningún señalamiento que por orden judicial ha sido solicitada, razón que indica que como su representante legal y al tener la patria potestad del menor o incapaz velará por los derechos de intimidad de su hijo, para que no sea sometido a escenarios que puedan afectar su correcto desarrollo, como consecuencia la madre está privándole directamente el derecho a su hijo de conocer su realidad biológica en relación a su verdadero padre, y además vulnerando el reconocimiento constitucional sobre el derecho a la identidad, obligando al hijo a llevar una identidad equivocada porque pretende que



lleve un apellido que no le pertenece y se desarrolle en un ambiente que no le corresponde (García, 2001).

De igual manera, la negativa de la madre ante la realización de la prueba de ADN, se interpreta, como manda la legislación, es una prueba de mala fe, falta de lealtad procesal, por lo tanto, es un indicio de que la acción puesta en contra de esta persona como sujeto procesal tiene muchas posibilidades de que sea cierta.¹⁹

No es menos importante indicar que, el accionar de la madre y esposa ante el hijo y padre se constituye en un engaño directo por medio de la falsa atribución de paternidad a la que han sido burlados y sometidos, produciendo un daño irreversible, aunque sean sometidos a un juicio, y puedan declarar la falsa paternidad atribuida y el impacto generado y la asimilación de la realidad es un aspecto que netamente afectará en el desenvolvimiento de sus vidas, al enfrentar que los vínculos filiales entablados y desarrollados no son biológicos (Valladares, 2014).

Una vez que las pruebas alegadas por el accionante hayan sido practicadas y corroboradas dentro del proceso, el juzgador declarará mediante Sentencia la no existencia del vínculo biológico entre el padre y el hijo, como efecto de la sentencia se considera que “El hijo impugnado debe ser considerado desde la sentencia ejecutoriada como hijo de padre desconocido, (...) además deberá anularse la partida de nacimiento en la que consta la paternidad en la que consta la paternidad[*sic*], y la filiación” (Calderón 2016, p.34).

Con la sentencia a favor del accionante y con la declaración de autoridad competente de la impugnación de la paternidad, sectores de la doctrina creen que se podrá en vía civil accionar contra la madre por los daños y perjuicios ocasionados:

Parece que serían indemnizables los daños infringidos en el honor en sentido subjetivo del falso padre, esto es, en su propia estima, en la medida en que padezca o pueda alegar

¹⁹ (B.E. Ortega, comunicación personal, 12 de julio de 2021)



que padeció sufrimientos morales o humillaciones cuando conoció la falsedad de la filiación, y además tales daños fueran imputables a la madre y no hubiera razón alguna para obligarle a soportarlos (García, 2001, p.111).

Por otro lado, se debe tener en consideración la mala fe de la madre donde se entiende que:

El individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar, ejecutar o interpretar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos (Alferillo, 2011, p.460).

La consecuencia más relevante supone al plano de vulneración en ámbitos familiares, educativos y sociales que un hijo se encuentra al ser sometido a un juicio y más aún si se tiene que dilucidar aspectos íntimos que cambiarán su perspectiva de la familia e identidad, al someterle a una prueba de ADN para corroborar si existe o no un vínculo de consanguinidad con su padre, por esta razón:

Tampoco es posible permitir que sin mayor fundamento se susciten estas penosas cuestiones que afectan tan profundamente el honor del padre y del hijo. La ley exige condiciones muy severas para la procedencia de la acción. De ahí que la doctrina se lo llame desconocimiento riguroso (Calderón, 2016, p.30).

Por otro lado, el juicio de impugnación de paternidad provoca consecuencias jurídicas, económicas y sociales en las partes sustanciales del proceso civil, que deben ser analizados a fin de determinar quién es el más afectado de esta acción, ya que, particularmente afecta a las personas más vulnerables; es decir, los hijos menores de edad; en especial, en los casos de que la prueba de ADN, resulta negativa de paternidad, lo cual puede causar un gran impacto psicológico del menor, al enterarse que la persona que tenía como padre durante muchos años, en realidad, no es su padre. La situación



puede tornarse más compleja, cuando el padre o la madre se oponen, o no comparecen a practicarse la prueba, ya que, en estos casos, la incertidumbre del menor podría aumentar, por cuanto el menor, no sabría de quien es hijo en realidad (Ramírez, Pérez, Vilela, 2020, p.146).

En el momento en el que el hijo ya no tenga la presencia del que creía ser su padre durante el desarrollo de su vida, tiende a desarrollar conductas negativas que van a interferir drásticamente en el correcto desenvolvimiento en relación a los ámbitos a los que se encuentra relacionado, enfatizando su dolor de abandono tendrá conductas depresivas, soberbias y estará siempre en una constante depresión que necesariamente deberá ser tratada, caso contrario puede orillarle al temido suicidio (Roldán, 2016).

4. CONCLUSIONES.



Los cambios normativos en materia constitucional, civil y familiar referentes a la protección de los derechos, así como a la tutela judicial efectiva del derecho a la identidad, deducen que el Estado debe velar por la búsqueda de la verdadera identidad garantizando el acceso a la justicia de los ciudadanos para que puedan plantear acciones de investigación de paternidad o impugnación de paternidad.

Este trabajo, a abierto diversos caminos al interpretar que la verdad biológica no solo se encuentra en estas acciones, sino se deben incluir los avances que la ciencia ha incorporado como son las TRA, mismas que como ha quedado claro, las personas en uso de sus derechos sexuales y reproductivos acuden a las mismas.

Se destaca el derecho a la identidad en su totalidad, interpretándolo con un conjunto de derechos que abarcan su correcta estructura y desarrollo desde el momento en que se da el reconocimiento ya sea este, matrimonial, extramatrimonial o por el imperio de la ley como consecuencia del correcto ejercicio de este derecho, para precautelar su pleno ejercicio a favor de las personas, que bajo ninguna circunstancia pueden ser vulnerados, privados o inducidos a error.

El derecho a la identidad cuenta con reconocimiento legal, tanto a nivel nacional como internacional. El Ecuador, a pesar de que a suscrito a la normativa convencional, y ha incorporado constitucional y legamente normativa, existen circunscripciones territoriales donde no se respeta a cabalidad el ejercicio de este derecho, debido a las condiciones de ruralidad y aislamiento a las que en ciertas zonas, pueblos o comunidades se encuentran sometidos. Es por esta razón, que nuestro país mediante la incorporación de políticas públicas ha disminuido la cantidad de infantes, niños y adultos a vivir indocumentados, sin tener registro personal y como consecuencia sin obtención de los beneficios que el Estado puede y debe brindarles.

La identidad, va más allá de los rasgos físicos, característicos de una persona, los mismos que se diferencian entre los individuos que forman parte de la sociedad a la que



pertenecen, ha quedado claro que este derecho se lo debe entender como una manifestación de pertenencia, que sirve como instrumento para que la persona cumpla con sus expectativas, metas u objetivos que se haya proyectado. Como se ha analizado, la no correcta aplicación de la verdad biológica puede trastocar sentimientos negativos al individuo, impidiéndole de este modo ejercer su vida y actividades con plenitud. Es así como el derecho a la identidad al tener su fundamento en la dignidad humana, en el Ecuador como Estado garantista y protector de derechos ha sido consecuente en relación a la importancia que el correcto ejercicio de este derecho recae sobre una persona y lo ha reflejado en la jurisprudencia, normativa vigente y control constitucional dentro de los procesos que se ha verificado en donde ha existido la vulneración de este derecho, en referencia a los Arts. 257 y 260 del CC.

El examen comparativo de ADN como prueba científica desvirtúa cualquier otro tipo de prueba que se pueda presentar en su contra. Se ha utilizado para poder identificar la verdad biológica de las personas, sin importar si la persona se encuentra viva o haya fallecido, mediante la prueba de ADN post mortem, tiene plena vigencia y no se le ha encontrado obstáculos u objeciones para que sea apreciada en su totalidad. Es absolutamente ineludible que dentro de los procesos donde se pretenda investigar la paternidad o impugnar la misma se debe tener como prueba el examen de ADN, como indica la jurisprudencia que acepta la utilidad de estos avances tecnológicos para evitar la vulneración del derecho en la búsqueda de la verdad biológica.

La impugnación de paternidad del hijo matrimonial y la impugnación del acto de reconocimiento, son acciones que en varias circunstancias son interpretadas de manera errónea o no existe verdadera percepción sobre sus diferencias. Desde el punto de vista procesal no debería existir un traspié en su campo de acción. La primera, tiene por amparo la ley de presunción de paternidad sobre el hijo que nace dentro del matrimonio, aquí se demanda mediante juicio de impugnación para destruir esa presunción atribuida equívocamente; la



segunda es una paternidad erróneamente atribuida por vicios del consentimiento, como el reconocimiento fue voluntario y la CNJ indica que impugnar una paternidad es irrevocable, por lo tanto es necesario un juicio completamente diferente que es la impugnación del acto de reconocimiento vía nulidad. Ambas acciones procuran llegar al mismo objetivo que es dilucidar la verdadera identidad e identificación de una persona.

La filiación es el vínculo de pertenencia entre una persona que desciende de otra de manera biológica o por actos jurídicos como el reconocimiento judicial o una adopción. La filiación ha sido concebida desde el punto de vista natural, directo, tradicional y sistemático. Sin embargo, dentro de la investigación se concluye que no solo existe filiación por este vínculo o acto, sino que puede existir diversos tipos de filiación entre el procedimiento y resultado de las TRA, se deja abierta la posibilidad de que, con los avances de la ciencia y el conocimiento humano la verdadera identidad pueda determinarse no solo a través del ADN, o puede darse a consecuencia de nuevos métodos científicos que faciliten la determinación de la identidad, motivo de este trabajo.

5. RECOMENDACIONES.

Desarrollar una propuesta de reforma al Código Civil, en cuanto a una mejora normativa para que se pueda ejercer la acción de impugnación del hijo matrimonial, en virtud que por las



derogaciones de los artículos del CC sobre la materia, muchos justiciables por medio de sus defensas técnicas se ven confundidos en cuanto a la aplicación de la acción que corresponde para la impugnación.

Realizar una convocatoria a la academia y sociedad civil, con la finalidad de presentar una propuesta de reforma relacionada al examen comparativo de ADN contenido en el CONA, mismo que al formar parte de una prueba trascendental para atribuir o revocar algún derecho merece una atención precisa en relación a cada una de las circunstancias pertinentes relacionadas al caso.

Presentar un plan de capacitación al Colegio de Abogados del Azuay, con la finalidad de brindar charlas académicas, sobre Derecho Constitucional: Avances del derecho a la identidad en relación con la familia, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, dentro el Caso Satya y el Caso Matrimonio Igualitario.

Proponer ante el Legislativo, un proyecto de ley que incluya minuciosamente todo lo referente a las TRA, que merecen un trato legal específico e individual debido a la complejidad del tema y su importancia, que incluiría puntos sobre el derecho a la salud, derechos sexuales y reproductivos, así como la inclusión de secciones donde se aborden en cuanto a quienes pueden ser donantes de semen o alquiler de vientre, requisitos, regulaciones sobre acciones judiciales encaminadas en el supuesto que después de algunos años el hijo como resultado de estos procedimientos desee conocer a su padre o madre biológicos, donación, anonimato, formas en las que se interpretará la filiación.

6. REFERENCIAS



- Aler, M., Carrasco, F., Lorente, J. Prieto, M., y Rivas, E. (2000) *Recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de Identificación Genética*[Archivo PDF].
<https://www.ucm.es/data/cont/docs/185-2013-07-15-documento37709.pdf>
- Alferillo, E. (2011). La "mala fe". *Vniversitas*, (122),441-481. ISSN: 0041-9060. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82522606015>.
- Austin, C. (2018). *Electroforesis*. National Human Genome Research Institute. Recuperado de <https://www.genome.gov/es/genetics-glossary/Electroforesis>.
- Baqueiro, E., y Buenrostro, R. (2009). *Derecho de familia*[Archivo PDF].
<https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/05/1.-derecho-de-familia-edgad-baqueiro-2da-edicion.pdf>
- Bohannan, P. (1996). *Para raros nosotros. Introducción a la antropología cultural*. Ariel S.A.
- Brena, I. (2004). *El derecho y la salud temas a reflexionar*[Archivo PDF].
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1334/1.pdf>
- Brigante, R. (2001). *El amparo de pobreza: una actualización necesaria*[Archivo PDF].
https://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/2002/05/Hom_El_Amparo_De_Pobreza.pdf
- Burgos, W., Rosero, C., Cárdenas, H., y Solarte, C. (2007) *Polimorfismos en la longitud de fragmentos amplificados (AFLP's) a partir de muestras de sangre almacenadas en tarjetas FTA[®] para la especie Cavia porcellus Lin. (Rodentia: Caviidae)*.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta.
- Calderón, J.M. (2016). *La Acción Del Juicio De Impugnación A La Paternidad Y Los Derechos De Familia*[Archivo PDF].
<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5456/1/TUAEXCOMMDF001-2017.pdf>



- Calderón, R. (2014). *De la practica de ADN como prueba esencial en los procesos de filiación*. [Tesis de Grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes].
<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/2017/1/TUTAB016-2014.pdf>
- Camacho, J.M. (2004). *Fidelidad e infidelidad en las relaciones de pareja*[Archivo PDF].
<https://www.fundacionforo.com/pdfs/archivo42.pdf>
- Centro de Estudios Científicos (2021). Chile. Recuperado de
<http://www.cecs.cl/educacion/index.php?section=biologia&clase=29&id=58>
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) (2001), *Iniciativa para la paternidad responsable en el Istmo Centroamericano. (LC/MEX/L.496), NU. CEPAL*.
Subsede de México
- CEPAL, (2001) Organización de las Naciones Unidas. ONU
- Chaves, P. (2013). *Recogida de muestras para el laboratorio ¿Qué, ¿cómo, ¿cuál, ¿cuánto?*
- Coello, G. (2016). *Juicio de impugnación de paternidad: análisis y propuesta de reforma normativa al artículo 242, libro I, del Código Civil Ecuatoriano*.
- Corral, H. (2003). *La filiación matrimonial*[Archivo PDF]. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-7-P241.pdf>
- Corral, M. (1940). *Nueva situación legal de los hijos ilegítimos*.
- Criogene Servicios Genómicos. *Conservamos ADN. Conservamos vida*. Recuperado de
<https://www.criogene.es/extraccion-conservacion-adn/custodia-vivos-muertos/>
- Crow, O. (2006). *Análisis Jurídico de la Reproducción Asistida y Responsabilidades Civiles de la Misma*. [Tesis Doctoral, Universidad Internacional SEK-Ecuador].
<https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/69/1/Análisis%20jur%C3%ADdico%20del%20reproducción%20asistida.df>



- De Lamo, O. (2010) *La Impugnación del Reconocimiento por Vicios en la Declaración: Aproximación a su Significado En El Art. 141 Del Código Civil*[Archivo PDF].
https://eprints.ucm.es/id/eprint/10981/1/Lamo_Merlini-Trabajo_reconocimiento.pdf
- Delle, M. (s.f.) *La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente.* Recuperado de:
http://secretarias.unc.edu.ar/derecho/njrj/vol.-iii-no-1-serie-i/abogados-en-accion/la-autonom_a-progresiva-el-principio-que-garantiza-el-ejercicio-personal-de-los-derechos-del-ni_o-la-posible-colisi_n-con-el-inter_s-superior-especial-an_lisis-de-los-actos-m_dicos-del-adolescente-ab-maria-julia-delle-vedove/at_download/file
- Erazo, V.(18 de abril de 2014). Mayoría de estudios de ADN se realiza por orden judicial. El Telégrafo. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/mayoria-de-estudios-de-adn-se-realiza-por-orden-judicial>
- Enguer, P., y Ramón , F. (2018). *Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España.* Revista Latinoamericana de Bioética, 18(1), 104-135.Doi: <https://doi.org/10.18359/rlbi.3160>
- Fernández, C. (2015). *El Derecho a la Identidad Personal.* Buenos Aires: Editorial Astrea, Segunda edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico S.A.C.
- Ferrajoli, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid, España: Trotta.
- Fiscalía General del Estado, (2014). *Manuales, Protocolos, instructivos y formatos del Sistema Especializado Integral de Investigaciones de Medicina Legal y Ciencias Forenses.* 07 de Agosto de 2021. [Archivo PDF].
https://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Resolucin_N_073-FGE-2014.pdf



- Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). (2013). Estado mundial de la infancia 2013 Nueva York: UNICEF
- Gamboa, G. (2016). *Las técnicas de reproducción asistida (tra) A la luz de la bioética*. *Escritos*, 24(53), 319-344. <https://doi.org/10.18566/escr.v24n53.a05>
- Gandulfo, E. (2007). *Reconocimiento de paternidad. Tópicos y cuestiones civiles*. *Revista Chilena de Derecho*, 34(2), 201-250. ISSN: 0716-0747. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014520002>
- García, J. (2001). *La impugnación de la paternidad matrimonial en el código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su dies a quo de ejercicio* [Archivo PDF]. <https://es.scribd.com/document/448688366/Dialnet-LaImpugnacionDeLaPaternidadMatrimonialEnElCodigoCi-229881>
- García, J. (2018). *Excepciones previas: Prescripción y Caducidad*. *Derecho Ecuador*. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/excepciones-previas-prescripcion-y-caducidad>
- Gelambi, M. (2019). *Ácidos nucleicos: características, funciones, estructura*. Lifeder. Recuperado de <https://www.lifeder.com/acidos-nucleicos/>
- Ginecología y Obstetricia de México (2011). *Inseminación intrauterina heteróloga* [Archivo PDF]. <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2011/gom1111m.pdf>
- Gómez, C. (2000). *Teoría General del Proceso*. 9, 223. Oxford.
- Gómez, M. (2008). *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. (159), 1. Atelier.
- González, F. Y Sánchez, D. (2004). *El nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia y la Prueba Material del ADN (Ácido Desoxirribo Nucleico)* [Archivo PDF]. <http://www.fabriciogonzalezandrade.com/pdf/libros/2004-nuevo-codigo-ninez-adolescencia-prueba-material-adn.pdf>



- González, J. (2006). *Análisis molecular de variación de polimorfismos STR autosómicos y de cromosoma <<Y>> en grupos étnicos de Ecuador con aplicación médico – forense*[Archivo PDF]. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/tesis/13742.pdf>
- González, L. (2015). *El acto jurídico del reconocimiento de hijos*. [Tesis de Grado, Universidad Central “Martha Abreli” de las Villas] <https://dspace.uclv.edu.cu/bitstream/handle/123456789/1717/EI%20acto%20jur%C3%ADdico%20de%20reconocimiento%20de%20hijos.%20Lisandra%20Glez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- González, M. (2011). *Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México*. Boletín mexicano de derecho comparado, 44(130), 107-133. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000100004&lng=es&tlng=es
- Guevara, G. (2004). *ADN: historia de un éxito científico*. Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia, 3(11),9-40. ISSN: 0124-4620. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41401101>
- Lab Biomolecular Ordóñez & Ugalde. *Pruebas Genéticas. Ecuador*. Recuperado de <https://lab-biomolecular.com/portafolio-de-pruebas-geneticas/>
- López, J. (2017). *Los invisibles: niñas, niños y adolescentes en situación de calle en la Ciudad de México*[Archivo PDF]. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4632/15.pdf>
- López, M., y Kala, J. (2018). *Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad*[Archivo PDF]. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7103692.pdf>



- Mancera, N., Mesa, V., y Rodríguez, M. (2016). *Derechos de supervivencia: fundamento para una vida digna*. *ojas ablas*, (10), 108-118. Recuperado de <http://revistas.unimonserate.edu.co:8080/hojasyhablas/article/view/16>.
- Marín, M., Quintero, P., y Rivera, S. (2019). *Influencia de las relaciones familiares en la primera infancia*. *Poiésis*, (36), 164-183. DOI: <https://doi.org/10.21501/16920945.3196>.
- Matheus, C. (1999). *Breves notas sobre el concepto de acción*. *Derecho PUCP*, (52), 761-771. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.034>.
- Mojica, L. (2003). *La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación*. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1), 250-265. ISSN: 0124-0579. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73350108>
- Molina, A. (2018) *La identificación de las personas en el alto imperio romano: Problemática antigua y actual*. *Atenea* (Concepción), (517), 201-219.
- Moliner, R. (2012). *Adopción, familia y derecho* [Archivo PDF]. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539911007>
- Nava, J. (2012), *Doctrina Y Filosofía De Los Derechos Humanos: Definición, Principios, Características Y Clasificaciones* [Archivo PDF]. <https://www.redalyc.org/pdf/1995/199524700001.pdf>
- ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>
- ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III). Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>
- ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III). Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>



- ONU: Asamblea General, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 12 Julio 1993, A/CONF.157/23. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/48d21bd42.html>
- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 993, p. 3. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html>
- ONU: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *El Estado Mundial de la Infancia 2017: Niños en un mundo digital*, Diciembre 2017. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/docid/5a8616404.html>.
- Orellana, F. (2006). *Medios de impugnación y recursos procesales en la ejecución de condenas de dinerarias*. Recuperado de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200007.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.
- Orrico, M. (2014). *Necesidad de reformar el art. 236 del Código Civil Ecuatoriano para ampliar el tiempo y ejercer la acción de impugnación de paternidad*. [Tesis de Grado, Universidad Nacional de Loja]. <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/14866/1/Tesis%20lista.pdf>
- Osorio, S. (2012). *El pensamiento complejo y la transdisciplinariedad: fenómenos emergentes de una nueva racionalidad*. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión, XX(1),269-291. ISSN: 0121-6805. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=90924279016>.



- Pacheco, V., y García, A. (2018) *Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador*[Archivo PDF]. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1976) Organización de Naciones Unidas.
- Pérez, M. (2010). Derecho de familia y sucesiones. México: Nostra Ediciones.
- Pérez, R. (2019). *Filiación extramatrimonial y el derecho alimentario, 2019*. Lima, Perú.
- Prícolo, M. V. (2019). *Glosario Jurídico en Lenguaje Claro*. 25. Editorial Jusbaire.
- Quesada, M. (2005). *La prueba del ADN en los procesos de filiación*[Archivo PDF]. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2028948.pdf>
- Ramírez, M., Pérez, L., y Vilela, W. (2020). *Análisis jurídico de impugnación de paternidad en el código civil de la niñez y adolescencia en Ecuador*. Revista Conrado, 16(72), 139-147.
- Real Academia Española. (s.f.) *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de abril de 2021, de <https://dle.rae.es>.
- Registro Civil, Identificación y Cedulación. (2011). *Programa de registro y cedulación al ecuador ponle tu nombre*. Recuperado de <https://docplayer.es/34029007-Programa-de-registro-y-cedulacion-al-ecuador-ponle-tu-nombre.html>.
- Rivero, F. (1997). *Elementos de Derecho Civil*. tomo IV, 4a edición. Editorial Bosch. p. 501.
- Robles, B (2008). *La infancia y la niñez en el sentido de identidad. Comentarios entorno a las etapas de la vida de Erik Erikson*[Archivo PDF]. <https://ebg.ec/wp-content/uploads/2020/06/etapas-vitales-de-Erickson.pdf>
- Rodríguez, J. (2018). *Bioética: un puente entre la ciencia y el humanismo*[Archivo PDF]. <https://www.smu.org.uy/wpsmu/wp-content/uploads/2018/05/Charla-BIOETICA-2018.pdf>



- Rojas, D. (2014). *El consentimiento: Su formación y sus vicios Capítulo VIII. El dolo*. Pp. 205-228
- Roldán, M. (2016). *Etapas infantiles. La importancia de la participación de los padres en la escuela*. Recuperado de <https://www.etapainfantil.com/importancia-participacion-padres-escuela>
- Salame, M., Pérez, B., y Merizalde, M. (2019). *La filiación en la legislación ecuatoriana y la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida*. Recuperado de <http://45.238.216.13/ojs/index.php/DJE/article/download/1621/854>
- Santamaría, L. (2000). *Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos*[Archivo PDF]. <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>
- Sepúlveda P. (2018). *A 20 años de la ley que terminó con los hijos ilegítimos en Chile*. Recuperado de <https://www.google.com/amp/s/www.latercera.com/tendencias/noticia/20-anos-la-ley-termino-los-ninos-ilegitimos-chile/227203/%3foutputType=amp>
- Servicio de Información y Noticias Científicas, (2008). *Los intentos de fraude en una prueba de paternidad modifican el protocolo de actuación en pruebas de ADN*. Recuperado de <https://www.agenciasinc.es/Noticias/Los-intentos-de-fraude-en-una-prueba-de-paternidad-modifican-el-protocolo-de-actuacion-en-pruebas-de-ADN>
- Sociedad Española de Fertilidad. (2011). [Archivo PDF]. https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf
- Sola, S. (2018). *Los sentidos e interpretaciones del yo: Un análisis multidimensional*[Archivo PDF]. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/dix/n29/0797-3691-dix-29-20.pdf>
- Turner, S., Molina, M., y Momberg, R. (2019). *Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo*. Revista De Derecho (Valdivia), 11(1).



Recuperado de

<https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/919>

Universidad Internacional de Valencia. (2017). *ADN y ARN concepto, diferencias y funciones por Universidad Internacional de Valencia*. Recuperado de <https://www.universidadviu.com/ec/actualidad/nuestros-expertos/adn-y-arn-concepto-diferencias-y-funciones>.

Valladares, J. (2014). *La impugnación del reconocimiento de paternidad y, la no comparecencia de la madre e hijo/a, a la recepción y toma de muestras de ADN*. [Tesis de Grado, Universidad Nacional de Loja]. <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/16199/1/TESIS%20JENNY%20VALLADARES.pdf>

Vargas, M. (2018). *Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos*. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), (18), 117-137. <https://dx.doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

Vargas, R. (2010). *LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL*. Prolegómenos. Derechos y Valores, XIII(25),127-146. ISSN: 0121-182X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271008>

Vial del Río, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico*. Editorial Jurídica de Chile. Recuperado de https://issuu.com/ignaciomaldonado/docs/vial_del_r_o_v__ctor__teor__a_gen

Zeledon, M. (2015). *Enfoque Jurídico*. Recuperado de <https://enfquejuridico.org/2015/05/05/derecho-humano-a-la-identidad-y-su-relacion-con-la-ninez-origen-y-evolucion/>



Jurisprudencia .-

Consejo de Estado de Colombia, Radicación número: 13001-23-31-000-1998-00343-01(23605), 2012

Corte Constitucional Colombia, Acción de tutela instaurada. Sentencia T-627/12, de 2012.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-258/15, de 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-477/95, de 1995.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/09, 18 de diciembre de 2009.

Corte Constitucional de Ecuador, (2015) Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 131-15-SEP-CC, Caso No. 0561-12-EP. 29 de abril de 2015.

Corte Constitucional de Ecuador, (2021) Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia No. 1911-16-EP/21. 30 de junio de 2021.

Corte Constitucional de Ecuador, Consulta de Constitucionalidad de Norma, Sentencia No. 025-10-SCN-CC, Caso No. 0001-10-CN, 24 de agosto del 2010.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 184-18-SEP-CC. Caso No. 1692-12-EP, 29 de mayo de 2018.

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19. Caso No. 11-18-CN, 12 de junio de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.º 09213-SEP-CC. Caso N.º 0538-11-EP, 30 de octubre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, 2006, 29 de marzo de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Moliner Navarro, Rosa (2012). ADOPCIÓN, FAMILIA Y DERECHO. Revista Boliviana de Derecho, (14), [fecha de Consulta 16 de Septiembre de 2021]. ISSN: 2070-8157. Disponible en:



<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539911007> Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, 2005.

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 1999.

Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Cuenca, Caso No. 01614-2006-0510, 31 de agosto de 2006.

Juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca, Caso No. 01614-2006-072, 15 de febrero de 2006.

Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca, Caso No. 01606-2003-0578, 08 de diciembre de 2003.

Tribunal Constitucional de Ecuador, Declaración de Inconstitucionalidad, Nro. 0002-06-DI, 19 de mayo del 2006

Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5/2003, 25 de marzo de 2003.

Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 05-2014, 02 de octubre de 2014.

Corte Nacional de Justicia (2015). Resolución No. 13-2015, 05 de noviembre de 2015.

Tribunal Constitucional de España, STC 116/1999. BOE 08 de julio de 1999.

Tribunal Constitucional del Perú, Caso 00008-2012-PI/TC . 12 de diciembre de 2012.

Normativa .-

Código Civil (2005), 24 de junio de 2005, Registro Oficial No. 46.

Código Civil Colombia, (2006). 27 de diciembre de 2006. Diario Oficial No. 46.494.

Código Civil para el Distrito Federal (2000), 29 de mayo de 2000.

Código Civil: concordado y actualizado Uruguay, (2014). 01 de mayo de 2014



Código de Procedimiento Civil, (2005) 12 de julio de 2005, Registro Oficial No. 58.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2017), 31 de mayo de 2017, Registro Oficial No.

1.

Código Orgánico Integral Penal, (2014). 10 de febrero de 2014. Registro Oficial No. 180

Constitución de la República del Ecuador (2008), 20 de octubre de 2008, Registro Oficial No.449.

Constitución Política del Ecuador (1993), 5 de mayo de 1993, Registro Oficial No.183.

Constitución Política del Ecuador (1996), 16 de enero de 1996, Registro Oficial No.863.

Constitución Política del Ecuador (1998), 11 de agosto de 1998, Registro Oficial No.1.

Ley 14/2006 España, (2006) 26 de mayo de 2006. BOE-A-2006-9292

Ley 721. (2001). Diario Oficial No. 44.661, de 29 de diciembre de 2001.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (2009). 22 de octubre de 2009. Registro Oficial No. 52

Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles (2016), 4 de febrero de 2016, Registro Oficial No. 684.

Ley Orgánica de Salud, (2006). 22 de diciembre de 2006. Registro Oficial No. 423.

Ley Reformativa al Código Civil (2015), 19 de junio de 2015, Registro Oficial No. 526-2S.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil España, (2015). 18 de agosto de 2015

Reglamento Establecimientos Servicios Funerarios y Manejo de Cadáveres, (2018). 20 de abril de 2018. Registro Oficial No. 226.



7. ANEXOS

Entrevista al Dr. Diego Gonzalo Jadán Heredia.

1. En la actualidad, ¿cuál cree que es el núcleo esencial del derecho a la identidad?

El derecho a la identidad tiene varias dimensiones, actualmente cuando se habla de identidad es necesario entender si se trata de identidad cultural, individual, o comunitaria. La identidad se entiende como la serie de rasgos que caracterizan a una persona ya sean estos rasgos físicos, psíquicos o culturales y la distinguen de otras, estos rasgos no es algo que siempre existió, ha ido evolucionando en los últimos 500 o 600 años, en un inicio la identidad se catalogaba solo al individuo, ahora puede ser también a un grupo humano.

Para poder entender los rasgos de las personas es necesario hacer referencia a la ontología que es la rama de la filosofía que estudia al ser y al momento de preguntar nos indica que somos y cuáles son las características específicas que nos diferencia de los demás, nos referimos a la esencia del derecho de la identidad se hace una mera descripción que son rasgos característicos que diferencia y califica de las otras personas, hay una esencia en las personas que puede invariable o puede ir formando culturalmente entonces no es una esencia.

2. Dentro del ámbito normativo, ¿cuál es la finalidad de la incorporación del derecho a la identidad en la CRE?

Las personas no siempre tuvieron conciencia de la individualidad que tiene una identidad, solo existía el yo interior libre para creer en Dios, para que esta concepción cambié tuvo que llegar la modernidad, tomándola como una etapa histórica y una forma de pensamiento que se da al rededor del siglo XIV para que las personas empiecen a desarrollar un sentido del yo y el descubrimiento del individuo, históricamente se rescata que Martín Lutero fue el primero en hacer esta distinción entre el yo y los demás, debido a que manifiesta que existe un ser interior y un ser social, que se entiende al primero como un yo interior y al segundo como lo que se ve hacia afuera. En ese entonces se daban prácticas en conjunto, las personas no podían



viajar solas debido a que no se sentían autosuficientes, de igual manera tenían que leer en voz alta no en silencio porque las demás personas debían saber que leían, no llevaban dinero individualmente sino todo en colectividad, del mismo modo solo se comía en grupo; con la llegada de la modernidad y nace el presupuesto del que yo valgo, es así como las personas empezaron a leer en silencio sin que sean juzgadas, emprendieron viajes solos y tenían sus propias bibliotecas y libros personales.

Posteriormente, Juan Jacobo Rousseau diferencia al yo interior con el ser social, e indica que es una distinción que no está cruzada por la cuestión religiosa, es el primero en decir que somos libres en un sentido más amplio de autonomía y determinación. La individualidad e identidad hay que proteger porque nos distingue, el Estado identifica con los datos y el número de cédula propia, y la identidad es más profundo que esto, el derecho surge para proteger al individuo y uno de los principales rasgos de la identidad que distingue de las demás personas.

Entrevista al Dr. Marco Antonio Machado Clavijo

1. Con el avance de la ciencia respecto a los exámenes de ADN, ¿qué concepción tiene respecto en la búsqueda de la verdadera identidad sin importar la edad?

La CC ha sido amplia y generosa en los conceptos pertinentes a esta materia y los jueces lo han admitido, ahora la aparición de la prueba de ADN es clave porque efectivamente se trata de un avance tecnológica que reporta una certeza virtualmente del cien por ciento, de modo que en la practica ha pasado a ser una de las tarifas legales o pruebas tazadas, a pesar que no se califica de ese modo, pero en los hecho resulta así, la ausencia de prueba de ADN en juicios de investigación e impugnación de paternidad hace que la resolución no cause estado, no produzca efecto de cosa juzgada, de modo que se pueda volver a demandar hasta hacer la prueba, esto es muy interesante porque efectivamente las regulaciones anteriores eran en palabras de Juan Larrea Holguín “poco realistas y poco humanas” porque sometían la decisión positiva o



admisoria de la demanda por parte del juez al hecho de que hubiese una suerte de concubinato publico y notorio entre la pareja de cuya relación nacería el hijo y esto no corresponde con la realidad, porque hay tantas relaciones que no se viven de esa manera publica y notoria no precisamente concubinato o que haya resultado prácticamente de un delito como la violación, y las regulaciones del CC eran antiguas y se expidieron en otro entorno social en otra época, de modo que esa realidad prevista por el legislador de ese entonces no se compadecía con los hechos actuales, al someter a la madre que generalmente buscaba reconocimiento a la suerte de censura pública franca o disfrazada y en realidad a una situación que no podía tener debida confianza en el sistema judicial que por su parte estaba sometido a la entrega de prueba suficiente, a una suerte de presunción judicial, el apareamiento del ADN a dejado atrás todo eso y ha terminado en la solución de la realización del examen que presupone un avance y los jueces han sido consecuentes con esa posición judicial.

2. ¿Piensa usted que la tramitación de la acción de investigación de la paternidad es un proceso dilatorio al ser en juicio ordinario?

No, el punto es que nosotros podemos simpatizar de primera impresión con quienes buscan que se establezca definitivamente este vinculo de origen con relación a un presunto padre o madre, pero hay que considerar que del otro lado esta el demandado y que los hechos alegados pueden o no ser ciertos, hay que respetar los derechos de uno y otros, el hecho que el legislador haya elegido que se trate de un proceso ordinario y no uno sumario o uno de mayor brevedad es una realidad procesal, en este sentido no hay afectación, hay que acatar las normas, el COGEP al ser norma procesal y pertenecer al derecho publico se pone para que todos sepan a que atenerse, cual es la conducta que han de seguir en un escenario judicial, dice la ley procesal cual es la conducta que debe acatar el juez, actor, demandado y los auxiliares de justicia, todos los que van a intervenir en el proceso incluyendo testigos, es completo, de modo que esta en debida correspondencia con la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva



porque el ejercicio de esta garantía constitucional esta reglado, hay que hacer la cosas como manda la ley procesal, no puede admitirse a tramite una demanda que esta mal puesta, hay que modificarla, aclararla, completarla, y el hecho que se haya elegido la vía ordinaria para juicios como este no es una arbitrariedad, hay que aceptarla como una realidad y probablemente como un escenario donde las partes en conflicto puedan despegar adecuadamente sus derechos.