

# UCUENCA

## Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**Factibilidad del examen de ADN con muestras extraídas en el exterior para su aplicación en la acción de impugnación de paternidad**

**Caso No. 01204-2019-00066**


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado

**Autor:**

Steven Alexander Segarra Remache

**Director:**

Nancy Susana Cárdenas Yáñez

ORCID:  0000-0001-6743-2500

**Cuenca, Ecuador**

2024-02-28

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar un caso de impugnación de paternidad en el que se ha declarado sin lugar la pretensión por no contar con prueba suficiente, esto debido a que ha existido resistencia de la parte demandada para la toma de muestras de ADN, prueba fundamental en este tipo de procesos, la decisión de la juzgadora también se ha visto fundamentada en favor del derecho a la identidad en atención al interés superior del niño, sin embargo del análisis realizado se estima que dicha fundamentación no ha considerado de manera plena la esencia del derecho a la identidad del niño, así como también se ha concluido que la indiferencia de la demandada respecto del proceso está fundamentada en un vacío legal que da como resultado que la prueba de ADN tomada en el exterior así como en el país no resulte tan factible, de igual manera se ha propuesto una posible solución que conllevará a que entre otras situaciones se conozca la verdad biológica del niño de manera diligente.

*Palabras clave:* acción civil, paternidad, derechos humanos



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

**Repositorio Institucional:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

## Abstract

The purpose of this paper is to analyze a paternity contestation case in which the claim has been declared inadmissible for lack of sufficient evidence, due to the fact that there has been resistance from the defendant to take DNA samples, fundamental evidence in this type of process, the decision of the judge has also been based in favor of the right to the identity of the child in attention to the best interests of the child, However, from the analysis carried out, it has been considered that the said grounds have not fully considered the essence of the right to the identity of the minor, and it has also been concluded that the indifference of the defendant with respect to the process is based on a legal vacuum that results in the DNA test taken abroad as well as in the country not being so feasible. Likewise, a possible solution has been proposed that will lead to, among other situations, the biological truth of the minor being known in a diligent manner.

*Keywords:* civil action, paternity, human rights



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

**Institutional Repository:** <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

## Índice de Contenido

Introducción.....	7
Capítulo 1.....	8
Fundamentación teórica .....	8
1.    Familia .....	8
2.    Impugnación de Paternidad .....	9
3.    Paternidad .....	10
4.    Filiación .....	11
5.    Interés Superior Del Niño .....	12
6.    Derecho A La Identidad.....	13
Fundamentación Legal .....	14
1.    Constitución De La República.....	14
2.    Convención Sobre Los Derechos Del Niño. ....	15
3.    Código Civil. ....	15
4.    Código De La Niñez Y Adolescencia. ....	16
Capítulo 2.....	17
Descripción Extensiva. ....	17
Análisis De La Situación. ....	20
Resolución Del Juzgador. ....	23
Análisis De La Resolución. ....	25
Conclusiones.....	27
Referencias .....	30

## Dedicatoria

Este trabajo lo dedico a mis padres quienes han puesto su confianza en mí a lo largo de todos estos años y especialmente durante la vida universitaria, por haberme sabido guiar para poderme convertir en el hombre que soy ahora y por haberme entregado todo su tiempo, cariño y apoyo incondicional para alcanzar mis metas.

A mi hermano quien me ha sabido enseñar que el esfuerzo es necesario para hacer realidad los sueños, por enseñarme el significado de perseverancia y que por más difícil que pueda llegar a ser el camino siempre hay que entregarlo todo por hacer aquello que más te gusta, gracias por aconsejarme y permitirme aconsejarte y sobre todo por todo el apoyo que me has dado cuando más lo he necesitado.

## Agradecimientos

Quiero agradecer a la Universidad de Cuenca, por haber sido el lugar en que me he podido formar constantemente, a mis docentes que a lo largo de toda la carrera han compartido de manera desinteresada todos sus conocimientos y experiencias adquiridos en su vida profesional, a mi tutora por haberme sabido guiar y brindar las directrices necesarias para que la redacción de este trabajo de titulación fuera posible.

Durante mi vida universitaria llegué a conocer a personas maravillosas, por ello quiero agradecer a cada uno de mis amigos por todos los momentos y risas compartidas durante nuestro paso por las aulas, deseo para todos ellos una vida llena de éxito y que destaquen; no solo como profesionales, sino también como seres humanos.

En general quiero dar las gracias a todos aquellos que supieron ser un pilar en el cual encontré apoyo cuando sentía el renunciar como la mejor salida y no permitieron que eso suceda.

## Introducción

El estudio propuesto como trabajo de titulación está enfocado en analizar la sentencia 01204-2019-00066; resuelta en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la ciudad de Cuenca, en la que se ha declarado sin lugar la pretensión del actor por la insuficiencia de la prueba actuada, lo cual puede ser muy común debido a un problema normativo que será analizado conforme se avance en el desarrollo del trabajo; es por ello que se partirá de un primer capítulo en el que se desarrollan temas que guardan relación con la impugnación de paternidad, mismos que posteriormente servirán para el análisis de los fundamentos propuestos por cada una de las partes con la finalidad de recibir una sentencia favorable en su provecho.

El segundo capítulo se encuentra estructurado en un inicio por una descripción del caso que estamos estudiando, la cual permitirá analizar la situación y comprender cuales son los problemas que se presentan dentro del mismo, como pueden ser la verdad biológica del niño y su vinculación con su derecho a la identidad, posteriormente se realizará la descripción de la decisión adoptada por la juzgadora en base a lo actuado durante el proceso, pudiendo así analizar si la decisión ha sido la más apropiada ya que en el caso se ha declarado sin lugar la demanda por no contar con la prueba de ADN debido a la ausencia de la demandada en reiteradas ocasiones, tomando como fundamento únicamente el derecho a la identidad del niño, por lo que se pretenderá buscar una solución a este particular para casos semejantes al analizado, debido a que esto tiene como sustento un vacío normativo que debería ser resuelto para que inclusive se lleguen a garantizar de mejor manera los derechos del niño.

## Capítulo 1

### Fundamentación teórica

#### 1. Familia

Dentro del Derecho ecuatoriano es irrefutable que la familia se encuentra protegida, dado que a más de contar con nuestro propio Código de la Niñez y Adolescencia (en el que si bien se tiene como finalidad principal la protección integral de niñas, niños y adolescentes, se considera a la familia en su totalidad como un espacio natural que será esencial para el desarrollo de los principales sujetos que protege este código y que además tendrá apoyo del Estado para el ejercicio de sus funciones) contamos además con normas jerárquicamente superiores como lo es la Constitución del Ecuador que la protege como núcleo fundamental de la sociedad y que además la reconoce en sus diversos tipos brindándole su apoyo total para la consecución de sus fines (Constitución del Ecuador, Art.67, 2008); similar consideración recibe por parte de la Declaración Universal de Derechos Humanos al entenderse en su artículo 16 numeral 3 como: “elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Como parte importante de este trabajo es necesario comprender que engloba el término familia, y es así que al situarnos en el Código de la Niñez y Adolescencia ya podemos apreciar una breve referencia de lo que la misma constituye; entendiéndola el código como un núcleo básico para la formación social y un medio para el desarrollo integral de sus miembros tomando especial atención en niños, niñas y adolescentes; para lo cual se apoyará en el Estado, que brindará protección con el fin de garantizar el pleno ejercicio de sus derechos así como de sus deberes y responsabilidades (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 96, 2022).

Estas consideraciones legales respecto de lo que debe entenderse por familia no son las únicas existentes pues si indagamos en la doctrina podemos ver que el concepto de familia es mucho más complejo; llevando a considerar a Sara Montero en su manual de Derecho de Familia que para definir a la familia en términos jurídicos hay que previamente conceptualizarla en dos aspectos; uno biológico que la entiende como un “grupo humano primario natural e irreductible formado a partir de la unión entre hombre y mujer” Calderón Anita et al. (1995), o inclusive como un aspecto social que la define como considera Zannoni junto a Bossert como una institución permanente integrada por personas cuyo parentesco deriva de la unión intersexual, procreación o del parentesco Anita et al. (1995); sino como un conjunto de personas unidas por diferentes lazos como matrimonio, concubinato o parentesco Anita et al. (1995); concepción adoptada luego de considerar diversos aspectos en conjunto.



## 2. Impugnación de Paternidad

Una vez comprendida la concepción que se tiene del término familia es preciso considerar que como en el caso bajo análisis se va a estudiar la figura de la impugnación de paternidad debemos entonces comprender qué caracteriza a esta figura jurídica; como anteriormente vimos la familia se encuentra protegida e inclusive se considera como un derecho de niñas, niños y adolescentes pertenecer a una; sin embargo, existen factores que hacen que la misma no pueda constituirse de manera plena; por ejemplo, cuando uno de los progenitores (mayormente el padre) considera que no existe ninguna relación parento filial con aquel que para la generalidad de personas es su hijo; razón por la que se ve motivado para presentar esta acción de impugnación de paternidad con la finalidad de buscar la verdad biológica respecto de su relación con el niño y así como consideran Bajaña y Sánchez (2018) a: “desconocer la paternidad que se le ha atribuido sobre un niño falsamente”.

Esta figura jurídica ha hecho posible como se ha mencionado anteriormente que se pueda determinar la verdad biológica, sin embargo, no es posible aplicarla tan a la ligera pues es necesario sujetarse a ciertos parámetros para que la acción sea acogida de forma favorable, entonces; primero debemos entender que será aplicable siempre que no se trate de un reconocimiento judicial debido a que “la sentencia que otorga o rechaza la relación paterno - filial es inimpugnable por efecto de la cosa juzgada”. Anita et al. (1995)

Dicha figura encuentra su regulación en nuestro Código Civil en su Título VII correspondiente a los hijos concebidos en el matrimonio donde constan quienes serán los legitimados activos para proponer esta acción, mismos que conforme el artículo 233 del Código Civil ecuatoriano serán:

1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.
2. El hijo.
3. El que consta legalmente registrado como padre o madre cuya filiación impugna.
4. Personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan como padres, teniendo un plazo de 180 días contados desde la defunción de padre o madre para impugnar.

Descrito el contenido del Código Civil podemos ver que cuando la persona que proponga la acción se encuentre dentro de los numerales anteriores podrá presentarla, esto con la finalidad de que en el momento que se llegare a demostrar que aquel que ha sido considerado falsamente como padre en realidad no lo era pueda éste como afectado o cualquiera que sea el reclamante solicitar que la madre les “indemnice de todo perjuicio que la pretendida paternidad les haya causado” (Código Civil, 2022).

Al momento de proponer esta acción existe un problema muy común que consiste en el hecho de no saber diferenciar en qué momento presentar la impugnación de paternidad y en qué momento la impugnación del acto de reconocimiento voluntario y es un problema grave debido a que frente a este particular existe la posibilidad de que la parte demandada pudiera proponer como excepción previa el error en la forma de proponer la demanda; aunque pareciera tratarse de la misma acción no es así, puesto que la impugnación de paternidad se hace con la finalidad de dejar sin efecto el vínculo filial existente entre el sujeto entendido como el verdadero padre y el niño luego de haberse practicado una prueba de ADN como prueba imperante para la decisión del juzgador, mientras que la impugnación del reconocimiento se hace respecto del acto voluntario en que se reconoció a un niño como hijo de manera libre, en este caso se tendrá entonces que alegar que dicho acto no cumplió con los requisitos establecidos en la ley o que inclusive existió de por medio ilicitud del objeto o vicios del consentimiento; un aspecto importante a considerar dentro de este reconocimiento es que al no estar discutiéndose la verdad biológica no será necesario que exista un examen de ADN como lo es en el caso de la impugnación de paternidad donde con esta prueba si se demuestra la ausencia de vínculo sanguíneo (Corte Constitucional 2015.)

Un último aspecto a tomar en cuenta es que la ley ecuatoriana, específicamente en el artículo 250 del Código Civil establece que la acción de impugnación de reconocimiento podrá ser ejercida por:

1. El hijo.
2. Cualquier persona que tenga interés en ello.
3. El reconociente cuando se demuestren los aspectos tratados en el párrafo anterior.

### **3. Paternidad**

Como se ha dicho en párrafos anteriores es mucho más común que sea el hombre quien se replantee si un niño es o no su hijo, en el caso de las madres no ocurre tal cuestión por el tema de que en ellas es mucho más notoria su situación de filiación por cuestiones de embarazo y por ende es mucho más fácil probar mediante un simple testimonio; en el caso del hombre la situación se vuelve más compleja pues para poder satisfacer la inquietud de que existe un vínculo filial con un niño requerirá de un examen de ADN, en base al cual se podrá determinar la paternidad ante el juez que conozca la causa; frente al asunto de la paternidad han existido muchos autores que han debatido respecto de su concepción; por un lado se encuentran autores que consideran que el término paternidad implica la posibilidad de confirmar la pertenencia al género masculino así como también la maduración de la identidad masculina (Montesinos, 2004, p.206), por otro lado están quienes defienden una

concepción más alejada de la masculinidad como lo hace Laura Torres quien ha concebido a tal término como un vínculo netamente social que nada tiene que ver con engendrar a un hijo, sino que éste se va construyendo poco a poco con el reconocimiento público de la relación padre-hijo.(Torres, 2004, p.52).

El tema de la paternidad ha sido abordado en nuestro Código Civil en su artículo 233 el cual establece lo siguiente: “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).

Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.” (Código Civil, 2022).

De lo dicho en el artículo precedente podemos notar que se pone de manifiesto la presunción legal respecto de la paternidad de un niño; sin embargo, no es ésta la única manera en que la paternidad se ve atribuida, en algunos casos puede serlo por decisión judicial y otras inclusive mediante el reconocimiento voluntario; sin embargo, en este caso no cabe la impugnación de la paternidad como tal sino del acto mediante el cual se reconoció al niño, para lo que se deberá alegar que han existido factores que han viciado el acto de reconocimiento.

#### **4. Filiación**

La filiación entre los tantos significados que tiene es entendida como una: “subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales” (Diccionario Jurídico Elemental, Cabanellas,2006), esta concepción podría bastar si no fuera incompleta porque no explica que tipo de relación es la que pueden tener las personas con sus superiores; es ahí donde se complementa dicha concepción con la que nos brinda Nelson Rodríguez al considerar que la filiación debe entenderse como un vínculo existente entre dos personas en donde una será la descendiente de otra, por dos cuestiones; por un hecho natural o a su vez por un hecho jurídico. (Rodríguez, 2014, p. 44)

Enma Madrid al citar la doctrina ha puesto de manifiesto las consideraciones de Claro Solar respecto a la concepción de la filiación, quien la ha comprendido como un “lazo que une a un hijo a su madre y a su padre” (Madrid, 2015, p. 19)

Nuestro Código Civil regula como vimos las presunciones legales respecto a la paternidad, sin embargo, no se estanca nada más ahí, sino que también va más allá al tratar las presunciones legales de la filiación, que guardan cierta relación con la paternidad; es por ello

que al situarnos en el artículo 24 del mencionado cuerpo legal podemos notar que el mismo expresa lo siguiente: “Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- 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.” (Código Civil, 2022).

Con este artículo podemos notar que la definición que nos ha facilitado Nelson Rodríguez se acerca bastante a lo que nuestro código refiere; sin embargo, omite una cuestión fundamental; uno de los tipos de filiación que el Código Civil si prevé dentro de las 3 que considera: una legal, una mediante un acto voluntario y otra declarada judicialmente.

Otro asunto sustancial que nuestro código menciona aquí como pudimos ver es que al constituirse la filiación se establece de igual manera la paternidad o la maternidad según corresponda; pudiendo denotar que ésta figura no debe entenderse similar al parentesco; pues este último se entiende como la relación que se desprende entre las personas que provienen de un tronco común, mientras que la filiación únicamente la tienen los hijos respecto de los padres (Ponce, 2018, p12).

## **5. Interés Superior Del Niño**

Dentro del Derecho de familia existen diversos temas que han sido objeto de gran controversia, entre los cuales el interés superior del niño es uno de ellos; concebido por algunos como un privilegio de niños, niñas y adolescentes por el hecho de ser tales; o sino como un derecho subjetivo del que gozan por la vulnerabilidad que los caracteriza sin embargo en términos generales Gonzalo Aguilar ha considerado que éste principio exige “tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.” (Aguilar, 2008, p. 230).

Este principio es en base al cual toman sus decisiones los jueces de familia en cada una de sus sentencias y resoluciones, por constituirse como un deber primordial de los tribunales tal como consta en la Convención sobre los Derechos del Niño, misma que en su artículo 3 numeral 1 expresa lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”(Convención sobre los derechos del niño, 1989).

De la lectura del párrafo precedente podemos advertir que este principio goza de primordial atención por lo que no es de extrañar que en la propia constitución vigente dentro del Ecuador se manifieste en su artículo 44 inciso primero que “se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (Constitución del Ecuador, 2008)

Frente al debate existente en la definición de éste principio el Código de la Niñez y Adolescencia; que es la propia normativa encaminada a garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, entre sus artículos se encarga de satisfacer nuestra inquietud e ilustra manifestando hasta qué punto se debe comprender el ámbito de acción del interés superior del niño; y es así que en su artículo 11 establece que: “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” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022)

## **6. Derecho A La Identidad**

La Constitución del Ecuador al ser la norma fundamental y la jerárquicamente superior es en base a la cual debemos sujetarnos todos quienes pertenecemos al territorio ecuatoriano; éste cuerpo normativo en su capítulo sexto referente a los derechos de libertad anota cuales son todos los derechos de los cuales podemos gozar todas las personas; sin embargo al que hemos de darle importancia en esta ocasión es al derecho a la identidad; pues es el más discutido en las acciones de impugnación de paternidad debido a que por una parte se alega que el hecho de no conocer su realidad biológica afecta al desarrollo de los niños, mientras que por otro lado se sostiene que de proceder la impugnación significaría vulnerar el derecho a la identidad del niño porque significaría un cambio drástico en como él se identificaría frente a la sociedad.

Este derecho, aunque consta como general para todos los seres humanos dentro del artículo 66 de la Constitución, en el mismo cuerpo legal el artículo 45 inciso segundo hace énfasis en un grupo específico que son las niñas, niños y adolescentes; sin embargo, aquí cabe una inquietud que es necesario solventar ¿Qué debe comprenderse como derecho a la identidad? ¿Significa únicamente tener un nombre y apellido?; la respuesta a esto es no, así lo ha considerado Bajaña Lenny quien tiene claro que el derecho a la identidad no abarca únicamente al nombre, sino que se constituye por un conjunto de caracteres (Bajaña y Sánchez, 2018).

Aquí ya encontramos una nueva interrogante respecto a qué caracteres son los que configuran y hacen efectivo a éste derecho y frente a aquello la Corte Constitucional considera que a más de los que se enuncian en el artículo 66 numeral 28 de la Constitución en el que se considera que serán derechos de todas 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” (Constitución del Ecuador, 2008) también se deberán considerar aspectos como “ la nacionalidad, origen familiar y étnico, nombres, adscripción ideológica, edad, sexo, religión, ideología, entre otros también constituyen elementos integrantes de la identidad de las personas que deben ser garantizados” (Corte Constitucional 732-18-JP/20, de 23 de Septiembre de 2020).

Por su lado la Corte Nacional de Justicia en el Juicio No.025-2012 se ha pronunciado respecto al derecho a la identidad y considera que el mismo se configura por dos fases; por un lado una fase estática que engloba todo lo que comprenda la realidad biológica de la persona; es decir lo que se considera como identidad física; pudiendo corresponder a ésta el nombre, su propia imagen, voz, fecha de nacimiento entre otros aspectos; por otro lado se cuenta con una fase dinámica que por su propio nombre se entiende que constantemente se encuentra en formación, esta fase se concibe también como una identidad espiritual que se constituye por los propios pensamientos del sujeto, ideología, creencias, opiniones o sus acciones. (Corte Nacional de Justicia 025-2012 JBP, de 22 de Marzo de 2012)

## **Fundamentación Legal**

### **1. Constitución De La República.**

Este cuerpo legal nace al ser promulgado el 28 de Septiembre de 2008, sin embargo entra en vigencia en octubre del mismo año, se encuentra constituido por 9 títulos de los cuales el que nos interesa para el estudio del presente caso es el segundo, pues en él se desarrollan

aspectos que son tomados a consideración y son punto de debate entre los sujetos procesales del caso bajo análisis; partimos de su artículo 45 inciso segundo en el que se establecen como derechos de los niños, niñas y adolescentes; quienes forman parte de los grupos de atención prioritaria, a la identidad así como a un nombre.

Posteriormente dentro del mismo capítulo segundo el artículo 66 versa en su numeral 28 que se reconoce y garantiza a las personas entre otros derechos a la identidad enfocada en dos esferas; una personal y una colectiva; y que incluirá nombres y apellidos, en este mismo inciso la norma manifiesta el derecho de la persona a mantener, desarrollar y fortalecer las características que engloban a la identidad, y todo esto encuentra relación con lo mencionado por la juzgadora del caso analizado en la motivación de su sentencia al referirse a lo mencionado por el Dr. José García quien entiende a la identidad bajo dos aspectos uno estático que está restringido a la identificación; es decir no va más allá del nombre, apellido o fecha de nacimiento; y uno dinámico que encuentra fundamento en la concepción del ser humano como algo complejo y constituido por aspectos externos como pueden ser la religión, cultura, política, etc.

## **2. Convención Sobre Los Derechos Del Niño.**

Aprobada como tratado internacional en el año de 1989 tiene como objetivo proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes pues los considera como sujetos de pleno derecho que deben ser escuchados, es relevante por tratar al igual que la Constitución las normas referentes a la identidad de los niños pues la misma establece lo siguiente:

### **Artículo 8 (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989)**

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

## **3. Código Civil.**

Los artículos más relevantes en relación al análisis que se realiza en el presente estudio de caso son:

**Art. 233.- Presunción de paternidad. Impugnación.** - 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).

Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.

**Art. 233 A.- Personas que podrán ejercer la acción de impugnación de paternidad o maternidad.** - La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá 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 contados a partir de la defunción del padre o madre.

#### **4. Código De La Niñez Y Adolescencia.**

Cuerpo normativo que tiene como finalidad garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes la protección necesaria para su pleno desarrollo bajo el apoyo de sus progenitores, la sociedad en general y del Estado como ente responsable de definir y ejecutar las políticas públicas necesarias para el desarrollo integral de este grupo de atención prioritaria.

Para el caso bajo análisis es primordial hacer énfasis en su artículo innumerado 11 en el cual nos indica cuáles serán las condiciones para que tenga valor probatorio en juicio el examen de ADN, el cual deberá ser practicado en laboratorios especializados y por peritos calificados, en la misma vía hay que prestar atención al artículo innumerado 13 en el cual se establece la suficiencia de la prueba de ADN cuando ha cumplido los requisitos necesarios que garanticen su idoneidad.

Por otro lado, se atiende al fundamento considerado por los sujetos procesales del caso el cual es el derecho a la identidad del niño, por ello se considera relevante con relación al análisis que se realiza en el artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia el cual versa lo siguiente: "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."



## Capítulo 2

### Descripción Extensiva.

En el presente estudio de caso se realizará el análisis del expediente No. 01204-2019-00066 el cual se recepta el 4 de enero de 2019 y por referirse a una impugnación de paternidad se acoge por razones de competencia en la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Cuenca conformada en su momento por el Juez Dr. Luis Fernando Velecela y el Dr. Paul Márquez como secretario, la demanda ha sido calificada el 29 de enero del mismo año y en la misma constan como sujetos procesales el señor Cruz Ariolfo Zhapan Mejía en calidad de actor y como demandada la señora Zoila Carmelina Arpi Dutan, dentro de la misma se tienen como hechos del caso los siguientes; los sujetos procesales celebraron su matrimonio en fecha 14 de febrero de 2005 en el Consulado de Ecuador de la Ciudad de Nueva York un año después producto de la relación mantenida entre los hoy sujetos procesales el 22 de julio de 2006 nace su hijo Jeremy Zhapan, el cual fue inscrito por su madre en el consulado de Ecuador en Nueva York el 12 de Julio de 2010, es decir cuando tenía 4 años, por dicho motivo el actor menciona que el niño ha sido registrado con el apellido “Zhapan” conforme a la presunción legal de paternidad y que no consta que exista como tal un reconocimiento voluntario. Menciona el accionante que en fecha 10 de Junio de 2013 se da por terminado el vínculo matrimonial con la demandada por lo que regresa al Ecuador, donde contrae nuevamente matrimonio con Nancy Mejía el 29 de Diciembre de 2015; con su nueva pareja buscan en diversas ocasiones procrear hijos sin tener éxito, motivo por el cual se ve obligado a practicarse una serie de exámenes de fertilidad, los que arrojan como resultado que el actor padece de infertilidad y ausencia de espermatozoides, llevándolo a comunicarse con su primera esposa quien le manifiesta que él no es el padre biológico de Jeremy. Manifiesta haberse realizado un examen pericial en el cual se tiene como resultado una hipotrofia testicular (reducción del volumen de los testículos) además de azoospermia (ausencia de espermatozoides), las cuales parecieran ser producto de una parotiditis (paperas) padecida por el actor en su niñez.

Como fundamento para que el juez declare con lugar la demanda el actor considera que es inconcebible que exista una relación filial falsa entre su persona y el niño, pues eso afecta el derecho a la identidad de éste último y por ende pone en riesgo el libre desarrollo de su personalidad que es uno de los tantos derechos que se vinculan a la identidad, es por ello que con la demanda puesta a conocimiento del juez el actor tiene como pretensión que se declare en sentencia que el niño no es su hijo.

Dentro del expediente consta que en la audiencia preliminar se han aceptado la totalidad de las pruebas por cumplir los requisitos previstos en el Código Orgánico General de Procesos

en lo que respecta a la utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba, entre los cuales se tienen los siguientes:

### **Prueba Documental**

1. Partida de matrimonio celebrado entre Cruz Zhapan y Zoila Arpi.
2. Partida de Nacimiento del niño Jeremy Zhapan.
3. Partida de matrimonio celebrado entre Cruz Zhapan y Nancy Mejía.

### **Prueba Pericial**

1. Informe realizado por el Dr. Jaime Pacheco con el que justifica la condición de infertilidad que padece.
2. Examen de ADN que solicita al Juzgador se sirva disponer se realice en un laboratorio especializado, para lo cual será necesario que se realice el respectivo sorteo del perito encargado de efectuar la diligencia, de igual manera solicita que debido a la ausencia de la demandada en el país el examen de la misma, así como del niño sea practicado ya sea en el país o en el consulado ecuatoriano en New York.

### **Prueba Testimonial**

1. Se ha solicitado se recepte el testimonio de Nancy Mejía y de Nelly Tenesaca.
2. Declaración de parte de la demandada.

Una vez ha tenido conocimiento de la demanda planteada en su contra, Zoila Arpi se ha pronunciado respecto de los hechos narrados por la parte actora y respecto de aquellos manifiesta que principalmente se opone de manera expresa a las pretensiones del actor; en relación a los hechos que menciona el actor la demandada considera que es verdad que estuvieron casados y que han procreado un hijo durante el matrimonio; sin embargo agrega que el niño ha sido el fruto de las relaciones mantenidas durante todo el tiempo de su vida matrimonial a lo largo de su convivencia en los Estados Unidos, por lo que siempre ha existido una relación llena de afecto y cariño entre el actor y Jeremy.

Aunque afirma los hechos anteriormente mencionados niega totalmente el haber manifestado al actor que el niño no es su hijo biológico, pues éste nunca le ha llamado, sostiene además que desconoce el motivo por el cual el actor presenta la demanda y especula que lo hace únicamente para evadir responsabilidades económicas con su hijo pues se encuentra vigente un código SUPA en el cual mensualmente está obligado al pago de pensiones alimenticias, en el que además al momento se encontraba adeudando el pago, de igual manera considera que la presentación de la demanda podría deberse a la influencia de la nueva pareja; posteriormente plantea las excepciones que considera aplicables al caso de la siguiente manera:

1. Citando a la norma suprema la parte accionada menciona cuales son los sujetos llamados a garantizar el efectivo goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; así como también al referirse al Interés Superior del Niño contenido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia argumenta que perder la identidad le provocaría un grave daño al niño respecto a su desarrollo, similar consideración sostiene al momento de citar tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, como excepciones previas enuncia algunas de las establecidas en el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos tales como:

## **1. Error en la forma de proponer la demanda**

Debido a que considera que por parte del actor nunca hubo desacuerdo en el reconocimiento de su hijo y que si quería demandar lo que tenía que hacer es impugnar el acto de reconocimiento por vía de nulidad demostrando que no se ha verificado la concurrencia de los requisitos que son indispensables para su validez.

Respecto a esta excepción establecida en el artículo 153 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos, la misma no sería procedente debido a que de lo que se desprende de los hechos del caso podemos dar cuenta que el actor confiaba en la buena fe de su cónyuge y presumía que el niño era biológicamente suyo, además no era necesario un reconocimiento voluntario por parte del actor ya que en ese momento los sujetos procesales estaban unidos bajo matrimonio, por lo que la propia norma en base a la presunción calificaba al marido de la demandada como el padre de Jeremy, distinto hubiera sido que el actor conociendo de la ausencia de un vínculo sanguíneo voluntariamente haya decidido reconocer al niño como suyo.

El juzgador de ese momento se ha pronunciado manifestando únicamente que el actor está accionando no por la nulidad de reconocimiento, sino que propone la impugnación de paternidad sustentándose en los artículos 233 y 233.A del Código Civil además de que la demanda ya ha sido aceptada de clara y completa por haber pasado por el filtro inicial; por tanto, no prospera la excepción.

## **2. Prescripción**

Busca su fundamento en el artículo 236 del Código Civil en el que se establece un período de tiempo de 60 días en el cual el marido podrá hacer cualquier reclamo respecto de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, manifestando que ya no cabe la acción pues el actor tuvo conocimiento del parto en el 2006 y recién en 2019 presenta la demanda, con lo que ya ha excedido el tiempo que tenía como límite para accionar.

Así mismo mantiene que opera la prescripción extintiva conforme el artículo 2415 del Código Civil, en el cual se establece un tiempo de 10 años para las acciones ordinarias ya que el actor presenta su demanda en el 2019, superando el tiempo que otorga la ley.

La prescripción como excepción establecida en el artículo 153 numeral 6 del Código Orgánico General de Procesos no cabe porque principalmente el actor de la demanda no tuvo conocimiento de que el niño no era hijo suyo sino hasta que contrajo matrimonio con su nueva pareja, por ello no pudo accionar en el momento oportuno; además hay que considerar que a la fecha en que demandó la impugnación el artículo 236 que es fundamento de la demandada ya no estaba vigente, por ende carece de eficacia su aplicación en el caso, y en base a esto último el juzgador también ha reflexionado en la misma dirección, además ha tomado a consideración que la demandada también fundamenta su excepción en el artículo 2415 del Código Civil y respecto a aquello el juez estima necesario sostener que si pudiera aplicarse el artículo al caso concreto el tiempo para la prescripción correría desde el momento en que se realiza la citación, sin embargo por tratarse de derechos que están consagrados en la Constitución la prescripción no prospera como excepción.

Dentro del expediente consta que la demandada hace uso del mismo argumento del actor; sin embargo, está orientado a una finalidad distinta, pues considera que al declarar con lugar la demanda esto generaría un grave daño al niño y vulneraría su derecho a la identidad, puesto que sus padres le han dotado de nombres y apellidos con los cuales es identificado en la sociedad por lo que perder su identidad le generaría un grave trastorno y afectaría su desarrollo intelectual y emocional.

### **Análisis De La Situación.**

De lo descrito en el caso podemos notar que existe un problema que debe ser resuelto por la juzgadora, el cual se dirige a de qué manera se vulneraría el derecho a la identidad, ya que por un lado la parte accionante en el fundamento de su pretensión como ya hemos mencionado anteriormente ha alegado que es imposible que el niño mantenga con él una relación filial falsa porque eso afecta a su derecho a la identidad, por ende considera necesario que se declare con lugar la demanda por ser derecho del niño conocer a sus verdaderos progenitores; y por otro lado la demandada ha hecho uso del mismo argumento al considerar que si se declara con lugar la demanda se estaría afectando gravemente al derecho de su hijo respecto de su identidad por como ha venido siendo reconocido durante todo el tiempo que ha mantenido al accionante como su padre biológico.

De lo sostenido por ambas partes es necesario precisar en qué esfera se debe atender al derecho a la identidad; si la fundamentada por el accionante para dejar de considerarle como

padre de Jeremy, o la defendida por la parte accionada para declarar sin lugar la demanda; tenemos claro que el derecho a la identidad se encuentra consagrado dentro de la Constitución en el apartado de los derechos de libertad y que como considera la Corte Constitucional, tiene que ver con: “los atributos y características de una persona, que lo hacen ser único, diferente e identificable” (Corte Constitucional 11-18- CN, de 12 de Junio de 2019); la Constitución al exponer el contenido de aquello que incluye el derecho a la identidad tanto personal como colectiva considera entre diversos factores a la procedencia familiar y la Corte Constitucional también ha hecho mención a los mismos atributos al enunciar como por ejemplo a la nacionalidad, nombre, apellido o el origen familiar y respecto de este último se puede considerar que se encuentra de cierta forma vinculado a la verdad biológica, la cual atendiendo a lo sostenido por Yadira Navarro al citar a Sánchez María encuentra su fundamento en el descubrimiento del origen y compatibilidad entre individuos y que no se constituye solamente como un principio relativo a la filiación sino también forma parte del derecho a la identidad (Navarro, 2021, p. 14).

Lo mencionado por Navarro puede proporcionar solidez al argumento de la parte accionante para declarar con lugar la demanda y por ende se declare que Cruz no es el padre, por su argumento con el que defiende que el niño no puede mantener una relación filial falsa, por ser necesario que se permita el goce efectivo de su derecho a la identidad, y al estar la misma vinculada a la verdad biológica debería tomarse especial atención a su pretensión en garantía de su derecho a la identidad personal y en aplicación del interés superior del niño, dado que al permitir conocer su verdad biológica se le va a permitir “conocerse y saber el lugar al cual pertenece y quiénes son sus padres biológicos” (Navarro, 2021, p.22).

Bajo esta perspectiva podemos considerar que es evidente que el derecho a la identidad del niño está siendo afectado por haber sido inscrito de manera errada y posiblemente maliciosa por parte de la progenitora para así generar una relación parento filial entre su hijo y el actor de la demanda, por ende correspondería al juzgador al momento de dictar sentencia considerar este particular, para lo cual entonces tendrá que recurrir a los avances científicos en el ámbito médico que trabajan a la par del derecho para generar mayor certeza en este tipo de procesos y garantizar una sentencia favorable en virtud de la credibilidad generada por el examen de ADN, sin embargo en el caso existe un dilema respecto a la práctica del examen, debido a que el mismo no llega a efectuarse por la ausencia de la progenitora al consulado de New York, lugar donde se tenía pensado realizar el examen para su posterior envío al Ecuador.

Hay que considerar que si bien cuando se requiere tomar pruebas de ADN en lugar extranjero se emite una carta rogatoria, con la que se pretende practicar el examen en los laboratorios

competentes y que estén acreditados en el país en que se vaya a realizar la prueba, para que una vez que la parte demandada asista a dicho laboratorio con el niño y sea practicado el examen sea extraído el perfil genético de los sujetos para su posterior envío al Ecuador y poder continuar con la causa, con lo cual queda justificado que el examen practicado en el exterior es factible, sin embargo solo lo será cuando existe colaboración de a quien se demanda, cosa que no sucede en el presente caso, en este momento cabe cuestionarse que alternativas se encuentran al alcance del accionante frente a este particular pues la accionada no ha concurrido en el lugar y hora señalados para el ADN de manera injustificada en las 3 ocasiones que se le ha citado, provocando que se suspenda la audiencia hasta practicar el examen; como alternativa frente a esta ausencia injustificada es imposible pensar en una posibilidad de exigibilidad de un examen pues eso implicaría una vulneración enorme a los preceptos legales contenidos en la constitución específicamente los manifestados en el mismo artículo 66 pero en su numeral 3 literal “d” el cual refiere a la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atente contra los derechos humanos.

En el caso el accionante se vio obligado a desistir de la prueba de ADN por la falta de colaboración por parte de la accionada, esta situación no debería ser suficiente para declarar sin lugar la demanda ya que aún quedan vacíos respecto de la filiación real del niño que solo pueden ser resueltos con la práctica del ADN, sin embargo esto poco importa a la parte demandada debido a que la norma contenida en el Código de la Niñez y Adolescencia ha regulado en una sola vía la situación vinculada a este desinterés del demandado por concluir diligentemente el proceso, cosa que podría ser objeto de análisis; como bien se conoce en el artículo innumerado 10 del cuerpo legal antes mencionado que versa respecto de la obligación del presunto progenitor, en su literal “a” se menciona que:

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 (Código de la Niñez y Adolescencia, 2022).

Lo que la norma quiere decir es que ante la falta de comparecencia del demandado a la práctica del ADN se le declarará como padre, esto en los casos que se demanda pensiones alimenticias; sin embargo la norma no actúa de forma contraria, es decir como sucede en el caso bajo análisis donde se busca perder la filiación; esto inclusive ha sido confirmado por la Corte Nacional de Justicia en la absolución de consulta de impugnación de paternidad con la prueba de ADN con numero 236-2020-P-CPJP-YG y puede ser grave no tener una norma que regule tal situación pues de haberla generaría mayor celeridad al momento de tomar una

decisión por parte de los juzgadores, además de aquello, cubrir este vacío legal garantizaría al niño que se efectivice su derecho a la identidad ya que conocería a ciencia cierta su verdad biológica y no solo él sino también aquel que en su momento creía que tenía un vínculo sanguíneo con el niño, sin importar que se encuentre en el Ecuador o en otro país como sucede en el caso. Es necesario que este particular sea solventado a la brevedad ya que son muchos los casos en los que se ha impugnado la paternidad y por la misma situación de no poderse practicar el examen de ADN ha provocado que muchos sujetos sean judicialmente considerados como padres y por ende se encuentran cumpliendo con obligaciones respecto del niño que no les corresponden lo cual genera un perjuicio a aquellos.

La solución a este vacío legal ha sido tema de constante discusión y entre quienes discuten sobre aquél podemos considerar a Yadira Navarro quien sostiene que dar solución a esta situación no es algo arbitrario sino que tiene como sustento a la Convención de los Derechos del Niño en la sección referida a que los Estados partes, entre los cuales se encuentra el Ecuador; se comprometen a respetar los derechos del niño entre los cuales se refiere a la identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, y por ende permitiría que la constitución se vuelva más garantista del derecho a la identidad al que tanto hemos referido en el presente trabajo, que como ya vimos está constituida también por la verdad biológica; sin embargo esta discusión aún no ha podido tener una respuesta concreta.

### **Resolución Del Juzgador.**

Con lo anteriormente expuesto la juzgadora ha tomado su decisión apoyándose en la filiación, la cual ha estimado se encuentra sujeta a dos derechos fundamentales de los cuales se deriva el goce de los demás derechos y garantías constitucionales; la identidad y un nombre, al referir al primero considera que la identidad debe ser comprendida como aquel “conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, por lo que comprende varios derechos dependiendo del sujeto y de las circunstancias del caso” (Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, 2019), expone además la constante construcción en la que se encuentra este derecho por las diversas situaciones que pueden presentarse desde la niñez hasta la adultez.

Respecto al nombre, citando lo manifestado por la Corte Interamericana menciona que constituye un “elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona” además de ser importante para que se logre establecer formalmente un vínculo entre los miembros de una familia, por lo que será deber de los Estados garantizar que la persona pueda ser registrada con un nombre y posteriormente preservarlo.

En la resolución del caso y específicamente al momento de la valoración de la prueba se han tenido como acuerdos probatorios principalmente la inscripción del matrimonio entre el actor y la demandada con lo cual queda demostrado que los sujetos procesales estuvieron casados; de la partida de nacimiento del niño se tiene demostrado que durante el tiempo de convivencia matrimonial han procreado un hijo, finalmente de la partida de matrimonio celebrado entre el actor y Nancy Mejía queda justificada la nueva relación en la que se encuentra el accionante.

Del testimonio brindado por la señora Nancy Mejía ha manifestado conocer al actor desde los 16 años y que tuvieron un noviazgo en el cual buscaron tener hijos sin éxito alguno y posteriormente el actor partió a los Estados Unidos para regresar al Ecuador luego de divorciarse de la demandada. El actor ha rendido su testimonio y manifestado que ha convivido con la demandada durante 3 años y que ha mantenido una buena relación con el niño y que el motivo por el cual demanda la impugnación ahora es porque recién se entera de su infertilidad.

Ha sustentado su informe el perito Dr. Jaime Pacheco quien refiere que el actor se ha sometido a ciertos exámenes médicos en los cuales se ha detectado que es infértil, motivo por el que se ha practicado un espermograma del cual se ha tenido como resultado que el actor padece de oligospermia la cual se define como una disminución del volumen del líquido seminal y azospermia, es decir ausencia de espermatozoides; se ha practicado también una ecografía Doppler testicular en la que se ha evidenciado la existencia de hipotrofia testicular, lo cual implica una disminución del tamaño de los testículos, derivando en una infertilidad masculina de la cual se tiene como posible antecedente una parotiditis padecida por el accionante a la edad de 8 años; sin embargo aclara que no posee ninguna especialidad en fertilidad o reproducción humana y que requeriría realizar más exámenes, sin embargo agrega que no se puede conocer desde cuando el accionante es infértil.

La juzgadora en base a la prueba puesta bajo su conocimiento ha considerado que; si bien la prueba de ADN es determinante para poder establecer la paternidad y la verdad genética entre progenitores e hijos en el presente caso no se ha practicado, ya que el actor ha desistido de la misma así como también lo ha hecho con la declaración de parte de la accionada, ni siquiera con la sustentación del informe pericial se ha podido determinar la fecha exacta desde la cual el actor padece de infertilidad, por ende no se ha podido demostrar lo fundamentado en la demanda, llevando a la juzgadora a declararla sin lugar justificándose además en que la pérdida de la paternidad conlleva a la pérdida del apellido paterno lo cual le perjudicaría emocionalmente y afectaría a su derecho a la identidad.



**Análisis De La Resolución.**

Ya hemos visto la forma en que la juzgadora ha valorado la prueba aportada por las partes, respecto del testimonio que ha brindado la señora Nancy Mejía no ha mencionada nada al respecto; pues no hay mucho que decir de aquello, solamente que se puede ver como un intento forzado por la parte accionante que busca de alguna manera generar veracidad al argumento de que la parotiditis ha sido la que ha vuelto estéril a Cruz Zhapan, pues su nueva pareja menciona que tuvieron un noviazgo que duró aproximadamente unos 3 años en los cuales buscaron tener un hijo sin tener ningún resultado favorable y que posterior a ello él partió a los Estados Unidos y al regresar le manifestó que había procreado allá, el motivo por el que se busca esta salida no es muy claro pero me atrevería a decir que se debe a la falta de pruebas que tiene para poder generar el convencimiento en la juzgadora ya que por el inconveniente de no contar con un ADN se ve obligado a desistir del mismo para la correspondiente práctica en la audiencia respectiva, y porque de igual manera del informe sustentado por el perito no se ha podido extraer nada relevante.

De la lectura del caso y específicamente de la resolución de la juzgadora hay que considerar que la misma se entiende como razonable en base a los lineamientos que toma como sustento para su decisión, sin embargo a mi consideración aún no se ha reflexionado sobre un aspecto importante que es el que he venido señalando en líneas anteriores; si bien se ha “protegido” el derecho a la identidad del niño al declarar sin lugar la demanda queda en duda si realmente el accionante conserva o no un vínculo sanguíneo con él, esto quiere decir que la verdad biológica en el presente caso aún no ha sido revelada, cosa que como hemos visto ha sido provocada por apatía de la progenitora respecto del proceso, con lo cual ya genera una inquietud respecto del motivo por el cual la demandada no busca dar las facilidades del caso, y lleva a compartir el pensamiento de Juan Vargas que citando a Roberto Zapata menciona que “Cuando es la madre o el hijo quien de modo injustificado se niega a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende un temor a que sea descubierto el verdadero nexos biológico” (Vargas, 2015, p.43).

Considerar que se ha garantizado el derecho a la identidad del niño puede ser en parte correcto y a la vez no; correcto porque la juzgadora presta atención a lo aportado por cada una de las partes y en base a ello y a la normativa vigente declara sin lugar la pretensión del actor, e incorrecto debido a que aunque menciona como uno de sus argumentos a la garantía del derecho a la identidad citando a la Constitución no observa de manera plena lo que éste derecho implica, ya que como se revisó anteriormente y como ha sostenido la Corte Constitucional, “el derecho a la identidad no se limita únicamente al reconocimiento del nombre y apellido, sino que incluye todos los elementos que caracterizan e individualizan a

una persona y los diferencian de otros miembros de la sociedad, tales como la nacionalidad, **la procedencia familiar**, manifestaciones culturales, espirituales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales entre otros aspectos materiales e inmateriales” (Corte Constitucional 673-17-EP, de 24 de Mayo de 2023).

Esta procedencia familiar de la que se habla es relevante conforme a la jurisprudencia, pues nuevamente citando a la Corte Constitucional considera como parte del interés superior del niño conocer su procedencia y mantener una relación filial y familiar que concuerde con su realidad biológica para poder efectivizar su derecho a la identidad, para que como consecuencia de aquello ejerza su derecho al desarrollo de su personalidad. (Corte Constitucional 561-12-EP, de 29 de Abril de 2015).

Esta procedencia familiar entonces se encuentra vinculada a un principio que es el de la verdad biológica que mira en beneficio del niño así como del supuesto padre por tener la finalidad de dar por terminada una filiación falsa que no se adecua a la verdad biológica (Corte Constitucional 561-12-EP, de 29 de Abril de 2015), y que en palabras de Talciani Corral “ tiene al niño como beneficiario porque es aquel quien tiene interés en conocer a sus verdaderos progenitores, no solo para el ejercicio de sus deberes como padre sino porque así él va a poder reconocerse y determinarse como un individuo único, lo cual le permitirá construir su propia identidad.” (Talciani Corral, 2010)

Es por ello que en el caso bajo análisis nos atreveríamos a decir que al declarar sin lugar la pretensión del accionante el niño se encuentra viviendo con una identidad posiblemente falsa que no ha sido resuelta y que afecta considerablemente a sus derechos, así como del accionante, entonces cabe aquí preguntarse ¿De qué manera se pudo haber resuelto este caso?, y para ello he considerado necesario recurrir al expediente del caso 01201-2012-0219 el cual también refiere a una impugnación de paternidad en la que el actor alega que su esposa ha reconocido a un niño como hijo de los dos cuando el actor ni siquiera se encontraba en el país y tampoco podía tener hijos; aunque los hechos del caso son distintos al analizado en el trabajo presente sucede el mismo inconveniente que en éste, es decir la ausencia de la parte demandada para la práctica del ADN y a pesar de ser declarada sin lugar en primera y segunda instancia tomando como fundamento que; en la causa no hay prueba debidamente actuada que justifique el actor se ha encontrado fuera del país y que el niño ya se encuentra orientado con su nombre, familia y por ende no se puede romper ese entorno quitándole su identidad, no es hasta la decisión por parte de la Corte Nacional de Justicia que se toma la decisión de declarar que el actor no es padre del niño, sin embargo abre la posibilidad para el niño de conservar el apellido paterno sin que esto genere algún vínculo filial entre ambos; bajo la perspectiva de la decisión tomada por la Corte Nacional de Justicia podría pensarse

que se está vulnerando el derecho del niño pues ha perdido a quien se le reputaba como padre, sin embargo si se analiza la situación no es así, pues en primer lugar consideremos que el niño conservará su apellido, lo cual no genera en ningún momento un efecto que perjudique su identificación con la sociedad; segundo; como se ha mantenido refiriendo la Corte Constitucional la identidad no solo va acompañada de la atribución de un nombre o un apellido sino que abarca muchos otros factores, entonces de declararse sin lugar la demanda el niño aun mantendrá la duda de cuáles han sido sus verdaderos orígenes, es decir su derecho a la identidad no se habrá efectivizado.

En el caso materia de análisis se pudo entonces tomar una decisión similar por parte de la juzgadora ya que compartiendo lo sostenido por la Corte Constitucional “no es posible considerar que para evitar la pérdida de la paternidad se tenga que perpetuar una filiación falsa, ya que no cualquiera debe asumir las responsabilidades, obligaciones y derechos que conlleva la paternidad, sino que éstas corresponden únicamente al padre” (Corte Constitucional 561-12-EP, de 29 de Abril de 2015).

## **Conclusiones.**

De lo analizado hemos visto que el actor poco puede hacer para conocer la verdad sobre si existe o no un vínculo con quien ha considerado como su hijo durante tanto tiempo, pudiera decirse que como una alternativa al examen de ADN bastaría con un examen realizado ya no por un médico sin especialización en medicina reproductiva, sino ya por uno que domine el tema, sin embargo eso se vuelve una mera ilusión al saber que no es posible conocer el momento exacto en que el actor comenzó con este padecimiento, entonces lo único que sucedería es que llegaríamos a la misma conclusión que el perito que sustentó su informe en el caso, pues son diversos los factores que influyen para que se desarrolle esta condición, además de que ocurre de maneras diferentes dependiendo de los individuos, porque puede deberse al estilo de vida que lleva la persona o como ocurre en el caso, posiblemente vinculada a la parotiditis que contrajo el actor a sus 8 años que siendo una afección vinculada a la infertilidad no fue atendida por un médico sino que independientemente fue curada.

Como este, muchos son los casos que día tras día se resuelven en los tribunales sobre la impugnación de paternidad en los que se tiene el mismo inconveniente de que el accionante se encuentra con las manos atadas por no poder exigir a la parte contraria la toma de muestras de ADN, cosa que es perjudicial, pues no da al juzgador las facilidades necesarias para el momento de tomar una decisión, lo cual dilata el proceso y genera mayor inconveniente a la hora de decidir, y a más de retardar el proceso genera un inconveniente mucho más grave en relación al niño, debido a que obstaculiza el descubrimiento de la verdad procesal y mantiene su identidad aun en duda.

La parte demandada aprovecha la imposibilidad de exigir la toma de muestras de ADN como fruto del enorme vacío normativo que debe ser resuelto ya que como no existe una sanción para la parte contraria por negarse a favorecer el derecho del niño a conocer sus orígenes no dan la debida importancia a la diligencia y dejan que el proceso se alargue más sin considerar que el niño también es quien se encuentra involucrado en este asunto, es por ello que personalmente considero que la decisión adoptada por la juez en el caso que se ha analizado no ha considerado de manera plena lo que realmente abarca el derecho a la identidad, ya que como he mantenido anteriormente el derecho a la identidad no solo implica la adopción de un nombre y un apellido sino también el conocimiento de la procedencia familiar, cosa que no llega a efectuarse por la falta de diligencia de la madre, es por ello que encuentro la decisión adoptada por la Corte Nacional de Justicia mucho más óptima y menos lesiva para los derechos del niño por dos situaciones; en primer lugar el niño no será afectado en lo que a su derecho a la identidad respecta ya que si el desea puede conservar el apellido con el que desde siempre ha sido conocido en la sociedad, en ningún momento sus derechos estarán vulnerados, y quedará a su parecer tomar la decisión de mantener ese apellido o si el desea podrá cambiarlo por otro, con lo cual su identidad se irá construyendo en base a su propio criterio; en segundo lugar ésta sería una forma de suplir el vacío contenido en el Código de la Niñez y Adolescencia frente a la resistencia de la demandada a la práctica del ADN con lo cual en casos futuros no existiría el inconveniente de involucrar a los niños, niñas y adolescentes en largos procesos en los que se está discutiendo por el descubrimiento de su verdad biológica y además se fortalecería la factibilidad de la prueba del ADN cuando esta se busque obtener de quienes se encuentren en el exterior, ya que no importaría el lugar donde se encuentren sino únicamente el ánimo de buscar el mayor beneficio para su hijo.

Sabemos que los propios padres, el Estado y la sociedad son los llamados a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, cosa que no es del todo garantizada en este caso; por la propia madre por su negativa a garantizar el descubrimiento de la verdad biológica de su propio hijo y por parte del Estado por la falta de una sanción para estas situaciones, ya que como es sabido, con la práctica del ADN también está de por medio el fortalecimiento de los lazos familiares, entonces con la ausencia de la parte demandada a la práctica de la pericia estos lazos se debilitan y evitan que se garantice el pleno desarrollo de la personalidad del niño, lo cual será únicamente ocasionado por la resistencia de quien esté a su cargo y su propósito de dilatar en vano el proceso, porque lo que esencialmente se busca es garantizar el descubrimiento de la verdad biológica del niño, además no se toma en cuenta un factor importante, al declarar sin lugar la demanda por la falta del ADN, la identidad del niño aún se encuentra en duda por lo que su convivencia con el accionante se verá

fragmentada, cosa que podría ser perjudicial para el niño porque no se está garantizando que éste vaya a desarrollarse en un ambiente lleno de armonía.

### Referencias

- Bajaña Bajaña, L. C., & Sánchez Sánchez, E. A. (2018). Interes superior de niños, niñas y adolescentes dentro del juicio de impugnación de paternidad, mediante procedimiento ordinario (Bachelor's thesis, Universidad de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas).
- Cabanellas, G., & Cabanellas, G. (1979). Diccionario jurídico elemental (p. 91). Argentina: Heliasta.
- Calderón de Buitrago, A., Bonilla de Avelar, E. D., Bautista Bayona, M., García, C. R., & Pino Salazar, F. E. (1995). Manual de derecho de familia. Proyecto de Reforma Judicial II.
- Cavallo, G. A. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 6(1), 223-247.
- Código Civil (2005, 24 de junio). Asamblea Nacional. Registro Oficial No. 46.
- Código de la Niñez y Adolescencia (2003, 3 de enero). Asamblea Nacional. Registro Oficial No. 737.
- Corral Talciani, H. (2010). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis*, 16(2), 57-88.
- Del Ecuador, A. C. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro oficial Nro., 449, 79-93.
- Del Niño, C. D. L. D. (2008). Convención sobre los Derechos del Niño. La Ley, 2007, 2017.
- Humanos, D. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. La Convención Internacional de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura.
- Juicio 01204-2019-00066. (2019, 4 de enero) Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (Gabriela Navas, M.P).
- Madrid Merizalde, E. C. (2015). Impugnación de paternidad, legitimación en causa y caducidad de la acción (Bachelor's thesis, Quito/PUCE/2015).
- Montesinos, R. (2004). La nueva paternidad: expresión de la transformación masculina. *Polis: investigación y análisis sociopolítico y psicosocial*, 2(4), 197-220.

- Navarro, Y. E. (2021). La verdad biológica en el derecho a la identidad personal de niños, niñas y adolescentes en Ecuador (Bachelor's thesis, Otavalo).
- Ponce Casal, G. I. (2018). La impugnación de la paternidad y el principio de la verdad procesal (Bachelor's thesis).
- Rodríguez Figueroa, N. A. (2014). Impugnación de paternidad y el principio de igualdad ante la negativa del hijo a la práctica del examen de ADN (Master's thesis).
- Sentencia No. 131-15-SEP-CC. (2015, 29 de abril). Corte Constitucional (Fabian Jaramillo, M.P).
- Sentencia No. 205-15-SEP-CC. (2015, 24 de junio). Corte Constitucional (Antonio Gagliardo, M.P).
- Sentencia No. 673-17-EP/23. (2023, 24 de mayo). Corte Constitucional (Jhoel Escudero Solís, M.P).
- Sentencia No. 732-18-JP/20. (2020, 23 de septiembre). Corte Constitucional (Karla Andrade, M.P).
- Sentencia No.11-18-CN/19. (2019, 12 de junio). Corte Constitucional (Ramiro Ávila Santamaría, M.P).
- Vargas Gavilanes, J. S. (2015). La prueba biológica de ADN en la legislación civil y la investigación de la identidad filiatoria (Bachelor's thesis).
- Velázquez, L. E. T. (2004). La paternidad: una mirada retrospectiva. *Revista de Ciencias Sociales*, (105), 47-58.