



FACULTAD DE DERECHO

EL IMPACTO AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Dra. Sandra Lima Alves Montenegro.

Autora

Ana Gabriela Naranjo Carpio.

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el (los) estudiantes (s), orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dado cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Dra. Sandra Lima Alves Montenegro.
CI: 028715

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Ana Gabriela Naranjo Carpio.
CI: 1104117567

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por el don de la vida.

A mis padres por ser mi mejor ejemplo de responsabilidad, perseverancia y amor, gracias por todos sus valiosos consejos, su comprensión y apoyo incondicional.

A la universidad por haberme permitido formarme en tan prestigiosa facultad.

DEDICATORIA

La presente investigación, va dedicada a una persona excepcional, una mujer luchadora y perseverante, gracias a su constante amor y apoyo incondicional he alcanzado muchas metas y hoy logro una mas gracias a ti, te amo Esther Carpio.

RESUMEN

En el Ecuador, el derecho a la identidad se lo reconoce y garantiza en la Constitución de la República, norma rectora de nuestro Ordenamiento Jurídico. Generalmente, se entendería que este derecho a la identidad está garantizado por la carta magna y no debería ser afectado, ya que su tutela es prioritaria, por lo que decidimos investigar el impacto al derecho de identidad

Actualmente en los juicios de paternidad se discute sobre la verdadera identidad de las personas involucradas en dichos juicios. Identidad que según los tres principios de filiación investigados se la podría determinar, por lo que decidimos investigar cuál de todos esos principios son utilizados por los actuales jueces de la familia y como sus argumentaciones en sentencias llegan a vulnerar de cierta manera la identidad de las personas.

Además, de establecer la escasa normativa existente en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano para proteger el derecho de identidad en los juicios de paternidad, el presente trabajo de titulación se centra principalmente en comprobar la verdadera afectación al derecho a la identidad en los juicios de paternidad, e investigar cual principio es aplicado actualmente y cuál es el que generaría menos impacto al momento de sentenciar.

Podremos de igual forma constatar como el derecho que tienen las personas a su identidad se ve afectado aun cuando la constitución, los convenios internacionales firmados y ratificados defienden este derecho sobre alguno de igual o menor jerarquía. Con bases de investigación socio jurídica, hemos dado una respuesta al problema de la vulneración del derecho de identidad que se da dentro de los juicios de paternidad, buscando determinar cuál de los principios investigados se puedan aplicar, y cual causa menos impacto en la identidad.

ABSTRACT

In Ecuador, the right to an identity is recognized and guaranteed in the Constitution of the Republic, governing standard of our legal system. It is generally understood that the right to an identity is guaranteed by the constitution and should not be affected because its care is a priority, so we decided to investigate the impact of the right to an identity.

In present time, during paternity suits, the true identities of those involved in these trials are discussed, identities that could be determined using any of the three principles of filiation, so we decided to investigate on what principle is currently used more by judges in family court.

We also looked to establish the limited existing legislation in the Ecuadorian legal system to protect the right to an identity.

This work is primarily based on checking the real involvement of the right to identity in paternity suits, and research to determine which principle to determine filiation would generate less impact to the right to an identity at the time of sentencing.

We can similarly prove that identity is affected by the decisions of the family courts, even though the constitution, international conventions signed and ratified defend this right over some of equal or lower rank.

With legal and social foundations used in this investigation, we have given an answer to the problem of infringement of the rights to an identity that occurs within paternity trials, determining which of the investigated principles is the most suitable to apply, and what the solution would be to in no way affect this right within trials.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. DERECHO A LA IDENTIDAD.....	4
1.1 El Derecho a la identidad.....	4
1.2 Normativa donde se la reconoce.....	7
1.3. Las características del derecho a la identidad.....	12
1.3.1 Inalienable	14
1.3.2 Imprescriptible	15
1.3.3 Irrenunciable.....	18
1.4 Principios relevantes	19
CAPÍTULO 2. IDENTIDAD Y FILIACIÓN.....	31
2.1. Las clases de filiación y su influencia en la identidad de la persona	32
2.2. Principios para determinar la filiación	39
2.2.1 Principio de la verdad social	42
2.2.2 Principio de la verdad biológica	46
2.2.3 Principio de la verdad socioafectiva.....	55
2.3 ¿Puede la verdad socio afectiva ser igual a la verdad biológica?.....	62
2.4 Consecuencias de la preponderancia de la verdad biológica a la verdad socio afectiva:.....	64
CAPÍTULO 3. ESTABLECIMIENTO JUDICIAL DE LA FILIACIÓN.....	66
3.1 La investigación de paternidad y el juicio de impugnación de paternidad.....	67
3.2. Carácter delicado del juicio	71

3.3. Quién puede presentar la demanda.....	74
3.4. Prescripción de la acción de paternidad.....	75
CAPÍTULO 4. BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN LA FILIACIÓN Y LA FORMACIÓN DE IDENTIDAD.....	78
4.1. Casos de conflicto entre principios informativos de la filiación y su impacto en la determinación de la identidad	78
4.2. La valorización de los principios de la socioafectividad dentro de los juicios de paternidad.....	80
4.3 Efectos de imposición del principio de verdad biológica dentro de los casos de paternidad, lesionan el derecho de identidad.	81
4.4. Casos de niños originarios de técnicas de reproducción humana con donación de gametos y la discreción de la identidad de los donantes. Diferencia de la relación de filiación.....	83
4.5 Casos de cambios de relación de filiación en la edad adulta: impacto en la identidad	85
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	92
REFERENCIAS.....	93
ANEXOS.....	101

INTRODUCCIÓN

La importancia de establecer con claridad los derechos inherentes a las personas es un objetivo primordial de nuestra legislación, el derecho a la identidad se encuentra amparado en nuestra Carta Magna, lo cual nos asegura un estado de Garantías y Derechos.

Actualmente los derechos de las personas van adquiriendo mayor relevancia, por esta razón existe la necesidad que se vean amparados con mayor garantía en nuestro ordenamiento jurídico.

En el artículo 11.2 de la Constitución resguarda el derecho a la identidad en la siguiente forma:

“El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre, apellido, debidamente registrado, libremente escogidos; 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”.

Al hablar de identidad esta no solo abarca el nombre sino también la identidad étnica, de género, cultural, filiación política entre otros aspectos, que tenga por objeto menoscabar el reconocimiento y el goce de sus derechos.

Lo que se busca con este trabajo de investigación es determinar cómo el derecho a la identidad se ve afectado dentro de los juicios de paternidad de las sentencias emitidas por los jueces civiles.

Por esta razón surge el interés de abordar el presente trabajo de titulación, que busca establecer los errores en la administración de justicia en relación a la afectación de un derecho primordial como lo es el de la identidad.

Se realizará un análisis de sentencias que permitirá establecer la realidad socio-jurídica por la que atraviesan las personas dentro de los juicios de paternidad. Se obtendrá un punto de vista jurídico sobre cómo las decisiones judiciales afectan al derecho de identidad y que alternativa utilizar, para que este derecho se conserve y tutele.

La investigación acerca de los principios de filiación permitió profundizar sobre los diferentes conceptos utilizados en otros ordenamientos jurídicos, esto con la finalidad de compararlos con nuestra legislación y poder establecer las falencias de la misma.

Lo que permite la implementación de nuevos principios a nuestras normativas, para proteger de mejor manera el derecho de identidad que actualmente se ve vulnerado en los juicios de paternidad, estableciendo cuando un principio es mejor practicado y cuando no.

Esta problemática es la que se observará a lo largo del presente trabajo, desde un enfoque socio-jurídico, hasta un análisis de las argumentaciones judiciales en los juicios de paternidad.

En consecuencia, el presente trabajo tiene como propósito principal llegar a resolver las siguientes interrogantes:

¿Cómo impacta el derecho de identidad en los juicios de paternidad? ¿Cuáles fueron los argumentos utilizados por los jueces al momento de sentenciar? La normativa que reconoce y tutela al derecho de identidad es suficiente para garantizarlo en todo sentido ¿La actual administración de justicia tutela completamente el derecho a la identidad en los juicios de impugnación de paternidad? ¿Qué principios de filiación son los utilizados por los jueces y cuales son ignorados? ¿Qué solución se puede proponer a la actual afección al derecho de identidad?

El análisis se fundamentará primero en la definición e identificación de la identidad como un derecho personalísimo, así como la determinación de los principios aplicables y cual causa menor impacto al derecho de identidad.

Después, el estudio se orientará en comprobar si las normas son suficientes para que los jueces realicen una buena argumentación en sus sentencias, y que se refleje la identidad como derecho de la persona.

Y para dar respuesta a la problemática cuál es la consecuencia jurídica de las sentencias judiciales en los juicios de impugnación y cómo salvaguardar el derecho de identidad, analizando la doctrina y jurisprudencia teniendo en cuenta la normativa legal vigente.

Por lo que el presente trabajo de investigación se centró específicamente en la afectación al derecho de identidad dentro de los juicios de paternidad. Y cómo este se ve vulnerado por los jueces civiles en la administración de justicia. Es importante implementar normativa, basada en principios vanguardistas que ante todo busquen proteger los derechos inherentes a las personas y no lo contrario.

CAPÍTULO 1. DERECHO A LA IDENTIDAD

En el presente capítulo, se abordará el derecho a la identidad desde el punto de vista conceptual, doctrinario y jurídico, con especial énfasis en su importancia y características, como un elemento inherente a cada persona logrando una identificación inequívoca.

1.1 El Derecho a la identidad

A la identidad se la puede conceptualizar como el conjunto de rasgos que singulariza al ser humano en el plano jurídico-político, con las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los estados y organizaciones internacionales, de esta manera la identidad viene a ser una institución que permite distinguir a una persona de otra por sus características que lo hacen único dentro de la colectividad.

En este sentido tenemos la acepción extraída del glosario para Registro Civiles e Identificación, que indica que identidad es el “Conjunto articulado de atributos específicos pertenecientes a un individuo o a ningún otro” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2009, pág. 55)

Para Jorge Machicado: “La Identidad es el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. La Identificación es la demostración y la materialización de todas las características de la identidad”. (Machicado, 2012, pág. 31)

Según Goffman, en su obra denominada Identidad Personal, emite el concepto de identidad personal como la “continuidad orgánica única que se imputa a cada individuo, la cual se establece mediante señas distintivas como nombre y aspecto, y se perfecciona mediante el conocimiento de su bibliografía y sus atribuciones sociales, conociendo que se llega a organizar en torno a sus

señas distintivas”, derecho que admite como un bien jurídico (Goffman, 1981, pág. 34).

La Constitución de la República de 2008, en el art. 66 inciso 28 dice: “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”.

Reconoce y garantizará el derecho a la identidad personal y colectiva, la misma que incluye tener nombres, apellidos, los mismos que deberán estar legalmente registrados y libremente escogidos.

El art. 33 El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en el Capítulo III de los derechos relacionados con el desarrollo se contempla el derecho a la identidad:

“Art. 33 CONA.-Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los 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” (2003, pág. 23)

Este derecho lo describe también el art. 32.5 y el art. 78 de la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación, que guarda relación con la identidad de las personas, dicha normativa identifica la exigencia de los datos requeridos en ella para la inscripción de niñas, niños y adolescentes, los mismos que deben estar acompañados del requisito que determina el lugar donde ocurrió el nacimiento, la fecha, sexo, nombres y apellidos del nacido, así como los nombres, apellidos y nacionalidad de los padres, además de los números de sus cédula de identidad o pasaportes en caso de ser extranjeros no residentes, siendo

necesario los nombres, apellidos y nacionalidad del declarante, el número de cédula o pasaporte si fuera extranjero no residente, la fecha de inscripción del nacimiento y las firmas del declarante y del Jefe del Registro Civil, Identificación y Cedulación o en su caso del delegado, en cuanto a las pruebas de filiación serán requeridas cuando el nacimiento tendrá valor de reconocimiento del hijo o hija, y si se trata de un mandatario será él quien acreditará su identidad personal con los requisitos que manda la ley para su efecto. (1976, pág. art 32)

La identidad personal para Eduardo Zannoni, debe ser comprendida como el cúmulo de factores que le sirven al individuo para distinguirse del resto de personas, obtiene una profunda relación con la identidad familiar entendida como el vínculo de pertenencia a la sociedad en su calidad de miembro de una familia y vinculada con la identidad psicológica, que establece una conexión del infante con su origen tanto genético como social y la importancia para el adecuado desarrollo de la personalidad de la niña o niño mediante el conocimiento de la realidad biológica respecto a sus progenitores. (Zannoni E. , 2007, pág. 34)

Se entiende que el ser humano es un ente integral en el cual concurren a más de los elementos biológicos, actitudes, valores y caracteres únicos, singulares e irrepetibles, que develan una unidad de los elementos psico-somáticos que lo individualiza de sus semejantes que comparten una misma condición biológica, su carácter de ser humano, garantiza el derecho de toda persona a que se le defina y conozca su vida personal sin que los atributos que lo distinguen e individualizan de las demás personas estén afectados por algún tipo de distorsiones, alteraciones ni desnaturalizaciones que falseen la verdad biológica de la identidad del individuo. (Zannoni E. , 2007, pág. 34)

El derecho que tiene toda persona a conocer su identidad, determina también conocer la ciencia genética que emplaza el derecho a que se indague científicamente el origen de la huella genética, a fin de afirmar la maternidad o

paternidad y determinar la correspondiente relación filial en correspondencia con la realidad biológica respecto a sus progenitores. (Kosicki, 2010, pág. 63)

1.2 Normativa donde se la reconoce

La identidad ha sido tratada y estudiada desde la constitución del Ecuador dictada en el año de 1945, en que el Estado Ecuatoriano, promovió este derecho con especial énfasis en la identidad origen y cultura así lo estipula el “Art. 7. El Ecuador, dentro de la comunidad mundial de naciones, y para la defensa de sus comunes intereses territoriales, económicos, culturales, colaborará especialmente con los Estados Iberoamericanos, a los que está unido por vínculos de solidaridad e independencia, nacidos de la identidad de origen y cultura.”

El campo normativo que reconoce la identidad, enseña que el ser humano es una “persona y precisamente por ser único, tiene ontológicamente el goce de sus derechos” (Ferrara, 1986, pág. 34), como el derecho a tener nombres y apellidos desde el nacimiento, es un elemento que representa la individualidad de cada persona, que forma parte de un grupo social, para ejercer y gozar de los derechos que el orden constitucional y legal reconoce y los otorga, así los dispone la carta magna. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 19)

La importancia de la identidad, está descrita en la constitución, y leyes conexas en materia, civil, procedimiento civil, penal, niñez, tratados y convenios internacionales, y otros cuerpos normativos que se detallan en el estudio de esta materia.

La Constitución de la República del Ecuador, admite en el art. 11.2 “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política...la ley sancionará toda forma de discriminación”.

Al hablar de identidad esta no solo abarca el nombre sino también la identidad étnica, de género, cultural, filiación política entre otros aspectos, que tenga por objeto menoscabar el reconocimiento y el goce de sus derechos.

La Constitución ciñe el derecho a la identidad como un elemento fundamental para todo ser humano, que reconoce su protección desde la concepción, el nacimiento y después del nacimiento de quien goza del derecho a la integridad física y psíquica, 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 20)

En este sentido se diferencia en el mencionado cuerpo legal la identidad de género de la identidad cultural.

“Art. 21.- las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 20)

El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico civil art. 258, se esclarece al momento, que se propone una demanda para que se declare la maternidad, y si en ella negare ser suyo el hijo, será admitido el demandante a probarle, con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo. (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 180)

Así mismo, el Código de Procedimiento Civil en su art.109 “Se divide la continencia de la causa: 1.- Cuando hay en los pleitos, propuestos separadamente, identidad de personas, cosas y acciones; 2.- Cuando hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas”. Se puede observar la identidad cuando se distinguen algunos asuntos que ejercen la fuerza de la autoridad y requiere solución de conflictos, especialmente en la

existencia de pleitos en donde se solicita la identidad de personas y cosas. (Codigo de Procedimiento Civil Ecuatoriano, 2012, pág. 108)

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, señala el derecho a la Accesibilidad y Confidencialidad de la Identidad personal.

“Art. 6.- Los datos de carácter personal, en este sentido “garantizan los derechos a la identidad personal, colectiva y la protección de datos de carácter personal, el cual incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección..” (Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, 2010, pág. 36)

Igualmente, la identidad dispuesta en la Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación, en los numerales 5, 6 y 7 del artículo 32, señala los datos necesarios para la inscripción de un nacimiento, que permite la identificación de una persona, la misma determina tener nombres y apellidos. (Ley General del Registro Civil Identificación y Cedulación, 1976, pág. 29).

En igual sentido, este cuerpo legal determina en el Art. 32. 5 “Los nombres y apellidos y la nacionalidad del padre y de la madre del nacido, y los números de sus cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía o de sus pasaportes en el caso de que fueren extranjeros no residentes”. El derecho a la identidad al momento de inscribir el nacimiento, el mismo que tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos [...] determinando nombres, apellidos y la nacionalidad del declarante..” (Ley General del Registro Civil Identificación y Cedulación, 1976, pág. 29).

Más aún, la normativa dispuesta en el Código de la Niñez y Adolescencia, Libro Primero, contempla el derecho a la identidad con esta disposición:

“Art. 33 CNA. Derecho a la identidad.- 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”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 20)

De esta manera las disposiciones legales permiten que el estado adopte políticas y medidas de protección al derecho de la identidad, salvaguardando con especial énfasis el derecho de la niñez y adolescencia, por ser ellos la clase vulnerable que necesita mayor atención y vigilancia con respecto a los derechos humanos en todos los niveles de la sociedad.

La importancia de la determinación de la identidad se la encontró indistintamente en otros contextos legales que exige la existencia legal de la identificación. El Acuerdo Ministerial No. 2325 del Reglamento Interno para el funcionamiento de las Casas Hogar y Programa Familiar Públicos y Privados, exige que se encuentre esclarecida la situación legal en cuanto a la identidad, para que puedan los niños, niñas y adolescentes beneficiarse de este servicio de acuerdo a la siguiente conceptualización:

“Art. 24.- Es obligación de las instituciones de protección realizar todos los trámites administrativos y judiciales a efectos de que, en el menor tiempo posible los niños, niñas y adolescentes ingresados en las instituciones o programas de Base Familiar, tengan esclarecida la situación legal y sus documentos de identidad para la cual coordinarán directamente con el Departamento de Protección y Defensa al Menor de su Jurisdicción”. (Acuerdo Ministerial No. 2325 , 2001, pág. 10)

En este contexto, los Organismos Internacionales contribuyen con el reconocimiento del derecho a la identidad. La Resolución No. 01-07-11,

numeral 15, dispone que “el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad..” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011, pág. 241).

Por lo que, el Comité Jurídico Interamericano, aprecia el alcance del derecho a la identidad, mediante la Resolución No. CJE. /doc. 276/07, numerales los 15 y 16, la misma que es ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución No. CJE/RES 137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2010. La cual admite un alcance a la acepción en estos términos:

“Numeral 15.- es un derecho humano fundamental que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos contenidos en la Convención, según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Así, tratándose de niños, niñas y adolescentes, con base en lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a las relaciones de familia” (Comité Jurídico Interamericano, 2007, pág. 361)

La determinación del numeral 16 de la citada resolución No. CJE. /doc. 276/07, le da importancia a este instrumento, como un derecho a la integridad personal que incluye protección familiar, el acceso a recibir atención prioritaria en los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos especialmente de los menores de edad, pone especial énfasis en los procesos judiciales que permiten la guardia y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, para que sean tratados bajo los principios de celeridad y diligencia por parte de las autoridades. (Comité Jurídico Interamericano, 2007, pág. 361)

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y ratificada por la Asamblea General en la Resolución No. 44/25 de 20 de noviembre de 1989, confirmada por Ecuador el 23 de marzo de 1992, pronunció el derecho a la identidad en los arts. 8.1 y 8.2, en este sentido:

“Artículo 8.- 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”. (Convención sobre Derechos del Niño, 1989, pág. 6)

“Artículo 8. 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”. (Convención sobre Derechos del Niño, 1989, pág. 6).

Finalmente, es importante resaltar que todas las disposiciones, normativas y artículos señaladas en el presente texto, brindan primacía al derecho de la identidad, pero lo que buscamos, es determinar si este derecho se encuentra plenamente amparado en nuestra legislación, y si toda la normativa encontrada y consultada es suficiente para garantizar la identidad de las personas, y su pleno derecho a defenderla si este por algún motivo pudiera verse vulnerado.

1.3. Las características del derecho a la identidad

La característica del derecho a la identidad se reviste de lo más íntimo y propio que tiene cada persona, de Ser único, cuya particularidad es la vinculación de los padres en la formación de la identidad, para profundizar este estudio presento las siguientes consideraciones.

La identidad se encuentra íntimamente enlazada con la idea de Ser, según el Art. 20 “las características *identitarias* resultan una condición indispensable para la propia existencia de la persona. Es la identidad la que permite a cada

uno y cada una la especificidad de ser una persona única e irrepetible. Por tanto, el derecho a la identidad aparece como necesidad prioritaria para la definición del ser persona”. (Declaración de las Naciones Unidas, 2012, pág. 62)

Dentro de la explicación de Carlos Fernández Sessarego, cita las características de la identidad personal de acuerdo a estas consideraciones:

El Derecho a la “identidad personal” ha puesto en relieve tres notas características del derecho a la identidad que son:

“1.-Carácter Omnicomprendido de la personalidad del sujeto, representando la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación.

2.-Lo que cada uno realmente es y significa en su proyección existencial.

3.-Objetividad, La Identidad Personal está anclada en la verdad, no en diligencia y de buena fe subjetiva” (Fernández Sassarego, 2012, pág. 201)

El Art. 23 numeral 24 menciona los derechos civiles, mediante el cual el Estado reconocerá y garantizará “El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley”, en el Art. 40 de la mencionada ley, sostiene la inscripción de nacimiento para lo cual se exigirá la declaración sobre la filiación y en este sentido la disposición del Art. 49, del mencionado cuerpo legal sostiene el derecho a la vida desde su concepción, estas características permiten el derecho a la identidad. (Constitucion Política del Ecuador, 1998, pág. 30)

De esta manera las características del derecho a la identidad están consideradas principalmente como: “universales, interdependientes, indivisibles e inviolables”, así mismo la Constitución Política del Ecuador, a través de su normativa, hace respetar los derechos del individuo como son la libertad, la defensa, destacando que este derecho, ha ido evolucionando a través del tiempo le da importancia constitucional y legal a la identidad que confirma que el ser humano es único (Constitucion Política del Ecuador, 1998, pág. 12)

De esta manera la identidad hace posible que los niños, niñas y adolescentes gocen de la protección legal por parte del estado y de sus padres, protegiéndoles contra las diversas formas de maltrato y explotación por ser un importante elemento dentro de la sociedad, están considerados también dentro la planificación del estado para su beneficio en especial del sistema de protección de los infantes, de este modo la normativa legal actual, contempla acciones de responsabilidad gubernamental para la efectiva postura legal en favor de esta clase que requiere respeto y protección tanto en la parte legal como constitucional. (De los Monteros, 2006, pág. 84)

1.3.1 Inalienable

Es inalienable porque el ser humano no puede ser objeto de cesión, son derechos no patrimoniales tampoco pueden renunciarse. (García Falconí, 2006, pág. 4)

Este término proviene de un vocablo latino que hace referencia a algo que no se puede enajenar (es decir, cuyo dominio no se puede pasar o transmitir de un individuo a otro). Lo inalienable, por lo tanto, no puede venderse o cederse de manera legal. (Resolución No. 44/25, 1989, pág. 63) de la Convención de Derechos Humanos.

Este es un principio que dicta la carta magna, permite que sean indivisibles y de igual jerarquía, en este sentido la identidad de una persona se vuelve única, individual y digna, lo recoge los Convenios Internacionales de Derechos Humanos, que defienden que todas las personas son iguales, de tal forma que los derechos sean inalienables, irrenunciables e independientes en el universo de la naturaleza humana. (Gómez de la Torre, 2001, pág. 98).

En lo que respecta a la paternidad en la actualidad ha sido comprobada mediante pruebas que demostraran la coincidencia entre la paternidad legal y

la biológica, dando lugar a que en el caso de los embriones, haya la interrogante a quien correspondería la paternidad, al marido de la mujer que da a luz o al donante de los embriones, y en muchos casos por donantes anónimos. (Gómez de la Torre, 2001, pág. 99)

En este estudio, se concibe la idea de que “Padre es aquel que asume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea, y progenitor el que aporta el material genético “sin pretender ninguna relación jurídica filiacional con el ser que nazca producto de su donación de gametos” (Gómez de la Torre, 2001, pág. 110) como un derecho inalienable que permite que el ser humano pueda tener su propia identidad.

Pese a la existencia de este derecho en nuestro país han existido numerosos cuerpos legales que han tratado en su conjunto sobre la institución de la familia y la filiación, los mismos que han ido evolucionando y reformándose de acuerdo al cambio social. (Chávez Asencio, 2007, pág. 32)

Así el Art. 68 de la Constitución Política del Ecuador, inciso uno, revela el afán de proteger el derecho de las personas promoviendo la maternidad y paternidad responsable, lo describe mediante esta exigencia:

“...la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 48)

1.3.2 Imprescriptible

Imprescriptible definido por Delia Del Gatto Reyes es como “...un atributo de la persona humana, Derecho Humano absoluto, personal e imprescriptible, objeto de protección nacional e internacional”. (Del Gatto Reyes, 2000, pág. 23)

Es así, imprescindible, es el derecho que no puede o no debe prescribir (Real Academia Española, 2001, pág. 69)

Según el Diccionario Jurídico de Cabanellas, “imprescriptible es “la que carece de plazo para su ejercicio. Por lo general son perpetuas las relativas al estado civil ya la condición de personas: como las de nulidad del matrimonio, reconocimiento de hijos legítimos y naturales, etc”. (Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico. Academia de la Lengua Española, 2010, pág. 120).

Según el Código Civil en su artículo 257 enuncia que las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo. Ahora bien, teniendo en cuenta la sentencia No. 025-10-SCN-CC de la Corte Constitucional en relación a la aplicabilidad del mencionado artículo, refiere haciendo alusión en su articulado 66 que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni las garantías constitucionales y elevándose el derecho a la identidad personal como un deber fundamental que debe ser garantizado por el Estado, obtener el reconocimiento del referido derecho no puede estar sujeto a un plazo de prescripción, por la naturaleza especial de la acción que se invoca, dado que de establecer un término para demandar el reconocimiento de los vínculos de consanguinidad se estaría lesionando el derecho a la identidad y más que lesionarlo se estaría desconociendo el mismo.

Con ello se devela que no debe haber un momento determinado para la indagación de la paternidad que responda a la realidad biológica de la relación de filiación con sus progenitores, este hecho es imprescriptible, lo que resulta evidente que este derecho no radica de modo exclusivo sobre los menores de edad ni se extingue al momento de alcanzada la mayoría de edad, por ello no es posible que se establezca un momento determinado para su ejercicio. (Herrera Campos, 2007, pág. 112)

Los cimientos que determinan la existencia del derecho a indagar el vínculo filial están directamente relacionados con el derecho de toda persona a conocer la identidad de sus progenitores, considerándolo como un derecho fundamental de todo ser humano para el pleno desarrollo de su personalidad, el mismo que debe crecer en el seno de una familia y gozar de su protección, por tanto, es irrenunciable e imprescriptible (Dominguez J. , 2005, pág. 71).

Se hace necesario que la persona tenga certeza respecto a la verdad biológica de sus relaciones filiatorias, que instituye un derecho de índole personal que impide que dicho derecho sea condicionado por externalidades ajenas al interés superior de las niñas y niños, con la finalidad de urgir con precisión científica la verdad respecto a las relaciones filiales de una persona con sus progenitores, así mismo no se acepta discriminación de ninguna clase, esto con el fin de tutelar el derecho a la identidad del que se beneficia todo ser humano. (Kosicki, 2010, pág. 104)

Y, si partimos de la importancia de la adecuada individualización del ser humano como mecanismo fundamental para que una persona pueda diferenciarse del resto de la sociedad, la determinación cierta de la paternidad se constituye en un elemento básico e imprescriptible para que toda persona logre su adecuado y pleno desarrollo como miembro de la sociedad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2003, pág. 96)

A efectos de que no se vulnere los derechos derivados de la personalidad y de la identidad, resulta indicado subrayar que no se puede impedir el inicio de una acción indagatoria de paternidad aludiendo consideraciones relativas a la prescripción de dicha acción, este derecho se vuelve imprescriptible (Borda, 2006, pág. 78)

1.3.3 Irrenunciable

Irrenunciable, es aquello que no se puede renunciar, puede ser adquirido por costumbre o porque esta descrito en la ley, y no advierte posibilidad de renuncia, como el derecho descrito en la carta constitucional y en sus leyes conexas. (Bastida, 2004, pág. 91)

El Art. 11 inciso 6 CRE.- indica que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 9),

Al tenor del Art. 16 del Código de la Niñez, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley, su concepto engloba este derecho a la familia como el núcleo que generalmente es inalienable irrenunciable, intransmisible, intransferibles e imprescriptibles, en este sentido sus derechos son reconocidos en todas las legislaciones. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 10)

Empero, el término irrenunciable se hace evidente en las medidas que permite garantizar la vida, la integridad y dignidad de las víctimas, en el caso de violencia doméstica por citar un ejemplo, en el que se requiere medidas de protección y de carácter cautelar no sancionatoria, es decir preventivas, para evitar el impacto social, lo que se busca es suspender la agresión inmediata en razón de los derechos que contemplan los cuerpos legales, los mismos que son decretados como irrenunciables e imperativos y de carácter público, no dependen de otros procesos para determinar esta medida. (Mazeaud, 2011, pág. 69)

Este principio goza de las garantías que le otorga la autonomía del derecho que contempla el Código de la Niñez, que dicta que son irrenunciables e intransferibles, las mismas que están incluidas en este conjunto de normas que

regulan las relaciones de hombres y mujeres, como causa primigenia del derecho a tener una familia, de tal forma que pueda propender a satisfacer la responsabilidad de la sociedad conyugal y el Estado, así lo admite el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 16 que decreta:

“Art. 16 CONA.- Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 11)

De acuerdo a lo que dispone el Art. 26 Código de la Niñez y Adolescencia “Los niños, niñas y adolescentes tendrán el derecho a tener una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral”, de esta manera este derecho se convierte en un derecho irrenunciable e intangible.

1.4 Principios relevantes

El derecho a la identidad es un bien jurídico protegido por nuestra Constitución, además de encontrarse amparado en el art. 66.28 de los derechos de libertad (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 20), que dice:

El derecho a la identidad tiene fundamental importancia nos permite desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Determinar la identidad de los niños, niñas y adolescentes, se establece en primera instancia al estar amparados primeramente por los padres biológicos y luego por el estado, quienes tienen la responsabilidad de protegerlos desde el nacimiento con la inscripción en el Registro Civil dice:

“Art 30.- Obligados a inscribir.- Están obligados a declarar el nacimiento y solicitar su inscripción, en su orden, las siguientes personas: 1. El padre; 2. La madre; 3. Los abuelos; 4. Los hermanos mayores de 18 años; 5. Los otros parientes mayores de 18 años; 6. Los representantes de instituciones de beneficencia o de policía, o las personas que recogieren a un expósito”.

Desde el momento en el que nacen, las personas necesitan forjar una identidad. Para ello, el primer paso es inscribir el nacimiento en el registro civil, de esta forma se establecerá su nombre y nacionalidad, se determinará quiénes son sus padres sean estos biológicos o no y se determinará su identidad.

En este sentido, María José Villa Coro emite un criterio doctrinario del derecho a la identidad que justifica su importancia en este sentido:

“la existencia de un derecho a la identidad que, aunque sin confundirse con el derecho al nombre, lo comprende a título ilustrativo, que en sentido amplio, este derecho supone reconocer a cada persona en cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática”. (Vila, 2010, pág. 31)

Empero, Mónica Guzmán en su opinión sostiene la importancia del derecho a la identidad, estableciéndola como la esencia de la existencia de un individuo que forma parte de una sociedad.

“El derecho a la identificación, constituye la prueba de la existencia de un individuo que forma parte de una sociedad, características que la o lo diferencian de las demás personas; de modo particular, todas las niñas y niños tienen derecho a una nacionalidad, un nombre, un apellido y a conocer la identidad de su padre y madre biológicos, de esta forma se confirma el derecho que tiene la niña o niño de tener una procedencia,

con especial énfasis la nacionalidad dentro de la sociedad". (Guzmán Zapater, 2006, págs. 30-31)

La importancia de la nacionalidad como un elemento de la identidad que se encuentra revestida de especial valor en la Carta Magna, por cuanto constituye la pertenencia de una persona a un Estado. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 7) Al hablar de principios relevantes para poder determinar la identidad, uno de los más importantes es el interés superior del niño.

La protección al niño es un derecho que está prescrito en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código de la Niñez, pero se puede afirmar que hasta ahora, las políticas locales no han sido todavía concebidas con un enfoque de derechos de protección integral a la niñez, pues no llega a todos los sectores del país.

De tal manera que se ha presentado un obstáculo en la aplicación de la nueva legislación como es el Código de la Niñez, pero es cierto también que la situación puede cambiar, porque se introdujo en esta normativa, innovaciones al sistema de protección de derechos a la niñez y adolescencia, igualmente se establece la creación del Sistema Descentralizado de Protección Integral a la Niñez, que permite tener coordinación con organismos públicos y privados, para de esta manera y en forma coordinada funcione de forma íntegra el beneficio de protección en pro de la niñez y adolescencia. (De los Monteros, 2006, pág. 133)

Sabemos que el bienestar de esto es importante para que pueda desarrollarse en su estado tanto físico como mental, que por su falta de madurez física y mental, se hace necesario que cuenten con el cuidado de la familia, el estado y con la debida protección legal dispuesta que consagra la protección al niño, tanto antes como después del nacimiento.

En tal sentido se hace urgente menciona Jaramillo, que exista el compromiso de las instituciones y de la sociedad, a fin de que se les permita hacer valer sus derechos constitucionales y legales con todas las medidas destinadas a tener identidad, dada la importancia de que los niños tienen el derecho de saber quién es su padre y madre; contribuye tener una identificación que la hace única como persona, la seguridad de que todos los niños tengan el documento de identidad, como un derecho a su dignidad, lo contrario conlleva a tener consecuencias psicológicas en la vida futura. (Jaramillo, 2006, pág. 119)

La Convención Internacional de los Derechos del Niños (CDN), realizada para garantizar la integridad de los derechos de identidad del niño, se suscribe en el Art. 7, inciso uno, lo siguiente:

“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”. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 7)

Este máximo Organismo realizó un progresivo reconocimiento de los derechos del niño como derechos inalienables, mediante un proceso que ha durado muchos años, pero que a través del tiempo ha ido evolucionado en favor de la protección infantil, los derechos consagrados en esta Convención define que es deber de los Estados promover y garantizar la efectiva protección, en virtud del principio de igualdad. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 7)

Por otra parte, en razón del citado principio de igualdad, se reconocen también la “existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los cuales están los niños”. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 7)

De lo expuesto se deduce que los derechos de la infancia son complementarios nunca pueden ser sustituidos son únicos e irremplazables, porque son

derivados de su condición de persona, en tal sentido las disposiciones de la Convención indican que deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente.

Así, esto tendrá particular importancia para interpretar, aquellos principios que la Convención crea de anteriores legislaciones de la niñez y familia, como es el caso del "interés superior del niño". Es en este marco es analizado por diversas legislaciones fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, pág. 7)

El interés superior del niño, según la doctrina, lo ha considerado “un criterio vago”, y que la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños lo acogió, con una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a favor de los derechos de la infancia.

Este concepto rompió con el paradigma dominante mirado a lo largo del Siglo XX, dejándole de considerar al “niño” un objeto de compasión, tutela y represión, eliminando toda forma de discriminación y primando el interés superior del niño, en todas las legislaciones, y reconociendo además que los niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos, que obliga a los legisladores a pensar y estudiar este derecho para ser considerados en todos los campos tanto normativos como doctrinarios.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la Ley, según el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia.

“El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá ser invocado contra norma expresa sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”.

Gatica y Chaimovic han señalado que el llamado interés superior del niño es un derecho que prima en la doctrina y la jurisprudencia.

“debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña” (Gatica, 2002, pág. 115)

De esta manera Kosicki reviste la importancia del derecho a conocer la identidad genética que emplaza el derecho a que se indague científicamente el origen de la huella genética de una persona a fin de afirmar la maternidad o paternidad y determinar la correspondiente relación filial en correspondencia con la realidad biológica respecto a sus progenitores. (Kosicki, 2010, pág. 36)

Así, la identidad genética se convierte en un elemento que justifica la igualdad personal, la misma será entendida en un doble sentido, según la tratadista Cecilia Grosman, que en forma genérica explica:

“Por una parte, la identidad genotípica o derecho a la propia herencia genética, que se vulnera a través de la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano; y por otra, la identidad hábitat o derecho al propio hábitat natural que le proporcionan sus progenitores (Grosman, 2002, págs. 60-70)

La obligación de que sea inscrito en el Registro Civil al recién nacido este hecho le dota de capacidad jurídica, reconociéndolo como miembro de la sociedad y así permitirle acceder a los servicios necesarios para su desarrollo y porvenir, de igual manera a la salud y la educación como elementos básicos,

es recogida por la Ley Nacional de Registros Públicos. (Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, 2010, pág. 41)

De ello se desprende la importancia que indica Zannoni, en su libro *Identidad Personal y Pruebas Biológicas*, que la inscripción de las niñas o niños debe ser realizada de modo inmediato, no como una mera formalidad legal, pues en caso contrario no existe la constancia legal de su existencia.

Por lo que su existencia legal le permite disfrutar de los derechos que como persona tiene y de otros que por su condición de niña o niño le atribuye la ley, a una vida digna que le garantice un desarrollo integral como individuo dentro de la sociedad, que esto incluye a su vez aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada, suficiente, recreación, juego, acceso a la salud, la educación, vestuario, vivienda segura y dotada de las condiciones básicas. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. Art 15 y 26)

La identidad se reviste de mucha importancia, porque hace posible que los niños y niñas gocen de la protección legal por parte del estado y de sus padres, que por su condición de menores están expuestos a muchas vicisitudes que conllevan a ser víctimas de actos ilícitos, en este sentido la versión de Carbajo, explica sus consecuencias.

El sistema de protección de niños, en el ámbito penal se aprovechan los delincuentes infantiles porque son modelo penal adaptado y ejecutado conforme a las características particulares de este grupo, como la edad, el grado de madurez emocional del menor y la capacidad de discernimiento, en tal razón, se vuelve imperante la intervención gubernamental y legislativa de velar por la proporcionalidad de las penas conforme a su condición particular de niña, niño o adolescente. (Carbajo González, 2011, pág. 39)

Actualmente la identidad debe ser considerada, pues la persona debe tener independencia dentro de sus condiciones personales y legales, el derecho a tener una identidad dentro de la sociedad, se deriva de la dignidad humana

protección de sus derechos, de este modo el hombre encuentra un amparo efectivo por parte de este derecho en las diferentes esferas o etapas y circunstancias de su vida. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 10)

Como otro elemento relevante tenemos la Protección al Bien Jurídico lo encontramos en el estudio de Von Liszt, que “bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho” (Von Liszt, 2007, pág. 21)

Según, Carbajo, autor del libro denominado Manual del Derecho a la Familia, acertadamente garantiza el derecho a la identificación y a la identidad mediante “el servicio del Registro Civil, a la misma se puede acceder a procedimientos ágiles, sencillos y gratuitos para la obtención de los documentos de identidad, observando que el derecho de identificación de las niñas y niños ha sido honrado al haber sido inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan, debiendo prevalecer la realidad biológica frente a cualquier otra consideración formal o social”. (Carbajo González, 2011, pág. 69)

Esta exposición muestra su importancia, pues el término identidad parte de la noción que se utiliza para reflejar la realidad íntima de un individuo, como un ser único, esta esencia se convierte en un derecho inherente de la personalidad individual, que reconoce y tutela el núcleo de los derechos más importantes reconocidos a la infancia y rectorado por el principio del interés superior del menor. (Zambrano Álvarez, 2008, pág. 2)

Según el relato realizado por Mario Jaramillo, indica que en la década de los 90, el Ecuador se convirtió en el primer país en América Latina en suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño, y que luego ocho años más tarde la

Constitución de la República del Ecuador reconoció, por primera vez que los niños y niñas son ciudadanos y afirmó el principio del interés superior del niño. Época en la cual varias organizaciones públicas y privadas, iniciaron un análisis para elaborar un nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, indica que fueron más de diez y ocho mil personas, y más de doscientas Instituciones públicas y privadas, locales y nacionales, que participaron en la elaboración de la propuesta de ley.

A partir de esta década, la creación de condiciones para el desarrollo saludable de los niños y sus necesidades específicas ha tenido un lugar destacado especialmente en los programas de investigación social, el Ecuador suscribió la “Declaración Mundial para la Supervivencia, Protección y el Desarrollo de los Niños del Mundo”, al finalizar la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia (CMI). Nuestro país, se convirtió en el primer estado de América Latina y de los países en desarrollo que ratificó la “Convención sobre los Derechos del Niño”, citado por el Monseñor Luis Alberto Luna.

En este mismo año, se elaboró también el primer “Plan Nacional de Acción a Favor de la Infancia”, que fue el resultado del trabajo conjunto de diversos actores, conformando así los Comités de Defensa de los Derechos de los Niños, como una estrategia para difundir públicamente los compromisos de la Convención, se formó el Foro Ecuatoriano de Organizaciones por y con los niños, niñas y adolescentes.

Este hecho contribuyó para que en el Ecuador surja un cambio importante en la promoción de reformas políticas y legales, con el fin de crear espacios donde se escuchen las voces de la niñez y la adolescencia, según Mario Jaramillo.

Un año después, se reformó el Código de Menores por iniciativa del movimiento de organizaciones públicas y privadas a favor de los derechos de la niñez. Esta legislación incluyó el enfoque de derechos, en algunos temas como (maltrato, y trabajo infantil), pero mantuvo elementos de exigibilidad, hasta que

en el año 1994, entró en vigencia la ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, Eugenio (Arellano, 2006, pág. 21)

En el año de 1996 el gobierno ecuatoriano, convocó a una Consulta Nacional a la Niñez y Adolescencia, en la que participaron aproximadamente 46.000 niños y niñas de edades de 8 y 15 años, los mismos que provinieron de 36 ciudades del Ecuador, esta participación permitía que sean “incorporadas en la Constitución, normas específicas sobre los derechos de la infancia, esto se consideró como parte de un proceso destinado al reconocimiento social de la obligación política, jurídica e institucional que tiene el Estado de satisfacer los derechos de las personas” (Campaña, 2014, pág. 3)

Luego el siguiente año, se inició el desarrollo del “Sistema de Indicadores Sociales sobre los Niños y Niñas y Adolescentes”, primer esfuerzo para producir información sistemática y regular la situación de la niñez y adolescencia desde un enfoque de derechos, sirvió para que la nueva Constitución Política reconozca a los niños, niñas y adolescentes como actores de la vida ciudadana con derechos y garantías de igualdad. (Arellano, 2006, pág. 21)

En este mismo año, la Defensoría del Pueblo Adjunta de la Mujer y la Niñez, asume la responsabilidad de hacer valer los derechos de los infantes y adolescentes, posteriormente en el año 2000, se ratificó el Convenio 182 OIT, para apaliar las peores formas de trabajo infantil, hasta que en el año 2001, se realizó un amplio proceso de participación ciudadana sobre un nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, dando un paso agigantado para que sea también considerado este derecho a nivel internacional. Eugenio (Arellano, 2006, pág. 21)

Iniciativa que permitió que en junio del 2003, según Farith Simón Campaña, “esta nueva ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador”. (Simon Campaña, 2011, pág. 36)

Estos derechos son protegidos bajo la disposición de Art. 2 “Sujetos protegidos, cuyas normas son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código”.

Determina que los niños, niñas y adolescentes son sujetos protegidos, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad, por lo que sus derechos prevalecen frente a los demás derechos.

No obstante estos derechos están regidos bajo el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, que es un organismo tendiente a garantizar la protección integral de este grupo, mediante medias, procedimientos, sanciones y recursos en todos los ámbitos, de conformidad con lo establecido en esta norma, la carta magna y las disposiciones de los instrumentos jurídicos internacionales. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2)

El objetivo de este cuerpo legal exige un compromiso por parte de la sociedad y del Estado, para que se cumplan sus disposiciones en favor de los niños, niñas y adolescentes, que apunten hacia una visión de futuro, en beneficio de esta clase, expresa también la voluntad del Estado de reconocimiento del principio de interés superior del niño.

“Art. 11.- El interés superior del niño.- 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”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 2)

A partir de este hecho, marca los principios de obligatoriedad y universalidad de la ley, la eficacia y la eficiencia en favor de la niñez y adolescencia.

En cuanto a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, Javier García Espinar, indica que cuenta con el compromiso de las Organizaciones de Derechos Humanos quienes han hecho énfasis en este derecho de igual forma han trabajado en los derechos de igualdad, salud, educación, esparcimiento entre otros, igualmente la prohibición del trabajo infantil, del abuso sexual y la psicológica de los niños, niñas y adolescentes, producidas por cualquier medio o forma o discriminación.

“Este principio de protección al niño se ha incluido para que sus derechos sean protegidos de influencias perjudiciales, abusos y explotación, este plan toma medidas activas y efectivas para garantizar el pleno derecho de las niñas, niños y adolescentes, resguardados por las leyes tanto nacionales como internacionales”. (García, 2007, pág. 97)

Gracias al reconocimiento constitucional de la identidad, los seres humanos pueden experimentar su propio desarrollo personal que implica descubrir a los demás y describirse así mismo, y como un ser social forma parte de la una comunidad, beneficiándose del derecho al nombre, al honor, a la intimidad, esto le atribuye a ser parte de todos los derechos contemplados en la realidad social. (Arellano, 2006, pág. 137)

CAPÍTULO 2. IDENTIDAD Y FILIACIÓN

La filiación viene del latín *filiatio,-onis*¹, acción y efecto de filiar, y de acuerdo a un criterio exclusivamente legal, el tratadista Luis Claro Solar, da un amplio definible a la Filiación como “el lazo que une a un hijo a su padre y a su madre”. (Claro Solar, 2000, pág. 67). La filiación vincula jurídicamente hablando, los ascendientes con sus descendientes, a los padres con sus hijos.

Desde el punto de vista biológico, la Filiación es una relación de sangre entre hijo y sus progenitores, la misma que está estrechamente relacionada con el comienzo de la existencia de las personas. ”. (Claro Solar, 2000, pág. 67)

Para Méndez Costa, en el Libro “La Filiación”, sostiene que según el ordenamiento jurídico en concreto, “la filiación puede recurrir a ciertos factores de determinación de la filiación. Su objetivo es facilitar la constitución del estado filial, mediante el establecimiento legal de tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica, y que sean una manifestación externa del criterio-base. En esta materia depende de cada legislación nacional su establecimiento, y cada procedimiento puede tener sus propios factores independientes”. (Mendez Costa, 1986, pág. 86). La familia se asocia directamente a la filiación. Es la base de toda sociedad y a la que se deben garantizar todos los derechos, garantías y protección posibles. La familia se organiza como principio básico mediante el matrimonio y la filiación es la estructura familiar, el parentesco entre ascendientes y descendientes.

Todos los niños y niñas tienen derecho a su identidad. El Estado es el máximo garante este derecho. Las personas tienen como una personalidad única,

¹ “Concepto de filiación según la real academia de la lengua.-Del latín. *filiatio,-onis* 1. Acción y efecto de filiar. 2. Procedencia de los hijos respecto a los padres. 3. Dependencia que tienen algunas personas o cosas respecto de otra u otras principales. 4. Señas personales de cualquier individuo, 5. Dependencia de una doctrina, afiliación a una corporación, sociedad, partido político, etc”.

características irrepetibles que lo distinguen del resto, la naturaleza curiosa del ser humano le hace cuestionarse en primer lugar sus orígenes, sus ancestros, su historia. La identidad se configura como un derecho humano inherente, único, especial y parte del principio del derecho a la dignidad. Incluye también los derechos a la integridad física, moral y psíquica, a tener un nombre, a la protección familiar y ante todo al derecho supremo de conocer su verdad. La adopción por ejemplo, uno de los tipos de filiación, compromete el derecho a la identidad, que como norma debe respetar los orígenes del niño, su nombre, su cultura, su nacionalidad.

La identidad remite irremediablemente la pregunta ¿de dónde soy?, ¿qué soy?:

“Remite a la historia que nunca deja de desplegarse, de crearse, para seguir trabajando sobre la identidad y el sentimiento de sí, íntimamente dependientes de las huellas que van dejando en nosotros los lazos con los objetos libidinales y los logros que constituye nuestro devenir” (Rother de Hornstein, 2009, pág. 178).

Hay que diferenciar la identidad de la identificación. La identificación se refiere a la apreciación del niño de su entorno, su sexualidad, experiencias. En general es la evolución y formación de su personalidad en base a estos elementos que irán dando paso a su identidad como supuesto posterior a la identificación. Algunos autores establecen que la falta de esos supuestos o su confusión, es lo que realmente da paso a la identidad, como la búsqueda del ser, investiga sus orígenes, se cuestiona.

2.1. Las clases de filiación y su influencia en la identidad de la persona

Las clases existentes de filiación son específicamente la matrimonial y la extramatrimonial. Tienen su antecedente su origen en el Derecho Romano, “(...) donde el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque con la

perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a los antepasados”

Una de las características importantes del Derecho familiar en la Roma Antigua era el distinguir a los hijos habidos dentro del matrimonio de los habidos fuera de él, criterio éste que prevaleció hasta nuestros días para efectos de la determinación, más no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad o bien de unificación de la filiación

Rafael Rojina Villegas, emite un criterio que permite determinar la importancia de la filiación natural también denominada extramatrimonial, lo ha definido como el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio, las mismas que serían determinadas tradicionalmente de dos formas: (Rijona Villegas, 1908, pág. 36)

- a) “Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieran legalmente celebrar matrimonio por no existir ningún impedimento; y,
- b) Una relación, lícita si los padres estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud de parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, dado que entonces los hijos habidos en esa unión se consideraban incestuosos o adulterinos.”
(Rijona Villegas, 1908, pág. 36)

En cambio Garnulfo, De la forma natural se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de ésta. Ésta se construye mediante tres sub reglas:

“1) la existencia de un matrimonio, 2) el nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y 3) que se esté determinada la maternidad de la madre” (Gandulfo, 2011, pág. 28)

Esta actuación mediante el acto de reconocimiento de la progenitura, paterna o materna. Éste constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona, estas consideraciones son de acuerdo a cada legislación que tiene sus propios límites en lo relativo a la filiación. (Gandulfo, 2011, pág. 28)

En la Legislación Chilena, la filiación se concreta a través de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil, para López, “En alguna legislación, como la chilena, éste no constituye un factor de determinación, sino un medio para acreditar la filiación ya constituida” (López, 2006, pág. 21).

Con respecto a la Posesión notoria, como un medio de acreditar el estado civil, López sostiene que la filiación tiene esta consideración:

“sólo constituye un factor de determinación, cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento”. “La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo: lo cuida, educa, le provee alimentos y vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso” (López, 2006, pág. 22).

La disposición de posesión notoria en el Ecuador, lo contempla la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, para proceder a las inscripciones relativas al estado civil, se rige a lo dispuesto en el Art. 86 y a la disposición del Reglamento, de esta manera se determina la procedencia del nacido vivo.

“Art.86.-Prueba sobre posesión notoria de apellidos.- La prueba de posesión notoria de un apellido se efectuará mediante la respectiva tramitación ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación, a

que se refiere el artículo precedente, ateniéndose a lo dispuesto en el Reglamento.

Así mismo, las Acciones relativas a la filiación para Scott Liebman, permite que “bajo el supuesto de que exista o no el estado filial, pueden ser de dos grandes clases: destructivas de la filiación o atributivas de ella. Para los procesalistas, todas ellas son constitutivas porque vienen a innovar sobre el ordenamiento jurídico. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconoce las siguientes acciones” (Liebman, 2006, pág. 105)

Dentro de las Acciones de imputación, consiente la acción de reclamación o reivindicación de la filiación, como un derecho que tiene toda persona de acudir ante las instancias judiciales para resolver su estado de filiación. Sería el caso del hijo que sabe la identidad de su verdadero padre, e inicia la acción de reivindicación para que este sea reconocido judicialmente como tal. (Zannoni E. A., 1998, pág. 490)

En cuando a los efectos relacionados a la filiación el historiador H. Coing, indica que proviene de término latín que es el “*ius commune*”² a esta área se le llamaba *ius personarum*”³, la filiación tiene importantes efectos jurídicos, entre los cuales podemos citar, entre los más importantes los siguientes: (Conring, 2001, pág. 17)

En el caso de derecho de familia, la filiación origina la patria potestad, que en algunas legislaciones se divide en la guardia y custodia personal del menor y la custodia patrimonial de sus bienes, la obligación alimenticia en caso de vida separada de los padres, el derecho a la relación directa y regular entre el hijo y el padre que no tiene la custodia del primero, el deber de socorro y ayuda

²“*ius commune*” latín, que hace referencia a la Derecho que se aplica a la generalidad de los casos o plicable, a diferencia de un Derecho particular o especial (derecho propio)

³“*ius personarum*” latín, que hace referencia a la familia, filiación, determinación de la filiación, reconocimiento de paternidad, factor de determinación, estado civil, paternidad.

mutua, el deber de educar al hijo, se convierte en un derecho irremplazable. (López, 2006, pág. 47)

En el caso de derecho sucesorio, en algunos sistemas, la filiación obliga a la reserva de la legítima y es el heredero legal prioritario (junto con el resto de hermanos). La filiación determina los apellidos de la persona, que se registrarán en función de la legislación concreta aplicable de acuerdo a la versión de (Conring, 2001, págs. 18-19)

Entre los efectos extra civiles constantes en el Régimen Alemán, podemos mencionar: En derecho penal la filiación puede alterar la punibilidad de un delito, en algunos casos como excusa legal absoluta, y en otras bien como atenuante, o bien como agravante, y el derecho constitucional e internacional público, la filiación puede comunicar la nacionalidad de los padres a los hijos de éstos, en los casos de regla de "*ius sanguinis*"⁴. (Conring, 2001, pág. 21)

En nuestro campo normativo el derecho Civil, contiene normas que regulan las relaciones jurídicas privadas aplicables a todos los individuos independientemente de factores como nacionalidad, profesión, religión, raza, filiación política, género, condición social, educación, situación económica, lugar de residencia, estado civil, condición laboral, etc. Es decir se aplica a todos los que se hallan en la misma situación o condición jurídica. (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 37)

El Art. 33 de la Ley General de Registro Civil Identificación y Cedulación sostiene que la:

“prueba sobre la filiación, rige solo cuando la inscripción de un nacimiento no fuere solicitada personalmente por ambos padres o por su mandatario, se probará su filiación respecto de dichos padres solo con la

⁴ "*ius sanguinis*. Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales señala.- Literalmente derecho de la sangre, lo que se dice más comúnmente "ley o principio de la nacionalidad", también "derecho de la raza"(...), se contraponen el "jus soli"

presentación de la partida de matrimonio de ellos o de sus respectivas cédulas de identidad o de identidad y ciudadanía en las que conste el estado civil de casados entre sí”. (Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, 2010, pág. 62)

Igualmente se identifica la filiación en el Código de Procedimiento Civil, Art. 217 que señala que “pueden ser testigos los parientes, compadres y padrinos en las causas que versen sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia” (Codigo de Procedimiento Civil Ecuatoriano, 2012, pág. 37)

El Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 36, se refiere a las normas para la identificación, que dispone la importancia de la identidad del nacido vivo, en estos términos:

“certificación de nacido vivo, deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, en la que constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida. En casos de inscripción tardía se deberá registrar en la ficha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 26)

Cuando se “desconozca la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 26)

De igual manera si se desconoce la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente se inscribirá por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país. Se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su

opinión cuando sea posible. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 26)

La inscripción podrá ser solicitada por la persona encargada del programa de protección a cargo del niño o niña o por la Junta de Protección de Derechos. Practicada la inscripción, el Jefe Cantonal del Registro Civil pondrá el caso en conocimiento de la Defensoría del Pueblo de la jurisdicción correspondiente, para que inicie las gestiones extrajudiciales tendientes al esclarecimiento de la filiación niña y posterior reconocimiento voluntario o entable la acción para que sea declarada judicialmente. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 27)

“Comprobada y resuelta por la autoridad judicial o administrativa competente la sustitución, confusión o privación de identidad o de alguno de sus elementos, el Registro Civil iniciará de inmediato los procedimientos idóneos para restablecerla sin costo alguno para el afectado. Los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país, tienen el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma. Las autoridades del Registro Civil tienen la obligación de inscribir estos nombres sin ningún tipo de limitación u objeción”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 27)

La filiación es regulada efectivamente por el Código de Procedimiento Civil, que permite encargarse de las relaciones y vínculos jurídicos, los mismos que se conciben entre miembros con algún vínculo de parentesco, en el que sus principales ejes son la familia, el matrimonio y la filiación, ubicado en la materia de los derechos jurídicos y sociales. (Codigo de Procedimiento Civil Ecuatoriano, 2012, págs. 20-21)

Este capítulo contempla la garantía del derecho a la filiación como parte de la identidad del ser humano, la misma que se presenta en forma independiente, ya que la filiación reconoce la existencia biológica de los progenitores, derecho

que involucra el orden público. (Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico. Academia de la Lengua Española, 2010, pág. 340)

2.2. Principios para determinar la filiación

“La Filiación ha presentado una gran complejidad, no solamente en el campo conceptual como teórica - jurídico, sino también en otros campos relacionados a la misma como son: el biológico, psicológico así también el antropológico” según (López del Carril, 2004, pág. 8)

Este cambio ha sido “diacrónico sustancial”, especialmente en estos últimos veinte años, se hace presente no solo por el avance de la genética, sino también en lo social y consecuentemente por el derecho que implica el reclamo de la filiación, potencialmente por las re conceptualizaciones de las teorías del parentesco, desde la perspectiva antropológica que constituye una cultura histórica la identificación de la filiación.

Los procedimientos para constituir una filiación según Gandulfo, están determinados en dos puntos principales:

“En primer lugar el de titulación, en donde la filiación se tiene por los títulos de atribución que es la causa *iuris* de la filiación y títulos de legitimación, que son signos o requisitos legales que se refieren a la determinación y tienen una función probatoria. Los mismos que pueden entrar en conflictos entre sí respecto de una misma persona. En la doctrina no es claro diferenciar cuáles sean unos y otros (así, por ejemplo la disputa entre Manuel Peña y Díez del Corral, sobre la llamada presunción de paternidad).

En segundo lugar le ubica al de procedimentalización, en donde parte de la separación de ciertos procedimientos independientes para acceder o destruir la filiación, principalmente con basamento de cada uno de ellos en criterios-base de carácter autónomos entre sí”. (Gandulfo, 2011, pág. 112)

Generalmente son el punto de partida; de articulación y de interpretación cada procedimiento, eventualmente factores de determinación, y metacriterios de decisión para conflictos o choques de procedimientos. Este sistema tiene como sustrato una triple partición entre estos elementos:

“1) los procedimientos constitutivos o impugnativos, 2) el estado civil filial constituido y 3) los derechos y deberes atribuidos al estado civil. Además, tiene un fuerte carácter normativista”. (López del Carril, 2004, pág. 3)

Desde el punto de vista jurídico y de acuerdo a la versión expuesta por Julio López del Carril, la filiación se concreta con esta distinción:

“la filiación puede, según distintos autores, resultar alternativamente, un vínculo biológico o natural, un estado, un vínculo jurídico o un hecho natural o jurídico”. (López del Carril, 2004, pág. 3)

La doctrina identifica que el concepto de filiación, se encuentra en el parentesco, de acuerdo al modelo occidental predominante de la organización de la familia nuclear, urbana y burguesa del siglo XX, con el cual se confunde. En el caso de la filiación paterna esta relación remite a la figura y función del "padre" y de la paternidad, al hombre de la familia a quien el hijo llama papá, esto debido a un triple embate político, religioso y familiar, ampliamente se ha producido en la sociedad occidental moderna una declinación y cancelación creciente del "ser padre", que sucesivamente afectó al derecho sobre el hijo e hija.

Esta declinación conduce, especialmente por los avances de la biología y de la genética, que permiten una gran confusión y/o escisión actual de la paternidad con la *genitura*, "el viejo pilar de la paternidad y de la filiación: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*".

Legalmente la filiación ha sido motivo de varias definiciones constantes en nuestras leyes, se lo ha utilizado específicamente para dirigirse al núcleo familiar, y básicamente para el reclamo de la filiación, de esta manera se pueda efectuar la apropiación de la legalidad, y por esta vía obtener la legitimidad, que consagran nuestras leyes, pues ciertos sectores sociales requieren de esta figura para encontrar su identidad como un derecho legítimo que tiene todo ser humano, de tal manera que se hace necesario que la filiación sea reconocido como un derecho constitucional de naturaleza familiar, en todos los campos normativos civil, niñez, procesal y penal tanto a nivel nacional como internacional.

En este sentido el Código Civil en los arts. 24, 25 y 18, permite señalar como se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad de este modo:

“Art. 24 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 monogamia 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.

Art. 25.- En los casos señalados en los literales a) y b) del artículo anterior, los derechos de los padres y de los hijos son correlativos, pero en el caso del literal c), el hijo tendrá todos los derechos como los demás hijos, y de los padres tendrán todas las obligaciones de tales, pero no podrán exigir ningún derecho, ni siquiera el de herencia, frente a los hijos a quienes no reconocieron voluntariamente

Art. 18.7.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal” y cuándo haya falta u oscuridad de ley los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema. (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 17 y 24).

Art. 19 “cuando haya obscuridad Cuando haya falta u oscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán a la Legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran” (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 17 y 24).

En el presente trabajo de titulación se tratará de tres principios relevantes para determinar la filiación: Principio de la verdad social, principio de la verdad biológica y principio de la verdad socioafectiva.

2.2.1 Principio de la verdad social

En este ámbito se establece la figura de la filiación, en la que se determina los efectos legales que produce el establecimiento de la filiación por la verdad social, se plantea la interpretación legal y doctrinaria.

El Código Civil Art. 24 y el Art. 217 del Código de Procedimiento Civil contemplan disposiciones que establecen la determinación de la filiación, en que para probar un hecho pueden ser testigos los parientes, compadres, padrinos en las causas que versen sobre filiación, edad, estado, parentesco o derechos de familia entre otros, y en lo que se relaciona a presunciones relativas a la filiación.

Deben estar determinadas de acuerdo a la lógica que permite tener seguridad jurídica, en derecho la persona que aleja algo en este caso el padre biológico tiene que probarlo en base a presunciones que se derivan de los derechos fundamentales acogidos dentro de la normativa y la seguridad jurídica.

“Art. 24 Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad”

“Art. 217. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo que precede, pueden ser testigos, los parientes, compadres y padrinos en las causas

que versen sobre edad, filiación, estado, parentesco o derechos de familia”

Según Maricela González Pérez, en su Libro “Verdad Biológica en la determinación de la filiación”, sostiene que, la verdad biológica es un importante principio en la determinación de la filiación, pues el ordenamiento español por ejemplo, pretende en la medida de lo posible, hacer coincidir la filiación jurídica con el hecho biológico de la procreación, junto a la verdad biológica y social, las mismas que se apoyan la una y la otra. No obstante después de algunos decenios el principio de la verdad de sangre se ha emancipado y ello debido a la certeza de las pruebas biológicas. (González Pérez, 2013, pág. 210)

La autora González, aborda que es una de las polémicas planteadas en la actualidad, consiste en “resolver si el principio de la verdad biológica ha de prevalecer siempre. O si ha de conciliarse o cederse frente a la verdad social” (González Pérez, 2013, pág. 210) No obstante la doctrina nacional española y de pronunciamiento jurisprudenciales propugnan la conciliación de este principio, que en determinadas circunstancias la “verdad biológica debe menguar, prevaleciendo la verdad social”.

La mencionada autora admite “otra corriente, que bien imponiéndose otorga valor absoluto al principio biológico y defiende su primacía, aunque ello signifique dejar de lado la seguridad jurídica del estado de filiación y la paz familiar o introducir cambios, vía jurisprudencia en la legislación común. Por otro lado esta polémica no permanece ajena el entorno jurídico comparado, en especial Francia, Italia y Alemania, destacando estos casos en las Sentencias dictadas en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. (González Pérez, 2013, pág. 210)

El ordenamiento español confirma que la verdad biológica es “el punto de partida en la determinación de la filiación, pero no es una norma absoluta ni

distorsionadora del orden interno familiar del que gozan las personas” (Durán Rivacoba, 1978, pág. 214) en razón a esta consideración:

“La jurisprudencia mayoritaria viene defendiendo la primacía de la verdad biológica, desdeñando la verdad sociológica representada por el favor *fili*⁵ la estabilidad del estado de filiación y la paz familiar. Tales principios son calificados de simples formalismos que nunca deben prevalecer frente a la verdad de sangre. El único límite válido de la verdad biológica parece encontrarse en la voluntad de padres formales y biológicos, como sucede en las técnicas de fecundación asistida”. (Durán Rivacoba, 1978, pág. 214)

En cuanto a las presunciones, este hecho proviene del latín *iuris tantum*, es aquella que se establece por ley, y que admite prueba en contra, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho, se considera que la mayoría de las presunciones se encuentran bajo establecimiento de las disposiciones legales, en los casos que se trata de establecer la filiación.

La ley permite la carga de la prueba a alguien en particular como por ejemplo en el caso de un litigio concreto, establece una presunción *iuris tantum* (valor mientras no se demuestre lo contrario) con ello, obliga a la persona que quiere vencer esa presunción a aportar las pruebas suficientes como para demostrar su falsedad

La presunción relativa a la filiación, según el Art. 24 del Código Civil, instituye la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad, en tres literales, primeramente 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.

De igual forma el reconocimiento voluntario realizado por el padre o la madre o por ambos, esto en el caso de no existir matrimonio entre ellos, o por haber

⁵“Fili, constituye una verdadera limitación al Principio de la Verdad Biológica.

sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre, en estos casos la normativa determina el vínculo filial. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

No obstante, se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, en el Art. 32 del Código Civil, que señala que la presunción es la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

La presunción de hechos y derechos, faculta a los sujetos a cuyo favor se da, a prescindir de la prueba de aquello que se presume es cierto "*ope legis*"⁶, hecho que permite legalidad filial.

Cuando esto favorece de entrada a una de las partes del juicio (el que se beneficia de la presunción), normalmente es el que se encuentra en una posición defensiva, y cuya verdad formal presumida, tendrá que ser destruida aportando para ello pruebas en contra, por quien sostenga otra verdad distinta a la presumida. (Por ejemplo, los hijos nacidos constante en el matrimonio, se presume la paternidad del marido, otro ejemplo puede ser los bienes muebles se presume que pertenecen a aquel que los tenga en posesión. (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 31)

De igual forma lo prescribe la Constitución, como la base de todo derecho contempla la disposición de inocencia en el Art. 76 numeral 2, "se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 67), concuerda con el

⁶ "Ope Legis.-es un aforismo jurídico latino que significa "de pleno Derecho" por imperativo legal. Diccionario Jurídico Real Academia de la Lengua.

Art. 311 del Código de la Niñez y Adolescencia, que hace referencia a la presunción de inocencia.

2.2.2 Principio de la verdad biológica

El establecimiento de la filiación por la verdad biológica se relaciona con el estricto derecho que tiene el ser humano a conocer su origen biológico, valores que tienen estrecha relación con la identidad, en caso de ser negada la paternidad, esta demanda normas jurídicas que permiten esclarecer legalmente como hijo de quién biológicamente es su padre.

Claramente LÓBO, por su parte expresa, que hacer coincidir la filiación con el origen genético es “transformar el hecho cultural en determinismo biológico que no contempla sus dimensiones existenciales. La certeza absoluta del origen genético no es suficiente para fundamentar la filiación dado que otros son los valores que dominan ese campo de las relaciones humanas”. (Lóbo, 2010, pág. 117)

Según la Corte Nacional de Justicia, el establecimiento Judicial de la Filiación se hace efectiva por medio de la eficacia de la prueba de ADN, los mismos que son requeridos como prueba dentro del juicio de paternidad como lo habíamos mencionado anteriormente, esta prueba es considerada bastante certera en la actualidad, debido al avance tecnológico. (Establecimiento de la Filiación , 2014, pág. 11)

La prueba para el establecimiento judicial de la Filiación, se lo practica mediante un examen genético, y el resultado de este examen es presentado mediante un informe pericial al respecto, que por su confiabilidad se convierte en un documento definitivo, en virtud de que el porcentaje de probabilidades es casi del 100 %, y en su conclusión es vinculante para el juzgador de instancia, en la Corte Nacional de Justicia.

Enrique Rospigliosi, en su libro titulado *Paternidad Socioafectiva*, indica que la posesión de estado en materia de filiación, se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el *status* de hijo en relación a otra independientemente, que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica, esta es identificada por la existencia de tres componentes como:

- “1. *tractatus*⁷ comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres);
2. *nomen* (la persona tiene el nombre de familia de los padres) y
3. *fama* (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades)”.
(Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 219)

En conjunto, estos componentes se “revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven” (Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 219)

Determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho y el símbolo máximo de una relación social paterno - filial.

Para Baptista Vilella "ser padre o madre no es tanto el hecho de generar cuanto en la circunstancia de amar y servir, de esta manera debe tenerse en cuenta que la filiación no sólo se refleja en el nacimiento. La familia no se limita a la

⁷ “Tractus.- tratado [en el sentido legal o cuando se refiere a una síntesis minuciosa referente al tema-i.e”. Diccionario de la Real Academia Española

sangre, esta significa el crecimiento, la experiencia, la madurez y el envejecimiento juntos” (Baptista Villela, 2003, pág. 110).

Consecuentemente, se es madre y padre por elección y libertad personal, lo contrario, simplemente, no determinada nada. Familia debe ser concebida como la opción y el ejercicio que puede conducir a un feliz acercamiento entre los que tienen y necesitan dar y los que no tienen y necesitan recibir, nunca puede ser establecido en base a la fatalidad.

Gracias al apoyo de la prueba genética del ADN, se confirma que ningún ser humano es idéntico al otro, de esta manera Messina De Estrella Gutiérrez, indica que el ADN, es:

“el material genético de los cromosomas o sea, el ADN, es lo que determina finalmente las características genéticas del nuevo ser que son únicas e irrepetibles. La naturaleza humana del ser humano desde la concepción hasta la vejez no es un planteo metafísico o filosófico sino una evidencia experimental y científicamente probable” (Gutierrez, 1998, pág. 220)

Como bien señala Herranz, el ADN, es “La esencia de los derechos fundamentales de la persona humana y en particular el derecho a la vida constituyen un hecho que no puede ser concedido ni derogado por ningún acto o poder humano, pues estos derechos, como bien, tienen su fundamento no en un acto de la voluntad humana sino en la misma naturaleza y dignidad de la persona” (Herranz, 2002, pág. 21)

El ADN, es la garantía de identidad, en este sentido Enrique Varsi Rospigliosi, analiza que:

“la defensa del ser humano no solo debe estructurarse sobre la base de su aspecto corporal externo, sino que actualmente las biotécnicas vienen

trabajando con la esencia somático-genética del individuo, de allí que se considere que, al igual que el cuerpo, los componentes, sustancias y secuencias de ADN merecen similar protección”. (Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 16)

Esta versión reflexiona la importancia de esta prueba, la misma que es derivada como “consecuencia del desarrollo de la genómica, el derecho a la integridad viene alcanzando su verdadera dimensión: resguardar totalmente a la persona.

En la actualidad el desarrollo científico nos permite contar con herramientas de identificación de personas con un alto nivel de certeza como las pruebas de Ácido Desoxirribonucleico (ADN), instrumento que es de inmensa utilidad en Derecho al momento de fijar las relaciones de paternidad guardando la identidad de la paternidad biológica con el vínculo jurídico de filiación, precautelando de este modo el interés superior de la niña o niño a poseer una identidad que corresponda a la realidad biológica.

En el derecho a conocer la identidad genética se emplaza el derecho a que se indague científicamente el origen de la huella genética de una persona a fin de afirmar la maternidad o paternidad y determinar la correspondiente relación filial en correspondencia con la realidad biológica respecto a sus progenitores.

La fidedigna determinación de la verdad biológica respecto al vínculo filial es un elemento fundamental dentro de cualquier sistema jurídico por cuanto la carencia de certidumbre en cuanto al vínculo biológico parental implica consecuencias de relevancia, mismas que han sido subsanadas mediante la aplicación de lo relativo a la presunción de paternidad con un inferior nivel de certeza científica en relación con las pruebas biológicas que otorgan certeza respecto a la identidad de la niña o niño, problema que se torna evidente de modo particular en el caso de filiaciones extramatrimoniales o el concubinato.

La utilización de este tipo de tecnologías al momento de fijar las relaciones paterno-filiales conlleva el análisis de la limitación de ciertos derechos fundamentales que el sujeto pasivo sobre el cual se realizará dicho examen ostenta, con especial énfasis en el derecho a la intimidad, por cuanto en el caso de que los resultados de dicho examen fueren mal utilizados se podría eventualmente ocasionar una afectación derivada de la información obtenida de su mapa genético. Ante esta contraposición de derechos es preciso tener presente el interés superior de la niña o niño de conocer sus orígenes biológicos, y de este modo hacer posible determinar las responsabilidades derivadas de la filiación sobre el presunto padre.

La utilidad de la prueba biológica como medio probatorio idóneo para acreditar el nexo filial da cuenta de la dinámica evolución de la ciencia jurídica en relación con los avances científicos. Este punto invita a reflexionar respecto a alcanzar un equilibrio entre una adecuada indagación del origen del niño con el apropiado respeto de los derechos que podrían considerarse afectados para el pretendido padre en su calidad de sujeto pasivo de la prueba.

Sin embargo es oportuno velar por un adecuado conocimiento de los operadores jurídicos y juzgadores respecto a la diversidad de pruebas del vínculo filial, con particular atención al carácter concluyente de sus resultados, así como los problemas y consecuencias inherentes de la práctica de estos medios probatorios relativos a la determinación de adecuados procedimientos para la recopilación y preservación de las muestras de material genético.

La creación de laboratorios especializados altamente calificados sometidos a altos estándares técnicos y rigurosas exigencias técnicas y la certeza respecto al destino final de la información obtenida con la práctica de este tipo de herramientas probatorias para que no se constituya un atentado al derecho a la intimidad del pretendido padre en su condición de sujeto pasivo de la prueba en la práctica de las pruebas biológicas, en la investigación de la verdad biológica filial.

La ley permite dar atención al resultado de las pruebas de ADN, en el Art. 10 del Código de la Niñez y Adolescencia:

“si el resultado del examen de ADN, se presenta en forma positiva, será el Juez o la Jueza, quienes serán las personas que declararán la filiación, determinado la correspondiente paternidad o maternidad, y dispondrán mediante una Resolución la inscripción de la identidad en el Registro Civil. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 8)

Su historia data en la década de los 40, siguiendo el experimento de Griffith, Avery, MacLeod y McCarty, quienes lograron identificar de forma definitiva al ácido desoxirribonucleico (ADN) como el «principio transformante» responsable de la transmisión de la información genética (Desmond & Moore, 1994, pág. 116)

En el año de 1953, Francis Crick y James Watson publicaron su famoso trabajo sobre la estructura del ADN, basado en la investigación de Rosalind Franklin y Maurice Wilkins. Estos desarrollos iniciaron la era de la biología molecular y transformaron el entendimiento de la evolución en un proceso molecular.

A mediados de la década de los 70, Motoo Kimura, formuló la teoría neutralista de la evolución molecular, estableciendo de manera firme la importancia de la deriva génica como el principal mecanismo de la evolución. Hasta la fecha continúan los debates en esta área de investigación.

El Centro de Estudios de Investigaciones Genéticas, determina su utilización

“La utilización del ADN para realizar análisis en el ámbito de la administración de Justicia ha adquirido, en pocos años, una importancia primordial en algunos procesos civiles (demandas de paternidad) y penales, en concreto en aquellos hechos delictivos que pueden dejar vestigios biológicos del autor sobre la víctima, el lugar o los instrumentos

del delito, así como de la víctima, sobre el autor o sus pertenencias (delitos violentos, como el homicidio, o contra la libertad sexual de las personas); pero también es un elemento particularmente útil para la identificación de cadáveres (desastres o accidentes). Por tal motivo, ha ido incorporándose firmemente en la práctica forense, dando lugar incluso a una especialidad dentro de la medicina forense: La Genética Forense” (ANIGEN, 2014)

El derecho a conocer la verdad biológica se torna trascendental porque forma parte de los principios constitucionales y legales, el derecho a conocer su origen el mismo que permite la identidad del ser humano, en este contenido se reviste su importancia, de acuerdo al Art. 20 del Código de la Niñez.

Art. 20.- Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

En la búsqueda de la verdad biológica el Genetista Aníbal acota que la filiación se hizo evidente desde la época del derecho romano en las primeras décadas del siglo XX, hasta esa fecha muy poco se había modificado, sin embargo al final del pasado milenio de la era cristiana, las cosas cambiaron de una manera fundamental y aún todavía se están perfilando cambios relevantes en esta materia.

Sin embargo, las ciencias biológicas han avanzado extraordinariamente y hoy puede probarse con seguridad indiscutible la paternidad y maternidad, en cuanto a la duración aproximada de la gestación, la época de la concepción, y determinar la época en que no pudo tener lugar, y otros aspectos que identifiquen la filiación, de tal manera que el derecho no puede ignorar tales conquistas, ni vivir de espaldas a la realidad científica del momento, empero la ciencia jurídica también debe avanzar para entender y controlar los efectos sociales de los actuales progresos científicos.

Soto, indica que la esencia original de la filiación es el vínculo biológico, que permite identificarnos.

“a través de él nos identificamos, con nuestros descendientes por que, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan a la parentalidad natural, tienen esa indudable trascendencia a que ya nos habíamos referido al hablar del significado psicosocial de la esterilidad humana.

Es por eso que el legislador, al fijar las precauciones que conducen al vínculo paterno-filial, o al reglamentar su investigación e impugnación, hace constantes referencia a fenómenos que suponen una identificación entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno”. (Soto, 1990, pág. 47)

Para Francisco Rivero, con este nuevo sistema de filiación, advierte el derecho a conocer su origen en este sentido:

“se abre un camino hacia la búsqueda por la verdad, el interés por la verdadera paternidad biológica, al permitir el ofrecimiento de pruebas científicas, que sin desconocer valores e intereses tales como tranquilidad y paz de las familias, honor, escándalos, preocupa esencialmente el que la paternidad legal, o judicialmente declarada, coincida con la verdadera”, que permitirán ser estudiadas e incluidas en otras legislaciones. (Rivero Hernandez, 2009, pág. 74)

En el ámbito judicial, Rivero Hernández precisa “reduce la relación jurídica exclusivamente a filiación biológica, ni trata de mantener a toda costa la presunción, que significaba la consagración de una paternidad ficticia”, de igual forma se puede indagar la paternidad y la maternidad y ahora, se pueden también probar por cualquier avance científico, lo que postula un principio de verdad biológica. (Rivero Hernandez, 2009, pág. 28)

Sin embargo, este principio no es absoluto porque cede como por ejemplo en casos de adopción, en limitaciones establecidas en el reconocimiento, en las presunciones, en la fecundación por medios artificiales, en la posesión de estado, en el que la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo decisiva la voluntad de tener al hijo como tal.

Hay que enfatizar, que la filiación no es sólo un lazo de sangre, sino un vínculo jurídico, con un enorme componente afectivo, cultural, sociológico, donde la voluntad de querer tener a un ser como miembro de su familia, cobra importancia primordial para el derecho familiar, como decíamos antes, tal es el caso de la adopción, de la procreación asistida, entre otras. Lo que nos lleva a afirmar, que la verdad biológica no alcanza a tener categoría de imperativo, absoluto ni unívoco.

El derecho a conocer el origen, se le atribuye a México como el país muy reservado a los cambios, sin embargo poco a poco en las distintas entidades legislativas se han incorporado reformas en la materia, las mismas que se han adecuando a sus legislaciones, en lo que respecta a las innovaciones actuales de la filiación.

Estos cambios ya constan en la Legislación Mexicana que evidencia la inclusión de nuevas reformas y otras que se han derogado en las leyes, de igual forma también se han adicionado diversas disposiciones al Código Civil; en las que se destacan disposiciones sobre el derecho de filiación.

No hay duda, que las modificaciones al derecho de filiación en el Distrito Federal Mexicano, son de las más novedosas en la actualidad, sobre todo aquellas disposiciones relacionadas con las innovaciones científicas, tanto en materia de las pruebas de filiación, como de la atribución de la paternidad y maternidad porque ellos utilizan técnicas de reproducción asistida, con

tecnología de punta, que permite realizar un análisis de esos ámbitos que actualizan dicha institución y le dan nuevos matices a la filiación.

2.2.3 Principio de la verdad socioafectiva

Determina el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad socioafectiva en una especie de adopción de hecho y el símbolo máximo de una relación social paterno - filial.

En el entorno familiar, la estabilidad, permanencia y ostensibilidad es la forma natural del relacionamiento de sus integrantes lo cual genera un estado de familia sustentado en una identidad familiar:

“La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El principio socio afectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo principio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana” (Varsi Rospogliosi, 2012, pág. 114)

Albuquerque Júnior, la socioafectividad es un paradigma en estos términos versa su criterio:

“Ese paradigma del biologismo pasó a ser contestado a partir del momento en que la doctrina volvió los ojos para a la existencia de otro fundamento para la filiación, verdaderamente de orden cultural y desde

siempre radicalmente presente en la adopción: la socioafectividad" (Albuquerque Junior, 2010, pág. 361)

La socioafectividad se rige por el principio del mejor interés del niño y del adolescente, en este sentido Calmon Nogueira da Gama indica que no se trata de simple recomendación ética, sino de una directriz determinante que representa importante cambio en las relaciones, pues el hijo deja de ser considerado objeto para ser alzado a sujeto de derecho. (Nogueira da Gama, 2011, pág. 57)

De acuerdo a la versión de Varsi Rospigliosi, existen dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica se distinguen de la siguiente manera:

“estas dos formas de paternidad, la socio afectiva y la biológica no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos de tal manera que la:

primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y, la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él, por lo que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva” (Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 78)

Gil a su vez trata la verdad biológica aduciendo:

“La verdad biológica es un importante principio en la determinación de la filiación, verdad de origen no cesa con el transcurso del tiempo, se confirma la idea de entender a la identidad como un camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo el primer eslabón de esta cadena la verdad biológica. Este primer cimiento es trascendente para la proyección social de toda persona. En este sentido, se inclina por pensar que, en atención al tiempo transcurrido, el Ser ha padecido sufrimientos morales y psíquicos en el desarrollo de su vida” (Gil, 2006, pág. 62)

Igualmente, la biológica y sin temores, lo sostiene Aída Kemelmajer de Carlucci, dice que “La respuesta exige distinguir entre derecho a tener vínculo jurídico y derecho a conocer los orígenes”, no estando este último en juego, ya que debería ser satisfecho siempre, de manera voluntaria por parte de los adultos involucrados, o en su caso, por vía judicial. (De Carlucci Kemelmajer, 2012, pág. 11)

El derecho a conocer los orígenes en materia de procreación asistida se plasma en el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad regulados en la Constitución de 2008:

“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. Cuando algún 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” (De Carlucci Kemelmajer, 2012, pág. 15)

En el sistema filial, el elemento volitivo adquiere mayor envergadura que el componente genético en el campo de la procreación asistida, desde la “procreación asistida lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico, observándose hoy tres principios diferenciados: el genético, el biológico y el voluntario, siendo en éste último caso el requisito determinante de la filiación”. (De Carlucci Kemelmajer, 2012, pág. 17), así mismo este principio lo contempla el tratadista Corral en estos términos:

“la verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la

regulación de la familia: verita libera nos” (la verdad nos hará libres).
(Corral Talciani, 2012, pág. 190)

Lo concluye Luis Paulo Lobo, que señala a la familia como el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración en el entorno familiar, que permite que el ser humano tenga estabilidad, permanencia y ostensibilidad es la forma natural del relacionamiento de sus integrantes lo cual genera un estado de familia sustentado en una identidad familiar. (Lóbo, 2010, pág. 66)

De tal manera que sentirse y ser tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse, de una paternidad que se vive y se siente, esta es conocida modernamente como la paternidad socio afectiva que, por más que se contradiga con la biológica debe prevalecer al estar amparada en el máximo componente de la vida social del ser humano, el afecto e interrelacionamiento, la consideración de la socio afectividad como categoría jurídica y la consecuente pluralidad de verdades reales de la filiación y de las entidades familiares ha marcado la evolución del Derecho de las Familias modernas

El principio de la socioafectividad es aquella acción que se caracteriza por la voluntad, de parte de quien adopta ser padre, de tener un hijo, de esta manera establece un vínculo de parentesco con el adoptado, y, como la adopción es irrevocable, también es irrevocable la filiación:

“La verdad socio afectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El principio socio afectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo principio para establecer la existencia del vínculo parental. Se

funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona” (Serejo Sousa, 2005, pág. 510)

Establecida constitucionalmente la familia afectiva, “no hay motivo para que los juristas biólogos opongan resistencia a la filiación socioafectiva. Al fin y al cabo, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético” (Belmiro, 2011, pág. 504)

La posesión de estado de filiación, consolidada en el tiempo, no puede ser contradicha por una investigación de la paternidad fundada en la prueba genética en razón que más valen las vivencias que los resultados biológicos. Si bien los primeros se van (re)componiendo, los segundos son inalterables pero no trascienden en la vida del hombre, solo afectan su genealogía al identificar su perfil genético respecto de otro lo cual no genera una relación de familia sino, simplemente, una relación genética.

La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético.

La delimitación de la verdad socio afectiva tiene su origen en la evolución de las relaciones paterno-filiales, estudiadas desde su aspecto biológico, en razón a su legalidad poco o nada determinan nuestros cuerpos legales en este sentido hago un análisis interpretativo, que identifica la delimitación de la verdad socio afectiva en nuestro país.

“La delimitación de la verdad socio afectiva, “implica no solo aspectos afectivos sino también jurídicos, psicológicos y sociales, máxime cuando en estos casos se arbitra sobre elementos concernientes al desarrollo psico-social y afectivo de un niño, niña o adolescente, actor clave en el devenir futuro de éste y en el fortalecimiento del tejido social,

principalmente cuando desde tiempo atrás y producto de múltiples estudios e investigaciones, se ha resaltado como precedente fundamental del comportamiento disocial, la descomposición familiar y la usencia de lazos afectivos sólidos". (Carmargo, 2014, pág. 88)

Los datos personales referentes a la vida afectiva y familiar son aquellos que se originan del carácter social del ser humano, es decir, de la interrelación e interacción entre dos o más personas. Estos datos representan la materialidad de los diversos vínculos que allende la vida de las personas van creando, fomentando o diseñando, como son los lazos familiares y sentimentales, o aquellos basados en el respeto, amistad o amor.

Esta clase de dato personal se distingue de los dos tipos antes enunciados por su origen, ya que los datos concernientes al origen étnico o racial, o referentes a las características físicas, morales o emocionales se originan del propio ser humano, mientras que la fuente de los datos relativos a la vida afectiva y familiar no se sitúa en el propio hombre, sino en sus vínculos con sus semejantes.

El dato personal representa la materialidad del ámbito íntimo del ser humano, aun cuando su origen derive del carácter social del hombre, ya que los vínculos o lazos sociales se sustentan o se integran por elementos reflejos de la intimidad, como son los sentimientos, emociones o sensaciones. Motivo por el cual, los datos relativos a la vida afectiva y familiar tienen como finalidad última la protección de la intimidad de las personas

La verdadera importancia se reviste cuanto se reconoce el valor de las dimensiones socio afectivas y éticas, las mismas que nacen de las relaciones sexuales, la familia y el matrimonio, elementos que forman la sociedad conyugal.

Al hablar de la verdad socio afectiva, hacemos referencia inmediatamente a la familia y a la sociedad, especialmente en lo que respecta a su importancia se lo mira desde la incidencia de la socialización de los niños, niñas, ya que representan un grupo prioritario, se lo puede indicar que en sus primeros años de vida solo son representados como un ser físico que solamente necesitan cuidado, alimentación, vestido, atención médica.

De esta manera, en nuestra sociedad se ha evidenciado que existe un descuido en el área socio afectiva. En tal sentido se requiere que coexista la participación de los padres o de las personas que están a cargo de los niños y niñas, pues ellos deben ser los primeros en generar vínculos afectivos que le permitan la identidad y la noción de “estabilidad, permanencia y ostensibilidad que permite que todo ser humano tenga el derecho de sentirse y ser tratado como un ser humano. (Verdera Server, Derecho Civil Valenciano, 2010, pág. 58)

La finalidad del derecho de toda persona a accionar un proceso tendiente a establecer el vínculo filial se torna evidente cuando su objetivo es fijar una correspondencia entre la verdad biológica y el vínculo jurídico de filiación si existiere, con respecto a sus progenitores cuyo fin último es indagar el entronque sanguíneo entre la persona y sus progenitores estableciendo de modo adecuado el vínculo jurídico filial entre hijos y padres.

El Código de la Niñez y Adolescencia, contempla la disposición del Art. 36 que establece las normas para la identificación, la misma consiste, en la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento.

De esta manera en el mismo documento debe constar la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida, u solo en casos de inscripción tardía se deberá registrar en la ficha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente.

Y, cuando se desconoce la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevaba los apellidos del progenitor que lo inscribirá, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor.

En el caso de desconocer la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente era inscrito por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país.

Esta disposición decreta igualmente que se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su opinión cuando sea posible, de esta manera la inscripción podrá ser solicitada por la persona encargada del programa de protección a cargo del niño o niña o por la Junta de Protección de Derechos. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 34)

Los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país, tienen el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma. Las autoridades del Registro Civil tienen la obligación de inscribir estos nombres sin ningún tipo de limitación u objeción. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 34)

2.3 ¿Puede la verdad socio afectiva ser igual a la verdad biológica?

De acuerdo a la versión de Varsi Rospogliosi, “estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos”. (Varsi Rospogliosi, 2012, pág. 39)

De tal manera que la “primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y, la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él, por lo que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva” y, sin temores, la biológica igualmente como lo sostiene la Dra.

Kemelmajer de Carlucci, “La respuesta exige distinguir entre derecho a tener vínculo jurídico y derecho a conocer los orígenes”, no estando este último en juego, ya que debería ser satisfecho siempre, de manera voluntaria por parte de los adultos involucrados, o en su caso, por vía judicial. (De Carlucci Kemelmajer, 2012, pág. 112)

El derecho a conocer los orígenes en materia de procreación asistida se plasma en el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad que han sido regulados por la Carta Magna.

“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. Cuando algún 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” (Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 80)

“En el sistema filial, el elemento volitivo adquiere mayor envergadura que el componente genético en el campo de la procreación asistida. Desde la procreación asistida lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico, observándose hoy tres principios diferenciados: el genético, el biológico y el voluntario, siendo en éste último caso el requisito determinante de la filiación”. (Varsi Rospigliosi, 2009, págs. 80-82)

La verdad biológica se basa en la reproducción natural humana con vínculo genético entre los padres y el niño y hasta hace pocos años imperaba la procreación mediante el coito entre el hombre y la mujer como paso previo al embarazo constituyendo presupuesto natural de la filiación que a la vez tiene efectos legales.

La verdad biológica no debe ser el principio que prevalezca en una legislación moderna. Así, nos encontramos con la firmeza de los estados civiles, el

proceso de adopción, la reproducción asistida, donde la veracidad queda en un segundo plano. Realidad que debe reconocerse en la ley, quien debe ser en principio un espejo de la realidad social, con lo que la filiación se conceptualiza con un trasfondo más social y cultural que biológico.

No obstante, muchas legislaciones como la reforma española de 1981, prefiriera la verdad biológica sobre la afectiva, confiriendo importancia en primer lugar a la prueba del ADN, y en segundo lugar a la presunción de paternidad por matrimonio por ejemplo.

2.4 Consecuencias de la preponderancia de la verdad biológica a la verdad socio afectiva:

La consecuencia de la preponderancia, se concreta siempre que el marido de la mujer otorgue su consentimiento para la realización de la técnica reproductiva se establecerá una filiación paterna legalmente no será conforme con el elemento biológico.

Pero en el caso expuesto, debe privar la filiación “legal”, ya que la limitación de facultades igualmente susceptibles de tutela constitucional como son la protección de la familia, la paternidad y otros valores que justifican la preponderancia en dichos supuesto del vínculo jurídico sobre el meramente biológico como el Art. 203 del Código Civil de Venezuela.

Al respecto Domínguez Guillén, en el Manual de Derecho de Familia, sostiene que “lo indicado es únicamente a los efectos de la filiación, ya que el acceso a la información con fines de poseer los datos necesarios para corroborar la identidad genética o conocer los orígenes, continúa teniendo un fundamento concorde con la dignidad, libertad e igualdad que fundamenta todo derecho humano, lo único que de dicha información no podrá pretenderse establecer un vínculo de filiación en estos casos restringidos, todo según los argumentos antes anunciados”. (Dominguez G. C., 2014, pág. 320)

Igual situación ocurre en el derecho español según la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que establece en el artículo 5 numeral 5, en concordancia con los artículos 3 numeral 6, y 7 numeral 3 de la Constitución Española.

“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos”, sólo en casos excepcionales expresamente determinados en la Ley, como verbigracia cuando impere peligro la vida o la salud del hijo podrá accederse a la información sobre la identidad del donante sin que la misma se publique e implique determinación legal de la filiación. Lo expuesto no es obstáculo para que los nacidos a través de dichas técnicas “por sí o por sus representantes legales” puedan “obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”. Sobre el conflicto entre anonimato y derecho a conocer los orígenes. (Señado Español, 2006, pág. 294)

La preponderancia de la verdad biológica sobre la afectiva, contrasta con el desarrollo de nuevas tecnologías como la reproducción asistida, en cuyo caso no será presunta la paternidad por el matrimonio ni demostrada por un examen de ADN, sino por la voluntariedad de aquel padre que así desea reconocerlo, sin importar si fue aquel quien aportó el elemento genético. La filiación adquiere un carácter más volitivo que biológico.

CAPÍTULO 3. ESTABLECIMIENTO JUDICIAL DE LA FILIACIÓN

El establecimiento Judicial de la Filiación tiene lugar con la realización de la prueba de ADN, requerido igualmente como prueba dentro del juicio de paternidad. La prueba de paternidad constituye una prueba irrefutable de la paternidad en coherencia con los avances tecnológicos.

La prueba para el establecimiento judicial de la Filiación, se practica mediante un examen genético, y el resultado de este examen es presentado mediante un informe pericial que por su confiabilidad se convierte en un documento definitivo, en virtud de que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, y en su conclusión es obligatoria para el juzgador de instancia.

Es preciso advertir también que esta fuerza de evidencia no lo es igual a cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, porque la prueba que se realiza es necesaria para comprobar el parentesco que existe con el supuesto padre o madre, y primeramente debe estar regido por estas características que concretan su efectividad:

“a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica, pero de ninguna manera están dotados de esta certeza los exámenes somáticos y hematológicos comparados; b) el peritaje ha de haberse actuado conforme a derecho” (Corte Nacional de Justicia, 2014, pág. 101)

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, el perito designado debe aceptar el cargo y jurar desempeñarlo fiel y legalmente. De lo contrario el informe del perito carecerá de valor al tenor de lo que dispone la normativa, en razón al mérito del perito que actúa en auxilio del juez, es quien asume la responsabilidad de lo actuado, inclusive le puede acarrear

responsabilidades en los planos civil y penal si es que no actúa con fidelidad y enmarcado dentro las disposiciones legales. (2012, pág. 132)

En el caso de inducir al juez a error; por esta razón el informe ha de obtener una ejecución terminante, absoluta, en la que se señale que la probabilidad es casi del cien por cien para ser exactos es el 99,99%, ya que de ser impreciso y dubitativo, el juez de instancia no estará obligado a atenerse, contra su convicción al juicio del perito, por lo tanto, si el juzgador de instancia ha establecido que un perito no aceptó el cargo ni juró desempeñarlo fiel y legalmente, no podrá aceptar su informe como prueba idónea al tenor de lo que dispone la legislación vigente para tal efecto. (Corte Constitucional, 2011, pág. 36)

La determinación del parentesco en base a la prueba de ADN no está determinada por el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 24, ni por la Constitución, creando una laguna legal al respecto como vía para el reconocimiento de la paternidad, y otorgándole la importancia que merece como solución a algunos de los problemas en torno a la filiación.

3.1 La investigación de paternidad y el juicio de impugnación de paternidad

La ley posibilita la investigación de la paternidad lo que se hace ante los Tribunales de Justicia, mediante una demanda de determinación de filiación, que termina por sentencia definitiva que fije la paternidad. (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. Art. 252)

La determinación de la paternidad tiene importancia para la familia, en especial para los derechos y deberes del padre con sus hijos menores de edad y viceversa. Mientras el hijo no se encuentra reconocido por regla general este no tiene la facultad de ejercer los derechos que se derivan de la paternidad.

El derecho de familia toma dos hechos fundamentales como base esencial de su desarrollo. Por una parte la unión de la pareja, y por otra la procreación que hace nacer vínculos. A estos efectos, la doctrina aporta al determinar cómo las principales clases de paternidad a las siguientes:

- a. “Hijos nacidos de matrimonio
- b. Hijos extramatrimoniales, nacidos de la unión libre de dos personas
- c. Hijos adoptivos. Esta categoría no se funda en la generación natural, sino en una situación creada por el amor y la convivencia. Cuando una persona cuida de un menor dándole trato de hijo y asumiendo todos los deberes y derechos de padre, la ley acude en ayuda de ambos y les reconoce jurídicamente ese carácter.”
(Borda G. , 2006, pág. 658)

La acción de indagación de la paternidad consiste en la acción dirigida a que la justicia declare que una persona es hija de otra considerando el hecho natural biológico que se da en toda persona al momento de ser concebida por otra, hecho que es adoptado y regulado por el ordenamiento jurídico positivo que establece la relación de derechos y obligaciones entre hijos y padres, relaciones que perduran incluso luego de la muerte.

El juicio de impugnación de paternidad es una acción que busca develar la verdad biológica con respecto a la condición de su progenitor paterno para precautelar que exista concordancia entre el vínculo jurídico filial y la identidad biológica del presunto padre con la del pretendido hijo, fundamentado en la importancia de la familia legítima como elemento institucional de la sociedad y en la trascendencia de dar inmediato emplazamiento a la niña o niño nacido durante el matrimonio.

El ordenamiento jurídico positivo y los Convenios Internacionales pretenden a toda costa mantener, preservar y defender la identidad del niño mediante la

determinación de la paternidad, indicando que la paternidad se encuentra revestida de las características como son la intransferibilidad, inviolabilidad, inmutabilidad e imprescriptibilidad.

Si una persona ha sido concebida dentro del matrimonio de sus padres, o en su defecto, dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, se establece conforme este hecho la filiación y la correspondiente relación de paternidad o maternidad. Sin embargo, si el padre, la madre, o ambos reconocen voluntariamente este hecho, o si media declaración judicial al respecto, se instituye asimismo la maternidad y paternidad derivados de la filiación.

Es pertinente resaltar que el fallo mediante el cual se realiza la declaración respecto al vínculo filial, en relación a los progenitores de una persona, se encuentra revestido de validez de carácter general siempre que dicho fallo se haya pronunciado con legítimo contradictor, o se haya pasado en autoridad de cosa juzgada y que no haya acontecido colusión en el juicio, es decir que su validez no es sólo respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que causan dicha maternidad o paternidad. Vale resaltar que la prueba de colusión, en este tipo de juicio, no es admisible sino dentro de los cinco años subsiguientes a la sentencia.

Respecto al legítimo contradictor en el juicio de paternidad, el Código de Procedimiento Civil establece en su artículo 720 que se trata del padre en la acción emprendida en contra del hijo, o el hijo contra el padre; sin embargo respecto al juicio de maternidad el legítimo contradictor es la madre contra el hijo, o el hijo contra la madre. El padre o la madre, en virtud de si el juicio se trata de la paternidad o maternidad, debe intervenir en él, so pena de nulidad.

En este punto, considerando la versión de Rospigliosi, “quien se presenta como verdadero padre o madre del que es reputado por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce, no podrá oponerse

prescripción ni sentencia pronunciada en juicio seguido entre otras personas” (Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 114)

Dentro del juicio opera la presunción de que el hijo es de quien la mujer señale durante el juicio si se deduce de la regla presunta de que el niño nació después de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, existiendo los elementos reales de la concepción de la mujer embarazada y que relacionan al padre del hijo.

Si el juez ha comprobado y declarado judicialmente que el padre que ha realizado la impugnación de paternidad hecha por el hombre negando al hijo no es padre en este caso, tendrá el marido u a quien se le imputaba la paternidad o un tercero reclamante el derecho de requerir indemnización de todo perjuicio que la pretendida paternidad les haya causado.

No podrá oponerse sentencia pronunciada ni prescripción en juicio promovido entre otras personas a quién se presenta como verdadero hijo de la madre o padre que le desconoce, o como verdadera madre o padre del que es reputado hijo por otros.

Ahora gracias al examen de ADN, que en los últimos tiempos se ha vuelto una prueba implacable, se llega a tener ya una certeza de la filiación, empero cuando no había esta prueba se llegaba solamente a una verdad jurídica, ahora se obtiene una verdad biológica, cabe destacar que este examen no es voluntario este llega a través solo de una orden judicial, que en estos casos lo termina pagando el que pierde el proceso.

Así lo determina la norma vigente en la materia, de tal forma que según los expertos en genética, advierten sobre los peligros que implican el manejo de esta información primeramente por la parte afectiva y por otro lado está el temor a represarías.

3.2. Carácter delicado del juicio

Éste es uno de los juicios más delicados, porque en estos juicios se puede palpar el dolor, la mentira, el odio, la soledad, el amor revelando la tremenda inequidad que puede ocultar el orgullo humano; y esto por la naturaleza especialísima del juicio, que se orienta a consolidar el Derecho a la identidad del niño a tener un apellido y fundamentalmente el derecho de reclamar a su progenitor las obligaciones de proveer una formación moral, educación y los medios necesarios de subsistencia que trae consigo la declaración judicial de paternidad. (Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico. Academia de la Lengua Española, 2010, pág. 360)

El aspecto más relevante a tener en cuenta dentro de un juicio de impugnación de paternidad es el derecho a la identidad de la niña o niño, que constituye la prueba de la existencia de un individuo que forma parte de una sociedad, característica que lo diferencia de las demás personas; de modo particular, todas las niñas y niños tienen derecho a una nacionalidad, un nombre, un apellido y a conocer la identidad de su padre y madre biológicos.

Del mismo modo se garantiza el derecho a la identificación y a la identidad mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, sencillos y gratuitos para la obtención de los documentos de identidad, observando que el derecho de identificación de las niñas y niños ha sido honrado al haber sido inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan, debiendo prevalecer la realidad biológica frente a cualquier otra consideración formal o social

El padre y la madre tienen la obligación de informar el nombre, el apellido, la fecha y lugar de nacimiento de la niña o niño, debiendo ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, lo que implica el inmediato reconocimiento por parte del Estado de la existencia de la niña o niño mediante la formalización de su nacimiento en el derecho positivo.

La importancia del elemento de la identidad dentro del juicio de impugnación de la paternidad radica además en el derecho de la niña o niño a adquirir una nacionalidad, con especial énfasis en la nacionalidad originaria o de sangre que implica que la nacionalidad de los padres del niño será la nacionalidad del niño desde el momento de su nacimiento.

La nacionalidad como elemento de la identidad se encuentra revestida de especial importancia por cuanto constituye la pertenencia de una persona a un Estado estableciendo la calidad de una persona en razón del nexo jurídico y político que la une a la población constitutiva de dicha nación.

De ello se desprende la importancia de inscribir de modo inmediato a las niñas o niños no es una mera formalidad legal, caso contrario no existe constancia legal de su existencia enfrentándolos a condiciones, provocando que por su condición de menores invisibles a ojos de la sociedad la transgresión de sus derechos pase desapercibida sin igualdad de oportunidades de desarrollarse, avanzar, integrarse o realizarse como individuos con el resto de la sociedad.

La identidad posibilita en cierta medida que los niños y adolescentes gocen de la protección legal por parte del estado y de sus padres en cuanto a las diversas formas de maltrato y explotación. Resulta un importante elemento a ser considerado en la planificación del estado en beneficio de la infancia, del mismo modo los constituye beneficiarios del sistema de protección de menores. Inclusive en el ámbito penal se aprovechan los delincuentes infantiles de un modelo penal adaptado y ejecutado conforme a las características particulares de este grupo como son la edad, el grado de madurez emocional del niño y la capacidad de discernimiento, de este modo se requiere que las leyes velen por la equidad y proporcionalidad de las penas conforme a su condición particular de niña, niño o adolescente.

Es importante tener presente que en 1948 cuando en París se emitió la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se reconoció a todas las niñas y niños igual derecho a la protección social sin importar cual fuera su

origen. En ese sentido es preciso resaltar lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, al momento de establecer que la ley debe reconocer tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, como a los nacidos dentro de él con iguales derechos sin discriminación alguna.

Al momento de analizar el impacto del derecho a la identidad en el juicio de impugnación de paternidad es preciso no perder de vista el interés superior del niño, entendido este como un principio que impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; garantizando de este modo su cumplimiento.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la Ley que prevalece sobre el de diversidad étnica y cultural, asimismo vale considerar que nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión de la niña, niño o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Es preciso considerar la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niñas, niños y adolescentes en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías, esto a fin de apreciar su interés superior y sin perder de vista el perjuicio moral futuro en la niña o niño que llevará siempre la impresión de la actitud paterna reticente en la memoria de su vida.

De esta manera el artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia garantiza a las niñas, niños y adolescentes el derecho a la identidad y sus elementos constitutivos, especialmente la nacionalidad, el nombre y subraya con especial énfasis sus relaciones de familia. De este modo constituye obligación del Estado sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de

este derecho para garantizar la preservación de la identidad de las niñas, niños y adolescentes. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, pág. 29)

La fidedigna determinación de la verdad biológica respecto al vínculo filial es un elemento fundamental dentro de cualquier sistema jurídico por cuanto la carencia de certidumbre en cuanto al vínculo biológico parental implica consecuencias de relevancia, mismas que han sido subsanadas mediante la aplicación de lo relativo a la presunción de paternidad con un inferior nivel de certeza científica en relación con las pruebas biológicas que otorgan mayor certeza respecto a la identidad de la niña o niño, problema que se torna evidente de modo particular en el caso de filiaciones extramatrimoniales o el concubinato.

3.3. Quién puede presentar la demanda

En el caso de que la impugnación trate sobre la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio la demanda deberá ser interpuesta por el marido, sus herederos o toda persona que se considere perjudicada por la pretendida paternidad, dentro de los sesenta días contados desde aquel en que se tuvo conocimiento del parto, salvo el caso en el que el marido hubiere reconocido al hijo como suyo en testamento o mediante otro instrumento público, caso en el cual cesará dicho derecho.

En el caso de que el marido muera antes de vencido el término planteado la demanda de impugnación de paternidad podrá ser presentada, en los mismos términos, por sus herederos y en general toda persona que considere se le ocasione un perjuicio actual en relación a la pretendida paternidad del hijo. De darse el caso en el cual el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en testamento o mediante otro instrumento público no existirá derecho de presentar la demanda de impugnación de Paternidad.

Una vez expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio y a petición de cualquier persona que mantenga interés actual en

ello el juez declarará que el hijo nacido después de este término no tiene por padre al marido de la madre de dicho hijo.

Este término correrá también para el marido que se encontraba en completa imposibilidad física de tener acceso a la mujer desde antes de la finalización del matrimonio desde la fecha en que empezó dicha imposibilidad. Esta regla es aplicable del mismo modo en el caso de la separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio.

Es importante tener presente que los efectos del fallo pronunciado en favor o en contra de cualquiera de los herederos que representan al legítimo contradictor que ha fallecido antes de la sentencia, beneficia o desfavorece a los demás.

3.4. Prescripción de la acción de paternidad.

La condición de imprescriptibilidad de la acción de paternidad se encuentra en íntima relación con la protección del derecho de toda persona a tener certeza respecto a su identidad personal y la concordancia que debe existir con la realidad genética de los vínculos filiales de una persona respecto a sus progenitores. (Corte Constitucional, 2007)

La naturaleza del derecho a iniciar procesos jurisdiccionales que persiguen el esclarecimiento de la concordancia del nexo jurídico filial con la verdad biológica de la identidad de la persona conlleva al individuo a efectuar acciones de cuidadosa evaluación y reflexión ya que resulta sustancial para la persona la discusión y determinación del entronque familiar que le corresponde en cualquier momento en que surja la consideración de que sus derechos derivados de la adecuada determinación de sus nexos filiales están siendo conculcados.

El carácter estrictamente personal del derecho a que un individuo conozca de modo cierto la verdad biológica de su realidad filiatoria no hace posible que

dicho derecho se encuentre limitado por factores externos al interés superior del individuo a fin de indagar adecuadamente para esclarecer y determinar con claridad científica las relaciones filiales con sus progenitores, y mucho menos acepta discriminación alguna de distinta índole, como la determinación de la edad o tiempo fijado para que opere la prescripción de la acción, a efectos de precautelar el derecho de toda persona a la identidad comprendida en un sentido amplio.

La clara determinación de la paternidad se constituye en un “elemento básico para que toda persona logre su pleno desarrollo en la sociedad partiendo de la adecuada individualización de la persona como mecanismo necesario para diferenciarse del resto de la sociedad”.

La garantía correspondiente a que en cualquier tiempo se pueda accionar a efectos de develar la realidad biológica de la vinculación filial respecto a sus propios progenitores o su presunta descendencia no admite consideración alguna relativo al impedimento de iniciar una acción a fin de indagar la evidencia biológica tendiente a esclarecer los vínculos filiales en razón del tiempo de prescripción, una consideración en contrario implicaría una franca vulneración al derecho a la identidad y los derivados de la personalidad.

El interés legítimo de toda persona la faculta para iniciar en cualquier tiempo las acciones tendientes a indagar y determinar la verdad biológica con relación al nexo jurídico establecido por la filiación, considerada esta facultad de accionar la indagación de la realidad científica de su parentesco biológico a fin de determinar con precisión el nexo filial como un derecho inherente a la persona en cualquier momento de su existencia, derecho que preserva y orienta el legítimo interés de la persona por descubrir los orígenes de sus nexos filiales con sus progenitores a través de los instrumentos jurisdiccionales adecuados.

El artículo 257 del Código Civil prevé la prescripción y extinción de la acción de paternidad: “Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no

prescriben sino por el transcurso de diez (10) años; que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo” (2008, pág. Art. 257) dicho artículo es lesivo al derecho de identidad, pues el hijo solo puede exigir a su progenitor solo hasta 10 años después de haber cumplido los 18. El vínculo familiar no puede estar supeditado a términos de prescripción, en cuanto son derechos vinculados a la esencia natural del ser humano. Si el derecho a la inconstitucionalidad es imprescriptible según la propia Constitución ¿cómo es posible entonces que prescriba la acción para exigir la paternidad?

CAPÍTULO 4. BÚSQUEDA DE LA VERDAD EN LA FILIACIÓN Y LA FORMACIÓN DE IDENTIDAD

La verdad biológica otorga principios fundamentales en la determinación del vínculo filial, lo contempla el ordenamiento constitucional español, sus disposiciones tendientes a resolver el principio de la verdad biológica, la misma que debe ser conciliada frente a la verdad social justificando así su alcance en la determinación de la identidad. (Constitución Española, 1998, pág. 36)

Art 94. “en la medida de lo posible, hacer coincidir la filiación jurídica con el hecho biológico de la procreación. Junto a la verdad biológica, la Constitución de 1978 recoge otros principios a los que otorga un papel fundamental en la determinación del vínculo filial: el favor filii o beneficio del hijo, la protección de la familia y la seguridad jurídica, que integran la verdad social” (Constitución Española, 1998, pág. 36)

4.1. Casos de conflicto entre principios informativos de la filiación y su impacto en la determinación de la identidad

Los casos de conflicto entre principios informativos de la filiación, en nuestro país están regidos por el derecho al debido proceso que dicta la Constitución de la República y los cuerpos legales en materia civil, penal y niñez, y por principios relacionados a la identidad y filiación, como un derecho que permite la legitimidad de la identidad, y la filiación con inmediación, derechos que se los puede promover y exigir de forma individual o colectiva los fines en casos de conflicto, las mismas que serán expuestos ante las autoridades competentes, y ellos garantizarán su cumplimiento, pues ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos, ni de las garantías constitucionales, cuya interpretación deberá favorecer su efectiva vigencia, ya

que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Los casos de impugnación de paternidad que se presentan en la Corte Nacional de Justicia, representan la filiación como la determinación de la verdad biológica, pese que son muchos casos que no configuran una cuestión privada por parte de los demandados; aquí se encuentra en juego el derecho esencial e intransferible del supuesto hijo a conocer su origen biológico.

Con respecto a los principios informativos de la filiación y su influencia en la identidad expongo un caso en el que se configura pruebas de la filiación su fallo es sobre los hecho alegados por las partes, que consta con el expediente No. 371-296 Segunda Sala R.O 74 de 22 de noviembre del 2003.

"VISTOS: Para resolver sobre el recurso de casación, que de la sentencia expedida por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Ambato, dentro del juicio ordinario de investigación judicial de paternidad, seguido por Teresa Iñiguez por los derechos que representa de su hijo el menor Luis García contra Segundo García, y que ha interpuesto el demandado, se considera:
PRIMERA.- Conforme a lo dispuesto en el Art. 277 del Código de Procedimiento Civil y a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia constante en los fallos, entre otros publicados en las Gacetas Judiciales Series.

Según el Juicio Ordinario de Investigacion Judicial de Paternidad (2003, págs. 522-634) VI No. 13, VII No. 6,; y IX No. 5, la sentencia debe decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis, esto es, los que fueron materia de la demanda y de la contestación. La negativa de los fundamentos de la demanda, como expresa el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera en sus Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, T. III, (2000, pág. 558), no conlleva excepción alguna "de aquellas que deben fundarse en hechos positivos diversos de los

que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deben ser clara e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos controvertidos, y servirle de fundamento a su defensa” Por consiguiente, habiendo el demandado, en la contestación a la demanda, limitándose, única y exclusivamente, a negar los fundamentos de la demanda, no podía exigir que los tribunales de primera y segunda instancia, en las sentencias expedidas, se pronunciaran sobre excepciones no opuestas expresamente. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 522)

Reconocimiento falso de identidad en República Dominicana:

El Tribunal Superior de Tierras de la República Dominicana, estimó que el reconocimiento del niño por la señora Carmen Almeida era falso, lo despojaba de su estado de hijo natural de la señora Ángela González y despoja de sus derechos a los herederos legítimos de dicha finada, que son sus padres y sus hermanos. Se casa la sentencia porque cuando se “rectificó” el acta de nacimiento para cambiar el nombre de la madre, no se oyó a la señora Ángela González cuya audición resultaba determinante para establecer cuál de las dos mujeres era la madre del recurrente. (Reconocimiento Falso, 1939, pág. 121)

4.2. La valorización de los principios de la socioafectividad dentro de los juicios de paternidad.

Este principio de valoración “se declara cuando en un juicio de paternidad falta la voluntad expresa del demandado, reconociéndose exclusivamente la verdad biológica, aunque no coincida con la socioafectiva”, así lo define (Mizrahi, 2004, pág. 1198)

En el fondo la relaciones humanas representan un elemento que no puede ser desconocido al momento de fallar una paternidad, con esta corriente se manifiesta que “se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético

como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación” (Mizrahi, 2004, pág. 1198)

Este planteamiento merece una reflexión el “interés” de la identidad genética (los genes) y la identidad dinámica (la vida) de la persona, trayendo a colación la vieja pregunta: ¿Cabe colocar en la balanza la verdad biológica con la verdad sociológica?

La moderna doctrina especializada considera que el “juicio de paternidad” hoy en día es netamente pericial, en virtud de que los lazos biológicos familiares que lo sustentan son irrefutables. Merece un estudio serio y pormenorizado, en el que no pueden faltar los estudios biológicos de rigor, es dable aclarar que éste no es un juicio de peritos, sino una actuación que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica, valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor.

No obstante la negativa a la realización del examen biológico puede tener entidad suficiente a efectos de dar certeza a la paternidad disputada, prima el criterio del juez que se inclina por un criterio más moderado, declarando que si bien la negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación.

No es menos cierto que la misma se constituye en una circunstancia especial gravitante cuando se agregan otros elementos probatorios que unidos al indicio que de ella dimana, ofrecen un decisivo criterio de objetividad para la decisión judicial.

4.3 Efectos de imposición del principio de verdad biológica dentro de los casos de paternidad, lesionan el derecho de identidad.

De no producirse el reconocimiento voluntario de la paternidad, puede demandarse el asunto por vía judicial. El juez que conozca del proceso puede exigir la realización de todo tipo de pruebas o exámenes consentidas por el demandado. El Código de la Niñez en su artículo 10, inciso a), establece la presunción de paternidad para aquel que no quiera someterse a la prueba de ADN.

Cuando se trata de establecimiento de la filiación de una persona, la prueba de ADN es esencial, pero esa prueba, para tener validez dentro del proceso debe ser solicitada, ordenada y practicada dentro de la etapa de prueba.

Esto es en todos los casos sin excepción según la Corte Suprema de Justicia dispone que:

“en la administración de Justicia se debe aplicar el principio del interés superior del niño, preceptuado en el Art. 44 de la Constitución y el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y cuyas resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera de matrimonio dictadas sin la prueba de ADN, o de otras igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causarán de cosa juzgada sustancial”. (Corte Suprema de Justicia, 2013)

La imposición de la verdad biológica (ADN) dentro de los juicios de paternidad lesiona el derecho a la identidad debido a que en muchos de los casos, las resoluciones judiciales ordenan la modificación de los apellidos en correspondencia con los de la madre. Se incumple con el derecho a conocer sobre los orígenes del niño, en la búsqueda asimismo de hacer responsable a su procreado, de su nacionalidad y de todos los derechos y deberes que la ley impone.

4.4. Casos de niños originarios de técnicas de reproducción humana con donación de gametos y la discreción de la identidad de los donantes. Diferencia de la relación de filiación.

La Legislación Española, contempla como materia, la reproducción asistida, la misma que es realizada mediante técnicas avanzadas de reproducción humana asistida y tiene como máximo exponente este derecho dentro de sus leyes, quizás el texto legal más permisivo de los promulgados hasta ahora en los países del entorno cultural europeo.

La situación jurídica de la especialidad, regulación y normativa nacional y autónoma de la Ley Española, permite el acceso a la reproducción asistida por parte de mujeres solas (sin pareja) o infértiles, que lógicamente tienen que valerse de gametos procedentes de banco de donantes, para tener hijos, Asimismo, desde que en 2005 se reconociera el matrimonio homosexual en España, se acepta como usuarias de estas técnicas a las parejas de lesbianas casadas, con la consecuencia de que los hijos que obtengan a través de estas técnicas reproductivas tendrán una doble filiación materna e igualmente se registran casos de niños originarios de técnicas de reproducción humana con donación de gametos, situación que la ley consagra como principios básicos el anonimato del donante y la gratuidad de la donación, la legislación igualmente consagra discreción en la identidad de los donantes.

De igual forma, en la ley se regula la realización del denominado diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) Así, se prevé la autorización directa de esta técnica para los centros sin necesidad de solicitarla a la administración sanitaria en casos, en los que bastará simplemente con comunicar a posteriori su realización a la autoridad sanitaria correspondiente, quién se encargará de informar a su vez a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

En consecuencia, a dicho Organismo se le facultará la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptible de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos

actuales, y de igual forma con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los pre embriones no afectos para su transferencia y la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del pre embrión, así lo disponer la normativa Española.

Empero la ley Española del 2006, no cierra las puertas a otras situaciones en las que pueda efectuarse la selección de embriones mediante DGP, si bien las condiciona a la aprobación expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la citada Comisión Nacional, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso

De esta manera se incorporará también la autorización del DGP, y se lo hará extensivo con finalidad terapéutica para terceros, estableciendo que la aplicación de las técnicas de DGP, combinadas “con la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los pre embriones in vitro con fines terapéuticos para terceros, requerirá igualmente de la autorización expresa, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

En otro orden de cosas, la ley de reproducción española permite la fecundación post mortem, que consiste en una habilitación para que la viuda (o mujer pareja de hecho) pueda utilizar los gametos (o embriones) de su marido (o compañero) fallecido, durante los doce meses siguientes a su muerte, siempre y cuando aquél lo hubiera consentido por escrito.

Sin embargo, la citada norma no admite la gestación por sustitución (madres de alquiler), considerando nulo de pleno de derecho el contrato por el que se pudiera convenir la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Consecuentemente, la ley deja claro que la filiación de los hijos nacidos por

gestación de sustitución será determinada siempre por el parto, esto es, que lo serán de la madre que los haya dado a luz.

Estas previsiones legales no modifican directamente la ley de reproducción asistida, pero no cabe duda de que, en cuanto refuerzan la autonomía de los usuarios en el campo de la reproducción apelando incluso a la consideración de los aspectos socioculturales, facilitan una interpretación más flexible de la citada norma en ciertas prácticas como la congelación de ovocitos para posponer la maternidad, o la FIV compartida entre matrimonios de lesbianas, de igual forma hay que referirse también a la carencia en España de una especialidad oficial de reproducción.

La filiación y su contenido, se fundamenta y se determina básicamente bajo el libre consentimiento, para tal efecto, acuden a la aplicación de estas técnicas, asumiendo sus consecuencias legales posteriores esto es en cuanto a la identificación como son los apellidos, que persigue la identificación tanto de la madre como del padre, de igual forma en lo que se relaciona a la patria potestad, derechos alimentación, cuidados, que conlleva por ser nacidas por medio de técnicas de reproducción humana.

Ello obliga al legislador a revisar la determinación de la filiación en nuestras leyes, las mismas deben contemplarse la figura de la filiación como un derecho de los niños a su identidad y de los padres a formar una familia sin distinción alguna.

4.5 Casos de cambios de relación de filiación en la edad adulta: impacto en la identidad

Los casos registrados nos lleva a considerar que los cambios de relación de filiación en la edad adulta, produce un impacto fuerte en lo que respecta a sus derechos de identidad, y en lo que representa la filiación este hecho se ha coartado, ya que la filiación permite tener un vínculo que une al padre con la

madre, el mismo que legalmente admite ser reconocido como hijo, en ese momento se vulnera el derecho a la identidad. (Sala de lo Civil y Mercantil, 2013, pág. 14)

¿Por qué lamentablemente se dio el abandono del padre hacia el hijo, sin importar las consecuencias tanto en la parte emocional como legal? Porque se le niega a participar de los derechos que la ley otorga a los hijos. (Sala de lo Civil y Mercantil, 2013, pág. 14)

En este sentido se restringe la participación del derecho hereditario, o simplemente a exigir la parte de bienes que le corresponda por ser hijo legítimamente reconocido, sin tomar en cuenta que ante la ley todos los hijos debemos tener iguales derechos, sin embargo, es un hecho en el que se ve afectado porque no goza del derecho a tener el apellido del padre y el goce de ser reconocido como hijo. (Sala de lo Civil y Mercantil, 2013, pág. 14)

Lamentablemente, con la prescripción del tiempo para accionar el reclamo de la de identificación judicial de paternidad, la ley civil indica la improcedencia de la acción de la investigación de la paternidad, trayendo consigo como efecto el rechazo de la sociedad, por no llevar el apellido de un padre y por no tener un progenitor que le demuestre su afecto, ayuda y protección.

De igual manera la normativa civil, permite el reconocimiento de todos los hijos nacidos dentro del matrimonio como también fuera de esta institución. Señala que los hijos que nacen dentro del matrimonio se presume la filiación, en cambio sí lo requieren los concebidos fuera del vínculo matrimonial, en este caso, la acción de la investigación de la paternidad se vuelve un punto muy importante, para poder llegar a tener los mismos derechos que tiene un hijo legítimo. (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 112)

En nuestro país, la normativa civil, señala la acción de investigación de la paternidad se encuentra instituida en el Título Noveno Libro Primero del Código

Civil, desde los Arts. 252 al 260, y; en el Art. 66 numeral 28 de la Constitución vigente reconoce y garantiza el derecho a la identidad.

“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, religión...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 15)

Para tal efecto el cuerpo legal civil, Art. 252 define que “El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinados padre o madre” (Codigo Civil Ecuatoriano Tomo IV, 2008, pág. 261)

La hipótesis que se establece con lo investigado en el presente capítulo se resume que la identidad de las personas no se define estableciendo una realidad genética, si bien es cierto científicamente se puede comprobar nuestro historial genético y establecer sin duda alguna quienes son nuestros padres biológicos, esto no define nuestra identidad.

La identidad de toda persona se define en el transcurso del tiempo, empezando con el otorgamiento de nuestros nombres y apellidos, posteriormente se generará un vínculo socio afectivo, entre los padres e hijos, el cual con el transcurso de la convivencia se fortalece.

Es precisamente este vínculo socio afectivo el que logra una verdadera identidad, es decir, la identificación de una persona frente a la sociedad, se va delimitando con el correr del tiempo, nuestras relaciones sociales, nuestra familia y el vínculo que formamos con ellos, y con la sociedad ayudan a establecer la identidad de cada persona. El conjunto de rasgos característicos de la identidad se van desarrollando a través del tiempo, es decir, tanto en el

campo familiar, educativo, laboral o social, nos damos a conocer frente a la sociedad, en un principio con nuestro nombre, el cual es prioritario para una identificación inequívoca, después nuestras acciones, intereses, opiniones etc. todo esto constituye características irrenunciables de nuestra identidad.

Un examen de ADN puede determinar nuestra identidad genética, pero en bajo ningún concepto nuestra identidad personal.

CONCLUSIONES

A pesar de las diferentes dificultades presentes en la legislación ecuatoriana para hacer aplicable la figura de la fidelidad y la identidad en materia de derechos a favor de la niñez y adolescencia, se ha contemplado en esta tesis, los principios informativos para poder determinar la viabilidad de esta figura considerada como nueva en nuestro ordenamiento jurídico y muy estudiada en la doctrina internacional.

En materia Civil no han sido fácilmente adaptados los preceptos necesarios para el establecimiento de la filiación como un sistema de responsabilidad dentro de las actividades de vigilancia del Estado; y por otra parte la Legislatura ecuatoriana, no contempla disposiciones tendientes a la regulación de conductas típicas y antijurídicas relacionadas con la filiación y la identidad, esto se conduce por la falta de un solo cuerpo normativo que abarque los tratamientos relacionados con la paternidad, maternidad y parentesco de las personas.

Resulta apremiante la consideración de reformas en los trámites de las partidas de nacimiento relacionadas a omisiones formales, como impugnación de paternidad en caso de muerte del marido, lo que permite que en forma urgente sea observado por el legislador en un amplio marco legal que tutele esos derechos dentro de nuestra sociedad.

Las regulaciones existentes son aplicadas solamente en los casos considerados por el legislador de manera muy general, frente al vasto campo en el que puede desarrollar el procedimiento legal de la identidad y filiación en las entidades públicas, esta situación ha promovido a que las disposiciones dentro de las normativas sustantivas y adjetivas contemplen una gran cantidad de vacíos legales para hechos como los casos presentados en la investigación, y otros casos que se evidencia la falta de control de organismos que practican

los exámenes de ADN, siendo este examen la única prueba irrefutable utilizada por los jueces para sentenciar juicios de impugnación de paternidad.

Es imperiosa la necesidad de una especificación legal para facilitar a los jueces la toma de decisiones en sus sentencias y no afecte el derecho de identidad en los juicios de impugnación de paternidad, donde al comprobarse irrefutablemente que el demandante no es el padre biológico, sustentado por la prueba biológica de ADN, no se niegue automáticamente la identidad por los jueces, ordenando que se cambie el apellido del menor, por los apellidos maternos, lo que incurre evidentemente en un problema social y además afectando la parte psíquica y emocional de las personas víctimas de estos procesos, se les niega conservar su apellido debidamente registrados y libremente escogidos, elemento fundamental para la conservación de las características de identidad tanto material como inmaterial como reza la carta constitucional.

Así mismo, se pudo comprobar que ante la comisión de un acto de impugnación de paternidad dentro de la Administración Judicial, este se convierte en un proceso muy largo y engorroso, claramente se ve afectado el bien jurídico de la identidad, la falta de eficacia de la normativa legal se refleja al momento de establecer la realidad biológica de la persona, la identidad filiatoria o genética y lo que comprende los caracteres físicos, generando un estado de incertidumbre y malestar con respecto a la identidad.

La problemática se hace presente en base a los sendos juicios que se contemplan en los juzgados de lo Civil de Pichincha, se reviste la necesidad de que se instauren cursos de actualización, formación, preparación e indagación a los funcionarios que ejercen en control de los casos de impugnación de paternidad, se evidenció que no se tutela el derecho a la identidad dentro de dichos juicios.

La escasa investigación de los Jueces de la Familia, específicamente en temas relacionados a la protección de los derechos fundamentales de las personas como es la identidad, pudo dar a conocer que existe una verdadera afectación a este derecho. Es necesario que se ahonde, consulte, investigue o revise doctrina y jurisprudencia extranjera, para de esta forma estar al tanto de las nuevas corrientes y principios que se podrían aplicar para lograr una verdadera administración de justicia, donde no se vulneren derechos tan relevantes como el derecho a la identidad.

Si el procedimiento Civil ampliara sus fronteras para la ejecución de una figura jurídica necesaria respecto a la filiación y la identidad, en la actualidad se podría evitar tanta vulneración a la identidad de las personas dentro de los juicios de impugnación de paternidad, por esto es indispensable presentar propuestas serias revestidas de la motivación jurídica y social necesaria para la adecuación del Ordenamiento ecuatoriano en mira de convertir nuestra cultura e identidad en un país garantista de la seguridad jurídica y la convivencia pacífica.

Para este efecto, en consideración a la propuesta de incluir un precedente estos hechos fueron recogidos en las encuestas realizadas a los profesionales en derecho civil de Pichincha, que se pronunciaron en decir que a pesar de las limitaciones vigentes en la Carta Suprema de la Nación ecuatoriana y las Leyes de menor rango Jerárquico, veían necesaria la protección de estos derechos en un solo cuerpo normativo legal de forma que se establezcan la necesidad imperiosa de reformas tendientes a establecer la filiación y la identidad de las personas dentro de nuestra sociedad.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda la incorporación de mayor normativa relacionada a la protección de la identidad de las personas, esto con el fin de facilitarles a los jueces, responsables de la administración de justicia, una aplicación correcta e inequívoca en las sentencias dictadas, con el fin de precautelar los derechos fundamentales como el de identidad.
- La falta de capacitaciones de los jueces de familia, dan como resultado la poca investigación existente en la función judicial, lo que se resume en un conocimiento arcaico limitado y repetitivo. Es prioritario realizar más cursos de actualización, donde se puedan revisar temas novedosos y de actualidad, permitiéndonos estar a la par con normativa actualizada que tiene como propósito ampliar nuestro conocimiento jurídico para garantizar derechos fundamentales.
- Es urgente que se revise y modifique la forma de administrar justicia, específicamente al momento de determinar el apellido que conservará o no el involucrado en el juicio de impugnación.
- Se recomienda una aplicación menos severa de las sentencias dentro de los juicios de impugnación de paternidad, lo ideal es buscar una solución para que de alguna forma se conserve el apellido, sin que exista una relación filial entre el supuesto padre con el hijo al que se le está imputando la paternidad.
- Se propone hacer una revisión de nuestro ordenamiento jurídico, donde se permitan más alternativas al momento de sentenciar los juicios de impugnación de paternidad, donde no se vulnere el derecho de identidad como actualmente sucede.

REFERENCIAS

- Anigen. (s.f.). Centro de Estudios e Investigación Genética.
Recuperado el 15 de julio de 2014 de <http://www.anigen.com.mx/forense.html>
- Arellano, E. (2006). *Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador 2005*. Quito: UNICEF.
- Asamblea Legislativa del Distrito Federal de Mexico. (2000). *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*. México: Ediciones Mexicanas.
- Asamblea Nacional . (2008). *Código Civil Ecuatoriano Tomo IV*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Congreso Nacional. (1976). *Ley General del Registro Civil Identificación y Cedulación*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Congreso Nacional. (2001). *Acuerdo Ministerial No. 2325* . Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 310.
- Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2010). *Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional. (2012). *Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional de Venezuela. (2012). *Código de Procedimiento Civil*. Caracas, Venezuela: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional de Venezolana. (2011). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Caracas, Venezuela: Ediciones Legales.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2009). *Glosario para Registros Civiles e Identificación*. Bogota, Colombia: Oficina de Relaciones Externas del BID.

- Bastida, F., I. VILLAVERDE, I., REQUEJO, P., PRESNO, M., ALÁEZ, B., FERNÁNDEZ, I., (2004). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española*. Madrid, España: Tecnos.
- Borda, G. (2006). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Legales .
- Bowler, P. J. (2003). *Evolution: The History of an Idea*. California, USA: University Of California.
- Buen Rincon, E. (1996). *Investigación de la Filiación*. Bogota, Colombia: Juridicas Gustavo Ibañez.
- Cabanellas de Torres, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Campaña, F. (2014). *Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador*. Quito, Ecuador: Revista Jurídica.
- Carbajo González, J. (2011). *Manual de Derecho de la Familia*. Madrid, España: Edisofer.
- Carmargo, E. (2014). *Aplicabilidad del principio de interés superior del niño, niña o adolescente*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Centro de la familia. (s.f.). (2014). Demanda de Reclamación de Filiación. Recuperado el 10 de julio de 2014 de <http://centrodelafamilia.uc.cl>
- Chaves, M. (2011). Paternidad socioafectiva. Lima, Peru: Artigos.
- Asencio, M. (2007). *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*. México D.F, Mexico: Porrúa.
- Cifuentes, S. (2005). *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- Claro Solar, L. (2000). *La Filiación; vínculo de unión del hijo y sus progenitores*. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2003). *Relatoria de los Derechos de la Niñez*. Mexico D.F, Mexico: UNICEF.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2003). *Relatoria de los Derechos de la Niñez*. Mexico D.F, Mexico: UNICEF.
- Comité Jurídico Interamericano. (2007). *Resolución NO. 276/07*. Quito, Ecuador: Comité Interamericano de Derechos Humanos.

- Congreso Nacional. (1998). *Constitucion Política del Ecuador*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Conring, H. (2001). *Estudios sobre la Vida y Obra*. Berlin, Alemania: Helmsted.
- Convención sobre Derechos del Niño. (1989). *Resolución No. 44/25*. Quito, Ecuador: Comisión Derechos Humanos.
- Corral Talciani, H. (2012). *Intereses y Derechos en Colision sobre la Identidad*. Santiago de Chile, Chile: Navarra España.
- Corte Constitucional. (2011). *Informe Judicial de Informe ADN*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Resolución 01-07-11*. Quito, Ecuador: Corte de Derechos Humanos.
- Corte Nacional de Justicia. (2014). *Establecimiento de la Filiación* . Quito, Ecuador: Legales.
- Corte Suprema de Justicia. (2013). *Impugnación de Paternidad*. Loja, Ecuador: Legales.
- De Carlucci Kemelmajer, A. (2012). *Anteproyecto de Reforma al Código Civil de Uruguay*. Montevideo, Uruguay: Jurisprudencia Uruguaya.
- De los Monteros, A. E. (2006). *Estado de Derechos de la Niñez y la Adolescencia en el Ecuador 2005*. Quito, Ecuador: UNICEF.
- Declaración de las Naciones Unidas. (2012). *Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias*. México D.F., México: Naciones Unidas.
- Del Gatto Reyes, D. (2000). *El derecho a la identidad como derecho humano*. México D.F., México: Mercosur.
- Desmond, A., & Moore, J. (1994). *The Life of a Tormented Evolutionist*. New York, USA: Norton & Company.
- Devis Echandia, H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá, Colombia: Ediciones Legales.
- Di Lella, P. (1977). *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Dias, M. B. (2007). *Manual de Dereito das Familias*. Sao Paulo, Brasil: IBDFAM.

- Diccionario de la Lengua Española. (2001). *Imprescriptible*. Madrid, España: Ediciones jurídicas.
- Dominguez, G. (2014). *Manual de derecho de familia*. México D.F., México: UNAM.
- Dominguez, J. (2005). *Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado*. Bilbao España: Univerisad de Deusto.
- Durán Rivacoba, R. (1978). *La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor incapaz*. Madrid, España: Ediciones jurídicas.
- Escrache Joaquín, M. (2005). *Diccionario Juridico*. Bogota, Colombia: Temis.
- Escrache, J. (2004). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París: Librería de Ch. Bouret.
- Espín, D. (2012). *Manual de Derecho civil español*. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho privado.
- Fernández Sassarego, C. (2012). *Teroría Tridimensional del Derecho*. Perú, Lima: Corte Superior.
- Ferrara, F. (1986). *Teoría de las personas jurídicas*. Lima, Peru: Studium.
- Gandulfo, E. (2011). *La Filiación el Nuevo Ordenamiento para darle Origen Factores de Determinación*. Santiago de Chile, Chile: Gaceta Jurídica.
- García Falconí, J. (2006). *Caractericas de la Acción de Paternidad*. Quito, Ecuador: Universidad Central.
- García, E. J. (2007). *Normas y Mecanismos para la proteccion de derechos humanos*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas.
- Gatica, N. y. (2002). *Análisis de los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño*. Buenos Aires, Argentiniana: La Semana Jurídica.
- Gil, A. (2006). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Gómez de la Torre, M. (2001). *Fecundación Artificial y Derecho*. Santiago de Chile, Chile: Ediciones Jurídicas.
- González Pérez, M. (2013). *La Verdad Biológica en la determinación de la filiación*. Madrid, España: DYKINSON S-I. Meléndez Valdés .

- Gonzalez, A. (2000). *Antopología Social y Cultural*. Barcelona, España: MCYT.
- Grosman, C. (2002). *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Gutierrez, M. (1998). *Biocerecho ADN*. Buenos Aires, Argentina: IUSTA
- Guzmán Avalos, A. (2012). *Matrimonio Indisoluble al Divorcio*. México D.F., México: Instituto de Ciencias Jurídicas.
- Guzmán Zapater, M. (2006). *Derecho a la Investigación de Paternidad*. Madrid, España: Civitas.
- Herrera Campos María, B. (2008). *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Madrid, España: Dykinson.
- Herrera Campos, R. (2007). *La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial*. Granada, España: Universidad de Granada.
- Horst, N. D. (2004). *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, España: Ministerio de justicia e interior.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2009). *Impugnacion de Paternidad*. México D.F., Mexico: Editorial Legal Mexicana.
- Kosicki, E. (2010). *La filiación, el HLA, DNA, la ciencia y el derecho*. Madrid, España: Ediciones Jurídicas.
- Lóbo, L. P. (2010). *Efectos y Estructuras Familiares*. Belo Horizonte, Brasil: Del Rey.
- López del Carril, J. (2004). *Facultad de Humanidades Sociales*. San Salvador, Salvador: Ediciones Jurídicas.
- López Villaverde, V. (2010). *Situación Jurídica de la Especialidad, Regulación y Normativa de la Fertilidad*. Madrid, España: Ediciones Españolas.
- López, F. (2006). *La Prueba Científica de la Filiación*. México D.F., México: Panorama Internacional.
- Machicado, J. (2012). *Identidad e Identificación Civil de las Personas*. Quito, Ecuador: Apuntes Jurídicos.
- Mazeaud, H. (2011). *Lecciones de Derecho Civil. La familia. Constitución de la familia*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa.
- Mendez Costa, M. J. (1986). *La Filiación*. México D.F., México: Unam.

- Méndez Costa, M. J. (2008). *La Filiación*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Mizrahi, M. L. (2004). *Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica*. Sevilla, España: Edilma.
- Moro Almaraz, C. (2008). *Lecciones de derecho de familia*. Madrid, España: Universidad de Salamanca.
- Moseet Iturraspe, J. (2007). *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?* Santa Fe, Bolivia: Rubinzal Culzoni.
- Najera Montiel, J. (2013). *El aspecto axiológico de los datos personales*. México D.F., Mexico: Ediciones Jurídicas.
- Neuman, D. (2004). *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, España: Ministerio de justicia e interior.
- Nogueira da Gama, C. (2011). *Principios Constitucionales de Direito de Família*. Brasilia, Brasil: Ediciones Legales.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. (2006). *El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador: Equipo Editorial OSE.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. (2006). *Foro del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador: Equipo Editorial OSE.
- Organismo Internacional de Derechos Humanos. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid, España: Legales.
- Peñaherrera, V. M. (2000). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*. Quito, Ecuador: Legales.
- Planiol, M. (2005). *Tratado de Derecho Civil*. México D.F., México: Editorial Harla.
- Poder Judicial del Perú. (2012). *Código Civil del Perú*. Lima, Peru: Ediciones Legales.
- Rijona Villegas, R. (1908). *Compendio de Derecho Civil*. México D.F., Mexico: Ediciones Jurídicas.
- Rivero Hernandez, F. (2009). *La presunción de paternidad legítima, estudio de derecho comparado y derecho*. Madrid, España: Tecnos.

- Rojina Villegas, R. (2004). *Compendio de Derecho Civil II*. México D.F., México: Porrúa.
- Rother de Hornstein, M. (2009). *Identidad devenir subjetivo*. Buenos Aires, Argentina: Del Zorzal.
- Sala de lo Civil y Mercantil. (2013). *Examen Genético*. Quito, Ecuador: Jurídica.
- Senado de España. (1998). *Constitución Española*. Madrid, España: Ediciones Españolas.
- Señado Español. (2006). *Constitución Española*. Madrid, España: Ediciones Españolas.
- Serejo Sousa, L. (2005). *Parentesco Socio Afectivo como causa de Ineligibilidad*. Sao Paulo,, Barsil: IOB.
- Serna Meroño, E. (2006). *Reforma de la Filiación*. Murcia, España: Encarnación Serna Meroño.
- Silva Cruz, P. (2007). *El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial -in vitro*. Madrid, España: Ed. Derecho Reunidas.
- Simon Campaña, F. (2011). *Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador: Universidad Católica de Guayaquil.
- Soto La Madrid, M. (2010). *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Soto, L. A. (1990). *Bioética, Filiación y delito*. Buenos Aires, Argentina: Judicial.
- Tribunal Supremo de Justicia de Caracas. (2010). *Juicio de inquisición de paternidad*. Caracas, Venezuela.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. (2008). *La identidad biológica y la filiación*. Caracas, Venezuela.
- Varsi Rospigliosi, E. (2009). *Derecho Genético*. Lima, Peru: Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Filiación, Identidad e Inscripción*. Madrid, España: Mankevicius López.
- Verdera Server, R. (1993). *Determinación y acreditación de la filiación*. Barcelona España: Bosh.
- Verdera Server, R. (2010). *Derecho Civil Valenciano*. Valencia, España: Españolas.

- Véscovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Vila, M. J. (2010). *La identificación*. Madrid España: Universidad Uruguay.
- Von Liszt, F. (2007). *Teoría del Delito*. México D.F., México: UNAM.
- Zambrano Álvarez, D. (2008). *Interpes Superior del Niño y de la Niña*. Quito: Revista Judicial.
- Zannoni, E. (2007). *Identidad Personal y Pruebas Biológicas*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal y Culzoni.
- Zannoni, E. A. (1998). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

ANEXOS

1. ENTREVISTAS

Las entrevistas realizadas tuvieron como finalidad explicar la factibilidad de la aplicación de la figura del derecho de la identidad y la filiación en los cuerpos legales como son el código civil, niñez y penal existentes en el Ecuador. El campo de acción sobre el tema, serán aplicables para el sector que comprende el Distrito Metropolitano de Quito, en las dependencias judiciales y profesionales del ramo que se incluyen en este territorio.

La información recopilada es representativa, debido a que se ha realizado un contraste de opiniones de personas que se encuentran ejerciendo su profesión en el sector público y privado. De esta forma se intentó evitar cualquier forma de parcialización del contenido de las entrevistas, de tal modo que puedan servir como material de apoyo en futuros estudios realizados sobre este tema.

La forma de recopilación de los datos obtenidos se presentará en forma de extracto de acuerdo al criterio vertido por los dos sujetos de las entrevistas:

El primer entrevistado es la Doctor Richard Chinde profesional de Derecho Civil, a quién se le realizó las presentes interrogantes materia de este estudio.

1.- ¿Considera usted aplicable la existencia del derecho de la identificación y la filiación en la constitución y en los campos civil, niñez y penal?

En mi opinión y de acuerdo a mi experiencia, indico que esta figura ha sido abordada de forma más detenida en el amplio campo del Derecho Civil, más se debería aplicar también en el campo penal porque no ha sido delimitada en ningún cuerpo legal existente en la actualidad, pese a la importancia que permite el derecho a la identificación y la filiación que son figuras que permiten la identidad de las personas, y si creo pertinente que sea practicada en forma

específica las sanciones por la violación y lesiones de estos derechos en la normativa mencionada, de tal manera se haría más práctica la relación de estas dos figuras en la normativa vigente con la actual Constitución.

2.- ¿Ha conocido de casos en lo que se ha vulnerado el derecho a la identidad en el Ecuador?

En el ámbito civil han existido siempre demandas por parte de algunos sectores por tratar de buscar mecanismos idóneos para la realización de pruebas que permitan obtener los recursos para establecer la identidad, y así poder reconocer la identidad y por esta razón se vuelve imperante establecer una responsabilidad gubernamental por los trámites legales que le representa al demandado o demanda, al tratar de acceder a los datos básicos referidos a su origen biológico, establecer la identidad del dador, y así poder obtener la información pretendida para la legalización de la identidad, y muchas veces no se encuentran ningún dato en los registros públicos.

3.- ¿Cómo considera usted que se debería presentar esta figura jurídica para que sea aplicable en nuestro medio?

Actualmente la identificación tiene carácter transitorio, por lo que ha pedido de varios sectores vulnerables, debe tener una connotación de sanción definitiva, con lo cual, si el progenitor que se encuentra en falta con su hijo o hija, se requiere arbitrar los medios necesarios y modificar su actitud, se debería solicitar desde el campo normativo que permita de forma urgente acudir a una disposición específica que determine su actuación, y se pueda solicitar una privación judicialmente impuesta en estos casos.

4.-¿Apoyaría usted que exista un organismo específico de gestión judicial desarrollado para implementar un servicio público de administración de justicia especializado solo en juicios de paternidad y violencia familiar?

No se trataría de apoyar o no la existencia de este organismo, sino de demostrar la utilidad práctica que pudiese tener el establecimiento de responsabilidades para los funcionarios que ejercen el control de los juicios de paternidad y violencia familiar, que visto desde la perspectiva actual, se ha necesitado de un movimiento reformativo legal y la inclusión de nuevas

directrices regladas para solucionar la situación presente. A esto se deberían añadirse la necesidad de que exista una mejor aplicación de las normas vigentes por parte las autoridades encargadas de la inspección de los órganos estatales, para el establecimiento de este organismo que contemple el tratamiento legal solo de estos dos casos, como son solo los juicios de paternidad y violencia contra la mujer.

5.- ¿Cuál sería su sustento legal para tal afirmación?

Visto desde el orden jerárquico de la aplicación de la Ley, la Constitución vigente en coordinación con la normativa Procesal, han propuesto figuras que son aplicables para el suceso en el caso de indicios de la comisión de un juicio de paternidad. Además deben tipificarse también la existencia de un organismo único que se contemple en la normativa constitucional, y otras disposiciones que aclaren o complementen este criterio también en los códigos de Procedimiento Civil y Niñez.

Entrevista realizada a la Dra. Anabel Medina. Jueza de la Unidad Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito del actual periodo a quién se le realizó las presentes interrogantes materia de este estudio.

1.- ¿Considera usted aplicable la existencia del derecho de la identificación y la filiación en la constitución y en los campos civil, niñez y penal?

La identificación y la filiación, presente en la actualidad ha hecho especular sobre las pocas probabilidades que existen estas figuras en el ámbito civil y la falta de universalización de estas figuras en coordinación con los principios que protegen el derecho de los niños.

De esta forma en el régimen jurídico civil se establecen ciertas responsabilidades las mismas que se han visto desplegadas en un marco jurídico dinamizador del desarrollo de la sociedad, en prospectiva con respecto a la filiación como un medio idóneo para la identificación, y que dicho sea de paso aún se evidencia vacíos legales en lo que respecta a estas dos figuras que deberían estar plasmadas tanto en la Constitución como en el Código de

la Niñez específicamente, en forma conjunta, estableciendo sus contenidos y requisitos a establecer estos principios.

2.- ¿Ha conocido de casos en lo que se ha vulnerado el derecho a la identidad en el Ecuador?

En el marco jurídico del tutelaje de la niñez, sí, hay muchos casos que los estamos despachando, que se encuentran en poder de este organismo, es imprescindible que la Ley garantice de una forma eficaz la conservación de la identificación y la filiación como un solo elemento de identificación de las personas, así volver ágil el sistema administrativo judicial, Sin embargo al no ser estandarizada esta figura en los demás regímenes, las posibilidades de utilizar este concepto se ven reducidos en el Ecuador, y por eso la existencia de estos casos.

3.- ¿Cómo considera usted que se debería presentar esta figura jurídica para que sea aplicable en nuestro medio?

La trascendencia jurídica de la aplicación de otra figura novedosa en el ordenamiento estaría proponiendo de manera evidente a una flexibilización de la legislación actual, desde la Constitución hasta otras normativas de rango inferior como es el Código de la Niñez, por lo que para su adecuación debería reformularse el criterio de aplicación de estos dos conceptos que son reconocidos universalmente, pero que aun en el Ecuador no se lo aplica.

4.- ¿Apoyaría usted que exista un organismo específico de gestión judicial desarrollado para implementar un servicio público de administración de justicia especializado solo en juicios de paternidad y violencia familiar?

En todo sector, al menos cuando se trata de generar cambios han existido invariablemente contrariedades, en muchas ocasiones precipitadas, por parte de los receptores de las nuevas disposiciones, de tal forma que superar una situación aceptable de estas nuevas figuras que serían filiación e identificación sería contraproducente en el sentido cualitativo de la acción pública judicial.

5.- ¿Cuál sería su sustento legal para tal afirmación?

Como quedó claro, el sustento legal más firme se lo halla en la Constitución, la cual fue obra de un debate legislativo consensuado, en el que se incluyeron concepciones dogmáticas necesarias para transformar la forma de gobernación del Estado ecuatoriano, pero hubo deficiencia por parte del legislador de revisar ciertos artículos del Código de la Niñez, que deben ser reformados para ser efectiva lo que respecta a la identidad y filiación de las personas, estoy de acuerdo en cambios estructurales en la normativa vigente para inclusión de ciertas figuras que agilizarían los trámites de identificación en el país.

Entrevista realizada a la Dra. Ana Karina Torres, Juez de Familia del Distrito Metropolitano de Quito, a quien se le realizó la siguiente entrevista.

1.- ¿Considera usted aplicable la existencia del derecho de la identificación y la filiación en la constitución y en los campos civil, niñez y penal?

Es figura ha sido contemplada en el Derecho Civil y Niñez, como un elemento importante para la identificación.

2.- ¿Ha conocido de casos en lo que se ha vulnerado el derecho a la identidad en el Ecuador?

En el ámbito civil existen más demandas.

3.- ¿Cómo considera usted que se debería presentar esta figura jurídica para que sea aplicable en nuestro medio?

Ya es idónea en nuestro medio, no creo que deban haber cambios normativos.

4.-¿Apoyaría usted que exista un organismo específico de gestión judicial desarrollado para implementar un servicio público de administración de justicia especializado solo en juicios de paternidad y violencia familiar?

Claro que sí, se vuelve imperante la creación de este organismo, visto desde la perspectiva de agilizar procesos.

5.- ¿Cuál sería su sustento legal para tal afirmación?

Para una mejor aplicación de la ley, en el campo Civil y Niñez.

Entrevista realizada a la Dra. Mercedes Lema, profesional del derecho Jueza de Familia del Distrito Metropolitano de Quito.

1.- ¿Considera usted aplicable la existencia del derecho de la identificación y la filiación en la constitución y en los campos civil, niñez y penal?

Si claro que es aplicable en los campos que indica menos en el penal.

2.- ¿Ha conocido de casos en lo que se ha vulnerado el derecho a la identidad en el Ecuador?

En el ámbito civil se han presentado más casos.

3.- ¿Cómo considera usted que se debería presentar esta figura jurídica para que sea aplicable en nuestro medio?

La ley es clara al respecto, esta correcta, para la aplicación jurídica.

4.-¿Apoyaría usted que exista un organismo específico de gestión judicial desarrollado para implementar un servicio público de administración de justicia especializado solo en juicios de paternidad y violencia familiar?

Si es necesario para descongestionar estos casos en los juzgados civiles y niñez.

5.- ¿Cuál sería su sustento legal para tal afirmación?

Que el legislador estudie y aplique en la ley, de esa forma poder aplicar de acuerdo a nuestro criterio.

2. CASOS

Primer Caso

Este caso se lo presento en el Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, mediante juicio tramitado por vía ordinaria, signado con el No. 17311-2011-0749 que sigue José Raúl Avilés Robayo en contra de María Alba Gonza Gonza.

Su contenido consta en fojas 81, mediante el cual el actor niega la paternidad biológica del menor Joseph Alexander Avilés Robayo, dentro de la cual se declara la impugnación de paternidad, para tal efecto se le pide al actor la práctica del examen de ADN, por las excepciones que fueron planteadas amparadas en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución de la República e inciso 2 del Art. 45 iusdem, artículo 251 del Código Civil, y Art. 115 del Código de Procedimiento Civil. (Impugnación de Paternidad, 2012)

En el escrito dirigido al Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha, la demandada María Alba Gonza Gonza, propone la declaración de testigos aduciendo que los testigos son los ojos y oídos con lo que el juez mira y escucha lo que ocurrió en el pasado, como terceros imparciales, de igual forma son los que pueden informar todos los datos relacionados a la relación que mantuvieron durante el lapso de tres años, y que procrearon un hijo que tiene todas las características del padre, pide al juez que se tome en cuenta a favor estas declaraciones, de igual forma presenta copias simples de la partida de nacimiento del menor.

Así mismo, enseñó dos fotografías pertenecientes al menor, además el acuerdo de pensiones alimenticias signado con el No. 0547-2010. P.T, que abaliza que el niño está legalmente reconocido por el actor de la demanda, y aduce que puede demostrar que las pretensiones del actor son de mala fe, con el único afán de no cumplir con las obligaciones de padre, en razón del origen estas pruebas son apreciadas por el Juez.

El actor de la demanda José Raúl Avilés Robayo, propone al Juez, que se les invoque a los testigos, planteando la práctica dentro de las diligencias probatorias que constan de un interrogatorio de diez preguntas, las mismas que se acompaña al escrito, pide que las mismas sean entregadas a cada uno de los testigos de la demanda mediante una notificación, para tal efecto se señaló día y hora para la comparecencia de los testigos.

Dentro del periodo de prueba en providencia de fecha 21 de marzo del año en curso, se ordena que comparezcan a la Fiscalía General del Estado, tanto el actor José Raúl Avilés Robayo, la demanda María Alba Gonza Gonza

así como el menor Joseph Alexander Gonza, para la práctica de la prueba de ADN.

En razón del cumplimiento de estas diligencias, y de igual forma la comparecencia de los testigos solicitados por el actor de la demanda, los testigos comparen ante el juez, quienes dan su versión en razón que solo le han conocido a él como la única pareja de la señora María Alba, surge entonces sendos escritos dirigidos al Juez, por parte del demandante y ante la negativa de parte del actor el caso es ventilado ante la Corte Provincial de Pichincha, Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha.

Juicio No. 17141-2013-0735, de fecha 2 de julio del 2014, mediante la Resolución No. 179-2013, de fecha 14 de noviembre del 2013, es conocido y admitido a trámite para resolver el juicio de impugnación de paternidad propuesto por José Raúl Avilés Robayo, en contra de María Alba Gonza Gonza: (Gaceta Judicial Serie XVII, Fallo III, 2004, pág. 451)

Antecedentes:

La Jueza Décimo Primero de lo Civil de Pichincha, autoridad que respetando el derecho a la defensa de las partes, como garantía básica del debido proceso, y acogándose a las pruebas presentadas y los presupuestos fácticos constantes en el expediente resuelve aceptar la demanda y en consecuencia se declara con lugar la impugnación de paternidad presentada por el señor José Raúl Robayo. (Juicio de Impugnación de Paternidad, 2013, pág. 201)

Fundamentos de hecho

La compareciente María Alba Gonza Gonza, impugna la sentencia expedida por el Juez Décimo Primero de lo Civil de Pichincha, en lo principal, la accionante manifiesta que el hijo, fue reconocido por el padre biológico en forma voluntaria después de su nacimiento, por tal motivo su filiación ha quedado incurso al reconocimiento voluntario que hace relación el literal "a) del Art. 24 del Código Civil, en el que se establece la filiación y las

correspondientes paternidad y maternidad, b) Por haber sido reconocido voluntariamente por el padre o madre o por ambos en caso de no existir matrimonio entre ellos”. Por otra parte se acoge a lo descrito en el Art. 720 del Código de Procedimiento Civil que señala: “Legítimo contradictor en los juicios de paternidad y maternidad, es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre; y en el de maternidad, la madre contra el hijo, o el hijo contra la madre..”

Disposición que tiene íntima concordancia con el Art. 345 del Código Civil, queda claro un requisito de la acción compendiado entre la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia señalada que hace fe y se acoge el caso, y en razón a su legítima defensa expresa se ampara: “el análisis exegético-gramatical, y de la infaltable hermenéutica jurídica, que no pierde el apoyo de un estudio dogmático –de la escuela Kelseniana, métodos y reglas de la nueva hermenéutica de interpretación constitucional enunciada en el precepto 427 de la Carta Fundamental”, que dice que “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor del literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad.

En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente”, y de acuerdo a los principios generales de la interpretación constitucional, y de igual forma el Operador Judicial, se colige que los presupuestos fácticos necesarios para la procedencia de la acción son: “1.1) Que haya legitimación activa, esto es que quien demande sea el padre y/o el hijo, dicha acción esta prescrita en el Título 345 del Código Civil, que dispone “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre; y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo”, hecho que permite que cuando son los hijos/a/s, deben encontrarse debidamente representados por su madre o actuando por sus propios derechos, verbi y gracia el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil”, (Juicio de Impugnación de Paternidad, 2013, pág. 201)

Al impugnar la paternidad se está atacando la filiación y consecuentemente el derecho de identidad que se encuentra incluido en el Art. 66 inciso 28 de la

Constitución de la República, deviene de ineficaz porque en la acción de impugnación de paternidad debe distinguirse “cuando el derecho es susceptible de disposición de las partes, y que no queda duda que lo es el evento de que mire exclusivamente al interés particular de los interesados o contendientes”, pero en ningún caso cuando se vincula al orden público, y siendo el derecho a la filiación, de ese orden, las partes no pueden prescindir de las reglas básicas que garanticen seguridad jurídica como un aspecto muy importante.

De acuerdo al contenido del Art. 720 del Código Adjetivo Civil y art. 345 del Código Sustantivo Civil. En tal sentido se delimita la resolución de la controversia, queda dicho que la accionada señora María Alba Goza Gonza, ha comparecido a juicio pero se ha limitado a impugnar los exámenes de ADN, no se pronuncia sobre lo de fondo, lo que constituiría una negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta. (Gaceta Judicial Serie XVII, Fallo III, 2004, pág. 451)

El actor José Raúl Robayo, afirma que impugna expresamente la paternidad por no ser el padre biológico, tanto que más que la madre del menor en forma reiterada ha manifestado que él no es el padre biológico del indicado niño, poniendo en duda dicha paternidad, aduce que incluso la madre le ha practicado al niño en forma voluntaria y extrajudicial el examen de ADN en la Cruz Roja, y de este examen se colige un resultado negativo.

Es decir que se confirma que él no es el padre biológico del menor, para tal aseveración adjunta como pruebas las copias certificadas del Acta de Mediación del trámite No. 560-2010, (contenido en 6 fojas) en las que se anexa el examen del ADN practicada en la Cruz Roja Ecuatoriana, realizadas con él en calidad de compareciente, están presentes la señora María Alba Goza Gonza y Joseph Alexander Avilés Gonza, los mismos que constituye prueba plena respecto de la paternidad del hijo.

Aduciendo además, que él en forma voluntaria cumplió con la ley, de acuerdo al Art. 66 de la Ley de Registro Civil, que establece reconocimiento especial del hijo, además de las formas establecidas en el Código Civil y en el Código de la Niñez y la Adolescencia, que dice “consta el reconocimiento de un hijo

por uno de los padres o por ambos podrá otorgarse, en cualquier tiempo ante un Jefe de Registro Civil existiendo la relación filial” y de conformidad con el Art. 24 literal b) de la indicada ley, acogiéndose a estas disposiciones legales procedió a reconocerlo como hijo suyo, cuyo reconocimiento consta en el acta de nacimiento del Registro Civil. (Gaceta Judicial Serie XVII, Fallo III, 2004, pág. 451)

Por lo dicho, y en aplicación de las normas legales relacionadas al caso, y una vez analizados los medios probatorios evacuados en la etapa de prueba, se establece claramente que el ciudadano José Raúl Avilés Robayo no es la padre del niño Joseph Alexander Avilés Goza, sin embargo de acuerdo a la normativa civil y constitucional aplicada, se sustancia la causa aplicando el derecho que tiene el ser humano de la identidad, igualdad formal y material, esto dentro de un marco de libertad y equidad, vienen a bien las consideraciones expuestas en aplicación del principio de razonabilidad que le caracteriza al juez quien a nombre de la justicia dicta sentencia inhibitoria por la falta de legítimo contradictor, en virtud de lo cual no hace pronunciamiento alguno sobre lo principal del hecho litigado por no haberse demandado al niño Joseph Alexander Avilés Goza, llamado a contradecir la demanda de impugnación de paternidad, quien por su condición de menor de edad, debía serlo en la persona de su representante legal. Queda establecido que el actor está en su derecho de reformular la demanda conforme lo dispone la ley.

Y, de acuerdo al Art. 189, del Código Orgánico de la Función Judicial, le faculta conocer los casos que se presentan en la sala de la familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores, cabe indicar que este artículo fue sustituido por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 038-S, 17-VII-2013 que indica que “La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá:

La normativa legal contemplada en este caso dan fe de la forma establecida en el caso de filiación, este juicio se ha tramitado de conformidad con las normas de procedimiento civil y constitucional, que le corresponde sin omisión de ninguna de las solemnidades sustanciales, en este proceso se desprende

lo descrito en la Constitución Arts. 66.28 y 427 y las Leyes constantes en el Código Civil Arts, 24, 345,332 Código Adjetivo Civil Arts. 709 y 720.1, Código Sustantivo Civil 345, Ley Nacional de Registro de Datos Arts. 164 y 707 y Ley de Registro Civil Art. 66 y 247, que permite que la paternidad y maternidad sea una obligación intransferible, inviolable en relación a la identidad del niño, niña, adolescente.

En el sumario se contempla que el actor de la demanda se excluye de ser el padre biológico del menor, demostrando ésta versión de acuerdo a la prueba científica ratificada mediante la documentación que consta en fojas dentro del proceso, por lo mismo una vez que sea declarada en sentencia, será la única manera para que se produzca la ruptura del vínculo jurídico que se estableció a través de este reconocimiento voluntario del menor, por lo cual está obligado a pasarle una pensión de alimentos, hasta que se configure en sentencia la impugnación de paternidad, la misma que debe ser ejecutada por el juez, que luego será marginada e inscrita en el Registro Civil para que surta el efecto legal.

Análisis personal:

En este caso analizado, se evidencio el reconocimiento del niño en una unión de hecho, en tal sentido, no se descartó la libre voluntad del reconocimiento paternal como una fuente legítima que le faculta al progenitor tener responsabilidades civiles con el hijo, por razones que se presentaron en el proceso, se resuelve la impugnación de paternidad, el mismo que se vincula con la negación a la integridad y dignidad que representa la huella genética, que confirmó un acto de filiación, que vincula que existió una relación entre el padre y madre respecto al menor, hecho que inmediatamente implica derechos y obligaciones de los progenitores ante los hijos o hijas, sin perjuicio de que hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio.

En este sentido se vio afectado la identidad del niño se le privó del derecho a conocer la verdadera filiación y la determinación de su verdadero progenitor, en tal sentido se hace ineludible el derecho a la investigación de la paternidad como un legítimo derecho que tiene todo ser humano, de averiguar y estar

seguro de su nexos filial, y de establecer la verdad biológica, esto es conocer sus orígenes familiares, que solo se lo puede ejecutar acudiendo a los medios judiciales y científicos.

Segundo Caso

En la Corte Nacional de Justicia se presentó el Juicio signado con el No. 351-2012 Wg, de 15 de febrero del 2012, cuya Resolución consta con el No. 18-2013, este juicio sigue el señor Luis Chimba Criollo contra la señora Norma Chasi, para conocimiento del Juez Ponente Dr. Alfonso Asdrúbal Granizo Gavidia, Presidente de la Corte Nacional de Justicia de la sala de la Familia, Niñez y Adolescencia.- Quito. Con fecha, 31 de enero de 2013; las 11H00. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 198)

Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conoce la presente causa para conocimiento de los Jueces de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 198)

Antecedentes

Se conoce el proceso en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora de la sentencia dictada en la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio ordinario que “por impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad del menor Jordan Alexander Chimba Chasi” sigue Luis Alberto Chimba Criollo, en contra de Norma Piedad Chasi Pilliza, misma que revoca la dictada en primera instancia por el Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil de Pichincha, el 11 de enero del 2011, las 15H41 y se inhibe de dictar sentencia de fondo. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 198)

Competencia

La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial, 1 de la Ley de Casación.

Consideraciones acerca del Recurso de Casación

La casación es un medio de impugnación extraordinaria, pública y de estricto derecho. El objetivo fundamental de este recurso, es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer. Proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 198)

Para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas, como recurso extraordinario que es, esto implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias provenientes, por lo general, de un tribunal superior, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido.

Se aclara, que todas las sentencias son susceptibles del mismo, y por otra parte, esta acción será sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. Esta actividad jurisdiccional, confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo para el fortalecimiento de la seguridad jurídica y la igualdad de las y los ciudadanos ante la ley, principios fundamentales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. (Corte Nacional de Justicia, 2013, pág. 198)

Análisis del caso

Previo a resolver sobre lo principal, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, considera necesario hacer las siguientes observaciones: PRIMERO: El actor de la presente causa Luis Alberto Chimba Criollo quien propone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad del niño Jordan Alexander Chimba Chasi en contra de su madre Norma Piedad Chasi Pilliza, en este sentido se observan las siguientes actos.

a) El titular de la identidad en el referido juicio de impugnación de reconocimiento es el niño Jordán Alexander Chimba Chasi, por tanto, siendo titular del derecho que se discute, es el único llamado a controvertir la pretensión del demandante, quien al deducir su acción debió proponerla en su contra, pidiendo que se cuente con la persona que ejerce su representación legal, en este caso su madre, por ser quien ejerce la patria potestad (Art. 283 del Código Civil y 104 del Código de la Familia, Niñez y Adolescencia) y solo a falta de ella en la persona de su tutor o curador.

b) La doctrina y la jurisprudencia, han debatido ampliamente sobre lo que ha de entenderse por legítimo contradictor, más la Corte Suprema de Justicia, en fallos de triple reiteración ha clarificado el tema y condensado su evolución doctrinaria, manifestando que: "...la falta de legítimo contradictor o mejor llamada legitimación en la causa o '*legitimatío ad-causam*'... hecho que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial." (Resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia Nos. 484-99, 372-99, 405-99, 314-2000, publicadas en los Registros Oficiales Nos. 333 de 7 de diciembre de 1999, 257 de 18 de agosto de 1999, 273 de 9 de septiembre de 1999 y 140 de 14 de agosto de 2000, respectivamente).

Como bien lo señala en su estudio "Análisis del Tratamiento que la Corte Suprema ha dado a la Falta de "*Legitimatío Ad Causam*" y a la Falta de "*Letigimatío Ad Processum*", realizado por la doctora Lorena Naranjo Godoy, la Corte Suprema, ha señalado que el concepto de legitimación en la causa no se limita a determinar qué personas deben obrar en el proceso para que se dicte sentencia de mérito, sino que concuerda con la posición más moderna propuesta por Devis Echandía, quien sostiene que la "legitimación en la causa también determina quiénes deben estar presentes para que la sentencia de fondo vincule a todas las personas que se requiere para que sea eficaz." (2012,

pág. 126) Ensayando un concepto propio, dicha autora define a la legitimación en la causa manifiesta que:

“...es uno de los presupuestos materiales que se exigen para poder dictar una sentencia de fondo y consiste en verificar que las partes que comparecen a juicio pretendan ser los titulares del derecho sustancial discutido en el proceso o pretendan tener una vinculación jurídica con el objeto del proceso, este presupuesto además verifica si han comparecido a juicio los necesarios contradictores a fin de que pueda dictarse una sentencia eficaz.” (Devis Echandia, 2012, pág. 127)

De lo transcrito, se infiere que el juzgador, de oficio, previo a dictar sentencia debe asegurarse de que las partes procesales, esto es que aquél que comparece como actor y el que está convocado a contradecir su pretensión como demandado, sean los llamados a vincularse dentro del proceso, a efectos de que la resolución que se dicte en él, no solo decida el fondo de la cuestión debatida, sino que su ejecución sea posible. Realizado aquello y advertido el juez de que “... el vicio de falta de legitimación en la causa existe en el proceso, el juez ‘está inhibido para resolver sobre la existencia del derecho material pretendido’”, en consecuencia, la ausencia de este presupuesto material provoca una sentencia inhibitoria y si bien el proceso es válido, no se resolvería en él, sobre el asunto de fondo que se refieren a la cuestión sustancial debatida ni las excepciones perentorias.

La sentencia inhibitoria debe ser dictada de oficio, aunque las partes no hayan propuesto el vicio, pues su omisión no lo corrige y porque el juez no puede resolver sobre el fondo, pues la decisión no afectaría a quienes sufrirían el beneficio o perjuicio del fallo. “Si dictara sentencia de fondo, ésta sería completamente ineficaz y en principio el derecho no puede permitir dicha ineficacia pues se alteraría el orden social y la seguridad jurídica”. (Devis Echandia, 2012, pág. 160)

Al respecto, la jurisprudencia dictada en casación, ha dicho “...una sentencia de mérito dictada en estas circunstancias es inejecutable por la naturaleza indivisible de la relación jurídica sustancial; y por esta razón, pese a no ser

invocada como excepción por las partes al contestar a la demanda o a la reconvencción, debe ser declarada de oficio por el juez, pues de la correcta legitimación en la causa depende la eficacia de la sentencia y por la cual debe velar el juzgador.

Este criterio es compartido por el autor uruguayo Enrique Véscovi, que en su obra *Teoría General del Proceso*, manifiesta: 'La legitimación es un presupuesto procesal (de la sentencia) de los cuales, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, el propio magistrado puede relevar de oficio, aunque la parte no haya señalado (Véscovi, 1984, pág. 197) mediante Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil No. 139-2000, publicada en el R. O. No. 65 de 26 de abril de 2000).

En tal virtud, quedando claro que, en la especie se ha demandado la impugnación del reconocimiento a quien no está legitimado para contradecir la pretensión, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA.

Atendiendo a la obligación que tiene el juez de analizar si las partes que están presentes en el proceso son las llamadas a pretender en forma eficaz y contradecir hábilmente el asunto controvertido, no casa la sentencia impugnada, por lo que no hace pronunciamiento alguno sobre lo principal del hecho litigado por no haberse demandado al niño Jordán Alexander Chimba Chasi, llamado a contradecir la demanda de impugnación de reconocimiento, quien por su condición de menor de edad, debía serlo en la persona de su representante legal. Queda en firme la sentencia dictada por el Tribunal de Instancia.- Notifíquese y devuélvase.

La normativa descrita en este caso contempla derechos que al tenor del Art. 283 del Código Civil, le corresponde al Corte Nacional de Justicia conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley, así mismo Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración materia de este caso, practicada esta normativa, se

contempló el Art. 283 del Código de la Niñez y Adolescencia que determina la Patria Potestad de los niños, niñas y adolescentes,

De acuerdo al Art. 189, del Código Orgánico de la Función Judicial, le faculta conocer los casos que se presentan en la sala de la familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores, cabe indicar que este artículo fue sustituido por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 038-S, 17-VII-2013 que indica que “La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá:

“1. Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones; 2. Los recursos de casación y revisión en los procesos seguidos contra adolescentes infractores; y,

3. Los demás asuntos que establezca la ley” los derechos constitucionales y legales descritos permiten garantizar la identidad de las personas de acuerdo a la declaración realizada en nuestra Constitución Art. 6, que indica que la “nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por adquisición de otra nacionalidad “. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 22)

Análisis personal

La identidad es un derecho que tiene todo ser humano que registra una garantía constitucional, esto implica no solo tenerlo sino conservarlo porque es un derecho permanente que se le confiere a una persona y es para toda la vida, en este caso analizado se evidencia la impugnación de paternidad, relacionado con uno de los múltiples problemas que enfrenta nuestra sociedad, en cuando a la realidad jurídica, pues la filiación no solamente es un elemento biológico como ya lo habíamos indicado, sino también jurídico, genético y hasta voluntario, en la que se refleja elementos y caracteres que van más allá de lo que pueda establecer la norma legal en cuanto a las relaciones pater-filiales, estas permiten ser muy complejas porque se incorporan varios

elementos como son el afectivo, espiritual y otros, que pesan en la parte emocional y social del hijo por el motivo de impugnación, este merece un tratamiento muy delicado y respetuoso de las leyes porque la familia es el centro vital que engrandece a la sociedad.

Las relaciones paterno filiales, representan el conjunto de deberes, obligaciones, derechos y principios que guían la vida entre padres e hijos, en este sentido viene bien la versión del Tratadista Rivero que en su estudio genético nos ilustra que “La doctrina científica, especialmente la francesa, resalta sobre todo el elemento espiritual – voluntario que comporta toda filiación los dos fundamentos esenciales de la filiación son el lazo de sangre y la voluntad constitutiva de los padres, la filiación no es sólo un lazo de sangre; comporta también una parte de voluntad”. (Rivero Hernandez, 2009, pág. 27)

Segundo Caso

El caso que se presenta consta en autos de fecha 3 de agosto de 2010, en la que la ciudadana venezolana Ana Victoria Uribe Flores, actúa en representación de su hijo Jonathan Jesús Uribe, quien presentó ante la Secretaría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Caracas, una solicitud de revisión de la sentencia Núm. 0438 dictada por la Sala de Casación Social.

El día 11 de mayo de 2010, mediante la cual declaró con lugar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia publicada el 25 de abril de 2008, por la Sala Accidental Primera de la Corte Superior del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

Actuando así como Tribunal de reenvío; quien anuló el fallo recurrido y repuso la causa al estado del Juzgado Superior competente para que ordene la práctica de la experticia de determinación de la filiación biológica mediante el ADN, en la persona del ciudadano Haim Meir Aron, parte demandada en la presente causa, quien debía ser notificado a los fines de manifestar su consentimiento, con ocasión del juicio que por inquisición de paternidad invocó

la ciudadana Ana Victoria Uribe Flores en contra el referido ciudadano. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Consta la citación que se le realizó al demandado, quien compareció al juicio, y contestó la demanda oponiendo a cuestiones previas y de fondo; se opuso también a que se evacuara la prueba heredo biológica, luego se promovió pruebas de informes e instrumentales y aquellas fueron también evacuadas en el acto de la celebración de la audiencia pública tanto en primera como en segunda instancia, en lo referente a pruebas no manifestó su consentimiento.

El juzgado de la causa dictó sentencia definitiva de primera instancia, el 5 de mayo de 2004, que declaró con lugar la demanda, para lo cual se fundamentó en la desaplicación por inconstitucional para el caso concreto de los artículos 210 y 214 del Código Civil, aplicando con preferencia las normas Constitucionales consagradas por el legislador en los artículos 56 y 78 de la Constitución y desestimó la solicitud del accionado de reposición de la causa por la presunta infracción del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

El fallo fue apelado por el demandado, siendo conocido dicho recurso por la Corte Superior Primera del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, quien lo declaró con lugar decretando la inadmisibilidad de la acción propuesta, revocando el fallo apelado y anulando el proceso.

Luego quien en contra de esa decisión anunció recurso extraordinario de casación “que fue formalizado, impugnado por el demandado, objeto de réplica y contrarréplica y declarado con lugar por la Sala de Casación Social, quien ordenó a la Corte Superior Primera dictar nueva sentencia “para que fuera de una sujeción estrictamente formalista del derecho y dadas las características del juicio, obren el caso apegados al principio de la búsqueda de la verdad real”, estatuido en el artículo 450. literal ‘j’ de la ley especial que rige la materia, y por la supremacía constitucional del derecho consagrado en el artículo 56 de la Carta fundamental’.

El 25 de abril de 2008, la Corte Superior Primera Accidental del Circuito Judicial de Protección del Niño, Niña y Adolescente de la Circunscripción Judicial del

Área Metropolitana de Caracas dictó sentencia de segunda instancia decretando la nulidad del fallo recaído en la primera instancia y declarando con lugar la demanda, desaplicando por inconstitucionales para el caso concreto los artículos 210 y 214 del Código Civil, aplicando con preferencia las normas Constitucionales consagradas en los artículos 56 y 78 de la Constitución Venezolana y el principio Constitucional de la finalidad del acto previsto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil;

La sentencia dictada por el *ad quem* desestimó el alegato del demandado referido a que no había sido notificado legalmente por el alguacil del tribunal respecto a la hora y el día en el cual en el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) se le tomaría la muestra sanguínea para la evacuación de la prueba heredo biológica, por cuanto el oficio que contenía la notificación le fue entregado por la solicitante, cuestión que fue dilucidada en ese fallo en los siguientes términos:

(...) en tal sentido, se hace necesario indicar que efectivamente para la práctica de la prueba heredo-biológica se requiere que el tribunal notifique a las partes de la fecha, hora y lugar en que la misma se llevará a cabo, “el demandado anunció recurso extraordinario de casación contra ésta (sic) última sentencia de segunda instancia; el recurso fue formalizado, impugnado por su parte y declarado con lugar por la Sala de Casación Social, el 11 de mayo de 2.010, decretando en el dispositivo lo siguiente: 3) REPONE la causa al estado que el Juzgado Superior competente ordene la práctica de la experticia de determinación de la filiación biológica mediante el ADN, en la persona del ciudadano Haim Meir Aron, parte demandada en la presente causa, al tenor de lo dispuesto deberá ser notificado a los fines de que manifieste su consentimiento.

Por escrito presentado el 14 de julio de 2010, el ciudadano Jonathan Jesús Uribe, hijo del demandado, expuso que durante el transcurso del largo proceso judicial de inquisición de paternidad alcanzó la mayoría de edad y que por cuanto el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de

Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas,

Mediante auto, dio cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Social en la sentencia cuya revisión se pretende, lo que lo colocaba es un estado absoluto de indefensión "...transcurrido once años, el juicio no finaliza y sus resultas dependen de la notificación personal que se haga a mi padre a fin de que manifieste su consentimiento a practicarse o no la prueba heredo biológica" y dice que "si mi padre se esconde y elude la notificación, el proceso quedará en suspenso y dependiendo de ese hecho. Si mi padre viaja al exterior y no regresa, nunca podré conocer mi identidad biológica", razón por la cual solicitó pronunciamiento de esta Sala, respecto a la presente solicitud de revisión.

La sentencia impugnada también contradice sus propios fallos en materia de prevalencia del Interés Superior del Niño y la verdad sobre las formas procesales no esenciales, así como su doctrina respecto a la teoría de las nulidades textuales y virtuales, se presentan otros casos en el mismo sentido.

La consecuencia del fallo cuya revisión se solicita va más allá de la esfera subjetiva de los derechos de Jonathan Jesús, repercutirá en los niños y adolescentes que activando los mecanismos de protección Constitucional de sus derechos se encuentren con que en Venezuela es prioritario el cumplimiento de las formalidades en el proceso, sobre la búsqueda de la verdad real de sus filiaciones". (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Por lo expuesto solicitó a la Sala declare que Jonathan Jesús Uribe, se encuentra legitimado activamente para actuar en el presente recurso.

La doctrina jurídica venezolana expresa que nadie puede ser obligado material o físicamente a la práctica de la prueba, por ello la norma contenida en el aludido artículo 210 del Código Civil refiere "exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado".

Es decir, un juez o jueza puede ordenar a una persona realizarse el examen en cuestión, pero la persona es LIBRE de hacerlo o no, por tanto, no existe un mecanismo ni puede avalarse uno, que obligue o ejecute materialmente la toma de la muestra sanguínea, en contra de la voluntad del obligado, para que se evalúe la misma y se hagan los análisis pertinentes, ello lesionaría derechos fundamentales del obligado y sería contrario a la disposición contenida en el artículo 46.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Esta disposición constitucional consagra: “Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia, (...) 3 Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley. ...”.

Empero la negativa o resistencia del demandado a practicarse una experticia hematológica o heredo biológica, no puede ser óbice para la investigación de la paternidad o maternidad a que tiene derecho una persona. Por tanto, a los fines de patrocinar ambos derechos constitucionales, es decir, el derecho a inquirir la paternidad de una persona con el derecho a no someter a quien se inquiera a una prueba en contra de su voluntad.

El Legislador, sabiamente, optó por establecer en la misma disposición del 210 del Código Civil, en su parte *in fine*, una presunción en contra de quien se negara a la realización de una experticia de este tipo, de tal modo que, si bien no puede obligársele materialmente porque ello sería vejatorio a su integridad física y moral, no desampara el derecho a la investigación de la identidad biológica. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

De tal modo pues, que no se evidencia que la sentencia recurrida en casación le hubiese constreñido u obligado a practicarse una determinada prueba. El legislador muy sabiamente resuelve tal problema determinando que la negativa a practicarse la prueba conlleva a una presunción en su contra, sin que en modo alguno se desconozca o inobserve la norma contenida en el artículo 46

de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Esto fue aseverado por la Sala de Casación Social, toda vez que la orden de realización de la prueba de ADN no se practica en contra de la voluntad del obligado, sólo que, como se expuso, su negativa a realizársela produce una consecuencia jurídica previamente determinada por el Legislador. Así se establece.- (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Ello así, estima la Sala que la sentencia dictada por la Sala de Casación Social el 11 de mayo de 2010, que casó la sentencia dictada por la Corte Superior Primera Accidental del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 25 de abril de 2008, no ponderó las disposiciones constitucionales aplicables, pues se abstuvo de dar preeminencia a los artículos 56 y 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Si bien no más importantes que los derechos a la defensa y al debido proceso, (contemplados en el artículo 49 *eius dem*), siendo que los primeros son inherentes a la condición humana, por lo que la aludida Sala resultó sorprendida en su buena fe, al no advertir la conducta reprochable del formalizante.

Quien al invocar una simulada indefensión la condujo a encontrar infracciones que en lo absoluto se produjeron y que por el contrario fueron provocadas por su propia ligereza; de allí que ese órgano incurrió en un error de control de la constitucionalidad subsumible en el supuesto de hecho del artículo 25.10 de la Ley Orgánica de este Tribunal Supremo de Justicia (por remisión del artículo 25.11 *eius dem*). (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Según la doctrina de esta Sala, por falta de aplicación de las normas constitucionales que le imponen una interpretación alejada de los formalismos no esenciales y favorable al acceso a la justicia como derecho que condiciona la eventual eficacia de la tutela judicial, contrario igualmente al principio a la

tutela judicial efectiva establecido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En razón por la cual, esta Sala, conforme a los criterios expuestos anteriormente y atendiendo a su doctrina en materia de revisión constitucional, estima procedente la presente revisión constitucional, por lo que concluye que la presente revisión debe ser declarada HA LUGAR, y así se decide.

En virtud de dicha declaratoria, “esta Sala Constitucional declara la nulidad del mencionado fallo de la Sala de Casación Social del 11 de mayo de 2010, el cual como quedó expuesto hizo una errada interpretación constitucional y conforme a lo establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, vista la naturaleza de los argumentos expuestos en el presente fallo, realizados por este órgano como el máximo y último intérprete de la Constitución.

Al tenor de lo establecido en el artículo 235 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que desarrollan e interpretan normas constitucionales, y que resuelven un punto de derecho, considera la Sala que no se justifica, luego de la interpretación constitucional expuesta, la emisión de un nuevo fallo por aquella Sala cuando ya esta Sala ha resuelto el punto en cuestión, de tal modo que se da por terminado el presente proceso y, por lo tanto, se declara la firmeza del aludido fallo dictado por la Corte Superior Primera Accidental del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 25 de abril de 2008, que declaró con lugar la acción de inquisición de paternidad incoada por la ciudadana Ana Victoria Uribe, en representación de su hijo menor de edad para entonces, Jhonathan Jesús Uribe y ordena su ejecución.

A tales fines, se ordena remitir copia certificada a la Jueza Coordinadora del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, visto que el órgano que dictó el fallo era accidental, a los fines de la ejecución del fallo de la primera instancia”. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Decisión

“Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela, por autoridad de la ley, declara”:

Primero: “En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el artículo 25, numeral 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, declara HA LUGAR la revisión de la sentencia Núm. 438, dictada por la Sala de Casación Social del 11 de mayo de 2010, con ocasión de la solicitud de revisión constitucional presentada por la ciudadana Ana Uribe Flores, titular de la cédula de identidad No. 14.945.200, actuando en representación de su hijo Jonathan Jesús Uribe”

Segundo: “Declara la NULIDAD de dicha sentencia”

Tercero: “Declara firme el fallo dictado por la Corte Superior Primera Accidental del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el 25 de abril de 2008”.

Cuarto: “Se ordena la ejecución del identificado fallo”. “Publíquese, regístrese, y remítase copia de la presente decisión a la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia y a la Jueza Coordinadora del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, para que se acuerde la ejecución del fallo. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 14 días del mes agosto de dos mil doce. Años: 202° de la Independencia y 153° de la Federación” LA PRESIDENTA (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

La normativa que fundamenta este caso se encuentra descrita en las disposiciones constitucionales dispuestas en los Arts. 46, 47, 56 y 78 de la

Constitución, de igual forma la normativa civil de los Artículos 214 y 215, 115 y 206 del Código de Procedimiento Civil de la República de Venezuela.

La norma constitucional Venezolana en el Artículo 46 sostiene que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*, en consecuencia, el Art. 47. 3 indica que *“Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley”*, no obstante el la disposición que consta en el Artículo 56, indica que *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad”*. (2011, pág. Art. 47.3)

“Toda persona tienen derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación”. (2011, pág. 91)

El Artículo 78 de la mencionada norma constitucional define que: *“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República...”*

La normativa civil de Venezuela, en cuanto a la filiación señala que la designación de hijos legítimos, aun con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio, se entenderá comprender a los legitimados, tanto en las leyes y decretos, como en los actos testamentarios y en los contratos; salvo que se exceptué señalada y expresamente a los legitimados legitimando así el derecho supremo del interés del niño. (2012, pág. 192)

Basados en estos preceptos constitucionales y normativos, se mentó este caso de inquisición de paternidad, las disposiciones legales no tuvieron el

efecto legal, en relación a las posiciones concebidas en el juicio, no versó la manera de calificar el derecho que se ventila, y de igual forma se evidenció la falta de pertinencia y eficacia que es en donde se deriva la fuerza de ley, para obtener resultados que permitan la prueba de paternidad, la misma no se pudo concretar dentro del juicio, de tal manera que el dictamen final fue sometido a la fuerza de ley y a los principios estructurales que determina la normativa constitucional y legal venezolana. (Asamblea Nacional de Venezuela, 2012, pág. 192)

Análisis Personal

En este caso se hizo mención expresa a la necesidad de reducir al máximo la utilización del sistema de justicia, para resolver la identidad, cuando estuvieron en juego el interés superior del menor, como el legítimo derecho a ser reconocido por su padre biológico, lo cual nos instruye que merece ser resuelto con medidas legales que consigan no alterar o disminuir los derechos de las personas, porque en este juicio, se evidenció que es plenamente admisible obtener medios alternativos de solución legal en razón a la identidad del niño, niña o adolescente, invocado a la adopción de decisiones equitativas, sin menoscabo de los Derechos de las personas, por ello, es preciso señalar la imperiosa necesidad de que se regule la leyes con especial cuidado en la aplicación de medios alternativos en los casos que se hallen en juego la identidad, los intereses, de tal manera que las leyes permitan el desarrollo legítimo de proteger el interés superior del niño.

Al mérito de la causa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado, indicando que son diversos los casos en los cuales ha debido pronunciarse los derechos de los niños, determinando que los niños no sólo “son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho” y, en este sentido, lo ha entendido la Corte en sus juzgamientos, se reconoce la protección a sus derechos como un principio ejecutado por los Organismos Interamericanos de Protección del Interés Superior del Niño. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2003)

3. JURISPRUDENCIA

NACIONAL

La identidad, es un derecho que tiene todo ser humano y es una garantía constitucional, se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de 1998 y actualmente lo contempla la carta magna en el numeral 28 del artículo 66, como un derecho que no solamente implica solo tenerlo sino conservarlo porque es un derecho permanente que se le confiere a una persona y es para toda la vida, sin perjuicio del derecho a la impugnación del reconocimiento del hijo que deberá hacérselo conforme a la ley.

Este caso se planteó como materia de análisis, pues de acuerdo a la disposición Constitucional dispuesta en el Art. 66 numeral 28, indica que “El derecho a la identidad es personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados, tales como la nacionalidad la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”, de igual manera el “conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad”. (Asamblea Nacional, 2008, pág. 68)

La normativa descrita en este caso contempla derechos que al tenor del Art. 283 del Código Civil, le corresponde a la Corte Nacional de Justicia conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley, así mismo desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración materia de este caso, practicada esta normativa, se contempló el Art. 283 del Código de la Niñez y Adolescencia que determina la Patria Potestad de los niños, niñas y adolescentes,

Y, de acuerdo al Art. 189, del Código Orgánico de la Función Judicial, le faculta conocer los casos que se presentan en la sala de la familia, niñez, adolescencia y adolescentes infractores, cabe indicar que este artículo fue sustituido por el Art. 11 de la Ley s/n, R.O. 038-S, 17-VII-2013 que indica que

“La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores conocerá:

“1. “Los recursos de casación en los juicios por relaciones de familia, niñez y adolescencia; y los relativos al estado civil de las personas, filiación, matrimonio, unión de hecho, tutelas y curadurías, adopción y sucesiones; 2. Los recursos de casación y revisión en los procesos seguidos contra adolescentes infractores; y,

3. Los demás asuntos que establezca la ley.”

Los derechos constitucionales y legales descritos permiten garantizar la identidad de las personas de acuerdo a la declaración realizada en nuestra Constitución Art. 6, que indica que la “nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por adquisición de otra nacionalidad “. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 22)

EXTRANJERA

En el caso analizado, se hizo mención expresa a la necesidad de reducir al máximo la utilización del sistema de justicia, para resolver la identidad, cuando estuvieron en juego el interés superior del menor, como el legítimo derecho a ser reconocido por su padre biológico.

Lo cual nos instruye que merece ser determinado con medidas legales que consigan no alterar o disminuir los derechos de las personas, porque en este juicio, se evidenció que es plenamente admisible obtener medios alternativos de solución legal en razón a la identidad del niño, niña o adolescente, invocado a la adopción de decisiones equitativas.

Sin menoscabo de los Derechos de las personas, por ello, es preciso señalar la imperiosa necesidad de que se regule las leyes con especial cuidado en la aplicación de medios alternativos en los casos que se hallen en juego la identidad, los intereses, de tal manera que las leyes permitan el desarrollo legítimo de proteger el interés superior del niño.

Al mérito de la causa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado, indicando que son diversos los casos en los cuales ha debido pronunciarse sobre los derechos de los niños, determinando que los niños no sólo “son sujetos de protección especial sino plenos sujetos de derecho” y, en este sentido, lo ha entendido la Corte en sus juzgamientos, se reconoce la protección a sus derechos como un principio ejecutado, a través de los Organismos Interamericanos de Protección del Interés Superior del Niño. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2003)

La normativa que fundamenta este caso se encuentra descrita en las disposiciones constitucionales dispuestas en los Arts. 46, 47, 56 y 78 de la Constitución Venezolana, de igual forma la normativa civil de los Artículos 214 y 215, 115 y 206 del Código de Procedimiento Civil de la República de Venezuela.

La norma constitucional Venezolana en el Artículo 46 sostiene que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral*”, en consecuencia, el Art. 47. 3 indica que “*Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley*”, no obstante el la disposición que consta en el Artículo 56, indica que “*Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad*”. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación”. (Inquisición de Paternidad, 2010, pág. 69)

El Artículo 78 de la mencionada norma constitucional define que: “*Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención*

sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República...”

La normativa de procedimiento civil venezolano dispone en el Artículo 215, que *“La designación de hijos legítimos, aun con la calificación de nacidos de legítimo matrimonio, se entenderá comprender a los legitimados, tanto en las leyes y decretos, como en los actos testamentarios y en los contratos; salvo que se exceptuó señalada y expresamente a los legitimados”*, legitimando así el derecho supremo del interés del niño.

Basados en estos preceptos constitucionales y normativos en materia civil, se ventó este caso de inquisición de paternidad, las disposiciones legales no tuvieron el efecto lógico, en relación a las posiciones concebidas en el juicio, no versó la manera de calificar el derecho que se ventila, y de igual forma se evidencio la falta de pertinencia y eficacia que es en donde se deriva la fuerza de ley, para obtener resultados que permitan la prueba de paternidad, la misma no se pudo concretar dentro del juicio, de tal manera que el dictamen final fue sometido a la fuerza de ley y a los principios estructurales que determina la normativa constitucional y legal venezolana.