



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Identidad biológica vs. Identidad legal: derivado a la presunción de paternidad**

**Sheila Estefany Proaño Logroño**

**Farith Simon Campaña, Dr., Director de Tesis**

Tesis de grado presentada como requisito  
para la obtención del título de Abogada

Quito, septiembre de 2013

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

***"Identidad biológica vs. Identidad legal derivado a la presunción de paternidad"***

**Sheila Proaño Logroño**

Dr. Luis Parraguez  
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Farith Simon  
Director de Tesis

Dr. Jaime Vintimilla  
Informante

Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 18 de Septiembre de 2013

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA/TITULO**

"Identidad biológica vs. Identidad legal: derivado a la presunción de paternidad"

**ALUMNA**

Sheila Estefany Proaño Logroño

**EVALUACIÓN:**

a) Importancia del problema presentado.

El avance de la ciencia ha impuesto nuevas exigencias al derecho, esto es especialmente sensible es lo referido a la filiación y la incorporación de las pruebas de ADN en reemplazo, parcial, de las presunciones de filiación.

En el país existe cierto inmovilismo en materia de derecho de familia, únicamente roto por alguno fallos jurisprudenciales y las normas del Código de la Niñez y Adolescencia en materia de alimentos, sin embargo en los últimos tiempos se ha presentado proyectos del ley que buscan modificar esta situación. El problema actual es determinar si una reforma legal debe establecer, o no, la prevalencia de la verdad biológica en todos los casos o mantener un equilibrio con lo que se conoce como "verdad social", cuando han existido situaciones lícitas de reconocimiento o inscripción a personas que no son hijos/as biológicos como en los casos de reproducción asistida; por esto el tema planteado es de gran actualidad e importancia

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la tesista pone en discusión la consideración, que parece haberse impuesto en el país, de que las pruebas biológicas -en particular el ADN- debe considerarse como elemento único y excluyente para determinar la paternidad o "en



ciertos casos, deberán reconocerse como prioritarios otros temas de entendimiento de la filiación"; por ello considero que la hipótesis planteada es trascendente.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesista utiliza una amplia variedad de documentos y materiales para el desarrollo de su trabajo, considero que el trabajo cuenta con una diversidad de fuentes que permite contrastar los diferentes aspectos analizados en su trabajo, sustentar de manera adecuada su análisis y arribar a conclusiones novedosas en base a las fuentes que ha utilizado.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La investigación de la tesista es de gran calidad y utilidad, no se limita a plantear un problema, trasciende con su trabajo y hace propuestas concretas identificando las diferentes tendencias en la materia, las dificultades que presentarían las soluciones propuestas.

Es un trabajo adecuadamente argumentado, escrito con claridad, coherencia y consistencia. Considero que el mismo tiene una adecuada investigación.

La estudiante justificó adecuadamente la hipótesis planteada, de hecho la tesina podría servir como insumo para quienes están trabajando en la reforma legislativa de esta materia en el país.

  
Farth Simon Campaña  
19/07/2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: -----

Nombre: Sheila Estefany Proaño Logroño

C. I.: 171265784-8

Fecha: Quito, julio de 2013

## Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Identidad biológica vs. Identidad legal derivado a la presunción de paternidad", presentado por la estudiante Sheila Proaño Logroño, previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Luis Parraguez, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;  
Señor Doctor Farith Simon, Director del Ensayo Jurídico;  
Señor Doctor Jaime Vintimilla, Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, decidió asignar a la Defensa Oral la calificación de 94.33/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 97/100, da la nota final de Grado de 95.66/100, equivalente a "A", la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.


Adicionalmente, el Tribunal recomienda la publicación del Ensayo Jurídico, previa edición.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 18 de septiembre de 2013.

  
Dr. Luis Parraguez  
Presidente del Tribunal

  
Dr. Jaime Vintimilla  
Informante del Ensayo Jurídico

  
Dr. Farith Simon  
Director del Ensayo Jurídico

  
Srta. Sheila Proaño Logroño

Todo el contenido del presente documento intitulado "**identidad biológica vs. Identidad legal derivado a la presunción de paternidad**" corresponde a las opiniones y criterios personales de su autor, al igual que las ponencias vertidas en su disertación oral y defensa pública.

De ninguna manera éstas representan o reflejan el criterio institucional de la Universidad San Francisco de Quito, como tampoco de su Colegio de Jurisprudencia, del Decano, Vicedecano, planta docente y demás funcionarios. La institución no asume responsabilidad alguna sobre información, opiniones o criterios contenidos en él.

El autor se hace responsable por acción de cualquier naturaleza que pueda derivarse del presente documento.

AUTOR: Sheila Proaño Logroño



FIRMA DE RESPONSABILIDAD

CI: 1712657848



## **DEDICATORIA**

*A mis padres por haber sido mi soporte durante todos estos años de carrera, por el apoyo incondicional que me ha permitido cumplir con este sueño.*

*A mi hermano Juan Francisco, por ser parte esencial en mi vida, por todas las enseñanzas brindadas a lo largo de mi vida.*

*A la memoria de mi abuelo Marco A., quien desde el cielo sabrá guiarme a lo largo de mi carrera.*

*A todos esos niños que aman a su padre a pesar de no compartir la misma sangre.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A los profesores de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito por todas las enseñanzas impartidas durante estos años de carrera, un reconocimiento especial al Dr. Luis Parraguez R. y Dr. Jaime Vintimilla S., por haber marcado en mi formación académica.*

*Un reconocimiento y agradecimiento especial al Dr. Farith Simon Campaña, quien con su experticia en el ámbito de los Derechos de la Niñez y Adolescencia supo guiarme en la elaboración de la presente tesina.*

## RESUMEN

El descubrimiento del ADN ha puesto en cuestión varios de los artículos recogidos en el Código Civil que rige en el país desde el año 1861 con respecto a la filiación. Los avances científicos y la evolución del derecho a la identidad, han influenciado considerablemente en el surgimiento de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que defienden la prueba científica como única en los juicios de filiación. La promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño ha instaurado una corriente trascendental en defensa de la identidad biológica, cuestionando las normas vigentes del Código Civil para determinar la filiación referentes a la presunción de paternidad, de ahí que se instaure una discusión en cuanto a la identidad biológica *vs.* identidad legal. Sin embargo, la discusión de la filiación no puede enmarcarse al elemento legal y biológico meramente, sino que entra en consideración un tercer elemento imprescindible: la identidad social como elemento fundamental a ser considerado en los juicios de filiación.

El presente trabajo ha sido elaborado en tres capítulos encaminados a desvirtuar la consideración de la prueba de ADN como prueba única y excluyente en los juicios de filiación. A lo largo de la presente tesina presentaremos los fundamentos para desvirtuar el absolutismo con el cual se intenta reglar el sistema de filiación, demostrando de esta manera que lo apropiado es la adopción de un régimen que eventualmente permita el reconocimiento de la dimensión dinámica del derecho a la identidad.

## ABSTRACT

The DNA testing as a way to establish filiation has questioned several rules in the Ecuadorian Civil Code adopted in 1861. The scientific development, as well as the evolution of the right to identity, greatly influenced the emergence of doctrinal and jurisprudential positions defending that the scientific proof of paternity in court, must be the only one to be considered. The adoption of the Convention on the Rights of the Child has introduced a significant position in defense on biological identity, questioning the existing rules of the Civil Code to determine the correspondent filiation, concerning the presumption of paternity; thus, introducing a discussion as to *biological identity vs . legal identity*. Nonetheless, the discussion of filiation cannot be framed purely on the legal and biological elements; a third element must be taken into account: social identity as a key element to be considered in the judgments of paternity.

This work has been structured in three chapters aimed to undermine the consideration of DNA testing as an exclusive and unique proof on the judgments concerning paternity; thus, demonstrating that it is appropriate to adopt a system that will eventually allow the recognition of the dynamic dimension of the right to identity.

## TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria.....	9
Agradecimientos.....	10
Resumen.....	11
Abstract.....	12
INTRODUCCIÓN.....	16
CAPITULO I: CONCEPTOS GENERALES.....	19
1.1.- Definición del Derecho a la Identidad.....	19
1.1.1.- Antecedentes Históricos del Derecho a la Identidad.....	20
1.1.2.- Características del derecho a la identidad:.....	22
1.1.3.- Dos dimensiones del derecho a la identidad.....	23
1.1.3.1- Dimensión estática.....	23
1.1.3.2 - Dimensión Dinámica.....	24
1.1.4 Derecho a la identidad: ¿un derecho personalísimo y un derecho humano?.....	24
1.2.- Identidad Legal: la ley determina la filiación.....	26
1.3.- Identidad Biológica.....	28
1.3.1.- Antecedentes Históricos del derecho a la identidad biológica en el mundo jurídico.....	30
1.3.2.- Conflicto entre lo biológico y lo jurídico: Clases de paternidad.....	33
1.4.- Normativa y Jurisprudencia del Derecho a la Identidad.....	34
1.4.1. - Constitución de la República del Ecuador.....	34
1.4.2 - Código de la Niñez y Adolescencia.....	35
1.4.3.- Jurisprudencia Ecuatoriana.....	36
1.5- Tratamiento Internacional del Derecho a la identidad.....	37
1.6. - Convención sobre los Derechos del Niño.....	37
1.6.1- Análisis y alcance del artículo 7 de la Convención.....	40
1.6.1.1.- Tesis Restrictiva.....	40
1.6.1.2.- Tesis amplia.....	40
1.6.1.3.- Otras interpretaciones.....	41
1.6.1.4.- Cuidado brindado por los padres biológicos.....	41
1.6.2.- Análisis y alcance del artículo 8 de la Convención.....	42
1.6.2.1.- Relaciones familiares conforme a la ley.....	43
1.7.- La filiación.....	43
1.7.1.- Efectos de la filiación.....	46
CAPITULO II: DERECHO A LA IDENTIDAD Y SU IMPACTO EN LA FILIACIÓN.....	49
2.1.- Modelos de protección de la identidad en relación a la filiación:.....	49
2.2.- Identidad legal: Tratamiento de la normativa ecuatoriana de la filiación.....	49

2.2.1. Antecedentes Históricos: evolución de la filiación .....	49
2.2.2 Sistema de Presunciones en el Código Civil Ecuatoriano:.....	51
2.2.3.- Persona concebida dentro del matrimonio o en la unión de hecho .....	52
2.2.3.1- Presunción sobre la época de concepción: presunción de derecho .....	53
2.2.3.2 Presunción de paternidad: presunción de hecho.....	53
2.2.4.- Presunciones de paternidad y derecho a la identidad de menores: Planteamiento del problema .....	54
2.3.- Identidad Biológica: prueba de ADN, una posición biológica para el entendimiento de la filiación .....	55
2.3.1.- Teoría Instintivista o Realista.....	55
2.3.2.- Los métodos científicos y su impacto en la filiación .....	55
2.3.3.- Tratamiento de la prueba de ADN en el Ecuador .....	56
2.3.3.1.- Diferencia entre cosa juzgada sustancial y cosa juzgada formal .....	57
2.3.4.- Eficacia del examen de ADN en los juicios de declaración de paternidad .....	58
2.3.5 El tratamiento del examen de ADN en el Código de la Niñez y Adolescencia .	60
2.3.6 Proyecto de ley de Reformas del Código Civil Ecuatoriano y su posible impacto en la filiación .....	61
2.4.- Identidad Social: El entendimiento de la filiación y del derecho a la identidad, no corresponde tan sólo al elemento biológico .....	63
2.4.1.- Teoría constructivista .....	63
2.4.2.- Importancia del elemento social en la construcción de la identidad .....	63
2.4.3.- Cuestiones que origina la determinación de la filiación en relación con la identidad biológica: adopción y fecundación asistida .....	65
2.5.- Adopción: .....	65
2.5.1.- Conceptos generales.....	65
2.5.1.1.- Adopción Simple.....	66
2.5.1.2.- Adopción Plena .....	66
2.5.2.- Adopción e identidad biológica.....	66
2.6.- Fecundación Asistida .....	67
2.6.1.- Conceptos generales.....	67
2.6.2. - Diferencia entre la procreación homóloga y la heteróloga .....	68
2.6.3.- Identidad biológica y fecundación asistida .....	68
2.6.3.1.- Tesis que defiende el nexo entre el nacido por métodos de fecundación asistida y su progenitor biológico.....	68
2.6.3.1.1. Caso: Marotta vs. Estado de Kansas.....	69
2.6.3.2.- Tesis que defiende tan sólo la posibilidad de conocer la verdad biológica en los casos de fecundación asistida.....	69
2.6.3.3.- Tesis que defiende la donación anónima de gametos .....	70

2.7.- Estado Civil.....	71
2.7.1 Características del estado civil .....	71
2.7.2.- Estado civil e identidad .....	72
2.7.3.- Tratamiento del Estado Civil en el Ecuador.....	73
2.7.4.- Títulos de estado civil .....	74
2.7.4.1.- Título de adquisición.....	74
2.7.4.2.- Título de legitimación .....	74
2.7.4.2.1.- Título formal .....	75
2.7.4.2.2.- Título material.....	75
2.8.- Identidad Social: otro aspecto de la identidad.....	76
2.9.- Conclusión: la influencia del derecho a la identidad del menor en el tratamiento de la filiación.....	76
<b>CAPITULO III: DERECHO A LA IDENTIDAD Y PRESUNCION DE PATERNIDAD</b>	<b>78</b>
3.1.- Sistema de Presunciones de paternidad: ¿un sistema obsoleto? .....	78
3.1.1. Registro Civil y la presunción legal de paternidad.....	79
3.2. Identidad Social: ¿debería influir en la determinación de la filiación? .....	81
3.2.1.- El principio de veracidad o <i>favor veritatis</i> .....	81
3.2.2.- Principio <i>favor legitimatis</i> y <i>favor fili</i> : limitaciones al principio <i>favor veritatis</i> .....	81
3.3. Determinación del vínculo paterno-filial: actos lícitos e ilícitos.....	82
3.3.1- Actos ilícitos.....	82
3.3.1.1- Tribunal Supremo Español: Sentencia T.S. 530/2012 .....	83
3.3.1.2.- Sentencia ecuatoriana: Caso Vela Vargas.....	84
3.3.2. - Actos lícitos.....	86
3.4.- Interés superior del niño .....	87
3.4.1.- Principio del Interés superior del Niño en el Ecuador .....	89
3.5.- La paz familiar: ¿sustento a la tesis de la paternidad social? .....	90
3.5.1.- Interés individual vs. Interés familiar.....	91
3.5.2.- Tratamiento de la familia en la Constitución del 2008 .....	92
3.6.. Hacia un nuevo régimen de entendimiento de la filiación: la evolución del derecho a la identidad y la filiación legal de paternidad .....	93
3.7.- Chile: ¿hacia un nuevo modelo de entendimiento de la filiación?.....	97
3.8.- Ecuador: ¿hacia el sistema restringido de ADN como prueba única? .....	100
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>104</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA:</b> .....	<b>108</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>119</b>

## INTRODUCCIÓN

La filiación y el derecho a la identidad de los menores son dos temas vinculados entre sí considerando que la filiación proporciona una identidad a toda persona. La filiación es entendida como un vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre<sup>1</sup>, cuyo origen comúnmente es el hecho natural de la procreación, pero que jurídicamente puede tener otras fuentes.<sup>2</sup> Por otro lado, el derecho a la identidad personal es considerado por la doctrina como el conjunto de características que individualizan al ser humano.<sup>3</sup> La evolución del presente derecho y la importancia que ha ganado en el campo doctrinario y jurisprudencial, así como los avances científicos con la determinación de la paternidad mediante la prueba biológica del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) enmarcan un antes y un después en el régimen de filiación.

La promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1989, presenta la importancia de la identidad de los menores desarrollada en los artículos 7 y 8, con este instrumento usado como base surge una corriente importante en defensa a la identidad biológica, la cual se adquiere mediante el conocimiento de los orígenes genéticos del menor. Posición que confronta al tratamiento dado por el Código Civil, con respecto al establecimiento legal de la paternidad de la cual surge la identidad legal, adquirida mediante la filiación otorgada por la ley, como es el caso de las presunciones de paternidad. Cabe delimitar el tema al estudio de la paternidad, considerando el principio *mater sempre est certa*, a lo que respecta, en general, la determinación de la maternidad no presenta mayor dificultad “porque se manifiesta por el embarazo y el parto, hechos materiales visibles.”<sup>4</sup> El artículo 24 del Código Civil desarrolla las maneras en las que se establece la filiación, para la presente tesina nos enfocaremos en las presunciones de paternidad, que se enmarca en los hijos concebidos dentro del matrimonio o dentro de la

---

<sup>1</sup> Marco Gerardo MONROY CABRA. *Derecho de Familia y de Menores*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 7ma ed. 2001., p. 45.

<sup>2</sup> Julieta ABELLO. *Plan Nacional de la Formación Judicial: Programa de Formación Judicial Especializada en el Área de Familia*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2007.

<sup>3</sup> Carlos FERNANDEZ SESSAREGO. *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992, p. 113.

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 480, Registro Oficial 333 de 7 de diciembre de 1999.



unión de hecho. El sistema de presunciones tenía como base el determinar si un hijo era legítimo o ilegítimo, tratamiento que se configuró en la adopción del Código Civil de 1861. Esta concepción luego fue abolida, pero a pesar de ello las presunciones continuaron rigiendo en nuestro sistema civil. Ahora se considera de gran actualidad la posibilidad de romper las presunciones de paternidad en fundamento a la defensa del derecho a la identidad del menor.

La doctrina jurídica actual así como la jurisprudencia han presentado un análisis especial respecto a dichas presunciones en contraposición a la verdad científica, de ahí que resulta el planteamiento de la identidad legal *vs.* la identidad biológica. Del análisis del derecho a la identidad, surge también un tercer concepto que en muchos casos no es considerado al momento de discutir la filiación: la identidad social como elemento que permite establecer el vínculo paterno- filial. Es así que en casos especiales, la consideración biológica pierde su fuerza frente al elemento social, cultural y afectivo dentro del cual el menor se desarrolla. La consideración de padre ha ido evolucionando, la doctrina ya se ha pronunciado con respecto a que padre no es siempre el que aporta con el material biológico, “antes el régimen jurídico de la filiación se enfocaba desde la perspectiva de la dificultad de la prueba de paternidad, hoy el problema más acusante es el de definir que es la paternidad”<sup>5</sup>. La discusión que planteamos en la siguiente tesina acerca de la verdad biológica es un tema que no sólo se discute en el derecho de menores, sin embargo, hemos delimitado el tema a ellos, porque en la infancia podrían presentarse mayores conflictos de identidad por intromisiones ilícitas.

Enmarcamos esta tesina en la presunción de paternidad, porque por medio del matrimonio o unión de hecho, se instituye al menor dentro de una familia, este emplazamiento familiar tiene una consideración legal, pero puede no tener un sustento biológico. En el presente trabajo lo que se prevé es comprobar en consideración a las diferentes dimensiones del derecho a la identidad, que la prueba biológica no deberá considerarse como elemento único y excluyente para determinar la paternidad, en ciertos casos, deberán reconocerse como prioritarios otros temas de entendimiento de la filiación. Para el efecto, dividiré esta tesina en tres capítulos.

---

<sup>5</sup> José ALVAREZ – CAPEROCHIPI. *Curso de Derecho de Familia: patria potestad, tutela y alimentos*. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 79

En el primer capítulo se desarrollan los conceptos básicos de la presente tesina, el derecho a la identidad personal y la filiación. El estudio engloba una exposición de la definición, características, dimensión estática y dinámica del derecho en mención, se expone la definición de la identidad legal y la identidad biológica. Hemos dado una relevancia sustancial al análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño, analizamos el artículo 7 y 8 para comprender la interpretación que deberá darse a mencionados artículos. Posteriormente, se desarrolla el concepto y efectos de la filiación para comprender la importancia del vínculo paterno-filial.

El segundo capítulo se enmarca en tres modelos de protección de la identidad en relación a la filiación. En primer lugar, se presenta el modelo del Código Civil con respecto a la identidad legal, del cual se despliega un análisis exhaustivo sobre el origen de las presunciones de paternidad. En segundo lugar, se presenta la posición basada en el elemento biológico, mediante el análisis de la teoría instintivista o realista, los criterios sobre el precedente jurisprudencial que existe en este tema se examina a profundidad, así como el Proyecto de Ley de Reformas al Código Civil que se ha presentado en la Asamblea Nacional. Finalmente, se presenta la teoría constructivista, cuyo planteamiento se basa en la identidad social, que estima insuficiente la consideración del presupuesto biológico como elemento único al momento de tratar la filiación.

El último capítulo analiza la fundamentación del elemento social primordialmente. Se plantea con respecto a la identidad legal si el sistema de presunciones es obsoleto, para ello presentamos las críticas doctrinales y jurisprudenciales que ha recibido el sistema. Posteriormente analizamos la identidad social desde el punto de vista de los actos lícitos e ilícitos para enmarcar los casos en los cuales podría ser considerada. Dentro de esta sección analizamos el interés superior del niño, la paz familiar, los principios *favor veritatis*, *favor legitimatis* y *favor fili*, así como jurisprudencia y el tratamiento chileno con respecto a la posesión notoria para sustentar lo presentado. Finalmente concluimos con una crítica al sistema ecuatoriano, en donde se intenta dar un tratamiento rígido a la filiación, considerando como único el elemento biológico.

## CAPITULO I: CONCEPTOS GENERALES

### 1.1.- Definición del Derecho a la Identidad

FERNÁNDEZ SESSAREGO establece que la identidad es “*el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro.*”<sup>6</sup> En concordancia con este concepto, la doctrina ecuatoriana concuerda en que la identidad se refiere a las diferentes manifestaciones que individualizan al ser humano.<sup>7</sup>

Ahora bien, es sustancial para nuestro análisis el plasmar al derecho a la identidad dentro del grupo de derechos relacionados con el desarrollo los cuales comprenden “los derechos de los niños, niñas y adolescentes a poseer, recibir, o tener acceso a ciertas cosas o servicios que garanticen su desarrollo armónico e integral como seres humanos, en los aspectos físico, intelectual, afectivo y psíquico.”<sup>8</sup> El punto antes citado es primordial en nuestro análisis al considerar al derecho de identidad como una parte fundamental para el desarrollo armónico y efectivo del niño.

Para profundizar el concepto del derecho a la identidad, nos referimos a las diferentes postulaciones doctrinarias. ADRIANO DE CUPIS<sup>9</sup> fue quizás uno de los primeros en tratar este derecho, al analizar su obra dicho autor desarrolla el derecho en mención estableciendo que:

la identidad personal es ser uno mismo, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la misma verdad de la persona. Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida, ya que la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992, p. 113.

<sup>7</sup> Farith SIMON. *Derecho de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los derechos del Niño a las legislaciones integrales*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2008, T.II, p. 114.

<sup>8</sup> *Ibíd.*

<sup>9</sup> Rodolfo Gabriel DÍAZ. *Jornadas Regionales y Nacionales Interdisciplinarias de adopción*. [http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro\\_adopcion/ponencias/EL\\_ACCESO\\_AL\\_EXPTE\\_Y\\_EL\\_DERECHO\\_A\\_LA\\_IDENTIDAD\\_A\\_LA\\_LUZ\\_DE\\_LA\\_L\\_26061.htm](http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/ponencias/EL_ACCESO_AL_EXPTE_Y_EL_DERECHO_A_LA_IDENTIDAD_A_LA_LUZ_DE_LA_L_26061.htm) (acceso 18/02/2013).

<sup>10</sup> Adriano DE CUPIS. *I diritti della personalità*. Milán: Giuffrè, 1989, p. 399.

Para SESSAREGO el derecho a la identidad personal visto como un derecho de cada individuo no fue creada por DE CUPIS<sup>11</sup>. En lo que si concuerdan la gran mayoría de la doctrina estudiada es en el reconocimiento de la importancia que ha tenido la jurisprudencia italiana como base para el desarrollo del significado del derecho a la identidad.<sup>12</sup> Diferentes juristas acuerdan en este aspecto, estableciendo que:

[...] el origen del desarrollo del concepto del derecho de identidad, como un derecho con fisonomía propia; con entidad suficiente para diferenciarse de otros derechos ya reconocidos como el derecho al nombre, a la integridad, al honor, a la intimidad, a la reputación, a la imagen, etc., se lo debemos básicamente a la creación de la jurisprudencia y doctrina italiana [...]<sup>13</sup>.

Para profundizar el análisis del derecho a la identidad nos remitimos al pronunciamiento que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gelman vs. Uruguay* donde estableció que este derecho puede ser conceptualizado como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, comprendiendo además otros derechos según las circunstancias del caso.<sup>14</sup>

### 1.1.1.- Antecedentes Históricos del Derecho a la Identidad

La evolución de la identidad puede verse dentro de tres dimensiones: una filosófica, una psicológica, y una jurídica. En el campo filosófico, se habla de una autoindagación en la que el individuo se responde a preguntas como ¿de dónde vengo? ¿quién soy yo? Estas son preguntas que han inquietado a la humanidad en todos los tiempos.<sup>15</sup> La psicología también ha contribuido en el desarrollo del concepto, en los años sesenta el psicoanalista ERIK ERIKSON había escrito una obra sobre la identidad personal, en la cual se sostenía que:

individualmente hablando, la identidad incluye (pero es más que) la suma de todas las identificaciones sucesivas de aquellos años tempranos en los que el niño quería ser - y era con frecuencia obligado a ser - como la gente de la que dependía. [...] La búsqueda de una identidad nueva y no obstante confiable quizá pueda apreciarse mejor en el constante esfuerzo de los adolescentes por definirse, sobredefinirse y redefinirse.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Carlos FERNÁNDEZ SASSEREGO. *Óp. cit.*, p. 31.

<sup>12</sup> *Id.*, p. 113.

<sup>13</sup> Paulina VELOSO VALENZUELA. *Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación*. [www.velosoycia.cl/ver-publicacion.php?id=7](http://www.velosoycia.cl/ver-publicacion.php?id=7) (acceso 4/01/2013).

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122.

<sup>15</sup> Bertha WATHERSTON DE SAMPÉR. *¿Quién soy?*. México D.F: Panorma Editorial, 2006.

<sup>16</sup> Erik ERIKSON. *Juventud, identidad y crisis*. Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 71-73.

Es así que la psicología establece un aporte fundamental y relaciona a la identidad con aspectos esenciales como la salud mental. La identidad relacionada con el aspecto oficial o administrativo es reconocida de alguna manera desde hace mucho tiempo, esta alegación se fundamenta en las estadísticas y censos de población que hicieron los gobiernos de Europa desde finales del siglo XVII.<sup>17</sup> Para GÓMEZ BENGOCHEA la identidad como la entendemos en el presente es un concepto reciente y adquiere importancia únicamente a partir de la Segunda Guerra Mundial.<sup>18</sup> En los años cincuenta y sesenta también se desarrolla el concepto de identidad:

a partir de los años 50 la idea de que todos necesitamos tener y desarrollar una identidad propia empieza a formar parte del pensamiento de los publicistas y los investigadores de mercado, especialmente en Estados Unidos, y a principios de los 60 el concepto de «identidad», aunque vago, estaba firmemente asentado en gran parte del pensamiento académico y profesional. Los cambios políticos y culturales de los años sesenta lo llevaron a una posición aún más preeminente y pasó a formar parte del vocabulario de gran parte de grupos y causas, incluyendo a feministas, gays, «black militants», campañas para la reforma de prisiones e instituciones de salud mental, etc., difundiéndose de tal manera que, en la actualidad se ha convertido en parte del lenguaje popular habitual.<sup>19</sup>

Posteriormente, en los años setenta y ochenta se desarrolla el derecho a la identidad en la jurisprudencia italiana, la doctrina hace referencia a varias sentencias italianas; dentro de las cuales se cita la sentencia del juez de Roma del 6 de mayo de 1974, en donde se falló en base al derecho de imagen y derecho a la identidad: en un cartel usado para propaganda se reprodujeron imágenes a favor de la abrogación de la ley de divorcio, usando las imágenes de un hombre y una mujer quienes en realidad eran partidarios de dicha ley.<sup>20</sup> Con respecto al derecho a la identidad de menores, su desarrollo como lo conocemos ahora, comienza en 1989 con la Convención sobre los Derechos del Niño, a pesar de que ya se habían suscitado acciones violentando tal derecho, es así que en el Holocausto, ya se veían presentes actos que vulneraban los derechos de los menores, por ejemplo, el tratamiento que se daba a los menores judíos para que pudieran salvarse “jóvenes vivían encubiertos a la vista de todos, pasando como no judíos bajo la protección incierta de documentos falsos y la adopción de una identidad ajena.”<sup>21</sup> Sin duda la promulgación de la

<sup>17</sup> Blanca GÓMEZ BENGOCHEA. *El derecho a la identidad*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-identidad-411463354> (acceso 25/02/2013).

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Santos CIFUENTES. *Derechos personalísimos*. 2da. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 607.

<sup>21</sup> United States Holocaust Memorial Museum. *Diarios de Niños durante el Holocausto*. <http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10008014> (acceso 25/02/2013).

Convención sobre los Derechos del Niño dio la importancia que merecía el tratamiento del derecho a la identidad de los menores.

### 1.1.2- Características del derecho a la identidad:

Sobresalen tres características importantes del derecho a la identidad. En primer lugar, se establece la naturaleza omnicomprensiva de la personalidad del sujeto,<sup>22</sup> es decir que la identidad comprende todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, demostrando lo que uno realmente es.<sup>23</sup> La segunda característica es la objetividad de la identidad personal. Este es un punto sustancial en nuestro análisis, tomando en cuenta que “lo que merece tutela jurídica es la identidad real y no aquella aparente o simulada que la persona pueda arbitraria y subjetivamente atribuirse.”<sup>24</sup> Sostiene el autor citado que la figura de la identidad personal está íntimamente relacionada con la verdad, que debe ser entendida como la realidad cognoscible según los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva.<sup>25</sup> Finalmente, como tercer aspecto se establece la característica de la exterioridad del derecho a la identidad, es decir al sujeto en su proyección social. La identidad es la proyección de la persona en la realidad social, mediante la unitaria configuración de sus atributos esenciales.<sup>26</sup>

Dentro de las características esenciales del derecho a la identidad también se establece que es<sup>27</sup>:

- a) Vitalicio: esta primera característica se atribuye al derecho discutido por ser concedido para toda la vida<sup>28</sup>.
- b) Innato: “pues con el nacimiento aparece la individualidad propia que tiende a mirarse exactamente en el conocimiento de los otros.”<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> Paulina VELOSO VALENZUELA. *Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación.* [www.velosoycia.cl/ver-publicacion.php?id=7](http://www.velosoycia.cl/ver-publicacion.php?id=7) (acceso 4/01/2013).

<sup>24</sup> Carlos FERNANDEZ SASSEREGO. *Óp. cit.*, p. 102.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> José GARCÍA FALCONÍ. *El derecho constitucional a la identidad.*

[http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=5944](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=5944) (acceso 4/01/2013).

<sup>28</sup> Miguel Angel DE MARCO. *Congresos y reuniones científicas.*

[http://www.conicet.gov.ar/new\\_scp/detalle.php?keywords=&id=31233&congresos=yes&detalles=yes&congr\\_id=1231564](http://www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=31233&congresos=yes&detalles=yes&congr_id=1231564) (acceso 4/01/2013).

- c) Originario: “esto es el poder jurídico a su consideración y protección contra las indebidas perturbaciones.”<sup>30</sup>

La Corte Constitucional del Ecuador ha hecho referencia a las características del derecho a la identidad, acogiéndolas en uno de sus fallos, de esta manera sustentamos la aceptación que en nuestro ordenamiento jurídico se establece de éstas:

[...] estableciéndose como características de la identidad el sentido vitalicio de la misma, por ser concedida para el resto de la vida del peticionario, dándole un carácter innato por establecerse la individualidad propia del hombre y originario, ya que constituye el poder jurídico puesto a su deferencia contra posibles vulneraciones [...]<sup>31</sup>

### 1.1.3.- Dos dimensiones del derecho a la identidad

En un principio, las corrientes doctrinarias consideraban que el nombre era la característica sustancial de la identidad.<sup>32</sup> Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una clasificación conceptual más amplia de la identidad, la primera consideración es establecer a la identidad como un aspecto estático y la segunda es la concepción dinámica de la identidad.<sup>33</sup>

#### 1.1.3.1- Dimensión estática

La visión estática hace referencia a los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior, aquí se hace referencia a los signos distintivos como son el nombre, la imagen u otras características físicas.<sup>34</sup> Al hablar de la visión estática se hace referencia a la identificación de las personas, en este punto se incluyen los datos respectivos del nacimiento, filiación, la imagen, y demás caracteres que tienden a ser estáticos.<sup>35</sup> Esta dimensión del derecho a la identidad es:

---

<sup>29</sup> José GARCÍA FALCONÍ. *El derecho constitucional a la identidad*.

[http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=5944](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=5944) (acceso 4/01/2013).

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0001-10-CN de 24 de agosto de 2010.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> Beatriz RAMOS CABANELLAS y Mabel RIVERO DE ARHANCET. *Daños al Proyecto de vida y a la identidad. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el denominado Caso Gelman Vs. Uruguay*. <http://www.cade.com.uy/articulos/sentencia-caso-gelman-vs-uruguay-proyecto-de-vida-identidad.php> (acceso 24/01/2013).

<sup>34</sup> Carlos Fernandez Sasserego. *Óp. cit.*, p. 114.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

comúnmente conocida como «identificación»—, que se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto —mediante señas tales como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, etcétera<sup>36</sup>

### 1.1.3.2 - Dimensión Dinámica

Por otro lado, al hablar del aspecto dinámico de la identidad se hace referencia a la “suma de los pensamientos, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se expresan en el mundo de la intersubjetividad.”<sup>37</sup>

Desde el punto de vista sustancial o material el derecho a la identidad implica el respeto por el conjunto de características que distinguen a la persona en el campo de las creencias, las actitudes, los valores, los comportamientos propios. Es decir, el respeto por el conjunto de características que todo ser humano posee y que proyecta hacia la esfera pública, atributos que le permiten relacionarse con los miembros de su comunidad, con una esencia propia que lo diferencia e individualiza, haciendo de él un sujeto que forma parte de un todo, en este caso la comunidad, pero titular de atributos que los particularizan.<sup>38</sup>

Es así que esta concepción prevé un tratamiento del derecho a la identidad que abarca las características o actitudes del individuo dejando de un lado los aspectos formales y registrables, puesto que “va más allá de la identidad estática, y comprende al conjunto de atributos y calificaciones de la persona, una identidad que se proyecta socialmente, que se enriquece constantemente, que evoluciona y cambia.”<sup>39</sup>

De las posiciones doctrinarias presentadas podemos destacar el conjunto de elementos estáticos y dinámicos del derecho a la identidad, cuyo fin es individualizar al ser humano.

### 1.1.4 Derecho a la identidad: ¿un derecho personalísimo y un derecho humano?

Los derechos personalísimos son una categoría de los derechos, CIFUENTES establece que son “derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales, y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.”<sup>40</sup>

<sup>36</sup> María del Carmen DELGADO MENÉNDEZ. *El derecho a la propiedad como dimensión al derecho a la identidad*. revistas.pucp.edu.pe/index.php/.../article/.../2878 (acceso 21/03/2013).

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> Rafael RODRÍGUEZ CAMPOS. *El cambio de nombre como manifestación del derecho a la identidad personal en el caso de los transexuales*.

<http://www.justiciayderecho.org/revista5/articulos/> (acceso 18/05/2013).

<sup>39</sup> María del Carmen DELGADO MENÉNDEZ. *El derecho a la propiedad como dimensión al derecho a la identidad*. revistas.pucp.edu.pe/index.php/.../article/.../2878 (acceso 21/03/2013).

<sup>40</sup> Santos CIFUENTES. *Derechos personalísimos*. *Óp. cit.*, p. 200.



Todos los derechos personalísimos se fundan en la dignidad del ser humano, que engloban derechos como “la intimidad, la honra, la imagen, la identidad, integridad física, psíquica y moral de la persona.”<sup>41</sup> En el Primer Congreso Interdisciplinario Nacional y del Cono Sur, organizado por la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires y el Servicio de Psicopatología del Hospital Pedro Elizalde se sostuvo que “el derecho a la identidad es de carácter personalísimo.”<sup>42</sup> La jurisprudencia también ha hecho hincapié en este aspecto, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina referente a la solicitud de realizar un examen de ADN a una menor, la Corte “confirmó la decisión de grado que ordenó su producción, con fundamento en el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la menor de conocer su verdadera identidad.”<sup>43</sup> Siguiendo con la misma tendencia, se ha sostenido que el derecho a la identidad es “un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo”.<sup>44</sup> La Corte Constitucional del Ecuador también ha reconocido el carácter de personalísimo a este derecho:

a partir de los derechos personalísimos aparece el derecho a la identidad que supone, en los términos como De Cupis lo ensaya, el ser en sí mismo, la persona con sus propios caracteres y acciones, construyendo la misma verdad de la persona que, por tanto, no puede en sí y por sí ser destruida, porque la verdad, por ser la verdad, no puede ser eliminada [...]”<sup>45</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el derecho a la identidad es un derecho humano que comprende otros derechos correlacionados como son el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, así como al reconocimiento de la personalidad jurídica y a adquirir una nacionalidad.<sup>46</sup>

[...] como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin

---

<sup>41</sup> María Isolina DABOVE CARAMUTO y Adolfo PRUNOTTO LABORDE. *Derecho de la Ancieanidad: perspectiva interdisciplinaria*. República Argentina: Editorial Librería Juris, 2006, p. 94.

<sup>42</sup> Roberto BOQUÉ MIRÓ. *Compilación de notas referidas al derecho de menores*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1999, p. 65.

<sup>43</sup> Corte Suprema de Justicia de Argentina. Causa No. AR/JUR/41235/2010, de 10 de agosto del 2010.

<sup>44</sup> María Cristina Inés DIEZ. “El proceso de adopción y el derecho a la identidad”. *Revista Prudentia Juris* 58 (2004).

<sup>45</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0001-10-CN de 24 de agosto de 2010.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho a un nombre*. <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm> (acceso 18/02/2013).

discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo [...] <sup>47</sup>

Al ser considerado como un derecho humano, se destacan características propias que envuelven a todos los derechos que entran dentro de mencionada categoría, de los cuales se destacan tres características comunes: la universalidad, indivisibilidad e interdependencia. La universalidad hace referencia a la titularidad de estos derechos, pues “éstos adscriben a todos los seres humanos;”<sup>48</sup> la indivisibilidad niega cualquier separación o jerarquía entre los derechos humanos,<sup>49</sup> y la interdependencia señala “la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos.”<sup>50</sup>

La razón por la cual hemos presentado la consideración del derecho a la identidad como un derecho personalísimo y como un derecho humano de manera separada, es por la existencia de dos posiciones doctrinarias con respecto a si los derechos personalísimos pertenecen a un sector de los derechos humanos. Para doctrinarios como CIFUENTES no cabe categorizar a los derechos personalísimos como derechos humanos porque:

los personalísimos pertenecen al orden privado, pues están reconocidos y proclamados como una especie de derechos dotados de protección civil. Por el contrario, la teoría de los derechos humanos, antes del hombre, se preocupa sobre todo, de la tutela pública, aspirando a poner al individuo bajo la protección del ordenamiento político.<sup>51</sup>

Diferimos con el autor porque al ser los derechos personalísimos derechos subjetivos e innatos merecen una regulación prioritaria. En la actualidad, por la naturaleza de los derechos personalísimos, tales como la honra, la vida, el honor, y por supuesto la identidad no cabría considerar una protección meramente civil pues hacen referencia a derechos sustanciales de la persona. Compartimos la posición que establece que los derechos personalísimos pertenecen al sector de los derechos humanos.

## **1.2.- Identidad Legal: la ley determina la filiación**

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> Luis Daniel VÁSQUEZ y Sandra SERRANO. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación y práctica.* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf> (acceso 13/06/2013).

<sup>49</sup> *ibíd.*

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> Santos CIFUENTES. *Derechos personalísimos. Óp. cit.,p. 225.*

La identidad legal tiene como base el tratamiento que da el Código Civil a la filiación. Como lo estableció nuestra Corte Constitucional “por mandato constitucional del derecho a la identidad personal, surge el derecho a la filiación.”<sup>52</sup> La identidad legal o llamada también identidad filiatoria “será aquella que se alcanza mediante el correspondiente estado de familia”<sup>53</sup>, el cual será otorgado por la ley.

La ley toma un rol importante para determinar la filiación, para que surta efectos legales deberá ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que:

la filiación legal es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre.<sup>54</sup>

La jurisprudencia extranjera sostiene que la identidad legal se configura mediante presunciones legales en las leyes nacionales, o aquellas que reconocen efectos jurídicos al consentimiento expresado por los cónyuges, en este segundo caso entran las adopciones o el reconocimiento del marido de un hijo de pareja extramatrimonial, “mediante el consentimiento tácito al no interponer un juicio de desconocimiento de paternidad.”<sup>55</sup> Es así que la identidad legal se refiere al vínculo de filiación que se establece entre el menor y su progenitor por presunciones legales o por el reconocimiento voluntario del progenitor. Lo que se espera es que esta identidad concuerde con la identidad biológica, así se ha expresado la jurisprudencia venezolana, en un recurso de interpretación del artículo 56 de la Constitución del país mencionado referente al derecho a la identidad:

El primero de los artículos -56- consagra el derecho a la identidad de los ciudadanos, derecho el cual se considera inherente a la persona humana y del cual no se puede prescindir, lo cual genera paralelamente una obligación al Estado, consistente en el deber de asegurar una identidad legal, la cual debería coincidir con la identidad biológica, todo ello con la finalidad de otorgar a todo ciudadano un elemento diferenciador con respecto a los integrantes de una sociedad, el cual se interrelaciona y se desarrolla con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.<sup>56</sup>

La Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado con respecto a la identidad legal, sobreponiendo la importancia de la realidad biológica.

Ahora bien, un elemento esencial de todo ser humano para desarrollarse libremente

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0001-10-CN de 24 de agosto de 2010.

<sup>53</sup> Mónica YÉPEZ. *El ADN como medio probatorio en los juicios de filiación*. Tesis doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2001.

<sup>54</sup> *Ibíd.*

<sup>55</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. Causa No. 1443, de 14 de agosto de 2008.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

como persona es la posibilidad de fijar autónomamente su identidad para poder relacionarse con los otros seres humanos. Y esto supone que exista una correspondencia, a partir de bases razonables, entre la identidad que se estructura a partir de las reglas jurídicas y la identidad que surge de la propia dinámica de las relaciones sociales. En efecto, una regulación legal que imponga de manera desproporcionada a una persona una serie de identidades jurídicas -como la filiación legal- diversas de su identidad en la sociedad constituye un obstáculo inconstitucional al libre desarrollo de la personalidad. Todo lo anterior muestra que la filiación legal, como atributo de la personalidad, no puede ser un elemento puramente formal, sino que tiene que tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas a fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad.<sup>57</sup>

De los comentarios jurisprudenciales presentados vemos como el concepto de identidad legal va perdiendo fuerza frente al posicionamiento de la identidad biológica, concepto que analizamos a continuación.

### 1.3.- Identidad Biológica

El conocimiento sobre la verdad biológica se considera un aspecto fundamental para la configuración del derecho a la identidad. Así lo confirma el jurista argentino ROBERTO BOQUÉ MIRÓ estableciendo que: “toda persona insistentemente se interroga por su procedencia y sobre cuál es el origen de su vida; en definitiva, necesita saber de su historia personal lo que constituye un venero cultural que se proyecta a través de las generaciones [...]”.<sup>58</sup> De esta manera, el derecho a la identidad implica una respuesta clara y determinante de sus orígenes.<sup>59</sup> La identidad biológica hace alusión netamente al nexo genético, siendo éste un componente fundamental al momento de poder satisfacer a cabalidad el derecho a la identidad de los menores, considerando que:

Cada vez adquiera [sic] más relevancia el denominado principio de veracidad biológica, del que es un presupuesto el derecho a conocer el propio origen biológico, que para algunos se trata de un derecho fundamental que se encuadraría dentro del derecho a la dignidad de las personas, y que afecta a la propia identidad de las mismas.<sup>60</sup>

El desarrollo de una definición clara sobre la identidad biológica no ha sido recogida en nuestra legislación, ni en los instrumentos internacionales. Es por esto que tenemos que

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad Condicionada. No. C-109/95, de 15 de marzo de 1995.

<sup>58</sup> Roberto BOQUÉ MIRÓ. *Compilación de notas referidas al derecho de menores*. *Óp.cit.*, p. 63.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. *Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/notas-derecho-identidad-verdad-biologica-> (acceso 31/01/2013).

apoyarnos en otras fuentes del derecho para poder dar una concepción clara del significado y establecer el alcance que tiene mencionado derecho. La jurisprudencia ha sido crucial para el desarrollo de una definición sobre la identidad biológica. En el año 2008 el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estableció que:

[...] la identidad biológica debe entenderse como aquella sobre la cual existe un vínculo consanguíneo entre el progenitor, es decir, el ascendiente y su hijo o hija. Adicional a ello, debe destacarse que es ésta la única que puede ser comprobada científicamente en un determinado procedimiento judicial.<sup>61</sup>

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI establece que todo ser humano cuenta con una filiación por el sólo hecho de haber sido engendrado, esta es la concepción de filiación biológica que surge por el acto de la concepción en relación a los progenitores.<sup>62</sup> En este sentido consideramos impreciso decir que existe una filiación biológica, pues el parto es un hecho, no es sino con la ley que se crea un vínculo jurídico, y con ello devienen derechos y obligaciones. Tampoco creemos adecuado separar en filiación biológica y filiación jurídica como lo hace el autor citado, puesto que la filiación es una sola, caso contrario adquirirían derechos y contraerían obligaciones los padres biológicos aún no habiendo sido reconocidos por la ley. Lo que sí cabe es mencionar que el hecho biológico es un presupuesto para establecer el vínculo jurídico.

En el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH hace referencia a la afirmación realizada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en relación con la identidad de los menores sustraídos en Argentina, la misma que cita un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, en la cual se defiende a cabalidad el nexó biológico. Es así que el voto minoritario estableció que prevalece el derecho de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, fundándose este argumento en una base científica, que es la herencia genética acumuladas por las generaciones precedentes. A continuación se sostiene que la personalidad no se forma tan sólo de un proceso de transmisión de actitudes y valores por los padres u otros integrantes del grupo familiar, sino también se forma por las disposiciones hereditarias del sujeto.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Causa No. 1443, de 14 de agosto de 2008.

<sup>62</sup> Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004, pp. 90- 94.

<sup>63</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 124.

Esta primera postura presentada es vista desde la mera consideración biológica sin tener en cuenta otros elementos imprescindibles que conforman la identidad del menor. La Corte IDH consciente de que esta posición no puede ser absoluta, a continuación establece otra visión sobre el tema. Estableciendo en el párrafo siguiente el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, como lo establece el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niños.

Es así que la separación de los menores de su familia constituye una violación a mencionado derecho, y menciona algo primordial “inclusive las separaciones legales del niño de su familia sólo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible temporales.”<sup>64</sup> Un análisis más elaborado sobre el tema lo trataremos en los capítulos posteriores, por el momento nos centramos en presentar con claridad la definición de identidad biológica, que como ya hemos visto es aquella que defiende la importancia de los vínculos sanguíneos. Concluimos con la definición que nos presenta el jurista EDUARDO ZANNONI al mencionar que la identidad genética “[...] se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea, su genoma, a través del cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona.”<sup>65</sup>

### **1.3.1.- Antecedentes Históricos del derecho a la identidad biológica en el mundo jurídico**

La dictadura militar que tuvo lugar en Argentina en los años 1976 – 1983 es lo que da surgimiento a esta corriente en defensa de la identidad biológica.<sup>66</sup> Al mando del gobierno de facto estuvieron Jorge Rafael Videla, Emilio Eduardo Massera, y Orlando Ramón Agosti, comandantes de las tres armas: ejército, marina y aeronáutico, quienes irrumpieron el mandato constitucional de la entonces presidenta María Estela Martínez de Perón.<sup>67</sup> El gobierno de facto consideró un plan para la reorganización gubernamental; para lograr los objetivos propuestos en la dictadura, varias atrocidades fueron cometidas, para lo que nos

---

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Eduardo ZANNONI. *Derecho de Familia*. 5ta. ed. T.II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

<sup>66</sup> Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad Personal. *El trabajo del Estado en la recuperación de la identidad de jóvenes apropiados en la última dictadura militar*. <http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/26-Conadi%202.pdf> (acceso 28/01/2013).

<sup>67</sup> Ministerio de Educación de la Nación Argentina. *Pensar la dictadura: terrorismo de Estado en la Argentina*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación Argentina, 2010.

concierno nos enfocaremos meramente en la apropiación ilícita de menores, pues es con este acto ilícito que se crea una corriente importante en defensa de la identidad biológica. Los responsables de estos actos ilícitos consideraban que para complementar la desaparición de la forma ideológica que pretendían exterminar, era necesario evitar que ésta se transmitiera a través del vínculo familiar, es por ello que se apropiaron de los hijos de muchos de los desaparecidos.<sup>68</sup>

Se estableció un plan sistemático de apropiación de niños. Algunos de los menores nacieron en centros clandestinos de detención durante el cautiverio de sus madres,<sup>69</sup> otros fueron secuestrados junto a sus padres, funcionaban las maternidades clandestinas como el Campo Mayo, Escuela de Mecánica de la Armada, Pozo Banfield, entre otros.<sup>70</sup> Los menores fueron abruptamente separados de sus progenitores por las fuerzas militares que gobernaban Argentina en aquella época, y la gran mayoría fueron entregados a familias ligadas con el poderío militar, provocando así una fractura generacional. Según datos de las organizaciones en defensa de los derechos humanos, se estima que existieron 30.000 desaparecidos de todas las edades.<sup>71</sup> Así también otras instituciones como la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad Personal sostuvo que:

gracias a las investigaciones realizadas por las Abuelas de Plaza de Mayo, se puede estimar que el robo sistemático de niños y bebés durante la última dictadura militar en Argentina (1976-1983) y la sustracción, retención y ocultación de su identidad es un delito que afecta a cerca de 500 jóvenes, dejando una marca insoslayable en la sociedad.<sup>72</sup>

Con estos antecedentes históricos, el gobierno Argentino se convirtió en un precursor del reconocimiento internacional del derecho a la identidad de los niños. Es así que la propuesta original del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niños, el cual se refiere al derecho a la identidad, fue propuesto por la delegación argentina en el año 1985.<sup>73</sup> El año siguiente, se dio inicio al debate de dicha propuesta y la delegación dio la justificación del mismo. La delegación argentina explicó que dicho artículo tiene origen en la reciente historia y se refirió concretamente a las dictaduras militares que usaron el “método represivo de las desapariciones y la utilización del secuestro de niños y el

---

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> *Ibíd.*

<sup>70</sup> Organización Abuelas Plaza de Mayo. *Área psicológica: Derecho a la identidad*. [http://www.abuelas.org.ar/areas.php?area=psicologica.htm&der1=der1\\_psi.php&der2=der2\\_areas.php](http://www.abuelas.org.ar/areas.php?area=psicologica.htm&der1=der1_psi.php&der2=der2_areas.php) (acceso 28/01/2012).

<sup>71</sup> *Ibíd.*

<sup>72</sup> *ibíd.*

<sup>73</sup> Farith SIMON. *Óp. cit.*, 114.

posterior cambio de identidad de éstos.”<sup>74</sup> Los tratadistas han hecho un análisis exhaustivo en cuanto a este artículo, demostrando que la problemática de la identidad biológica no sólo sucedió en Argentina, VAN BUEREN sostiene que también tuvo lugar en varios países como Australia, Chile, Guatemala, y Perú, de la misma manera hace referencia a lo sucedido con los judíos, quienes en la época del Holocausto dejaban a sus hijos a cargo de individuos no judíos para que pudieran salvarse de las atrocidades que en aquella época acontecieron.<sup>75</sup>

El objetivo primordial de la delegación Argentina ante las Naciones Unidas era crear un marco dentro del derecho internacional para prevenir eventuales acontecimientos como los sucedidos y establecer un marco normativo para lograr el restablecimiento de la identidad de los menores.<sup>76</sup> En el proceso de formación de la Convención, la delegación Argentina propuso también que se establezca que los Estados tienen la obligación de restituir al menor a sus familiares con vínculo sanguíneo, esta fue una propuesta impulsada por las Abuelas de Plaza de Mayo; sin embargo, no fue aceptada por la mayoría de los Estados partes a la Convención, quienes consideraron que la decisión de restitución del niño con su familia biológica o no hacerlo, debía dejarse a la decisión soberana de cada Estado.<sup>77</sup>

Ahora bien, la implementación de este artículo trajo varias preocupaciones entre los Estados, la discusión se basaba en los argumentos de que no todos los países contenían el concepto de “identidad” dentro de sus legislaciones, además de las preocupaciones por los avances científicos que habían tomado lugar en el campo de la inseminación artificial y la ingeniería genética.<sup>78</sup> Dentro de los países que alegaban estos argumentos se encontraban Noruega, Los Países Bajos, Estados Unidos, Canadá, Austria y Australia,<sup>79</sup> así mismo sostenían que la problemática que planteaba Argentina ya se encontraba cubierta por otros artículos dentro de sus legislaciones en el ámbito de la “adopción, el nombre y la nacionalidad y las relaciones familiares.”<sup>80</sup> Ante esto la delegación argentina se mantuvo

---

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Geraldine VAN BUEREN. *The International Law on the Rights of the Child*. Países Bajos: Kluwer Law International, 1998., p. 120.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Farith SIMON. *Óp. cit.*, pp. 114-115.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*



firme alegando que los artículos a los cuales se referían estos Estados no cubrían el concepto de identidad, ni se incluían en ellas medidas para el restablecimiento de la misma.<sup>81</sup>

El alcance de la identidad biológica fue concebido por la jurisprudencia y la doctrina en otros ámbitos, ya no sólo en lo que respecta a la apropiación ilícita de menores. Es un concepto que ahora se discute mucho en cuanto a la adopción, la inseminación artificial y en general en la filiación. Lo que resaltamos de esta exposición histórica es la fundamentación del nacimiento de esta corriente, que protege el derecho de los menores a poseer una identidad biológica, pues ésta constituye un elemento sustancial para la formación de la identidad de los niños.

### 1.3.2.- Conflicto entre lo biológico y lo jurídico: Clases de paternidad

Al momento de querer correlacionar el vínculo biológico con el jurídico, no siempre coincide, autores como ROSPIGLIOSI hacen un análisis acerca del tema:

mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen hasta cierto punto. Escapa al Derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma.<sup>82</sup>

El hecho de la procreación tiene como regla evidente que cada hijo tenga un padre que lo fecundó y una madre que lo concibió, pero para el Derecho puede carecerse de uno de ellos, porque “la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.”<sup>83</sup>

La doctrina ha realizado una clasificación interesante de las “clases de paternidad” así lo trata ROSPIGLIOSI, doctrinarios como MORÁN DE VICENZI le denominan “disociaciones de la paternidad”. Esta clasificación presenta las diferentes clases de paternidad que existen:

**a) Paternidad plena:** El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y a la vez tiene una relación jurídica como el matrimonio, que le otorga la calidad de padre

---

<sup>81</sup> *Ibíd.*

<sup>82</sup> Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI. *Óp. cit.*, p. 92.

<sup>83</sup> *Ibíd.*

legal,<sup>84</sup> de esta manera ha quedado determinada la paternidad, ejerciendo los derechos y asumiendo los deberes inherentes que le corresponden.<sup>85</sup>

**b) Paternidad referencial:** “es el padre generante fallecido, cuyo hijo no goza de la presencia física del padre pero es tenido como referente para el hijo quien lo toma como modelo”<sup>86</sup>. Se da en dos casos: cuando el marido ha fallecido o está ausente o en la fecundación *post mortem*. Este tipo de paternidad “sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.”<sup>87</sup>

**c) Paternidad social:** es el padre que no ha engendrado al hijo (no es el padre biológico), pero que convive con el hijo, y es quien se comporta como verdadero padre.<sup>88</sup>

**d) Padre excluido:** es aquel padre que producto de una técnica de reproducción asistida, ha cedido su material genético sin compromiso de asumir una paternidad,<sup>89</sup> en la mayoría de casos se impide que se revele la identidad del donante de semen, por lo que no se puede determinar la verdadera paternidad.<sup>90</sup>

## 1.4.- Normativa y Jurisprudencia del Derecho a la Identidad

### 1.4.1. - Constitución de la República del Ecuador

La Constitución del Ecuador establece en el artículo 45 el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a la identidad, a pesar de no dar mayores pautas al respecto reconoce el rango constitucional del mismo.<sup>91</sup> Así también el artículo 66 numeral 28 dentro de los derechos de libertad, establece el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos, y algo importante que menciona el inciso referido es la importancia de “conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales,

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA Editores, 2005, pp. 75-77.

<sup>86</sup> *Ibíd.*

<sup>87</sup> Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI. *Óp. cit.*, p. 93.

<sup>88</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *Óp. cit.*, p.76.

<sup>89</sup> Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI. *Óp. cit.*, p. 93.

<sup>90</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *Óp. cit.*, p.76.

<sup>91</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.”<sup>92</sup> Para nuestro tema de análisis hay que resaltar el reconocimiento que el artículo mencionado hace a la procedencia familiar como punto sustancial del cumplimiento del derecho a la identidad personal.

El legislador ecuatoriano consideró esencial plasmar el derecho a la identidad dentro de un rango constitucional, éste no se incorpora desde la Constitución del 2008, ya se encontraba recogido anteriormente. En la historia constitucional del país podemos establecer la aparición del derecho a la identidad en la Codificación de 1993, en cuyo artículo 23, se daba un tratamiento a la identidad referente a la inscripción: “al inscribirse el nacimiento no se exigirá declaración sobre la calidad de filiación; y, al otorgarse el documento de identidad, no se hará referencia a la misma, ni a la calidad de adoptado.” En la Codificación de 1996 se incorpora en el artículo 36 el mencionado derecho de la siguiente manera:

los menores tienen derecho a la protección de sus progenitores, de la sociedad y del Estado para asegurar su vida, integridad física y psíquica, su salud, su educación, su identidad, nombre y nacionalidad. Serán consultados de acuerdo con la Ley, protegidos especialmente del abandono, violencia física o moral y explotación laboral. Sus derechos prevalecerán sobre los derechos de los demás.

Posteriormente, el derecho a la identidad se recoge en la Constitución de 1998, en cuyo artículo 23 numeral 24 al hablar de los derechos civiles, se establecía que sin perjuicio de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas “el derecho a la identidad, de acuerdo con la ley.” De la misma manera, establecía en el artículo 49 que “los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía.”

#### **1.4.2 - Código de la Niñez y Adolescencia**

En el Ecuador el derecho a la identidad está desarrollado también en el artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia, donde se incorpora dentro de los derechos esenciales del menor. De la misma manera, el artículo establece de forma no taxativa tres elementos que constituyen el derecho a la identidad: nombre, nacionalidad y sus relaciones de

---

<sup>92</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

familia de conformidad con la ley, estos elementos son también recogidos por la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>93</sup> incorporada en nuestro ordenamiento normativo mediante la ratificación realizada por el Ecuador con el Decreto Ejecutivo No. 1330, publicado en el Registro Oficial 400 de 21 de Marzo de 1990.

El derecho a la identidad tuvo un tratamiento en el primer Código de Menores de 1992, se estableció un Capítulo exclusivo a éste, el Capítulo V contenía tres artículos, en el artículo 34 se planteaba que “el menor será registrado inmediatamente después de su nacimiento, y tendrá derecho a un nombre, a la nacionalidad ecuatoriana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos.” El artículo 35 trataba sobre el certificado de nacido vivo, y el artículo 36 establecía que:

es obligación del Estado preservar la identidad de los menores, sancionando a los responsables de la sustitución o privación de aquélla, de conformidad con la Ley.  
En los casos en que la sustitución de identidad se produjera, el Estado buscará los mecanismos más idóneos para restablecer la verdadera.

De la misma manera el artículo 1 del Derogado Reglamento General al Código de Menores daba un tratamiento a la sustitución de la identidad:

las autoridades judiciales de menores que conozcan del caso de sustitución de identidad de un menor se dirigirán a las autoridades competentes, tanto policiales, como de salud y otras, a fin de restablecer la verdadera identidad. Para el efecto podrán firmar convenios de cooperación.

### **1.4.3.- Jurisprudencia Ecuatoriana**

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre el derecho a la identidad, lo hizo a propósito de la sentencia que estableció la inconstitucionalidad del artículo 257 del Código Civil que regulaba las acciones para investigar la paternidad o la maternidad, el artículo sostenía que dichas acciones prescribían en diez años que habría de contarse desde la mayoría de edad del hijo, al referirse al derecho a la identidad la Corte estableció que:

El derecho a conocer su identidad constituye una garantía constitucional, no solo para los menores de edad, sino también para todas las personas sin distinción de edad, puesto que tiene la plena facultad de investigar sus orígenes, pudiendo de esta manera exigir a quien le ha dado vida que cumpla con las obligaciones que la ley establece para el caso [...]<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

<sup>94</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0001-10-CN de 24 de agosto de 2010.

Adicional a esto, la Corte reconoce la importancia del derecho a la identidad pues el conocer la verdad se configura en un factor importante y un requisito para la dignidad de la persona, así también la relaciona con su autodeterminación y la libertad.<sup>95</sup>

### 1.5- Tratamiento Internacional del Derecho a la identidad

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) no tiene un artículo designado a la identidad, pero si tiene algunos que pueden relacionarse, por ejemplo el artículo 18 que trata sobre el derecho al nombre, el artículo 3 establece el derecho a la personalidad jurídica, derecho cuyo fin es “atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones.”<sup>96</sup> La UNICEF ha relacionado a este derecho con el derecho a la identidad:

en este sentido, el derecho a la identidad consistiría en el reconocimiento del derecho a un nombre, derecho a la nacionalidad y el derecho a la personalidad jurídica que le permiten a un individuo ejercer su ciudadanía.<sup>97</sup>

La Declaración Universal de Derechos Humanos también establece el derecho a la personalidad jurídica en su artículo 6, así también lo hace el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismo que en su artículo 24 inciso dos y tres habla sobre el nombre y la nacionalidad respectivamente. El tratado que merece un tratamiento más detallado es la Convención sobre los Derechos del Niño.

### 1.6. - Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención tiene méritos sumamente importantes en cuanto “intenta actualizar, en un texto global y de carácter vinculante, normas dispersas, para afrontar los problemas de la infancia bajo una perspectiva integrada y una visión abierta a nuestro tiempo”.<sup>98</sup> Según autores, la Convención confirma la tesis de la indivisibilidad y la interdependencia de

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> Law & Iuris. *Derecho a la Personalidad Jurídica.*

<http://www.lawiuris.com/2008/01/27/derecho-a-la-personalidad-juridica/> (acceso 13/07/2013).

<sup>97</sup> UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Ira. Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento.*

[http://www.unicef.org/lac/Desafios-13-CEPAL-UNICEF\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Desafios-13-CEPAL-UNICEF(1).pdf) (acceso 21/02/2013).

<sup>98</sup> Ma. Del Rosario CARMONA LUQUE. *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos.* Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p.75.

todos los derechos humanos, siendo uno de los pocos tratados que han reunido y conciliado toda la familia de derechos humanos.<sup>99</sup>

El derecho internacional ha sido partícipe del desarrollo de este derecho, el cual ha sido incorporado en los artículos 7 y 8 de la Convención. Hubieron Estados que presentaron reservas del artículo 7, entre los países nombramos a Polonia, Emiratos Árabes Unidos, Luxemburgo, entre otros. Así también hubieron Estados que establecieron declaraciones sobre el mismo artículo, entre ellos se encuentran Mónaco y Kuwait.<sup>100</sup> Entre los motivos expuestos al momento de presentar las reservas algunos de los Estados nombrados se pronunciaron con respecto a la prevalencia de las normas internas para la determinación de la nacionalidad de los menores, así como del tratamiento de los hijos adoptivos. Ecuador no presentó ninguna reserva con respecto a los artículos mencionados,<sup>101</sup> con lo que confirmamos la aceptación del país hacia las obligaciones que establece la Convención con respecto al derecho a la identidad. Ahora bien, es importante mencionar que el Comité de los Derechos del Niño es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención y sus tres protocolos facultativos, el primero relativo a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños; el segundo referente a la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y el tercero y más reciente relativo a un procedimiento de comunicaciones que no entra en vigencia por la falta de cuatro ratificaciones más.<sup>102</sup>

El Comité publica su interpretación del contenido de las disposiciones de la Convención mediante observaciones generales,<sup>103</sup> éstas serán de gran ayuda durante el desarrollo de nuestro trabajo pues en aquellos documentos se plantean de manera objetiva como deben adoptarse, o interpretarse los preceptos del instrumento. Podemos resaltar la Observación General No. 5 que estableció el Comité en el año 2003 donde se coloca a los artículos 7 y 8 así como a los artículos 13 al 17 y el apartado a) del artículo 37 bajo los

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*

<sup>100</sup> United Nations Treaty Collection. *Convention on the Rights of the Child*. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) (acceso 4/02/2013).

<sup>101</sup> *Ibíd.*

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> *Ibíd.*

derechos y libertades civiles,<sup>104</sup> aunque posteriormente establece que no son los únicos derechos que entran en aquella categoría “lo que refleja la interdependencia y la indivisibilidad de todos los derechos humanos.”<sup>105</sup> A pesar de no existir una observación general del derecho en discusión, podemos ver el tratamiento del mismo en las observaciones finales que ha realizado el Comité con respecto al cuarto informe periódico presentado por el Ecuador en el año 2010:<sup>106</sup>

a la luz del artículo 7 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado parte garantice la inscripción del nacimiento para todos los niños, incluidos los que pertenezcan a familias migrantes o solicitantes de asilo, y la gratuidad de la inscripción [...]<sup>107</sup>

A pesar de hacer una referencia a la identidad no lo hace directamente al derecho a conocer el origen biológico de los menores, punto que si topa el Comité al referirse al informe de Guatemala:

[...] el Comité recomienda el Estado parte que intente reintegrar a los niños en sus familias biológicas y ampliadas, a lo que debería otorgar prioridad, y garantice a los niños el derecho a la identidad y al restablecimiento de los vínculos familiares [...]<sup>108</sup>

Así también las Cortes internacionales se han referido al mencionado derecho, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que estableció en el caso *Fornerón e Hija vs. Argentina* en el año 2012 lo siguiente:

Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad.<sup>109</sup>

Como hemos visto, en el marco internacional se ha intentado dar un impulso al cumplimiento del derecho en discusión, se enmarca la gran preocupación de las instituciones internacionales por establecer un marco jurídico para lograr el pleno cumplimiento de la Convención.

<sup>104</sup> Comité de los derechos del Niño. *Observación No. 5*. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf?OpenElement> (acceso 4/02/2013).

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador*.

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/CD\\_Concl\\_Obs\\_2010/CRC/53rd%20session/CRC-C-ECU-CO-4S.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/CD_Concl_Obs_2010/CRC/53rd%20session/CRC-C-ECU-CO-4S.pdf) (acceso 4/02/2013).

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> Comité de los Derechos del Niño. *Observaciones del Comité de los Derechos del Niño: Guatemala*. [www2.ohchr.org/english/.../CRC-C-GTM-CO-3-4S.pdf](http://www2.ohchr.org/english/.../CRC-C-GTM-CO-3-4S.pdf)

<sup>109</sup> CIDH. *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*. Fondo. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C, párr. 113.

### 1.6.1- Análisis y alcance del artículo 7 de la Convención

El artículo 7 de la referida Convención<sup>110</sup> hace alusión al derecho que tienen los niños a un nombre, a la adquisición de una nacionalidad y *en la medida de lo posible*, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [las cursivas son mías]. ¿Qué interpretación se tiene que dar al artículo al establecer “en la medida de lo posible”? la respuesta a esta pregunta ayudará a esclarecer el tratamiento del derecho a conocer la verdad biológica. Existen dos corrientes que defienden posiciones distintas en cuanto a su interpretación.

#### 1.6.1.1.- Tesis Restrictiva

La primera corriente parte de una interpretación restrictiva del término, aludiendo que se dará el conocimiento del origen biológico siguiendo el sistema restringido de investigación de la filiación. Esta concepción “parte del texto positivizado del derecho para estimar que su protección igual se puede lograr dentro de un sistema restrictivo de la investigación de la filiación.”<sup>111</sup> Esta corriente sostiene que la investigación de la verdad biológica se realizará en los casos permitidos por la ley, aquellos que critican esta posición establecen que es un “concepto exclusivamente basado en presunciones y, en consecuencia, excesivamente restrictivo respecto del término utilizado.”<sup>112</sup>

#### 1.6.1.2.- Tesis amplia

La segunda posición establece una interpretación más amplia del artículo en mención, como argumento principal se sostiene la voluntad del legislador al momento de la realización de la norma. “Se puede afirmar, por tanto, que el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre

---

<sup>110</sup> Artículo 7. 1. 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.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

<sup>111</sup> Álex F. PLÁCIDO. *Familia, niños, adolescentes y Constitución. Óp. cit.*, p. 195.

<sup>112</sup> *Ibíd.*



investigación de la filiación.”<sup>113</sup> Esta corriente doctrinaria parecería tener mayor fundamento, pues está acorde a la regla general de interpretación de los tratados recogida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, donde se dispone que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”<sup>114</sup> Bajo el principio *in dubio pro homine*, en casos de duda se dará una interpretación más favorable a la persona y al pleno disfrute del derecho.<sup>115</sup> Otro argumento para el sustento de esta tesis se basa en el interés superior del niño.

### 1.6.1.3.- Otras interpretaciones

En el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece la interpretación que merece la inclusión de la frase “en la medida de lo posible” dentro del artículo 7, para ello se requiere analizar diferentes situaciones:<sup>116</sup>

- a) Cuando el padre no puede ser identificado, se refiere a los casos en los que por ejemplo, la madre no sabe quién es el padre o cuando el niño fue abandonado.
- b) Cuando la madre se niega a identificar al padre por circunstancias extremas, por ejemplo en los casos de incesto o cuando el padre del menor violó a la madre.
- c) En los casos en los que el Estado considera que el padre no debería ser identificado, por ejemplo, el tratamiento que se da en ciertos Estados con la adopción.<sup>117</sup>

### 1.6.1.4.- Cuidado brindado por los padres biológicos

Las tesis planteadas anteriormente hacen alusión al derecho a conocer la verdad biológica. Ahora, con respecto a la interpretación que debe darse al sostener en el artículo “en la medida de lo posible [...] a ser cuidado por ellos”, el Manual de Aplicación al cual nos hemos referido anteriormente, establece que para la correcta interpretación debe leerse

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*

<sup>114</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980). Artículo 31.

<sup>115</sup> Jesús María CASAL. *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y fundamentales)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 52.

<sup>116</sup> Rachel HODGKIN y Peter NEWELL. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. [http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html) (acceso 21/02/2013).

<sup>117</sup> *Ibíd.*

teniendo en cuenta tres otros artículos.<sup>118</sup> El primero, el artículo 5 de la Convención que establece que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local.<sup>119</sup> La segunda disposición que debe tomarse en cuenta es el artículo 9 de la mencionada Convención donde se establece que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.<sup>120</sup> Por último, se deberá tomar en cuenta el artículo 18 que establece la obligación de los Estados en garantizar “el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.”<sup>121</sup>

### **1.6.2.- Análisis y alcance del artículo 8 de la Convención**

Este artículo pone énfasis en las acciones ilícitas que podrían perjudicar al derecho a la identidad del menor. Hemos ya mencionado los antecedentes históricos que conllevaron a plantear mencionado artículo con la participación activa del Estado Argentino.

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

Esta disposición en su primer inciso hace hincapié en tres elementos de la identidad: nombre, nacionalidad y relaciones familiares. En lo que respecta a nuestro análisis nos interesa conocer la interpretación que debe realizarse al concepto de las relaciones familiares.

---

<sup>118</sup> *Ibíd.*

<sup>119</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 5. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

<sup>120</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 9. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

<sup>121</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

### 1.6.2.1.- Relaciones familiares conforme a la ley

Este concepto no está del todo claro, pues es el resultado de las enmiendas que realizaron los Estados en el proceso de la elaboración de la Convención.<sup>122</sup> La versión original propuesta por Argentina era que el niño tenga el derecho inalienable a preservar su identidad familiar, sin embargo, hubo oposición de ciertos Estados pues este término de “identidad familiar” no tenía significado en sus sistemas legales, de la misma manera se discutió que se integrara la premisa “conforme a la ley.”<sup>123</sup> Así que se propusieron las enmiendas necesarias para realizar dichos cambios, los cuales fueron aceptados, quedando así el artículo como el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo las relaciones familiares conforme a la ley. Sin embargo, esa no resultó ser la propuesta del Estado Argentino cuyo propósito original era el sostener que la identidad incluye mucho más que las formas legalmente reconocidas de la identidad.<sup>124</sup>

### 1.7.- La filiación

El derecho a la identidad de los menores tiene íntima relación con la filiación, por ello consideramos apropiado esclarecer de manera general a la misma. “La filiación es el presupuesto jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en la que se encuentra una persona como hijo de otra.”<sup>125</sup> Un aspecto importante es también relacionarlo como un presupuesto “consustancial al concepto de persona, en el sentido de que, siendo el estado civil uno de los atributos de ésta, toda persona debe conocer su propia filiación, porque éste [sic] necesariamente existe.”<sup>126</sup> Una definición establecida por HERNÁNDEZ DÍAZ – AMBRONA a propósito del análisis que realiza acerca de la identidad del niño es que:

se trata de una institución rica y compleja donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros, es buena piedra de toque y lugar de enfrentamiento de lo formal y lo material, formalismo y realismo como principios y concepciones jurídicas en continua tensión.<sup>127</sup>

<sup>122</sup> Rachel HODGKIN y Peter NEWELL. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. [http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html) (acceso 21/02/2013).

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> *Ibíd.*

<sup>125</sup> Ignacio GALINDO GARFÍAS. *La filiación y la Familia*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/876/20.pdf> (acceso 28/01/2013).

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. *Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/notas-derecho-identidad->

La palabra filiación deriva de la palabra *filius*, que significa hijo en latín.<sup>128</sup> Entre las definiciones propuestas por la doctrina encontramos a aquellos doctrinarios que definen a la filiación como un *estado*, como un *hecho jurídico*, y otros como un *vínculo jurídico* [las cursivas son mías]. Para MÉNDEZ COSTA la filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación respecto al generado, y menciona que “los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquél.”<sup>129</sup> A manera de aclaración creemos importante establecer que “el estado de las personas es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirles efectos jurídicos o bien la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad, dada por tal conjunto de cualidades.”<sup>130</sup> La Corte Suprema de Justicia de Chile en uno de sus fallos sostuvo que “la filiación es un hecho jurídico, constituye un estado civil, es fuente de derechos y obligaciones [...]”<sup>131</sup> De gran importancia es mencionar que no todos los hechos importan al mundo jurídico “se afirma en doctrina que un hecho está dotado de relevancia jurídica cuando su acaecimiento permite cambiar una realidad preexistente, creándose nuevas situaciones que van a tener una distinta calificación jurídica.”<sup>132</sup> En este punto diferimos, pues el hecho es la procreación y no la filiación en sí.

Consideramos que lo más preciso es establecer a la filiación como un vínculo jurídico, “la filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/ o de actos

---

[verdad-biologica-289835?ix\\_resultado=7.0&query%5Bbuscable\\_id%5D=4&query%5Bbuscable\\_type%5D=Colleccion&query%5Bq%5D=%22adn%22+%22filiacion%22](http://www.vlex.cl/verdad-biologica-289835?ix_resultado=7.0&query%5Bbuscable_id%5D=4&query%5Bbuscable_type%5D=Colleccion&query%5Bq%5D=%22adn%22+%22filiacion%22) (acceso 31/01/2013).

<sup>128</sup> René ABELIUK MANASEVICH. *La filiación y sus efectos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000., p. 39.

<sup>129</sup> *Ibíd.*

<sup>130</sup> Augusto César BELLUSCIO. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001., p. 35.

<sup>131</sup> Corte Suprema de Chile. Causa n° 2564/2006. Resolución n° 24090, de 25 de Septiembre de 2006.

<sup>132</sup> Víctor VIAL DEL RÍO. *La teoría del acto jurídico*. [http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-acto-juridico-275057503?ix\\_resultado=2.0&query%5Bbuscable\\_id%5D=CL&query%5Bbuscable\\_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=hecho+juridico](http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-acto-juridico-275057503?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=CL&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=hecho+juridico) (acceso 10/06/2013).

jurídicos.”<sup>133</sup> Lo interesante de esta definición, similar a la que propone el tratadista PEDRO DI LELLA,<sup>134</sup> es que presenta un concepto que intenta abarcar a todas las clases de filiación, estableciendo como presupuesto no sólo el elemento biológico, sino que incluye también los actos jurídicos.

JUAN LARREA HOLGUÍN establece que la generación de unas personas por otras es la base natural de la relación jurídica que se llama filiación o también referida como paternidad y maternidad.<sup>135</sup> Algo importante que establece la doctrina ecuatoriana, con lo cual fundamentamos nuestra posición, es que “no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existen entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley civil.”<sup>136</sup>

La doctrina clasificó durante mucho tiempo a la filiación en legítima, ilegítima y adoptiva.<sup>137</sup> Sobre esta clasificación trataremos al referirnos de los antecedentes históricos de la filiación.

Ahora bien, el Código Civil del Ecuador en el artículo 24 especifica las formas en las cuales se establece la filiación:

Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

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

Se clasifica a la filiación como matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.<sup>138</sup> La filiación matrimonial hace referencia al hecho del nacimiento del hijo dentro del matrimonio de sus padres.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS. *Derecho de familia y sucesiones*. <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/filiacion-275274459> (acceso 13/06/2013).

<sup>134</sup> Para el tratadista la filiación es “el vínculo jurídico que enlaza o une una persona con otra a las que la ley les atribuye el carácter de madre o padre como consecuencia de un hecho natural o de un acto jurídico.” Pedro DI LELLA. *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 7.

<sup>135</sup> Juan LARREA HOLGUÍN. *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. 5ta. ed. Quito: Corporación de estudios y publicaciones Quito, 1998, p. 318.

<sup>136</sup> *Ibíd.*

<sup>137</sup> *Ibíd.*

El desarrollo de la filiación en nuestro Código Civil es sumamente detallado al recoger presunciones para la determinación de la misma. Este aspecto está ligado con nuestro tema de análisis, pues es así como nuestra ley establece la filiación en un primer momento, y es también de esta manera como al menor se le atribuye una familia. El sistema de presunciones detallaremos en el siguiente capítulo al realizar el análisis histórico de la filiación en el Ecuador y el tratamiento que da el actual Código Civil.

### **1.7.1.- Efectos de la filiación**

Una vez determinada la filiación se da origen a un conjunto de derechos y obligaciones, que surgen a partir del correspondiente estado civil. El CNA establece en el artículo 101 los derechos y deberes recíprocos de la relación parental, en la cual se establece que:

los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad<sup>140</sup>.

En cuanto a los deberes de los progenitores el CNA en el artículo 102 establece el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos, se enlistan varios de los deberes que deben ser cumplidos por los progenitores entre ellos esta velar por su educación, por lo menos en los niveles básico y medio, estimular y orientar su formación y desarrollo culturales, entre otros. De la misma manera, en el artículo 103 del CNA<sup>141</sup> se establecen los deberes fundamentales de los hijos, en donde se incluyen aspectos como el mantener un comportamiento responsable y respetuoso para facilitar a los progenitores el cumplimiento de sus deberes, la asistencia a sus progenitores que requieran ayuda de acuerdo a su edad y capacidad, entre otros.

De la misma manera, el Código Civil, en el Título XI establece los derechos y obligaciones entre padres e hijos. Comienza el título estableciendo que los hijos deben

---

<sup>138</sup> Augusto César BELLUSCIO. *Manual de Derecho de Familia. Óp. cit.*, p. 729.

<sup>139</sup> María Dolores DÍAZ AMBRONA y Francisco HERNÁNDEZ GIL. *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

<sup>140</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 101. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2010.

<sup>141</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 103. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2010.

respeto y obediencia al padre y a la madre.<sup>142</sup> Posterior a eso, incluye obligaciones de alto contenido moral, entre ellos dice que corresponde al padre o/y a la madre el cuidado personal y la crianza de los hijos,<sup>143</sup> regula los casos de inhabilidad física o moral de ambos padres,<sup>144</sup> también se regula la obligación que tienen los hijos con sus progenitores, “aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres, en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.”<sup>145</sup> Obligaciones como estas parecían ser de mero carácter moral, sin embargo, ahora se han proclamado normas que permiten su eficaz cumplimiento, tal es el caso del reclamo de alimentos que puede realizar el anciano:

[...] Los hijos deben respeto y obediencia a sus progenitores, y deben asistirlos, de acuerdo a su edad y capacidad económica, especialmente en caso de enfermedad, durante la tercera edad y cuando adolezcan de una discapacidad que no les permita valerse por sí mismos. Se reconoce acción popular a favor de los ancianos en las reclamaciones de alimentos. Por lo tanto cualquier persona que conozca que los hijos han abandonado a sus padres en estado de ancianidad, pondrá en conocimiento del defensor del pueblo y/o juez de lo civil del domicilio del anciano, el particular y éste de oficio iniciará la acción legal pertinente y fijará la pensión tomando en cuenta las normas establecidas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil que rigen para el efecto [...].<sup>146</sup>

El Código Civil también desarrolla las reglas de sucesión, que se constituye en otro de los aspectos importantes de la filiación.

En la Constitución de la República del Ecuador también se hace referencia a los derechos y obligaciones que surgen de la filiación, al respecto, el artículo 83 numeral 16 establece que:

son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley [...] asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.<sup>147</sup>

<sup>142</sup> Código Civil. Artículo 265. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005. En el Borrador de Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil se pretende modificar este artículo para normar que “los hijos y los padres se deben respeto mutuo”.

<sup>143</sup> Código Civil. Artículo 268. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>144</sup> Código Civil. Artículo 269. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>145</sup> Código Civil. Artículo 266. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>146</sup> Ley del Anciano. Artículo 11. Registro Oficial 376 de 13 de octubre de 2006.

<sup>147</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

De la misma manera el artículo 69 establece que se promoverá la maternidad y paternidad responsables; incluye la obligación del cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, y hace un énfasis especial la ley al decir que “en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.”<sup>148</sup> De esta manera abarcamos de manera general la normativa relacionada con los efectos que produce la filiación.

---

<sup>148</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 69. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.



## **CAPITULO II: DERECHO A LA IDENTIDAD Y SU IMPACTO EN LA FILIACIÓN**

### **2.1.- Modelos de protección de la identidad en relación a la filiación:**

Los ordenamientos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia presentan un tratamiento del derecho a la identidad en relación con la filiación que no es unívoco. La evolución del derecho a la identidad de los menores ha tenido grandes influencias en la filiación. En general se plantean dos posturas distintas con respecto al tema, “los Estados abordan la materia de diferentes formas, privilegiando en unos casos la relación biológica entre el hijo y los progenitores y en otros la relación jurídica,”<sup>149</sup> pero también hay quienes defienden una tercera posición y consideran un tratamiento que abarca los aspectos sociales de la filiación.

### **2.2.- Identidad legal: Tratamiento de la normativa ecuatoriana de la filiación**

#### **2.2.1. Antecedentes Históricos: evolución de la filiación**

En el Ecuador se había trabajado en un Código Civil desde 1855, pero su terminación estaba lejos de ser alcanzada por lo que no se dudó en la examinación del Código de Bello, su aprobación fue dada y comienza a regir desde el año 1861.<sup>150</sup> La normativa que regía en aquella época sobre la filiación distinguía a los hijos en legítimos e ilegítimos. Se consideraban a los hijos legítimos “los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los

---

<sup>149</sup> Blanca GÓMEZ BENGOCHEA. *Derecho a la identidad y filiación*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-identidad-filiacion-411463370> (acceso 25/02/2013).

<sup>150</sup> Carlos PALADINES ESCUDERO. *Sentido y trayectoria del sentimiento ecuatoriano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, pp. 280 – 286.

mismos, posterior a la concepción. Todos los demás son ilegítimos.”<sup>151</sup> JUAN LARREA HOLGUÍN aclara que la legitimidad es la calidad legal originaria, propia de aquel que ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres. Mientras que la legitimación es la calidad superveniente, adquirida en virtud del matrimonio de los padres después de que ha sido concebido el hijo.<sup>152</sup>

Mientras que los hijos ilegítimos eran naturales, de dañado ayuntamiento o simplemente ilegítimos.<sup>153</sup>

Se llaman *naturales* los que han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos [...] se llaman de *dañado ayuntamiento* los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Los que no son reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento, se llaman simplemente *ilegítimos* [cursivas en el original].<sup>154</sup>

La diferenciación de hijos legítimos e ilegítimos se mantuvo hasta el año 1970, “el principio de igualdad de los hijos se incluyó en la Constitución de 1967, pero para efectos hereditarios fundamentalmente.”<sup>155</sup> En efecto, en el artículo 29, cuarto inciso de la Constitución de 1967 se establecía que: “los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen los mismo derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia.”<sup>156</sup> El tratamiento de la Constitución era un avance al trato y diferenciación que recibían los hijos, pero no fue hasta 1969 con la ratificación del Ecuador de la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José, donde se sostiene en el artículo 17 numeral 5 que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como los nacidos dentro del mismo.<sup>157</sup>

Parte fundamental para la determinación de la filiación era el sistema de presunciones, de esta manera servía para probar si un hijo era legítimo o ilegítimo. Esta relación ya lo hizo LARREA HOLGUÍN “la ley facilita la prueba de la legitimidad a través de dos presunciones de suma importancia. La primera se refiere a la época de la concepción y la segunda, a la paternidad del concebido durante el matrimonio de su madre.”<sup>158</sup> A pesar de

---

<sup>151</sup> Luis Felipe BORJA. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. T.I. Paris: A. Roger y F. Chernoviz Editores, 1901, p. 403.

<sup>152</sup> Juan LARREA HOLGUÍN. *Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos*. 4ta ed. T. III. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985., pp. 9-11.

<sup>153</sup> *Ibíd.*

<sup>154</sup> Luis Felipe BORJA. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. *Óp., cit., pp. 404-406.*

<sup>155</sup> Farith SIMON. *Óp., cit.* p.461.

<sup>156</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 29. Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967.

<sup>157</sup> Farith SIMON. *Óp., cit.* p.462.

<sup>158</sup> Juan LARREA HOLGUÍN. *Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos*. 4ta ed. T III. *Óp., cit., p. 14.*

que se eliminó la diferenciación de hijos legítimos e ilegítimos, el sistema de presunciones se mantiene hasta ahora en nuestro Código.

### 2.2.2 Sistema de Presunciones en el Código Civil Ecuatoriano:

Dada la imposibilidad que existía de probar certeramente la paternidad, la ley encontró una manera para solucionar este inconveniente mediante el sistema de presunciones. Las diferentes posiciones doctrinarias se han pronunciado con respecto a la presunción de paternidad atribuida al marido. ZANNONI hace referencia a la frase latina “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”,<sup>159</sup> que quiere decir que padre es el que demuestra las nupcias,<sup>160</sup> en contraposición con la frase latina “*mater sempre est certa*” que establece que la madre siempre es cierta, es decir que con el hecho del parto se establece la maternidad. Por ello las presunciones que presenta el Código se refiere tan sólo a la paternidad.<sup>161</sup>

Para comprender el tratamiento que da el Código Civil para la determinación de la filiación en el caso de matrimonio es importante conocer cómo funciona el sistema referido, para ello comenzamos con la definición de presunción. La palabra *presunción*, proviene del latín *praesumptio*, de las palabras *prae* y *sumere*, que significa “tomar de antemano.”<sup>162</sup> El artículo 34 del Código Civil establece en el primer inciso que “se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.”<sup>163</sup> Para PARRAGUEZ, la presunción es:

la afirmación que hace la Ley de ser verdadero o falso un hecho que en realidad se desconoce. La presunción puede ser de derecho cuando es de carácter absoluto de tal manera que no se admite prueba en contrario; o simplemente legal, cuando se admite probar lo contrario de lo presumido.<sup>164</sup>

Para ALESSANDRI y SOMARRIVA la presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido se llega a aceptar como existente otro

<sup>159</sup> Eduardo ZANNONI. *Derecho de familia*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981, pp. 323-325.

<sup>160</sup> Óscar E. OCHOA G. *Derecho Civil I: Personas*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 330.

<sup>161</sup> *Id.*, p. 378.

<sup>162</sup> Luis Felipe BORJA. *Óp. cit.*, p.445.

<sup>163</sup> Código Civil. Artículo 34. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio del 2005.

<sup>164</sup> Luis PARRAGUEZ RUIZ. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 6ta ed, V.I. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 1999, p. 56.

desconocido.<sup>165</sup> Dicen los mismos autores que “las presunciones se basan en el supuesto de que debe ser verdadero en el caso concreto lo que suele serlo de ordinario en la mayor parte de los casos en que entran aquellos antecedentes o circunstancias conocidas.”<sup>166</sup>

Al hacer referencia a las presunciones, consideramos de suma importancia establecer si existe o no una diferencia con la ficción. “La ficción es un expediente técnico consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad con vistas a producir un efecto jurídico.”<sup>167</sup> La doctrina hace un énfasis importante en cuanto a la similitud que existe con la presunción de derecho, ALESSANDRI y SOMARRIVA haciendo referencia a otros autores establecen que la ficción nunca conviene con la verdad, mientras que la presunción casi siempre lo hace.<sup>168</sup> Dicen también los autores que “las ficciones legales producen un efecto idéntico al de las presunciones de derecho, y es que no admiten prueba en contrario,”<sup>169</sup>

hay que señalar que son muy diferentes los ámbitos y las funciones que desempeñan la presunción y la ficción. Mientras la presunción se desenvuelve, aunque no sea propiamente un medio probatorio, en relación a la prueba de los hechos jurídicos y opera en la realización del derecho sobre la base de criterios de probabilidad normal, la ficción se refiere a la propia realización del derecho, a la extensión de la norma o a su creación a partir de una deformación de los datos de la realidad conscientemente querida por el legislador, y por razones de utilidad.<sup>170</sup>

Una vez expuestas las bases para el entendimiento del sistema de presunciones en el Código Civil, pasaremos a ver el tratamiento normativo del mismo.

### 2.2.3.- Persona concebida dentro del matrimonio o en la unión de hecho

El artículo 24 CC recoge la manera en la que se establece la filiación, nos enfocaremos en el primer inciso:

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.<sup>171</sup>

<sup>165</sup> Arturo ALESSANDRI R. y Manuel SOMARRIVA U. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Tomo II. Chile: Editorial Jurídica, 2011, pp. 485-491.

<sup>166</sup> *Ibíd.*

<sup>167</sup> M.<sup>a</sup> Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS. *Presunción no es ficción*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presuncion-no-ficcion-37761773> (acceso 2/06/2013).

<sup>168</sup> Arturo ALESSANDRI R. y Manuel SOMARRIVA U. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. *Óp. cit.*, p. 488.

<sup>169</sup> *Ibíd.*

<sup>170</sup> M.<sup>a</sup> Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS. *Óp. cit.* p. 59.

<sup>171</sup> La única cuestión que merece énfasis con respecto a la unión de hecho es que ésta cumpla con los requisitos que la ley exija y que sea reconocida por la autoridad competente.

“Esta primera forma de establecer la paternidad se sustenta en dos presunciones: la presunción sobre la época de la concepción, y la presunción de paternidad de marido o del concubino del hijo concebido dentro de matrimonio o unión de hecho.”<sup>172</sup>

### **2.2.3.1- Presunción sobre la época de concepción: presunción de derecho**

La presunción sobre la época de concepción parte del nacimiento que es el hecho biológico conocido, el artículo 62 CC establece como presunción de derecho “que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.”<sup>173</sup> Es decir que “no cabe pensar que una gestación dure más de 300 días, ni tampoco menos de 180.”<sup>174</sup> Según nuestro Código Civil, esta es una presunción que no admite prueba en contrario. LUIS FELIPE BORJA hace un análisis sobre las presunciones de derecho y establece que no son en realidad verdaderas presunciones:

la esencia de la presunción consiste en deducirse prueba de los antecedentes o circunstancias previstos por el legislador o determinados por el juez; al paso que las presunciones de derecho constituyen *reglas siempre obligatorias* [cursivas en el original].<sup>175</sup>

### **2.2.3.2 Presunción de paternidad: presunción de hecho**

La segunda, es la presunción en caso de ausencia del marido,<sup>176</sup> tiene como base el artículo 233 CC donde se establece lo siguiente:

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.<sup>177</sup>

En concordancia con este artículo se debe tomar en cuenta el artículo 238 CC donde se establece que a petición de cualquier persona que tenga interés actual en ello, el juez declarará que “el hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la

<sup>172</sup> Farith SIMON. *Óp., cit.* p.464.

<sup>173</sup> Código Civil. Artículo 62. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>174</sup> Juan LARREA HOLGUÍN. *Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos*. 4ta ed. T III. *Óp., cit.*, p. 15.

<sup>175</sup> Luis Felipe BORJA. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. T.I. *Óp.cit.*, p.445.

<sup>176</sup> *Ibíd.*

<sup>177</sup> Código Civil. Artículo 233. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

disolución del matrimonio, no tiene por padre al marido de la madre de dicho hijo.”<sup>178</sup> O si el marido se encontraba en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer. ALESSANDRI y SOMARRIVA establecen que la presunción referida “consiste aquí en reputar padre al marido de la mujer, y se basa en dos hechos: 1) la cohabitación entre los cónyuges, porque es lo normal y corriente en el matrimonio, y 2) la fidelidad de la mujer al marido, que también se supone natural.”<sup>179</sup>

#### **2.2.4.- Presunciones de paternidad y derecho a la identidad de menores: Planteamiento del problema**

La evolución del concepto del derecho a la identidad de los menores, con sustento en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como las técnicas científicas usadas para la determinación de la filiación han tenido un impacto ineludible en las presunciones de paternidad. Hemos establecido el tratamiento que da el Código Civil del Ecuador para determinar la filiación de una persona por haber sido concebida dentro del matrimonio o dentro de la unión de hecho. Las normas pertenecen a épocas en las que no podía comprobarse de manera científica temas como la concepción o la paternidad.

La paternidad es un hecho que siempre presentó dificultades para probarse, puesto que su determinación deriva de la concepción, acto de carácter íntimo. De ahí que las legislaciones establecieran presunciones que permitían concluir quién era el padre, pero sin certeza científica. Hoy día, gracias a los avances de la biomedicina y la biogenética, se puede determinar la paternidad con un examen de ADN (ácido desoxirribonucleico), que tiene un grado de precisión entre el 98,36 y el 99,9%.<sup>180</sup>

El problema que plantea el tratamiento del Código Civil con respecto a las presunciones y su impacto en el derecho a la identidad de los menores es un tema que trataremos a profundidad en el próximo capítulo. Ahora, pasamos a presentar los otros dos modelos de tratamiento de la filiación que ayudarán a comprender el alcance que ha tenido el derecho a la identidad en la filiación, comenzaremos por el alcance biológico para luego pasar al alcance social.

---

<sup>178</sup> Código Civil. Artículo 238. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>179</sup> Arturo ALESSANDRI R. y Manuel SOMARRIVA U. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Óp. cit, p. 488.*

<sup>180</sup> Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS. *El sistema filiativo chileno.*  
<http://vlex.com/vid/filiacion-biologica> (acceso 26/02/2013).

## 2.3.- Identidad Biológica: prueba de ADN, una posición biológica para el entendimiento de la filiación

### 2.3.1.- Teoría Instintivista o Realista

La teoría instintivista de la determinación de la filiación tiene un soporte meramente biológico. Esta postura defiende la concepción estática del derecho a la identidad.

si los juristas hemos de diseñar nuestras consideraciones de *lege ferenda* teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas, esa naturaleza sólo puede ser la naturaleza estrictamente biológica —aquella que está constituida por los datos genéticos— si aceptamos la teoría instintivista.<sup>181</sup>

Veremos en esta sección como esta postura ha tomado fuerza durante los últimos tiempos y demostraremos si la jurisprudencia ecuatoriana recoge o no esta visión para el entendimiento de la filiación.

### 2.3.2.- Los métodos científicos y su impacto en la filiación

Las normas relacionadas a la filiación, reguladas en el Código Civil fueron establecidas en una época en la que la realización de una prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN) para la comprobación de la filiación era inimaginable. En el año 1853, se crearon las pruebas biológicas relacionadas con la filiación en un Monasterio de Brun en Checoslovaquia con el aporte de Gregorio Mendel, quien estableció aportes importantes en cuanto a la herencia genética con el análisis de plantas, creando así las “leyes de la segregación mendelina” o también llamadas “leyes de la herencia.”<sup>182</sup> Posteriormente, James D. Watson y Francis Crick descubrieron en 1953 la estructura del ADN. En 1985 con los aportes de Alec Jeffrey y colaboradores, se planteó un método de identificación individual que denominaron DNA fingerprinting o huella genética, este avance fue prometedor porque parecía ser la solución tanto en investigación biológica de la paternidad como en criminalística,<sup>183</sup> pues de esta manera se podría lograr determinar la relación biológica de filiación existente entre dos personas analizando su ADN.<sup>184</sup> Este fue

<sup>181</sup> Lorenzo PEÑA. La filiación: *¿hecho o derecho?*. [lp.jurid.net/ms/filiacion.pdf](http://jurid.net/ms/filiacion.pdf) (acceso 18/02/2013).

<sup>182</sup> Primarosa CHERI y Eduardo ZANNONI. *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, pp. 81- 84.

<sup>183</sup> Fabricio GONZÁLEZ ANDRADE. *Ensayos Médicos sobre Genética: La genética Molecular en la Medicina Ecuatoriana*. Quito: Imprenta Noción, 2006, p. 23.

<sup>184</sup> Ma. Corona QUESADA GONZÁLEZ. *La prueba del ADN en los procesos de filiación*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prueba-adn-procesos-filiacion> (acceso 31/01/2013).

un aporte científico que tuvo un impacto en la filiación, puesto que se constituyó en una prueba ineludible para la determinación de la realidad biológica.

### 2.3.3.- Tratamiento de la prueba de ADN en el Ecuador

“Los estudios de ADN están disponibles en nuestro país desde 1997. Antes de este período los casos de filiación, que eran muy pocos, se resolvían mediante el estudio de proteínas séricas y subgrupos sanguíneos.”<sup>185</sup> Desde siempre la triple reiteración de un fallo ha sido sustancial en el desarrollo e interpretación de nuestro derecho. Considerando que la jurisprudencia es “el medio principal por el cual el derecho va armonizándose con las exigencias de la vida jurídica, o sea, con las necesidades éticas, sociales y económicas prevalecientes.”<sup>186</sup>

La Ley de Casación establece que “la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema [...]” Este precepto tiene concordancia con el artículo 185 de la Constitución y el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>187</sup> que ahora regula como deberán establecerse los fallos de triple reiteración con la Corte Nacional.

En cuanto al tema de las pruebas de ADN y el tratamiento que merece en la filiación, la entonces Corte Suprema de Justicia ha establecido fallos de triple reiteración;<sup>188</sup> en ellos se sentó como precedente jurisprudencial obligatorio tres aspectos esenciales. El primero, que las pretensiones sobre investigación de la paternidad deberán ser resueltas por los órganos judiciales teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño, consagrado en el artículo 48 de la Constitución del Ecuador, así como en el artículo 3 numeral 1 de la CDN, ratificada por el Ecuador, disposición que se encuentra incorporada al ordenamiento jurídico ecuatoriano, y que por lo tanto, como menciona la Corte Suprema de Justicia, son

---

<sup>185</sup> Fabricio GONZÁLEZ ANDRADE. *Óp. cit.* p. 25.

<sup>186</sup> Eduardo COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1981, p. 257.

<sup>187</sup> Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 182. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

<sup>188</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 176-2004, de 18 de diciembre de 2004.



preceptos que prevalecen por sobre aquellos del Código Civil.<sup>189</sup> En segundo lugar, se establece que “para la declaratoria judicial de paternidad la prueba de ADN tiene un valor determinante para establecer el nexo biológico entre el progenitor y el hijo,”<sup>190</sup> finalmente se dispone que el fallo que se dicte sobre un caso en particular sobre la declaración de la paternidad de un menor, sin la prueba de ADN u otra similar o de mayor eficacia científica que se descubriere, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, sino solamente formal.<sup>191</sup>

GONZÁLEZ ANDRADE hace alusión a cinco puntos de interés que ha planteado la Corte Suprema del Ecuador, con esto complementamos el tratamiento de la jurisprudencia ecuatoriana:

Primero, que la prueba del ADN ha alcanzado un grado de confiabilidad muy alto por lo que negar su valor sería desconocer los estudios científicos mundiales al respecto. Segundo, se excluyen los exámenes somáticos y hematológicos comparados. Tercero, se resolvió que para declarar la paternidad basta con una prueba de ADN al menor y a su padre, que tenga una certeza igual o mayor al 99,99%. Cuarto, se asigna un valor adicional a la prueba de ADN en aquellos casos en los cuales las resoluciones dictadas sin la mencionada prueba no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial o material. Y quinto, la Corte deja abierta la posibilidad de que otras pruebas de mayor valor científico, que se vayan descubriendo, tengan el mismo valor probatorio y efecto procesal.<sup>192</sup>

### **2.3.3.1.- Diferencia entre cosa juzgada sustancial y cosa juzgada formal**

Como hemos ya establecido en el punto anterior, en aquellos casos donde se ha declarado la paternidad sin haberse practicado los métodos científicos como el ADN, la declaración no causa cosa juzgada sustancial, sino meramente formal. Consideramos que este es un tema que tiene que tomarse en cuenta para conocer el impacto que tienen los métodos científicos a la hora de determinar la filiación. EDUARDO COUTURE establece la diferencia entre cosa juzgada sustancial y cosa juzgada formal,<sup>193</sup> esta definición ha sido

---

<sup>189</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 141-2001 de 11 de diciembre de 2011.

<sup>190</sup> *Ibíd.*

<sup>191</sup> *Ibíd.*

<sup>192</sup> Fabricio GONZÁLEZ ANDRADE. *Ensayos Médicos sobre Genética: La genética Molecular en la Medicina Ecuatoriana*. Quito: Imprenta Noción, 2006, p. 23.

<sup>193</sup> Eduardo COUTURE. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era. ed., Buenos Aires: Depalma, 1997, pp. 416 - 417.

también recogida por nuestra Corte Nacional de Justicia en el año 2009,<sup>194</sup> el doctrinario menciona que:

Por un lado se ofrece al intérprete la situación de que determinadas decisiones judiciales tienen, aún agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan sólo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. A esta forma particular se llama, en doctrina cosa juzgada formal.<sup>195</sup>

Menciona también el mismo autor que la característica sustancial de la cosa juzgada formal es la inimpugnabilidad pero carece de la inmutabilidad. Con ello, lo que se sostiene es que la cosa juzgada formal es eficaz tan sólo respecto del juicio concreto que ha tenido lugar o con relación al estado de cosas (personas, objeto, causa) que se tomaron en cuenta al momento del dictamen.<sup>196</sup> "Existe, en cambio, cosa juzgada sustancial, cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aún en otro juicio posterior."<sup>197</sup> Al considerar a la declaración de paternidad que carece de la evidencia científica como cosa juzgada formal, la jurisprudencia ha puesto en evidencia la importancia de la comprobación del nexo biológico entre el hijo y el progenitor para poder emitir un dictamen certero y determinarlo como cosa juzgada sustancial.

#### **2.3.4.- Eficacia del examen de ADN en los juicios de declaración de paternidad**

La jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado con respecto a la eficacia de los exámenes de ADN, se ha sostenido que:

dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi el cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen [...].<sup>198</sup>

En este sentido se han establecido tres requisitos fundamentales para que la prueba de ADN sea acogida obligatoriamente por el juzgador. Primero, debe tratarse de un examen

<sup>194</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Causa No. 114-2003, de 19 de febrero de 2009.

<sup>195</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Causa No. 114-2003, de 19 de febrero de 2009.

<sup>196</sup> *Ibíd*

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 3962 del 11 de febrero de 1999.

genético o de histocompatibilidad (ADN) dotados de certeza, excluyendo los exámenes hematológicos comparados y somáticos.<sup>199</sup> Segundo, el peritaje ha de haberse actuado conforme a la ley.<sup>200</sup> En tercer lugar, se establece que el informe presentado debe contener una conclusión terminante y absoluta donde se señale que la probabilidad es de casi el cien por ciento. Los fallos señalan que si la prueba no reúne dichos requisitos, el juez no estará obligado a someterse a dicha prueba contra su convicción, teniendo como efecto que la prueba pierda su carácter de legal o tasada<sup>201</sup>. Este término de legal o tasada no es del todo compartida por la doctrina, recordando que este concepto fue desarrollado en una etapa histórica en la cual el legislador tenía como aspiración regular con el máximo rigor posible la actividad mental del juez en el análisis de la prueba, cabe acotar que doctrinarios como DEVIS ECHANDÍA establecen que no se justifica esta concepción, defendiendo el rol del juez actualmente.<sup>202</sup>

Cumplidos estos presupuestos, las pruebas de ADN tienen que ser acogidas obligatoriamente por los órganos juzgadores, es así que para la determinación de la paternidad se ha dejado el enfoque de los preceptos establecidos en el Código Civil por tratarse, como algunos lo llaman de normas positivas “poco humanitarias o poco lógicas,”<sup>203</sup> que cumplieron una función en un momento determinado, cuando no existían pruebas que pudieran establecer de manera certera el nexo biológico. JUAN LARREA HOLGUÍN sostuvo “en cuanto al fondo mismo de la investigación de la paternidad nuestro Código requiere una modernización en el sentido de facilitar la prueba de la paternidad [...]”<sup>204</sup> La jurisprudencia ha criticado severamente el tratamiento que el Código Civil ha tenido sobre la declaración de paternidad:

Es oportuno destacar que las disposiciones del Código Civil sobre declaraciones judiciales de paternidad fueron expedidas en una época plagada de prejuicios en contra de la filiación de los niños concebidos fuera del matrimonio y en que la ciencia no había logrado encontrar medios idóneos para la investigación biológica de la paternidad, el niño prácticamente era un objeto de la relación jurídica de esa investigación; los verdaderos sujetos de esa relación eran los padres; pues la conducta observada por ellos durante la

<sup>199</sup> Lorena CASCANTE. *Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad*. <http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/Eficacia-de-la-prueba-del-ADN%20en%20los%20juicios%20por%20declaración.PDF> (acceso 4 /02/ 2012).

<sup>200</sup> *Ibíd.*

<sup>201</sup> *Ibíd.*

<sup>202</sup> Hernando DEVIS ECHANDÍA. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

<sup>203</sup> Juan LARREA HOLGUÍN. *Igualdad de los cónyuges e igualdad de los hijos*. Quito: CEP, 1967.

<sup>204</sup> *Ibíd.*

concepción del hijo era la determinante para la declaración judicial de la paternidad, o no.<sup>205</sup>

De esta manera observamos como la jurisprudencia ecuatoriana defiende que la declaración de paternidad sea dada con la máxima veracidad usando métodos científicos que dan un resultado casi perfecto. Así relacionamos lo que ya hemos analizado en puntos anteriores sobre el derecho del menor a conocer con certeza su identidad biológica. La jurisprudencia reciente del país toma una postura en donde las pruebas biológicas resultan como las más propicias para la determinación de la filiación y cumpliendo así el concepto estático del derecho a la identidad.

### **2.3.5 El tratamiento del examen de ADN en el Código de la Niñez y Adolescencia**

El artículo dos del Título V del CNA establece que el derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna [...].<sup>206</sup> La ley hace especial énfasis en la determinación de la filiación mediante los exámenes de ADN,

cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.<sup>207</sup>

La ley ha previsto una presunción legal, en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a la prueba científica de ADN que hayan sido dispuestas por el juez. Es así que la ley contempla que se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos,<sup>208</sup> de esa manera se fija la pensión provisional que deberá ser pagada. Si ha sido comprobada la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad se dispondrá la inscripción de la respectiva

---

<sup>205</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 150 – 98 de 9 de junio de 1999.

<sup>206</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Título V Artículo 2. Título con sus respectivos artículos sustituidos por Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de Julio del 2009.

<sup>207</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Título V Artículo 9. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2010.

<sup>208</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Título V Artículo 10. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2010.

resolución en el Registro Civil,<sup>209</sup> y se establecerá la pensión definitiva de alimentos. Otro aspecto también importante es la suficiencia de la prueba de ADN que establece el CNA,

la prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley.<sup>210</sup>

De esta manera se observa el tratamiento que presenta el Código de la Niñez y Adolescencia, con una regulación más moderna, diferente al tratamiento dado por el Código Civil vigente, donde aún prevalecen otros criterios para la determinación de la filiación, importantes cambios se intentan realizar en el Código Civil.

### **2.3.6 Proyecto de ley de Reformas del Código Civil Ecuatoriano y su posible impacto en la filiación**

Al encontrarse en trámite en la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley de Reformas al Código Civil relacionadas con el Libro I, el 11 de abril del 2012 la Asambleísta Silvia Salgado, ex titular de la Comisión de Fiscalización y Control Político, pide a la entidad que se incorpore dentro del debate su propuesta con respecto a la filiación. En la exposición de motivos se hace una referencia al derecho a la identidad, se establece que:

Nuestra Constitución indica que el derecho a la identidad incluye el derecho a tener nombre y apellido, derecho que jurídicamente se establece por la filiación, misma que constituye el vínculo jurídico entre dos personas ya sea por origen natural o por un acto jurídico. El derecho a la identidad permite establecer la procedencia de los hijos/as respecto de los padres/madres, pues en la mayoría de casos es de esa relación que se desprende la identificación de la persona, que la individualiza en relación a las demás y que tiene una incidencia directa en la construcción de la personalidad y en el ejercicio de otros derechos.<sup>211</sup>

De la misma manera se presenta una crítica al modelo arcaico en el cual se basa el Código Civil vigente, “está concebido y erigido sobre la base de un modelo patriarcal [...] envuelve una visión tradicional, anacrónica, moralista, machista, discriminatoria hacia las mujeres; sistema heredado del pensamiento sobre la familia, los hijos y la filiación jurídica del siglo XIX.” Se refiere de esa manera sobre el trato que ha tenido la mujer, argumentando que hasta la fecha se admiten en los procesos judiciales de investigación y

<sup>209</sup> *Ibíd.*

<sup>210</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Título V Artículo 13. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2010.

<sup>211</sup> Asamblea Nacional del Ecuador. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil de abril de 2012.

reconocimiento de paternidad, propuestas por la madre, cuestionamientos a la vida privada y sexual de la demandante.<sup>212</sup> En la exposición de motivos se hace también una referencia a los exámenes de ADN,

Si bien existen fallos de triple reiteración dictados por la ex Corte Suprema de Justicia, que determinan la plena validez de los exámenes de ADN en todo tipo de juicio sobre investigación de paternidad y maternidad [...] en la práctica al no haberse modificado la norma procedimental, como si suceden en los juicios especiales de alimentos/ paternidad del Código de Niñez y Adolescencia, los jueces y juezas civiles, en juicio ordinario, continúan admitiendo prueba testimonial, confesión judicial, material, entre otras, innecesarias frente a la calidad incontrastable de la prueba de ADN en ese tipo de juicios.<sup>213</sup>

Las reformas más relevantes en materia de filiación que se plantea en el Proyecto de Reforma se basan en la inclusión de las pruebas de ADN como prueba única. “la prueba de ADN no admite contradicción y es suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad [...] salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en el presente Código [...]”<sup>214</sup> Claramente se establece que no admite contradicción, en este orden de ideas se plantea que se admitirá como prueba plena de la investigación de la maternidad y la paternidad, o de sus exclusiones, el resultado del examen de ADN, “de las muestras de sangre del hijo y de la persona cuya maternidad o paternidad se investiga o sus descendientes. En el juicio de investigación de la paternidad y maternidad no se admitirá otra prueba [...]”<sup>215</sup> Denota la importancia que el legislador quiere brindar a la prueba biológica como prueba suficiente y podría considerarse que hasta excluyente como hemos expuesto en la presente sección.

El Proyecto fue calificado por el “Consejo de Administración Legislativa por cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución y la Ley el 10 de mayo de 2012 y fue remitido a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado.”<sup>216</sup> Actualmente, en abril del año 2013 se emitió el Borrador de Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil, manteniendo esta visión absolutista para el tratamiento de la prueba de ADN. Para un análisis pormenorizado del Proyecto de

---

<sup>212</sup> *Ibíd.*

<sup>213</sup> *Ibíd.*

<sup>214</sup> Asamblea Nacional del Ecuador. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil de abril de 2012.

<sup>215</sup> *Ibíd.*

<sup>216</sup> Asamblea Nacional del Ecuador. Informe de Labores Silvia Salgado Andrade: Julio 2012- Mayo 2013.

Ley y el Borrador de Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil con la debida comparación al actual Código Civil ver Anexos 1 y 2.

## **2.4.- Identidad Social: El entendimiento de la filiación y del derecho a la identidad, no corresponde tan sólo al elemento biológico**

### **2.4.1.- Teoría constructivista**

La teoría constructivista se contrapone a la teoría instintivista, ponderando otros elementos que deberán tomarse en cuenta a la hora de hablar del derecho a la identidad y la filiación. Esta postura defiende el elemento dinámico de la identidad:

En el modelo constructivista las dos dimensiones - la filiación y la afinidad - son el resultado de un proceso social. Ambas son construidas por la acción humana. Los lazos de parentesco no vienen dados al nacimiento - incluso podríamos decir que ni el “nacimiento”, como acto social, viene dado por el “nacimiento”, como hecho biológico - , sino que son creados por actos deliberados de alimentación, afecto y cuidado.<sup>217</sup>

Esta teoría recoge otra postura, dando prioridad no al nexo biológico, sino a otras maneras de entendimiento de la filiación. La identidad no es sólo biológica, hay muchos otros elementos a ser tomados en cuenta.

### **2.4.2.- Importancia del elemento social en la construcción de la identidad**

El emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia se da en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus progenitores. Esa catalogación jurídica usualmente se encuentra en relación con la identidad genética, pero puede no estarlo.<sup>218</sup> El concepto de padre ha ido evolucionando,

hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de "padres" incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento [...] Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres “sociológicos” del niño, los que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño.<sup>219</sup>

<sup>217</sup> Joan BESTARD. “Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social.” *Revista de Antropología Social* ISSN: 1131-558X (2009), pp. 83-95.

<sup>218</sup> Eduardo ZANONNI. *Derecho de Familia*. 5ta ed. T. II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006, pp. 331-333.

<sup>219</sup> Álex F. PLÁCIDO. *Familia, niños, adolescentes y Constitución*. Academia de la Magistratura: Lima, 2012.

PHILLIPE MALAURIE trae una concepción más interesante en cuanto al tema, después de establecer que en el tema de filiación no hay una sola verdad,<sup>220</sup> establece lo siguiente:

Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”).<sup>221</sup> [traducción autorizada]

En vista de la corriente que ha surgido con respecto al conocimiento de la verdad biológica como sustento fundamental para alcanzar el pleno cumplimiento del derecho a la identidad de los menores y para la determinación de la filiación, es importante tomar en cuenta el elemento social, “advértase que al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana”.<sup>222</sup> En el año 2004 en el XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia donde se discutieron las Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI, se sostuvo que “se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación; y en este sentido son discutibles las posturas biologistas extremas que se han esbozado por algunos autores.”<sup>223</sup> Estos argumentos fundamentan la posición de que la identidad no debe ser considerada como algo meramente biológico, y que la filiación no puede depender meramente de aquel factor, deberá reconocerse otros temas para su entendimiento.

Para esto vamos a centrarnos en dos temas importantes: el primero, será presentar el tratamiento que se da a la filiación y al derecho a la identidad en dos casos particulares que son la adopción y la fecundación asistida, de esta manera sostendremos la importancia que se ha dado al elemento dinámico del derecho a la identidad y que ayudarán al mejor

---

<sup>220</sup> Philippe MALAURIE. *La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines*. <http://www.echr.coe.int/library/annexes/Bulletin%202003-4.pdf> (acceso 18/02/2013).

<sup>221</sup> *Ibíd.*

<sup>222</sup> Juan Carlos MUSE GENERCH. *Inconstitucionalidades en el Código Civil Argentino referentes a plazos y sujetos para determinar los ascendientes del niño*. <http://www.consejosdederecho.com.ar/70.htm> (acceso 19/02/2013).

<sup>223</sup> Mauricio Luis MIZRAHI. *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI : XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3134121> (acceso 21/02/2013).



entendimiento a la hora de la discusión del tema en la presunción de paternidad. En segundo lugar, analizaremos el estado civil con principal enfoque en los títulos formales y materiales del mismo.

### **2.4.3.- Cuestiones que origina la determinación de la filiación en relación con la identidad biológica: adopción y fecundación asistida**

La implicación del concepto de identidad biológica puede ser altamente discutida en dos casos especiales que son la adopción y la fecundación asistida. El planteamiento de estos dos casos ayudará en la fundamentación para esclarecer que la filiación no siempre recae sobre el elemento biológico, también veremos la implicación del derecho a la identidad en los dos casos. A pesar de que estos dos temas merecen un tratamiento individual por la complejidad que presentan, consideramos pertinente desarrollarlos pues aportarán a entender la evolución del derecho a la identidad, y a comprender que el elemento biológico no siempre prima.

## **2.5.- Adopción:**

### **2.5.1.- Conceptos generales**

La ausencia del presupuesto biológico no es impedimento para que se pueda establecer un vínculo análogo al que la procreación determina entre el progenitor y el hijo,<sup>224</sup> es así que se da la adopción. Su evolución se da a mediados del siglo XX, debido a los numerosos casos de orfandad que las guerras provocaron, y ante la aparición de la noción del interés superior del niño,<sup>225</sup>

comienza a adquirir su sentido actual y experimenta un importante desarrollo legislativo marcado por la evolución hacia las nuevas necesidades y tendencias doctrinales, siendo uno de los institutos civiles que sufre más cambios en su regulación entre la postguerra de la Primera Guerra Mundial y el momento presente.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> *Ibíd.*

<sup>225</sup> Blanca GÓMEZ BENGOCHEA. *Casos especiales de filiación: reproducción asistida y adopción.* <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/casos-filiacion-reproduccion-asistida-> (acceso 18/02/2013).

<sup>226</sup> *Ibíd.*

El Ecuador recoge la institución jurídica en su legislación, expresando que la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al menor.<sup>227</sup> La doctrina ha clasificado a la adopción en simple y plena.

#### **2.5.1.1.- Adopción Simple**

Dentro de este tipo de adopción, el adoptado tiene una familia anterior, la cual no se desconoce, no se asimila al adoptado como hijo biológico.<sup>228</sup> Es así que el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural conservando todos sus derechos, lo que si se pierde es la patria potestad, así lo establece el CC en el artículo 325, precepto que es ahora inaplicable desde la vigencia del Código de Menores, pues la adopción simple no es permitida en el Ecuador.

#### **2.5.1.2.- Adopción Plena**

La adopción plena tiene como características más sobresalientes la irrevocabilidad y el aniquilamiento de los lazos de sangre del adoptado, creando así un vínculo adoptivo entre el adoptado y el adoptante, otorgándole un emplazamiento similar al que corresponde a un hijo biológico.<sup>229</sup> Este tipo de adopción es la única aceptada en el Ecuador, así lo establece el artículo 152 del CNA.<sup>230</sup> Se extingue el parentesco entre el adoptado y los miembros de su familia de origen.

#### **2.5.2.- Adopción e identidad biológica**

En base al derecho a la identidad se ha intentado plantear una discusión en torno a la relación del adoptado con sus progenitores biológicos. Ante esto la doctrina ha sido sumamente clara en establecer que:

---

<sup>227</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo151. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003.

<sup>228</sup> Eduardo ZANONNI. *Derecho de Familia. Óp. cit., p. 660.*

<sup>229</sup> María Josefa MÉNDEZ ACOSTA. *Derecho de Familia.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001, pp. 372-375.

<sup>230</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo152. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003.

El adoptado por adopción plena, que no fue, antes, reconocido por sus progenitores, no podrá en principio ser reconocido después ni, tampoco, el adoptado podrá reclamar la filiación que les atribuya, porque tal adopción le ha conferido una filiación que sustituye a la de origen.<sup>231</sup>

Si no se daría este tratamiento a tal problemática, podrían verse comprometidos los fines que sigue tal institución puesto que conduciría a “otorgar al adoptado una acción de revocación de la adopción plena para poder reclamar esa filiación en todo tiempo, y eventualmente idéntica acción a los progenitores biológicos para poder después reconocer a su hijo.”<sup>232</sup> En este sentido, consideramos que no existe mayor discusión en cuanto al tema de la adopción, pues la institución de la adopción plena esta normada en la legislación y el conocimiento de la verdad biológica no podría en ningún caso alterar el emplazamiento familiar. El tratamiento que merece la adopción plena con respecto a la identidad ayuda a comprender el elemento social de la misma.

## **2.6.- Fecundación Asistida**

### **2.6.1.- Conceptos generales**

LOYARTE y ROTONDA establecen que la finalidad de la fecundación asistida es superar la infertilidad cuando las demás terapias hayan resultado infructuosas<sup>233</sup> y sólo en esos casos mencionan las autoras, debería considerarse tal método pues éticamente no es aceptable que estas técnicas se conviertan en una opción alternativa de reproducción, pues se convertirían en una idea de comercio con estandarizaciones de mercado.<sup>234</sup>

El tecnicismo que envuelven los métodos de fecundación asistida merecería un alto grado de precisión y desarrollo, pero para el propósito de presentar la discusión en cuanto a la identidad biológica nos basaremos en la procreación heteróloga, realizando la diferencia pertinente con la procreación homóloga.

---

<sup>231</sup> Eduardo ZANONNI. *Derecho de Familia. Óp. cit., p. 334.*

<sup>232</sup> *Ibíd.*

<sup>233</sup> Dolores LOYARTE y Adriana ROTONDA. *Procreación humana artificial: un desafío bioético.* Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 386.

<sup>234</sup> *Ibíd.*

## 2.6.2. - Diferencia entre la procreación homóloga y la heteróloga

La procreación homóloga se da cuando el semen usado para la concepción proviene del marido, y la heteróloga se da cuando procede un donante diferente a la pareja que por lo general es anónimo.<sup>235</sup>

## 2.6.3.- Identidad biológica y fecundación asistida

El problema que surge de este tipo de procreación heteróloga es que se atribuye al nacido una paternidad distinta de la biológica pues interviene un donante.<sup>236</sup> Por lo tanto, la discusión en cuanto a la identidad biológica también surge en este caso, tres posiciones se establecen en torno a este tema.

### 2.6.3.1.- Tesis que defiende el nexo entre el nacido por métodos de fecundación asistida y su progenitor biológico

Esta tesis considera la posibilidad de que los individuos que nacen mediante la fecundación asistida puedan conocer a su progenitor biológico, esta posición establece la prohibición de que se mantenga el anonimato de los donantes de esperma, pero autores como BARRACO MÁRMOL sostienen una posición que va mucho más allá que el mero conocimiento de la verdad biológica, estableciendo que se debería realizar la fecundación asistida heteróloga siempre y cuando se pueda asegurar el derecho del niño a que su identidad biológica sea preservada y conocida pero además,

sin liberar al padre o madre biológico no integrante de la pareja, y a los demás familiares biológicos de éste de sus obligaciones de patria potestad y familia (similares a las que tiene un padre divorciado y sus familiares), por el carácter de estas obligaciones que son personalísimas e irrenunciables.<sup>237</sup>

Esta tesis plantea no sólo la posibilidad de conocer la verdad biológica, sino va mucho más allá al defender las obligaciones que surgen de este nexo biológico que une al hijo y al donante, es una tesis extrema en cuanto a su posición que desnaturaliza la figura de la fecundación asistida. Para algunos autores, es inconcebible la posibilidad de que la ley

---

<sup>235</sup> Graciela I. ANSELMÍ CABRAL. *Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica*. [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/repro\\_asistida.html](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html) (acceso 18/02/2013).

<sup>236</sup> *Ibíd.*

<sup>237</sup> Ruy BARRACO MÁRMOL. *Protección de la vida e igualdad prenatal del hombre en la República Argentina*. Indiana: Xlibris Corporation, 2010., pp. 247-249.

permita tan sólo conocer los datos de quien es el progenitor, sin que de este conocimiento surjan derechos y obligaciones:

si se tiene en cuenta que existe una estrecha relación entre la investigación de la veracidad biológica y el contenido de la relación paterno- filial, se descarta que dentro de la lógica del régimen de filiación exista una acción con el único fin de conocer los datos generales o el perfil genético del progenitor o progenitores.<sup>238</sup>

### 2.6.3.1.1. Caso: Marotta vs. Estado de Kansas

El caso del estadounidense William Marotta presenta las implicaciones legales que puede tener la donación de gametos. En octubre del año 2012, Marotta recibió una citación del juzgado después de que la pareja de lesbianas, Jennifer Schreiner y Angela Bauer, a quienes había donado el semen en el año 2009 pidieran ayuda al Estado de Kansas para que les proporcione una manutención para la menor.<sup>239</sup> Los hechos del caso son interesantes, considerando que la donación realizada por Marotta y el procedimiento de inseminación no se hicieron bajo la supervisión de un médico. Es por esta razón que se alega que el contrato firmado entre las partes donde se aclaraba que en efecto Marotta era el donante, era nulo.<sup>240</sup> Abogados norteamericanos han hecho sus comentarios respecto al caso que podría convertirse en un precedente judicial importante, al respecto han alegado que el costo de realizar una inseminación es sumamente alto, por lo que se han creado implementos para lograr el procedimiento sin la asistencia de un médico, provocando este tipo de problemas que no han sido considerados por la ley.<sup>241</sup>

### 2.6.3.2.- Tesis que defiende tan sólo la posibilidad de conocer la verdad biológica en los casos de fecundación asistida

Autores como ZANNONI defienden esta posición que se basa en la posibilidad del nacido mediante la fecundación asistida a conocer la verdad biológica pero deja en claro que no se dará un emplazamiento familiar.

<sup>238</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA Editores, 2004, p. 61.

<sup>239</sup> CNN Noticias. *Kansas hits up sperm donor for child support*. <http://edition.cnn.com/2013/01/04/us/kansas-sperm-donation> (acceso 4/06/2013).

<sup>240</sup> *Ibíd.*

<sup>241</sup> Gerry. W. BEYER. *Is the Kansas Sperm Donor Case A Lesson Against Do-It-Yourself Artificial Insemination*. [http://lawprofessors.typepad.com/trusts\\_estates\\_prof/2013/01/is-the-kansas-sperm-donor-case-a-lesson-against-do-it-yourself-insemination.html](http://lawprofessors.typepad.com/trusts_estates_prof/2013/01/is-the-kansas-sperm-donor-case-a-lesson-against-do-it-yourself-insemination.html) (acceso 18/01/2013).

no creemos que por sumisión incondicional a la realidad biológica deba llegar a comprometerse la seguridad jurídica que implica una identidad social o existencial consolidada a través de un emplazamiento que, por razones de política familiar, merece ser preservado. Pero esto no obsta a que se respete el derecho de toda persona a acceder al conocimiento de esa realidad biológica.<sup>242</sup>

También se ha planteado el argumento de que el derecho a la identidad es un derecho humano que tiene que ser provisto de todos los medios necesarios para su cumplimiento.

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, la reproducción humana y a la identidad, entran en juego en la reproducción humana asistida [...].<sup>243</sup>

Esta tesis no vulnera el derecho a la identidad, pero tampoco irrumpe con la finalidad de los métodos de fecundación asistida. Además, algo que es advertido en la doctrina es el elemento determinante que fija la filiación en estos casos, siendo el consentimiento de someterse a estas técnicas por parte del hombre para que a la mujer le practiquen las mencionadas técnicas y de la mujer para someterse a ellas.<sup>244</sup>

### **2.6.3.3.- Tesis que defiende la donación anónima de gametos**

Aún existen quienes defienden la donación anónima de gametos, encontramos dos argumentos frecuentes de quienes sostienen dicha postura. El primer argumento se basa en la idea de que no es en el mejor interés del niño el conocer sobre su concepción artificial. Segundo, la seguridad del donante de no recibir demandas en un futuro para el cumplimiento de sus obligaciones como padre biológico.<sup>245</sup> El Comité de los Derechos del Niño ha sido sumamente crítico en este sentido, haciendo un llamado a los Estados que defienden esta postura en sus legislaciones, así lo hizo con países como Noruega que sostienen la donación anónima y con Suiza, país que contiene una ley especial para el tratamiento y que permite al menor conocer la identidad del donante si tiene un interés legítimo, aún así el Comité considera que no es suficiente y expresa su preocupación por lo

<sup>242</sup> Eduardo ZANONNI. *Derecho de Familia*. Óp. cit., p. 334.

<sup>243</sup> Iván ESCOBAR FORNOS. *Derecho a la Producción Humana Inseminación y fecundación in vitro*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm> (acceso 18/01/2013).

<sup>244</sup> Pablo CORNEJO AGUILERA. *Estatuto filiativo y principios constitucionales*. Revista Jurídica Derecho y Humanidades, No 16 vol. 2 (2010) pp. 43-61.

<sup>245</sup> Rachel HODGKIN y Peter NEWELL. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. [http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html) (acceso 21/02/2013).

que ha de interpretarse por interés legítimo.<sup>246</sup> Esta tesis ha recibido grandes críticas por no asegurar el derecho a la identidad del menor, aunque sus defensores argumentan que si no fuera el tratamiento dado de esta manera, se impondría grandes restricciones científicas, considerando que nadie donaría su material genético.<sup>247</sup> Con la presentación de estos dos casos particulares se demuestra que la configuración de la identidad del menor no es meramente biológica.

## 2.7.- Estado Civil

Para continuar el análisis del concepto social del derecho a la identidad y su relación con la filiación es importante desarrollar el concepto de estado civil. En general podríamos establecer que se refiere a:

la posición que cada uno ocupa en la sociedad y en la familia, lo reviste de cualidades o condiciones jurídicas especiales y le da un estado civil determinado [...] desde el punto de vista de la familia será casado, viudo o soltero; marido o mujer casada; padre, madre o hijo [...].<sup>248</sup>

Es así que “el estado civil es la posición que ocupa en la familia y en la sociedad y de la cual se derivan para ella derechos y obligaciones civiles.”<sup>249</sup> Otra definición dada por la doctrina es que el estado civil de una persona es la relación concreta que guarda en relación con la familia.<sup>250</sup>

### 2.7.1 Características del estado civil

ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC<sup>251</sup> resaltan cuatro características esenciales del estado civil:

- a) Todo individuo posee un estado civil, siendo un atributo de la personalidad es inconcebible que alguien no lo tenga.
- b) Es uno e indivisible. Pero se puede hablar de dos estados civiles cuando el origen

<sup>246</sup> *Ibíd.*

<sup>247</sup> Álex F. PLÁCIDO. *Familia, niños, adolescentes y Constitución. Óp. cit.*, p. 238.

<sup>248</sup> Luis CLARO SOLAR. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 10.

<sup>249</sup> *Ibíd.*

<sup>250</sup> Soto ÁLVAREZ. *Prontuario de Introducción al estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil*. México D.F : Editorial Limusa, 2005, p. 86

<sup>251</sup> Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. T.I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 433 – 435.

- del estado civil emana de hechos diferentes, se puede ser hijo y a la vez ser casado.
- c) Las leyes que rigen el estado civil son de orden público. “El estado civil está fuera del comercio humano y por ende, no puede renunciarse, transferirse ni transmitirse.”<sup>252</sup> Tampoco puede adquirirse por prescripción, pues sólo pueden adquirirse por prescripción las cosas que están en el comercio humano.<sup>253</sup>
- d) Es permanente, un estado civil no se pierde mientras otro no sea adquirido, “un individuo soltero no pierde esta calidad mientras no contraiga matrimonio.”<sup>254</sup>

### 2.7.2.- Estado civil e identidad

Para esclarecer si existe o no una diferencia entre el estado civil y la identidad recurriremos al derecho penal, pues es en esta rama donde se ha puesto en debate este aspecto a propósito del tratamiento de los delitos que envuelven el estado civil. El reconocido penalista EDGARDO DONNA analiza la supresión de la ley argentina 24.410 sancionada el 30 de noviembre de 1994 que sustituyó la rúbrica del *Capítulo II Supresión y Suposición de Estado Civil, por Supresión y Suposición de Estado civil y de la Identidad* [cursivas en el original].<sup>255</sup> Al respecto DONNA establece que “ampliando de esa forma, por lo menos en la intención, el bien jurídico protegido, que hasta ese momento era la posesión de estado civil, por el derecho a la identidad de las personas”. El jurista hace un análisis para presentar si existe o no una diferencia entre el estado civil y la identidad. Al respecto se manifiesta aceptando la existencia de diferentes interpretaciones al respecto.

Para una corriente doctrinaria no existe una trascendencia sustancial en cuanto a la modificación pues “no existe diferencia entre estado civil e identidad, por cuanto esta última deriva de aquél.”<sup>256</sup> La otra posición se manifiesta en sentido contrario, argumentando que “la identidad es un concepto que abarca el estado civil, y sería omnicomprendivo de todo lo relacionado con el tema.”<sup>257</sup> Consideramos que la identidad ya no se configura como un mero elemento del estado civil, cada vez ha llegado a obtener su autonomía, aunque sigue teniendo un vínculo estrecho irrefutable con el estado civil.

---

<sup>252</sup> *Ibíd.*

<sup>253</sup> *Ibíd.*

<sup>254</sup> *Ibíd.*

<sup>255</sup> Edgardo Alberto DONNA. *Derecho Penal Parte Especial*. T.II-A. Buenos Aires: Rubizal Culzoni, 2001, p. 10.

<sup>256</sup> *Ibíd.*

<sup>257</sup> *Ibíd.*



RUBÉN FIGARI al referirse a la supresión en mención se ha pronunciado estableciendo que “se ha querido determinar que la identidad ha dejado de ser un simple dato del estado civil para pasar a ser un derecho con jerarquía constitucional.”<sup>258</sup>

El objeto de protección abarca no sólo el estado civil, sino también la nacionalidad, el nombre y el derecho del niño a conocer a sus padres, de modo que la norma tiene como objeto defender la identidad del menor que es negado cuando se anota como hijo propio a un niño ajeno o se falsea dolosamente su identidad no mediando procedimiento de adopción o entrega del niño con participación del juez de menores por la forma legal pertinente.<sup>259</sup>

Para profundizar el tema que hemos planteado, nos referimos al Código Penal del Ecuador, donde en el Título IX se establecen los Delitos Contra el Estado Civil, y en el Capítulo II de mencionado título se trata *De los delitos que se dirigen a destruir o impedir la prueba del estado civil de un niño* [las cursivas son mías],<sup>260</sup> sin hacer mención a la identidad como se hace en la legislación argentina a la que nos hemos referido.

### 2.7.3.- Tratamiento del Estado Civil en el Ecuador

El artículo 331 del CC establece que “el estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles.”<sup>261</sup> Esta definición del artículo no parece ser del todo clara, al analizar el mismo artículo en el Código Civil Chileno, CLARO SOLAR hace una referencia a la manera en la que se expone al estado civil, estableciendo que no da una idea precisa porque parecería referirse a la capacidad jurídica de las personas naturales.<sup>262</sup> Sostiene CLARO SOLAR que “no podía ser esta la mente del sabio autor del Proyecto que en los artículos siguientes de este título que el Código ha conservado, hablaba del estado civil de casado o viudo, del estado civil de padre o hijo legítimo del estado civil de padre, madre o hijo natural.”<sup>263</sup> Estas alusiones de hijo legítimo o hijo natural ya no se encuentran en nuestro CC, pero el artículo 332 del CC si hace mención al estado civil de casado, divorciado, viudo, padre e hijo. Concluye el jurista dando una definición en el sentido que el artículo del CC lo

<sup>258</sup> Rubén E. FIGARI. *Supresión o alteración de identidad de un menor y falsedad de instrumento público*. <http://rubenfigari.com.ar/?p=238> (acceso 21/02/2013).

<sup>259</sup> *Ibíd.*

<sup>260</sup> Código Penal del Ecuador. Artículo 541. Registro Oficial Suplemento 147.

<sup>261</sup> Código Civil. Artículo 331. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>262</sup> Luis CLARO SOLAR. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 10.

<sup>263</sup> *Ibíd.*

contempla, estableciendo que:

es la posición o calidad permanente del individuo en razón de la cual goza de ciertos derechos o se halla sometido a ciertas obligaciones: es la reunión de las relaciones por las cuales un individuo está unido a los demás hombres en la sociedad.<sup>264</sup>

Así también ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC al interpretar el artículo en mención en el Código Chileno establece que no deberá confundirse el estado civil considerado como “un vínculo que une al individuo con la familia, con el medio social en que actúa” con la capacidad pues ésta “es una noción que ningún vínculo supone: es simplemente la aptitud para adquirir y ejercer derechos.”<sup>265</sup>

#### **2.7.4.- Títulos de estado civil**

Se establece con respecto de los títulos que éstos constituyen “el medio de prueba inexcusable del estado civil a los efectos de su oponibilidad *erga omnes*. De modo que el matrimonio, la filiación, etcétera, se prueban exclusivamente por las respectivas partidas que los acrediten [cursivas en el original]”.<sup>266</sup>

##### **2.7.4.1.- Título de adquisición**

La noción de estado civil manifestada como una cualidad propia de la persona es consecuencia de haberse producido un hecho que determina el nacimiento de aquél. “A este hecho del cual surge el nacimiento de un estado civil se denomina título de adquisición”<sup>267</sup>

##### **2.7.4.2.- Título de legitimación**

El título de legitimación es el que se identifica con el ejercicio del mismo, es decir de las facultades que comporta su estado civil. En este sentido la doctrina ha hecho una

---

<sup>264</sup> *Ibíd.*

<sup>265</sup> Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. T.I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp. 433 – 435.

<sup>266</sup> Julio César RIVERA. *Instituciones de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 581.

<sup>267</sup> Carlos MALUQUER DE MOTES. *Derecho de la Persona y Negocio Jurídico*. Barcelona, Casa Editorial S.A., 1993, p. 53.

distinción importante que ayuda a exponer el alcance del estado civil. Al respecto se habla del título del estado civil en sentido formal y material.

#### **2.7.4.2.1.- Título formal**

El título formal del estado civil hace referencia al instrumento del cual emerge el estado de familia. El artículo 332 del CC establece que “el estado civil de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se probará con las respectivas copias de las actas de Registro Civil.” Se refiere al contenido de lo establecido en la inscripción registral.

#### **2.7.4.2.2.- Título material**

ZANNONI sostiene que el título en sentido material hace alusión al emplazamiento del individuo en un estado de familia,<sup>268</sup> en este sentido se tomarán en cuenta diferentes aspectos como será el comportamiento que se da dentro de la familia, el trato del padre con el hijo, que haya brindado su cuidado, etc. En este sentido la doctrina se refiere a la posesión notoria.<sup>269</sup> Es una de las pruebas del estado civil. La posesión notoria es un elemento importante que aclara la importancia del aspecto social del cual hemos estado tratando. Es interesante el tratamiento que da la ley chilena a la posesión notoria en relación al aspecto biológico.

La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.<sup>270</sup>

El tratamiento que se da a la posesión notoria en el sistema chileno será desarrollado más adelante.

---

<sup>268</sup> Eduardo ZANNONI. *Manual del Derecho de Sucesiones*. 4ta ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999, p. 34.

<sup>269</sup> Carlos MALUQUER DE MOTES. *Óp.cit.*, p. 54.

<sup>270</sup> Ley No. 19.585 (Chile). Artículo 200. 26 de octubre de 1998.

## 2.8.- Identidad Social: otro aspecto de la identidad

Como hemos expuesto de los casos presentados hasta aquí sobre la adopción y la procreación asistida, así como los títulos materiales del estado civil podemos resaltar que la identidad ya no es sólo biológica ni legal. Ésta envuelve una apreciación más amplia como es la social. La aceptación de una filiación no biológica es discutida, pues se alude usualmente el empleo del “vínculo biológico” como factor determinante en la filiación:

así pues, a duras penas las sociedades humanas históricas han aceptado como lícita la filiación social no biológica. Hoy las mentalidades están empezando a cambiar, pero poco a poco. La ideología de la fuerza de la sangre sigue todavía ocupando un pedestal.<sup>271</sup>

La filiación “indica una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación para mantener vínculos constantes entre sujetos llamados padre, madre e hijos.”<sup>272</sup> El hecho del parto ya no enmarca un requisito fundamental para la determinación de la filiación. Una apreciación más amplia que envuelve otros factores más o igual de importantes que el del vínculo biológico es el aspecto afectivo que enmarca el vínculo, OCHOA establece esta concepción de la siguiente manera: “el vínculo de la filiación es el lazo que une un hijo a su madre (filiación materna) o a su padre (filiación paterna). Tal vínculo es un lazo biológico, pero también es un lazo afectivo [...]”<sup>273</sup> Es importante la connotación que atañe el aspecto afectivo en la filiación, porque influye en la identidad del menor, pues enmarca aparte de la identidad biológica y legal, una identidad social.

## 2.9.- Conclusión: la influencia del derecho a la identidad del menor en el tratamiento de la filiación

Con el análisis hasta aquí hecho hemos presentado el impacto que ha tenido el derecho a la identidad en la filiación. Podemos resaltar tres modelos para determinar la filiación, cada una de ellas defiende una posición distinta: una posición basada en la normativa del Código Civil con el sistema de presunciones recogidas en él. Una biológica con la influencia de los exámenes de ADN, en donde la fuerza de la sangre se impondría frente a cualquier otras prácticas y tratamientos que se intente dar a la filiación, considerando que

<sup>271</sup> Lorenzo PEÑA. *La filiación: ¿hecho o derecho?*. [lp.jurid.net/ms/filiacion.pdf](http://lp.jurid.net/ms/filiacion.pdf) (acceso 18/02/2013).

<sup>272</sup> Nidia del Carmen GALLEGOS PÉREZ. *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho de familia*. Villahermosa: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006, p. 67.

<sup>273</sup> Oscar E. OCHOA. *Derecho Civil I: Personas*. Caracas: Editorial Texto C.A, 2006, p. 307.

“se mantiene la ficción de que la identidad y el interés del menor vienen constituidos ontológicamente por el vínculo de la sangre,”<sup>274</sup> y finalmente una social dando prioridad a otros elementos diferentes a los biológicos. Estos elementos presentados muestran la evolución del derecho a la identidad, la fuerza que ha llegado a tener este derecho ha puesto en debate varios elementos de la filiación como los hemos presentado en la presente sección.

---

<sup>274</sup> *Ibíd.*

### CAPITULO III: DERECHO A LA IDENTIDAD Y PRESUNCION DE PATERNIDAD

#### 3.1.- Sistema de Presunciones de paternidad: ¿un sistema obsoleto?

Tenemos claro que la ley mediante un hecho conocido presumía un hecho desconocido, la paternidad; para lo cual era relevante el matrimonio o el parto. Hemos analizado la razón de las presunciones “normalmente los hijos que nacen durante el matrimonio tienen como padre al marido de la madre. Ésta pudo ser una esposa infiel, pero la ley debe considerar como regla los hechos ordinarios y no los excepcionales.”<sup>275</sup> Así se establece una presunción legal, ahora bien, no olvidemos acerca de la presunción de derecho<sup>276</sup> consideradas por otros como una ficción jurídica con respecto a la época de la concepción.

El Código Civil Ecuatoriano mantiene vigente el sistema de presunciones, a pesar de existir métodos científicos con los cuales se determina la paternidad con un índice de probabilidad superior al 99.99%.<sup>277</sup> En nuestros días, el sistema de presunciones, como se encuentra normado en nuestra legislación ha sido objeto de varias críticas, tal es así que en el año 1999 la Corte Suprema de Justicia en uno de sus fallos expresó la necesidad de que nuestra legislación modifique el sistema para determinar la filiación, argumentando que la ciencia y los preceptos legales han convertido en obsoletas a las reglas del Código Civil con respecto a filiación:

El actual Código de Menores; la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que el Ecuador es parte y es Ley de la República por haber sido ratificada y publicado en el Registro Oficial, y la Constitución Política de la República del Ecuador, consagran preceptos que difieren sustancialmente de las disposiciones del Código Civil. De otro lado, la ciencia ha descubierto que la paternidad de un niño es posible determinar prácticamente con total certeza a través de la prueba del ADN.- Los preceptos legales por un lado, y la ciencia, por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad del Código Civil.- Los códigos modernos de otros países que contenían

<sup>275</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Causa No. 50001-31-10-002-2002-00495-01, de 21 de mayo de 2010.

<sup>276</sup> Para algunos doctrinarios es un error denominar a las presunciones *jure et de jure* como meras presunciones, entre los doctrinarios que defienden esta posición esta Del Vecchio, dice que se consideran que son ficciones jurídicas puesto que permiten formar conclusiones, en ausencia de los elementos que normalmente deberían constituir un presupuesto. GIORGIO DEL VECCHIO. “La obligación jurídica de la verdad, especialmente en el proceso civil.” Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo, Revista la Justicia, México, agosto de 1965, pp. 25-32.

<sup>277</sup> *Ibíd.*

normas iguales o similares al nuestro, las han modificado radicalmente.- Es hora de que nuestra legislación siga esa corriente y establezca reglas actualizadas y precisas para el efecto. Sin embargo, estimamos que para la declaración judicial de la paternidad los jueces y tribunales de la Función Judicial, en aplicación de los instrumentos legales citados, que han reformado tácitamente las disposiciones referidas del Código Civil, así como también de conformidad con las reglas de la sana crítica previstas por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, uno de cuyos componentes son las bases científicas y, que tratándose de la declaración judicial de la paternidad, es la prevalencia de los dictámenes periciales basados en el examen del ADN.<sup>278</sup>

Como hemos visto a lo largo de la presente tesina, para la gran mayoría de las nuevas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales en el tema de filiación lo que importa es que el presupuesto legal coincida con el presupuesto biológico. La jurisprudencia colombiana también se ha pronunciado con severas críticas al referirse al sistema de presunciones:

con el avance científico y tecnológico de que hoy gozamos, es hora de *eliminar* el complejo y obsoleto sistema de presunciones para determinar la paternidad. En reciente fallo, la honorable Corte Suprema de Justicia, ha dicho: “Si bien los jueces deben valerse de la ley y de las herramientas jurídicas que tienen a su alcance para determinar la paternidad de un niño, deben confiar por encima de ellas en las pruebas del ADN, que si han sido practicadas correctamente permiten establecer casi con certeza absoluta si un hombre es o no el padre de un niño (...). Es incuestionable que las normas jurídicas escritas pueden quedar día a día cortas frente al avance de la ciencia a la que el juez puede y debe remitirse para proferir sus fallos.<sup>279</sup> [las cursivas son mías],

De la jurisprudencia citada destacamos la consideración que se hace con respecto a la eliminación del sistema de presunciones, cuando creemos que lo pertinente debería ser una modificación de la misma. Consideramos que mantener la presunción de derecho si resulta obsoleta hoy en día al existir métodos científicos con los cuales se puede verificar el tiempo de la concepción. Con respecto a la presunción legal, el tema merece un análisis más profundo desde el punto de vista del registro del nacimiento.

### **3.1.1. Registro Civil y la presunción legal de paternidad**

En el Ecuador la eliminación de la presunción legal de paternidad conllevaría también a una modificación en el sistema registral. Recordemos que la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación establece que:

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 con la

<sup>278</sup> Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio No. 150-98, de 22 de marzo de 1999.

<sup>279</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Causa No. EXP. No. 50001-31-10-002-2002-00495-01, de 26 de octubre de 2009.

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.<sup>280</sup>

Al eliminar la presunción de que hijo es el nacido durante el matrimonio o unión de hecho de los padres, se entendería que para determinar la filiación y registrar al individuo como hijo de otro, se requerirá probar mediante exámenes de ADN la filiación, para lo cual deberá incurrirse en altos costos y tiempo, por lo que éste debería ser un punto a ser analizado antes de considerar eliminar la presunción legal que establece el Código Civil:

estas dos presunciones, al igual que muchas otras similares, son necesarias en algunos sentidos por ejemplo para evitar que en cada caso se tenga que presentar pruebas especiales de la paternidad o de la concepción dentro de [sic] matrimonio, pero algunos de sus efectos, como el no aceptar prueba científica para demostrar que la concepción pudo haberse producido en menos de 180 días o en más de 300 días o que sólo el marido que pasa por padre pueda impugnar la paternidad, son anacronismos en un momento que existen medios científicos adecuados para determinar con certeza la paternidad [...].<sup>281</sup>

De lo expuesto recalamos que las presunciones de paternidad son de cierta manera necesarias desde el punto de vista del sistema registral. Las legislaciones han intentado encontrar el tratamiento adecuado que puede darse a este tema. Como hemos expuesto en la sección precedente, la jurisprudencia colombiana ha sostenido la necesidad de que este sistema sea descartado, otros países han preferido modificarlas, tal es el caso de Bolivia, país que modificó la presunción pero no la eliminó.<sup>282</sup>

Siguiendo esta línea, afirmamos la necesidad de modificar ciertos aspectos de la presunción legal, sin embargo no resultaría apropiado una eliminación completa. De considerarse eliminar las normas rígidas del Código Civil el derecho a la identidad, visto desde su dimensión estática, es decir el derecho a conocer su verdad biológica se vería

<sup>280</sup> Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Artículo 33. Registro Oficial 70, de 21 de abril de 1976.

<sup>281</sup> Farith SIMON. *Op., cit.* p. 469.

<sup>282</sup> En Bolivia, el Servicio de Registro Cívico (SERECI) tiene un rol importante en cuanto a la protección de la identidad del menor, el país hizo cambios legislativos para “desjudicializar la inscripción de los nacimientos después del plazo y la corrección de errores de registro para convertirlos en un trámite administrativo”. De la misma manera, el artículo 65 de la Constitución de la República de Bolivia establece una presunción de filiación que se “hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.” Lo interesante es que por mera indicación del padre o madre se establece la presunción de filiación, sin que el matrimonio sea un presupuesto como sucede en el Ecuador. La declaración no es absoluta, pues permite que se pruebe lo contrario. UNICEF. *Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal De Nacimiento*. [http://www.unicef.org/lac/04Buenas\\_practicas\\_Final\\_.pdf](http://www.unicef.org/lac/04Buenas_practicas_Final_.pdf) (acceso 22/06/2013). Constitución de la República de Bolivia. Artículo 65. Publicado en la Gaceta Oficial de Bolivia el 9 de febrero de 2009.



protegido, pero un análisis sobre el aspecto dinámico del derecho a la identidad no podría quedar excluido.

### **3.2. Identidad Social: ¿debería influir en la determinación de la filiación?**

A lo largo de la presente tesina hemos expuesto los fundamentos mediante el cual las presunciones de paternidad han perdido fuerza ante la verdad biológica, y eso es innegable, así pues la identidad biológica ha ganado terreno en el régimen filiatorio, y están por sobre las reglas consideradas como rígidas del Código Civil que determinan el vínculo de filiación. Sin embargo, la manera en la que la identidad legal podría mantenerse es con el apoyo de los fundamentos de la identidad social, siendo así lo que cabe ahora es examinar si la identidad biológica prevalecerá siempre sobre la identidad social, nuestra posición es que no será siempre el elemento biológico un fundamento único y excluyente.

#### **3.2.1.- El principio de veracidad o *favor veritatis***

Uno de los principios fundamentales del derecho de filiación es el principio *favor veritatis*, que supone que el vínculo paterno-filial se establece una vez comprobada la descendencia genética o biológica del nacido,<sup>283</sup> de esta manera se adquiere una identidad biológica. El principio de veracidad se constituye como uno de los pilares fundamentales en las reformas del régimen de filiación, comienza a tomar una fuerza eminente frente a la normativa planteada por las legislaciones antiguas.<sup>284</sup> Pero cabe aclarar como punto fundamental en este análisis que “la aplicación del *favor veritatis* no tiene carácter ilimitado.”<sup>285</sup>

#### **3.2.2.- Principio *favor legitimatis* y *favor fili*: limitaciones al principio *favor veritatis***

El principio *favor legitimatis* se basa en el fundamento de que el derecho favorece lo que es legítimo.<sup>286</sup> En el tema de filiación, el principio referido parte de la concepción de que el vínculo de filiación no debe siempre coincidir con la verdad biológica, este principio fue sustento primordial en la época donde existía la categorización legítima e ilegítima de

<sup>283</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *Óp., cit.* p. 31.

<sup>284</sup> *Ibíd.*

<sup>285</sup> *Ibíd.*

<sup>286</sup> Diego MARTÍNEZ MARULANDA. *Fundamentos para una introducción al derecho*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2007, p. 448.

hijo.<sup>287</sup> “Hoy en día, se utiliza el mismo término *favor legitimatis* para designar al conjunto de situaciones que constituyen los límites a la investigación de la verdad biológica, aún cuando su fundamento haya dejado de ser la condición de legitimidad.”<sup>288</sup> Tratadistas establecen que debe prestarse singular atención al carácter fáctico de las relaciones familiares cuando son significativas en el interés del hijo.<sup>289</sup> De esta manera se relaciona con el principio *favor fili*, principio que vela por la protección del mejor interés del menor.<sup>290</sup>

Esta posición debe ser defendida desde un análisis que envuelve dos dimensiones: actos ilícitos y lícitos.

### 3.3. Determinación del vínculo paterno-filial: actos lícitos e ilícitos

#### 3.3.1- Actos ilícitos

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 8 hace un énfasis en la ilicitud, al respecto se refiere al derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, nombre y “las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”<sup>291</sup> De la misma manera el numeral segundo del artículo establece la obligación de los Estados Partes a prestar asistencia y protección cuando “un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos.”<sup>292</sup> Siendo el origen del artículo la apropiación ilícita de menores en la dictadura Argentina, la Convención enmarcó la protección del derecho a la identidad de los menores contra los actos ilícitos. Ahora bien, la ilicitud que trata la Convención no debe ser considerada sólo desde el punto de vista penal, teniendo en cuenta el fin y objetivo de la Convención, deberían ser considerados también los vicios de la voluntad como el error, comúnmente referidos en los juicios de paternidad. Un análisis de la existencia de buena fe como

---

<sup>287</sup> Román Sánchez hace una referencia al Code Civil Francés de 1804, el cual daba un tratamiento restrictivo a la acción de la investigación de la paternidad natural, con el argumento de mantener la paz de las familias legítimas y del matrimonio. Román SÁNCHEZ. *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, vol 2, Marid, 1912, pp. 994 citado en Claudia MORÁN DE VICENZI. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. *Óp.*, cit 34.

<sup>288</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *Óp.*, cit. p. 34.

<sup>289</sup> José Álvarez – CAPEROCHIPI. *Curso de Derecho de Familia: patria potestad, tutela y alimentos*. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 79

<sup>290</sup> Claudia MORÁN DE VICENZI. *Óp.*, cit. p. 35.

<sup>291</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

<sup>292</sup> *Ibíd.*

principio rector, la ilicitud y la imposibilidad de beneficiarse de su propio dolo deberán ser tomadas en cuenta. Estos elementos serán analizados en dos sentencias que establecemos a continuación:

### 3.3.1.1- Tribunal Supremo Español: Sentencia T.S. 530/2012

La presente sentencia afirma lo sostenido con respecto a los actos que hemos mencionado al concurrir un vicio de la voluntad.

En un fallo del Tribunal Supremo Español,<sup>293</sup> el Tribunal repone la sentencia de primera instancia y declara la nulidad del reconocimiento de paternidad respecto de una menor. De los hechos de la sentencia se desprende que la madre de la menor ocultó del recurrente el hecho de que no era el verdadero progenitor de la menor,

en el transcurso de una discusión entre los progenitores después de la ruptura, la madre insinuó al recurrente la posibilidad de que la niña no fuera hija suya. D. Gabriel realizó una prueba genética que dio como resultado la exclusión de la paternidad biológica.<sup>294</sup>

La valoración que hace la Corte se enmarca en tres puntos sustanciales:

(a) la menor no era hija biológica del demandante, por haberlo reconocido así la propia madre; (b) el actor reconoció a la menor en la creencia de que era su hija; (c) el actor desconocía esta circunstancia en el momento del reconocimiento, lo que queda probado no solo por medio de un testigo, sino por la propia conducta del actor, de lo que se deduce que "D. Gabriel creía que era el padre biológico de Silvia, sin serlo, con lo que se encontraba en un error, y así se deduce de su conducta".

En este caso, el Tribunal establece la importancia de la identidad biológica, resolviendo que no se puede imponer al demandante una obligación de permanecer en una paternidad forzada e irreal, fundamentando que en el presente caso "es más ajustado a derecho hacer prevalecer la verdad biológica."<sup>295</sup> La valoración del Tribunal es acertado en el sentido de que existió un vicio de la voluntad, contemplado en el error al que indujo la madre de la menor. Es así que el reconocimiento de la filiación no matrimonial no hubiera tenido lugar de saber el actor la verdad de los hechos.

Sustentamos nuestra posición de que existen otras formas de entendimiento de la paternidad, que las pruebas biológicas no siempre prevalecerán pero tampoco las excluimos, su aplicación es importante para casos como el presentado.

---

<sup>293</sup> Tribunal Supremo Español. Sala 1. Sentencia T.S. 530/2012 del 19 de Julio del 2012.

<sup>294</sup> *Ibíd.*

<sup>295</sup> *Ibíd.*

### 3.3.1.2.- Sentencia ecuatoriana: Caso Vela Vargas

El 24 de agosto del año 2009, el Juzgado Décimo de lo Civil de Pichincha rechaza la demanda propuesta por el actor en donde se pide que se declare la falsa calidad de padre del compareciente, señor Vela Vargas, teniendo la firme convicción de no ser el padre biológico del menor C.J.V.M por existir indicios fácticos de que su cónyuge ha mantenido relaciones extramatrimoniales. La Corte fundamenta su decisión en la parte considerativa alegando el artículo 236 del Código Civil: “toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.”<sup>296</sup> Algo importante que cabe destacar es que el actor presenta un certificado de ADN, donde se corrobora que no es el padre biológico del niño, elemento que no fue considerado en el juicio.

Posteriormente, el actor presenta el recurso de apelación, la Segunda Sala de la Corte Provincial de Pichincha, en el año 2011 niega el recurso en base al artículo 241 del Código Civil el cual sostiene que:

ninguna reclamación contra la paternidad del hijo concebido dentro de matrimonio, ora sea hecha por el marido, o por otra persona, tendrá valor alguno, si no se interpusiere en tiempo hábil, ante el juez, el cual nombrará curador al hijo que lo necesitare, para que le defienda.<sup>297</sup>

Un aspecto obligatorio a ser analizado es la motivación que la Corte presenta para llegar a su decisión final. Se cita al doctrinario JUAN LARREA HOLGUÍN,

el plazo para impugnar la filiación del hijo, según Somarriva es un plazo de caducidad y no de prescripción por el cual puede ser rechazada la acción propuesta después de 60 días, por el mismo juez, de oficio. Me adhiero a este criterio teniendo en cuenta que el interés del legislador consiste en asegurar la mayor estabilidad posible a la condición de hijo legítimo.<sup>298</sup>

En el año 2011, año en el que la sentencia fue emitida, la clasificación de hijo legítimo e ilegítimo no cabe, de ahí que llama la atención la consideración de este argumento para la

---

<sup>296</sup> Código Civil. Artículo 236. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>297</sup> Código Civil. Artículo 241. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>298</sup> Juan LARREA HOLGUÍN. *Filiación, Estado Civil y Alimentos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985, p. 38, citado en Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato. Juicio no. 17112-2009-0727 de 25 de enero de 2011.

motivación de la sentencia.<sup>299</sup> Mediante recurso de casación, argumentando los preceptos legales infringidos, dentro de los cuales resalta la no valoración de la prueba presentada, y argumentando las causales pertinentes de la Ley de Casación se acepta el recurso. La Corte Nacional de Justicia en el año 2011, casa la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, y en su lugar dicta sentencia de mérito procedente, desechando la demanda por falta de prueba.<sup>300</sup>

La Corte hace diversas consideraciones, entre ellas discute sobre la vulneración o no del derecho a la identidad del menor, dice la Corte que el accionar del señor Vela Vargas, no está enfocado a defender los derechos del menor, en especial la identidad, la convivencia familiar, su integridad física y psicológica, “en esta causa no es el menor el que tiene la pretensión de que sea descartada su filiación hijo - padre con el accionante, como para que le sea perjudicial en sus derechos [...]”.<sup>301</sup> Dice también que el derecho a la identidad del menor no es lesionado pues en cualquier tiempo puede él ejercer las acciones que le correspondan de así decidirlo. Ahora bien, con respecto a la prueba de ADN, dice la Corte “en este caso, la prueba científica de ADN no se ha practicado por la negativa de la madre a concurrir con el menor a un laboratorio de genética [...]”.<sup>302</sup> Por lo que se advierte la mala fe de la madre del menor quien se beneficia de su propio dolo.

Importante crítica merece las consideraciones realizadas por la Corte, al aludir la protección a ciertos derechos, cuando realmente éstos ya estaban siendo vulnerados. Argumenta que protege la convivencia familiar, no habiendo considerado que la misma era ya inexistente al conocer el padre el informe genético del menor y las supuestas relaciones extramatrimoniales de su cónyuge. Con respecto a la integridad psicológica, no podríamos afirmar, pero si presumir de los hechos presentados que no estaba siendo protegida al no

---

<sup>299</sup> La sentencia hace mención a la diferencia entre caducidad y prescripción, siendo el primero un plazo fatal, es por esto que el juez de oficio puede rechazar la demanda. Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato. Juicio no. 17112-2009-0727 de 25 de enero de 2011.

<sup>300</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Juicio Ordinario no. 403-11 de 17 de enero de 2012.

<sup>301</sup> *Ibíd.*

<sup>302</sup> *Ibíd.*

tener el menor contacto con quien la ley consideraba su padre; además que dice proteger la identidad, cuando de los hechos se desprende que ésta ha sido desvirtuada.

En casos donde la filiación tiene un origen ilícito, vicios de la voluntad o mala fe,<sup>303</sup> el juzgador no debería analizar otros elementos como los sociales para que pueda declararse la filiación, la ley en ningún caso debería subsanar una injerencia ilícita, en estos casos prevalecerá siempre el vínculo biológico para otorgar al menor la filiación que debió haber tenido de no haber existido el acto ilícito, puesto que “una de las formas de resguardar la identidad de los niños es precisamente evitar que sean desarraigados o separados de sus padres.”<sup>304</sup>

### 3.3.2. - Actos lícitos

La discusión se vuelve más compleja al ver lo que sucede con la filiación cuando no existe un vínculo biológico, pero en el cual el origen de tal filiación es un origen lícito. Recordemos que el artículo 8 de la Convención establece que el niño tiene derecho *en la medida de lo posible*, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [las cursivas son mías], el análisis de este artículo fue ya presentado, lo que cabe ahora es integrarlo como fundamento esencial en nuestra argumentación que considera la posibilidad de que en ciertos casos la filiación sea aceptada sin que exista el nexo biológico entre el menor y el progenitor. La jurisprudencia chilena en uno de sus fallos en el año 2010, dijo que “no es efectivo, que el factor biológico y, por ende, los resultados del examen de ADN, sean absolutos y determinantes para excluir la paternidad en estas materias,”<sup>305</sup> alegó también que:

en este mismo orden de ideas, se puede afirmar también que el legislador prefiere la verdad social y al declarar que la acción de impugnación caduca en los plazos que establece, es evidente que la intención o espíritu de la ley es hacer primar la estabilidad del estado filiativo ya adquirido, salvo la situación especial del artículo 208 del Código Civil.<sup>306</sup>

---

<sup>303</sup> Los actos ilícitos aquí enunciados no deberán ser vistos de manera taxativa pues podrían considerarse otros diferentes a los expresados en la presente sección.

<sup>304</sup> Inés M. WEINBERG. *Convención sobre los derechos del Niño*. Córdoba: Rubinzal- Culzoni Editores, 2002, p. 154.

<sup>305</sup> Corte de Apelaciones de Concepción. Causa n° 153/2010. Resolución n° 23576, de 1 de Julio de 2010.

<sup>306</sup> *Ibíd.*

El tratamiento chileno de la filiación es un tema que merece un análisis especial y que será presentado más adelante. Ahora bien, dentro de las actuaciones lícitas a las cuales nos referimos en el presente apartado se encuentra la filiación legal, configurado mediante el sistema de presunciones que ha sido el tema de análisis en la presente tesina. Así también encontramos el reconocimiento voluntario,<sup>307</sup> tema que merecería un tratamiento y un análisis independiente, sin embargo, la razón para plantearlo en la presente sección tiene como fin enunciar que ha de considerarse como actos lícitos. Entonces, al existir una paternidad enmarcada en un origen lícito podría establecerse el vínculo paterno-filial encontrando su fundamento en otros elementos diferentes al dato genético, velando así el interés superior del niño.

### 3.4.- Interés superior del niño

El interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención<sup>308</sup> que no podríamos dejar de analizar pues ha sido fundamento obligado en los pronunciamientos judiciales que se relacionan con el menor.<sup>309</sup> El interés superior del menor es visto como una “utilidad jurídica integral que, como sujeto especial, se le otorga al menor de edad, a fin de darle un tratamiento especial.”<sup>310</sup>

la supremacía del interés superior del niño, lo cual supone considerar al niño como sujeto de derecho, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme su edad y desarrollo. El Estado y sus órganos deben garantizar estos derechos, adecuando la legislación [...] a la Convención de Derechos del Niño.<sup>311</sup>

El defender el principio “implica proteger y defender un interés privado, pero al amparo de un interés social. Por tanto, este interés está unido al ejercicio de sus derechos fundamentales, los que deben ser respetados en las distintas etapas de desarrollo de la

---

<sup>307</sup> Es el acto libre y voluntario por el cual el padre o la madre declara y aceptan serlo con relación al hijo concebido fuera de matrimonio, este acto debe estar libre de vicios que lo invaliden. Alberto WRAY. *El menor ante la ley*. Quito: Corporación Editora Nacional, V. 6, 1991, p. 49

<sup>308</sup> El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece en el primer numeral que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

<sup>309</sup> Cecilia P. GROSMAN *et. al. Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, p. 23.

<sup>310</sup> Jorge PARRA BENÍTEZ. *Manual de Derecho Civil: Personas, Familia y Derecho de Menores*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.

<sup>311</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Filiación*. <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/filiacion> (acceso 29/06/2013).

niñez.”<sup>312</sup> Para LAFONT<sup>313</sup> la superioridad del interés del menor se puede dar si concurren tres factores: interés jurídico, relación de intereses y predominio. Agrega el mismo autor que los beneficios que el menor recibe pueden ser normativos, conceptuales o materiales,<sup>314</sup> explica que este último se da cuando se imponen a otros sujetos deberes o cargas a favor del menor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño ratificó la importancia de este principio, al respecto se pronunció diciendo que:

este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>315</sup>

Para GÓMEZ DE LA TORRE el principio tiene una triple función: primeramente, es una garantía para el menor, se considera que toda decisión que concierna al niño debe hacer prevalecer sus derechos. En segundo lugar, se considera una norma orientadora, obligando no sólo a los legisladores y jueces sino que a las instituciones públicas y privadas a resguardar el interés del menor, y por último se considera una norma de interpretación y de resolución de conflictos.<sup>316</sup>

Una problemática actual que se enfrenta el principio referido es la cuestión de la indeterminación,<sup>317</sup> puesto que:

en los asuntos que atañen a la infancia y en los que no existe unanimidad o consenso sobre lo que es, o sobre lo que constituye su interés superior, el interés superior del niño es utilizado para fundamentar cualquier posición, incluso posiciones opuestas. No sólo la diferencia cultural genera interpretaciones controvertidas a cerca [sic] de lo que es “bueno” (mejor) o “malo” (peor) para el niño, sino que la confluencia dentro de una misma sociedad de ideologías distintas convierte en muchos casos el ISN en un campo de batalla, o en un principio ideológico [...].<sup>318</sup>

---

<sup>312</sup> Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS. *El sistema filiativo chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 43.

<sup>313</sup> Pedro LAFONT PIANETA. *Colaboración en Código del menor, tratados y convenios internacionales*. Bogotá: Unicef, 1994, p. 18.

<sup>314</sup> *Ibíd.*

<sup>315</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17 par. 56 p. 61.

<sup>316</sup> Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS. *Óp. Cit.*, p. 43.

<sup>317</sup> Teresa VICENTE G. *Los Derechos de los Niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, 2007, p. 178-180.

<sup>318</sup> *Ibíd.*



Al ser un concepto jurídico indeterminado, la valoración del mismo es discrecional. Doctrinarios como LINACERO DE LA FUENTE establecen las limitaciones que el juzgador debería tener, entre ellos establece tres principales que es la racionalidad en la apreciación de los hechos, evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor y la protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional.<sup>319</sup>

### 3.4.1.- Principio del Interés superior del Niño en el Ecuador

El principio tiene rango constitucional, el artículo 44 de la Constitución establece que “se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”<sup>320</sup> De la misma manera, el Código de la Niñez y Adolescencia desarrolla el mencionado principio en el artículo 11, cuyo primer inciso establece que:

el interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.<sup>321</sup>

De la lectura del artículo en mención resalta la limitación que el legislador intentó establecer para la aplicación del principio, al respecto el último inciso del artículo 11 sostiene que “el interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa [...]”<sup>322</sup>

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en uno de sus fallos hace alusión al interés superior del niño, cuya interpretación resulta llamativa pues en base al principio, estima conveniente que en los casos relativos a la filiación cuando se determinare que un menor no tiene como padre a aquel que le dio el apellido, deberá protegerse su identidad y no marginarse la resolución en el Registro Civil, decisión que se fundamenta en el interés superior del niño y en el derecho a la identidad:

esta Sala considera que en esta clase de procesos judiciales relativos a la filiación de las personas, cuando la sentencia es favorable al accionante, esto es, cuando declara que un menor [...] no tiene como padre o madre biológico al actor, por ende, manda a marginar la resolución en el Registro Civil, en tal caso surge un problema con la identidad del demandado, quien no podría llevar el apellido paterno o materno que lo ha identificado desde la inscripción de su nacimiento, conculcando de esta manera el derecho a la

---

<sup>319</sup> María LINACERO DE LA FUENTE. *El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*. . Madrid: Editorial Complutense, S.A., 2009, p. 117.

<sup>320</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 44. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>321</sup> Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 11. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

<sup>322</sup> *Ibíd.*

identidad.- En tales casos, esta Sala estima que el juzgador al dictar sentencia, si bien ha de declarar que el menor [...] no tiene como padre o madre a quien está ejerciendo la acción, debe amparar al demandado permitiéndole conservar el apellido que lo identifica, pudiendo a futuro cambiar su apellido, según la decisión de quien lo represente si se trata de un menor de edad o de la persona adulta que sea mayor de edad.<sup>323</sup>

La antigua Corte Suprema de Justicia en uno de sus fallos estableció que “en virtud del principio de interés superior del niño, en caso de duda se debe favorecer sus intereses.”<sup>324</sup> Al no existir una definición concreta con respecto al principio, y con el sustento jurisprudencial y doctrinario aquí presentado, podemos destacar que lo que pretende mencionado principio es sobreponer los intereses y protección del menor por sobre lo de los demás individuos involucrados, asegurando así el desarrollo propicio del menor.

### **3.5.- La paz familiar: ¿sustento a la tesis de la paternidad social?**

La presente sección resulta del estudio efectuado para la presente tesina, habiéndonos encontrado en varias ocasiones con documentos académicos, doctrina y jurisprudencia en donde se mantiene el fundamento de la paz familiar para sustentar la calidad del padre social.

Desde el punto de vista jurídico y social es discutible si debería o no aceptarse el fundamento de la paz familiar, para dar nuestro criterio es necesario analizar las diferentes posiciones doctrinarias, jurisprudenciales y la legislación. Al respecto, la doctrina española se ha pronunciado en relación al tema “por lo que se refiere a la filiación matrimonial, [...] se defiende casi con unanimidad que la verdad biológica tiene como límite la paz familiar y la estabilidad del menor.”<sup>325</sup> Siguiendo con esta corriente, la sentencia del Tribunal Supremo de España en el año 2002 estableció que:

la reglamentación del Código civil sobre legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación aparece inspirada por el principio de que la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperado por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales, de tal forma que se establece un sistema en el

---

<sup>323</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Causa No. 884-2010 de 14 de junio de 2011.

<sup>324</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa Nro. 57-2002 de 12 de septiembre de 2002.

<sup>325</sup> J.M GONZÁLEZ PORRAS y F.R. MÉNDEZ GONZÁLES. *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2117 -2120.

que la legitimación activa para impugnar una filiación matrimonial aparece mucho más restringida.<sup>326</sup>

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela también ha hecho mención a la paz familiar, al respecto estableció que existen ciertas acciones que se encuentran sujetas a plazos de caducidad, debido a que en base al orden público existe el interés de que se “aclare el estado familiar de las personas, pero igual o mayor interés tiene en el mantenimiento de la tranquilidad y la paz familiar”, en base a ello el legislador ha fijado términos para determinadas acciones.<sup>327</sup> Este fundamento para la filiación legal establecida mediante las presunciones de paternidad también ha sido usado en los casos de la donación anónima de gametos, al respecto se alude que el conocimiento de la verdad biológica constituye un caso en la que debe ceder en aras de la seguridad, paz y bienestar familiar.<sup>328</sup> En el mismo orden de ideas, en el preámbulo de la CDN se reconoce que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.”<sup>329</sup>

### 3.5.1.- Interés individual vs. Interés familiar

Lo que cabe analizar es el interés individual y el interés familiar, la doctrina se ha pronunciado respecto a resolver y establecer la armonía entre estos dos intereses.<sup>330</sup> El principio de interés familiar ha sido recogido por la doctrina más tradicional:

desde el punto de vista doctrinal, este principio ha sido estudiado y reconocido por la doctrina más tradicional como elemento que conformaba y presidía la relación jurídica familiar. Era considerado mayoritariamente como un interés superior al cual debían ceder los intereses individuales de sus miembros, aunque bajo una valoración dispar.<sup>331</sup>

La mayoría de los tratadistas estudiados que hacen referencia a la protección de la familia sobre el interés individual hacen mención al tratadista ANTONIO CICU, para quien el

<sup>326</sup> Tribunal Supremo de España. Sentencia No. 1162/2002, de 28 de noviembre de 2002.

<sup>327</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Expediente No. 1961 de 25 de febrero de 2009.

<sup>328</sup> Edison Lucio VARELA CÁCERES. *La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008.*

[http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv\\_2009\\_134\\_219-269.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv_2009_134_219-269.pdf) (acceso 1/07/2013).

<sup>329</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

<sup>330</sup> María del Carmen PÁSTOR ÁLVAREZ. *El deber de contribución a las cargas familiares*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad, 1988, p. 58.

<sup>331</sup> *Ibíd.*

interés familiar es superior, autónomo y eventualmente opuesto a los intereses individuales del integrante de la familia.<sup>332</sup> Esta concepción era propia de la cultura jurídica del fascismo, “que se caracterizaba por la exaltación del interés superior de la institución, ya fuera estatal o familiar, frente al de los individuos.”<sup>333</sup> Siguiendo con esta línea, se sostiene la armonía que estos dos intereses deben tener:

suele decirse que en el caso eventual de una oposición entre el interés individual y el interés familiar, ha de prevalecer este último por ser superior. Empero ha de señalarse que el interés familiar no es independiente del interés de los individuos que componen el grupo; por el contrario son y deben ser armónicos entre sí.<sup>334</sup>

De esta manera entra en discusión si la paternidad social puede tener como fundamento la paz familiar, teniendo como base el trato familiar que ha tenido el menor durante el tiempo que ha permanecido en ella. Para saber la efectividad de plantear la paz familiar como un argumento con sustento en el Ecuador, es primordial analizar el concepto de familia que recoge la Constitución del año 2008.

### 3.5.2.- Tratamiento de la familia en la Constitución del 2008

El artículo 69 de la Constitución desarrolla algunos de los derechos que el Estado promueve de manera enunciativa, comienza el artículo diciendo que “para proteger los derechos *de las personas integrantes* de la familia,”<sup>335</sup> y a continuación se enlistan los mismos [las cursivas son mías]:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; 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.
2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.
3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.
4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el

<sup>332</sup> Antonio CICU. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1947, p. 131.

<sup>333</sup> La doctrina de Cicu sigue esta línea, pues “si bien se forma en una época anterior al advenimiento del fascismo, manifiesta sin embargo y sin lugar a dudas una profunda consonancia con los valores de este movimiento.” Michele SESTA. *Régimen Privado y Público en los Proyectos de Ley en Materia de Familia en Italia*. <http://190.7.110.123/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp4/micheleSesta.pdf> (acceso 14/07/2013).

<sup>334</sup> Elías GUSTAVINO. “Derecho Subjetivo e interés legítimo en material civil”. Revista Jus. La Plata no. 22, 1973, p. 55.

<sup>335</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 69. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos. 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

De la lectura del presente apartado se entiende que la intención del legislador fue dar una prioridad a la protección individual a los miembros de la familia y no a la familia en sí. Con esta fundamentación en ningún momento estamos afirmando que la Constitución ha descartado a la familia como un tema merecedor de protección constitucional, es así que en el artículo 67 del mencionado instrumento legal se sostiene a la familia como núcleo de la sociedad y como tal, apunta la importancia de que el Estado brinde la protección necesaria y el establecimiento de las condiciones que favorezcan la consecución de sus fines.<sup>336</sup> La familia es la institución social más importante, anterior al orden jurídico, por ello el Estado debe encaminarse a lograr su desarrollo pleno, “después del individuo en particular, la familia es el fin primordial de la actividad de Estado.”<sup>337</sup> A pesar de este tratamiento constitucional, la jurisprudencia ecuatoriana ha hecho mención a la paz familiar como fundamento, en el año 2012 la Corte Nacional dijo que “esta Sala estima que la intención del legislador al establecer un plazo dentro del cual el marido puede impugnar la paternidad del hijo, es la de dar garantías a la estabilidad del menor y la familia [...]”<sup>338</sup>

Habiendo analizado la interpretación hecha por la Corte consideramos que el argumento defendido sobre la paternidad social, no podría ir direccionado a la paz familiar, porque como hemos fundamentado, tendríamos una contradicción con la visión de protección individual de los miembros de la familia que tiene la Constitución del Ecuador, por ello enmarcamos el fundamento en la protección individual del menor, cuyo argumento principal es el interés superior del menor.

### **3.6.. Hacia un nuevo régimen de entendimiento de la filiación: la evolución del derecho a la identidad y la filiación legal de paternidad**

La aparición jurídica de los progenitores de una persona es la que enmarca su identidad

---

<sup>336</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>337</sup> Efrén CHÁVEZ HERNÁNDEZ. *La protección constitucional de la familia; una aproximación a las constituciones latinoamericanas*. <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-177s.pdf> (acceso 2/07/2013).

<sup>338</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Juicio Ordinario no. 403-11 de 17 de enero de 2012.

legal. De esta manera como hemos visto la paternidad legal se fija por las presunciones de paternidad en relación al matrimonio. Pero esto está cambiando por el alcance que el derecho a la identidad ha tenido en la filiación, los cambios se deben elaborar en base a la consideración biológica y social de la paternidad.

ni nuestro legislador ni otros legisladores han comprendido que, si la filiación es un derecho del niño, la paternidad puede ser un deber genérico de cuantos estén en condiciones afectivas y materiales de ejercerla con solvencia, pero no ha de ser una obligación individual específica que imponga a unos progenitores biológicos —por el mero hecho de serlo— un vínculo paternal con relación al fruto de su relación sexual. Al revés, la paternidad ha de ser siempre voluntaria; no sólo voluntaria en la causa, sino también en el efecto. Por otro lado, tal voluntad no debería bastar aún en el supuesto de vínculo genético cuando colisiona con el interés del menor, para el cual lo mejor es tener por padre y madre a la pareja en cuyo hogar vive.<sup>339</sup>

Y es que, la realidad no siempre corresponde con el antecedente biológico. Por ello en la presente tesina enmarcamos la discusión dentro de las presunciones de paternidad pues en la mayoría de casos la filiación se enmarca por haber nacido el hijo dentro del matrimonio, creciendo así el menor dentro de una familia cuyo respaldo es el legal, pero quizás no el biológico.

Mantenemos una posición firme en que “resulta necesario ampliar el espectro, y no reducir la filiación del ser humano a un dato genético.”<sup>340</sup> La jurisprudencia extranjera ha adoptado esta posición, abriendo el camino hacia una discusión trascendental para certificar que el vínculo de sangre no siempre se encuentra en armonía con la realidad ni con el mejor interés del menor.<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> Lorenzo PEÑA. *La filiación: ¿hecho o derecho?*. [ip.jurid.net/ms/filiacion.pdf](http://ip.jurid.net/ms/filiacion.pdf) (acceso 2/07/2013).

<sup>340</sup> José Luis CAVALIERI. Cuando una verdad no alcanza: Apuntes a un abordaje transdisciplinario en material de filiación. <http://legalciti.joseluiscavalieri.com/2013/06/cuando-una-verdad-no-alcanza-apuntes-un.html> (acceso 28/06/2013)

<sup>341</sup> Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Segunda Sala. Expediente No. 07-001318-0187-FA de 15 de junio de 2011. [...] Del material probatorio de que se ha hecho acopio se desprende que don D.A.O.C. le ha brindado a la pequeña el trato de hija y la quiere como tal. La Sala llega al convencimiento de que la paternidad asumida por dicho señor debe ser mantenida, pues no media ningún hecho de entidad tal que amerite removerla. La parte actora no ha traído las pruebas que hagan posible deducir que el cambio propuesto en la paternidad de la infante le resulte beneficioso o sea lo mejor para ella, sin que sea suficiente su mera voluntad o deseo. Si bien a folios 112 y 116 se observan fotografías de don C.A..O.R. con D.M.O.M., tomadas en dos oportunidades diferentes -lo que se extrae de su vestimenta-, de ello no se deriva un fuerte lazo afectivo entre ambos. Ante esta ausencia de pruebas, la Sala más bien nota que el señor D.A.O.C., prácticamente desde el nacimiento, ha dado y da a la niña el trato de hija, procurándole no solo el sustento económico sino también amor, respeto y cariño, conformando junto con el otro pequeño habido dentro del

matrimonio una verdadera familia. Lo que aquí resguarda es el interés superior de D.M.O.M. y no el del señor C.A.O.R. Se protege su identidad y la integración que ha tenido dentro de su familia, donde ha concebido como padre al señor D.A.O.C., así como su desarrollo psicosocial, sin que existan elementos de peso que hagan pensar que el cambio en su paternidad la favorecería de algún modo. Esta Sala ya tuvo la oportunidad de referirse al tema de la paternidad social y su relevancia en el desarrollo de las personas menores de edad. En efecto, en el voto n° 150-07 se externó: *“Sin embargo, el mismo ordenamiento reconoce que existen muchas situaciones de la vida real en las cuales, las personas se relacionan asumiendo comportamientos propios a los de la paternidad, sin que esta corresponda exactamente a un nexo biológico, como ha sucedido en el caso concreto. Se ha hablado entonces de una paternidad social, en contraposición a la paternidad biológica, la cual, igualmente es tutelada, en razón del interés de la persona menor. [...] Por otra parte, varios votos de esta Sala han señalado expresamente que en virtud del fundamental principio del interés superior del niño y de la niña, lo relativo a la filiación de las personas, particularmente de las menores de edad, no puede estar sujeto a los intereses particulares y a los vaivenes de la vida de relación de sus progenitores biológicos o legales. Por eso, en algunos casos en que existe una paternidad socialmente constituida, la paternidad biológica cede frente a la paternidad social (en este sentido se pueden consultar las sentencias de esta Sala N° 79-01 de las 10:20 horas del 31 de enero del 2001; N° 747 de las 9:30 horas del 28 de noviembre del 2003; y la N° 628 de las 9:25 horas del 6 de agosto del 2004). Así las cosas, la acción de remover la paternidad socialmente constituida, resulta contraria al fundamental derecho de la niña y la filiación que ha obtenido [...] Por otra parte tal y como lo invocó el tribunal en el artículo 8.1 de la Convención de Derechos del Niño, se reconoce el derecho de los niños y de las niñas 'de preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas'... Cabe destacar que esta Sala se encuentra en el dilema de valorar ante el comportamiento de las partes, la forma de decidir lo mejor para la niña: un padre biológico que no tiene vínculos, ni asumió su responsabilidad; en contraposición con el del padre registral que asumió el rol durante mucho tiempo, creó lazos y vínculos afectivos en ella, pero que ahora decide cortarlos... También es evidente que no ha existido vínculo de ninguna naturaleza durante los primeros cinco años de vida de la menor... con el señor..., quien de acuerdo con el dictamen de marcadores genéticos, resulta ser su padre biológico. Ante esta situación, resulta ser lo mejor para la niña mantener la familia social con la cual ha creado vínculos y se ha desarrollado”*. Los razonamientos esbozados por esta Sala en aquella ocasión resultan plenamente aplicables al sublittem. A folio 189 se ubica el dictamen psicosocial forense ordenado por la Sala [...] *Se abstrae que la persona menor de edad conoce que no es hija biológica del señor D.A.O.C., indicando textualmente “Como a los 6 años mi mamá me contó que C.A.O.R. era mi papá, pero yo no me emocioné porque yo no lo quiero”, relatando que ha mantenido en dos oportunidades relación con este, describiéndolas como negativas, ya que hace alusión a que ella observó que en una de esas oportunidades este golpeaba a su padre D.A.O.C. (...) “de ahí le tengo miedo”, situación que generó la interposición de denuncia en vía penal misma que según se conoce obtuvo sentencia condenatoria contra don C.A.O.R. (...). Con respecto a las habilidades parentales del señor D.A.O.C., se abstrae que es capaz de identificar posibles situaciones de riesgo para la menor así como establecer acciones concretas y estrategias que incluyen el análisis del bienestar de D.M.O.M. (...). No se encontró un déficit intelectual o cognitivo en el señor D.A.O.C. le limite en su funcionamiento en el rol parental (...) le han permitido ejercer funciones parentales de manera activa ejemplificadas en labores dentro del hogar, de cuidado y alimentación a D.M.O.M., comportamiento participativo en las actividades escolares así como propiciar espacios recreativos. Se aprecia que el señor D.A.O.C. ha sido una figura de apoyo y contenedora en todas las etapas de la niña desde sus primeros meses (...) pudiendo ser percibido como una persona cariñosa y optimista, lo cual impresiona, han sido identificados y transmitidos a la niña (...). Sobre el vínculo de la menor con el señor C.A.O.R. se identifica inexistente, al parecer dada la escasa interacción entre ambos, aunado a que al momento de la valoración no se encuentran indicadores de un interés en la niña por interrelacionarse con él, asociado a que los sentimientos que expresa hacia él son principalmente de temor. Se encontró que las partes valoradas cuentan con*



El vínculo filial es autónomo al referirse a la independencia que goza en relación al soporte biológico.<sup>342</sup> Es así que “resulta erróneo reconocer únicamente a la procreación como fuente de la filiación jurídica; el derecho debe trascender a la biología incorporando otros aspectos como el afectivo, el volitivo, el social y el cultural.”<sup>343</sup>

De la misma manera, la jurisprudencia Argentina, país precursor del derecho a la identidad del menor, en uno de sus fallos debidamente motivados estableció que el emplazamiento a un estado de familia no merece un sustento único en las pruebas biológicas, se pronunció de la siguiente manera:

La verdad biológica ha quedado evidenciada con la pericial genética, pero si bien la pericia arroja un resultado, esto no puede reemplazar la función del juez quien debe meritarse el resto de las situaciones familiares. Como señala la SCJ de la Nación: la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño.<sup>344</sup>

---

*estabilidad laboral, sin adicciones ni antecedentes penales, con un proyecto de vida definido (...). A nivel socioeconómico y habitacional impresionan ingresos suficientes que permiten la solvencia de necesidades básicas, siendo que la manutención de la menor es asumida por la madre y el cónyuge. Tanto la señora A.J.M.L. como el señor D.A.O.C. proveen a la menor dentro de un ambiente protector (...) mantiene vínculo positivo con su grupo de convivencia (...) es al señor D.A.O.C. a quien ella identifica como padre”. [...] Esa probanza debe correlacionarse con la confesión rendida por el accionante a folios 101-103, donde admitió que nunca asumió su responsabilidad parental porque no contaba con los medios económicos (lo que, dicho sea de paso, no era un impedimento para formar un lazo afectivo con la niña) [...]. De ahí que, como se señaló en los fallos supracitados, la paternidad socialmente constituida deba prevalecer sobre la biológica cuando, como en el caso de marras, dicha paternidad, sumada a la afectivamente establecida, se ha ejercido en forma adecuada para el mejor interés del niño, procurándole la formación integral que tanto la Convención de los Derechos del Niño como el mismo Código de la Niñez y la Adolescencia garantizan como prioritaria. El actor centra su interés en la impugnación (...) únicamente en el hecho de que la niña es su hija biológica y debe llevar su apellido, lo que, desde luego, no constituye un factor trascendente como para que esta Sala conceda sus pretensiones, [...] D.M.O.M. reputa como su padre al señor D.A.O.C., de quien ha recibido afecto, respeto y protección, así como la estabilidad social, económica, familiar y psicológica necesaria para su adecuado desarrollo, siendo que esta Sala estima que no existe ningún elemento probatorio que le garantice un mayor bienestar en los diversos ámbitos de su vida si se procediera a aceptar lo requerido por el demandante. [...] Según lo acotado y en aplicación del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación con el ordinal 5 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que obligan a sopesar en cada situación particular el interés superior de las personas menores de edad involucradas y el respeto de sus derechos, dentro de los cuales se encuentran, a no dudar, el de mantener su identidad, su nombre y sus relaciones familiares [...] dentro de un ambiente físico y mental sano que propicie su desarrollo integral como ser humano.*

<sup>342</sup> José Luis CAVALIERI. *Cuando una verdad no alcanza: Apuntes a un abordaje transdisciplinario en material de filiación*. <http://legalciti.joseluiscavalieri.com/2013/06/cuando-una-verdad-no-alcanza-apuntes-un.html> (acceso 28/06/2013).

<sup>343</sup> *Ibíd.*

<sup>344</sup> Consejo de la Magistratura Poder Judicial de Mendoza. Sentencia de 3 de agosto de 2013.



Del extracto de la sentencia aquí referida reafirmamos la importancia del interés superior del niño y el rol que el juez tiene para valorar los hechos y fundamentos dentro del juicio.

### 3.7.- Chile: ¿hacia un nuevo modelo de entendimiento de la filiación?

El artículo 200 de la ley chilena L. 19.585<sup>345</sup> presenta el tratamiento de la posesión notoria, la cual “constituye una especie de reconocimiento de hecho o social de la paternidad o maternidad.”<sup>346</sup> La Corte Suprema de Chile aclaró que la posesión notoria es un medio de prueba, y que en ningún caso podía considerarse como una acción especial. La Corte dijo que “la posesión notoria no es, así, una acción especial, sino un medio de prueba en el juicio de filiación, según se desprende de la interpretación armónica de la ley.”<sup>347</sup>

Habiendo aclarado que la posesión notoria en el sistema chileno es considerado como un medio de prueba, cabe ahora analizar los fundamentos y el fin de los artículos 200, y 201,<sup>348</sup> ubicados dentro de las reglas generales que establece la ley al normar las acciones de filiación. Especial importancia para la fundamentación de la presente tesina tiene el artículo 201, que sostiene que la posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico, en el caso de que se presente una contradicción entre una y otras. En este orden de ideas, la jurisprudencia chilena ha emitido el siguiente criterio:

ante una colisión entre estas verdades, el legislador ha preferido la que representa una realidad consolidada, elección que se sustenta en el reconocimiento de que la paternidad y

<sup>345</sup> Ley 19585 (Chile). Publicada el 26 de octubre de 1998.

<sup>346</sup> Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS. *El sistema filiativo chileno. Óp. Cit*, p. 87.

<sup>347</sup> Corte Suprema de Chile. Sala Cuarta. Rol No. 2564/2006. Resolución N° 24090, de 25 de Septiembre de 2006.

<sup>348</sup> Art. 200. La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable.

La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como tal.

Art. 201. La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

maternidad ejercidas como tales, generan un nexo de afectos y sentimientos que trascienden a lo puramente biológico y que por ello se protege, atenuándose los efectos de este factor en materia de determinación de la filiación.<sup>349</sup>

Es relevante el criterio de la Corte, al determinar la importancia de ese nexo afectivo al cual hace alusión. En el mismo sentido se ha pronunciado en otros fallos, al establecer que el derecho a la identidad es una de las bases en las cuales se inspira el nuevo estatuto filiativo, con ello las pruebas periciales de carácter biológico se constituyen como fundamentales a la hora de determinar la identidad. Pero establece algo importante, y es que el legislador chileno reconoce excepciones, haciendo primar la posesión notoria si ésta es contradictoria con la realidad biológica,<sup>350</sup> pero no es absoluto el criterio pues el propio artículo al cual hemos hecho referencia faculta al juez para no aplicar la regla descrita en caso de que existan razones que demuestren la inconveniencia del hijo<sup>351</sup>.

Para poder alegar la posesión notoria deberán reunirse tres requisitos fundamentales: haber durado más de cinco años, el plazo debe ser continuo y deberá ser acreditado por un conjunto de testimonios o circunstancias fidedignas que se establezcan de un modo irrefragable.<sup>352</sup>

Es así que la posesión notoria sirve como medio de prueba para dar por determinada la filiación, este criterio fue asumido por la Corte Suprema de Chile, “en conformidad con lo que dispone el artículo 200 del Código Civil, el juez de familia puede dar por determinada la filiación si se establece la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona, siempre que se prueben los presupuestos previstos en la norma.”<sup>353</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española *determinar* significa “señalar, fijar algo para algún efecto.”<sup>354</sup> En este sentido, importante consideración merece el análisis del artículo 201, pues establece que la posesión notoria “servirá también para que el juez tenga por suficientemente *acreditada la filiación*”, según el Diccionario de la Real Academia

<sup>349</sup> Corte Suprema de Chile. Juicio No. 2259-2011 de 27 de octubre 2011.

<sup>350</sup> Corte Suprema de Chile. Juicio No. 4679-2006 de 12 de marzo de 2007.

<sup>351</sup> En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se señaló que los casos en los que esta regla resulta inconveniente es en casos en la cual la posesión notoria derive de la perpetración de un delito, tal como la sustracción de menores o de sustitución de un niño por otro. Argumento que ratifica lo que hemos expuesto acerca de los actos lícitos e ilícitos. René RAMOS PAZOS. *Derecho de familia*. <http://doctrina.vlex.cl/vid/filiacion-321668595> (acceso 15/07/2013).

<sup>352</sup> Maricruz Gómez de la Torre Vargas. *El sistema filiativo chileno*. *Óp. Cit*, p. 88.

<sup>353</sup> Corte Suprema de Chile. Sala Cuarta. Rol No. 2564/2006. Resolución N° 24090, de 25 de Septiembre de 2006.

<sup>354</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://lema.rae.es/drae/?val=determinar> (acceso 15/07/2013).

Española acreditar se refiere a “dar seguridad de que alguien o algo es lo que representa o parece.”<sup>355</sup> Se podría interpretar como una manera de fortalecer una filiación existente como la que surge de los métodos presuntivos referidos en la presente tesina, pero es debatible en cuanto a la interpretación del artículo y lo que menciona la jurisprudencia respecto a la *acreditación o determinación* de la filiación. Porque si sólo acredita, entonces no se constituye como una fuente de filiación diferente a las conocidas, sino que fortalece a una ya existente, siendo un recurso de prueba que puede prevalecer a la prueba biológica, inclusive esta interpretación no dejaría sin efecto la hipótesis sostenida en la presente tesina, en la cual sostenemos la discusión en cuanto a *la prueba* que podría presentarse en los juicios de filiación, criticando el absolutismo que se pretende dar al aspecto biológico. Lo que sí está claro del tratamiento chileno con respecto a la posesión notoria es su valor como un recurso diferente a la prueba biológica [las cursivas son mías].

La jurisprudencia chilena ha hecho mención a la Convención sobre los Derechos del Niño, de esta manera sustentamos como esta posición se encuentra en armonía con las disposiciones del tratado referido.

que en relación a lo anterior cabe señalar que si bien en el examen de ADN de fecha 4 de agosto de 2010, se establece una altísima probabilidad que el actor sea el padre biológico de la niña N.B.A.E., nuestro legislador, para el caso en comento, en los artículos 200 y 201 del Código Civil, ha preferido la verdad social, frente a la biológica, por encontrarse la primera consolidada en los hechos, generando de suyo nexos de afectos, que trasciende a lo puramente biológico, lo que por cierto se encuentra en total armonía con lo previsto en el artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, disposición que establece que los tribunales, entre otras instituciones, atenderán primordialmente al interés superior del niño, lo que en el caso acontece al mantener a la menor en la familia que ha tenido desde su nacimiento, junto a su padre, madre y hermanos.<sup>356</sup>

De los fallos aquí citados, vemos la posibilidad que existe de integrar dentro de la normativa de filiación pruebas distintas a las biológicas. La posesión notoria ya no sólo sirve como una prueba supletoria del estado civil, como se ha planteado en nuestro país,<sup>357</sup>

<sup>355</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*.

<http://lema.rae.es/drae/?val=acreditar> (acceso 15/07/2013).

<sup>356</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua. Causa No. 190/2011 de 27 de Septiembre de 2011.

<sup>357</sup> En el Ecuador la posesión notoria se encuentra dentro del Título XV que trata sobre las Pruebas del Estado Civil. Para comprender el tratamiento de la posesión notoria en el país es necesario analizar dos artículos. Primero, el artículo 332 en el cual se establece que “el estado civil de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se probará con las respectivas copias de las actas de Registro Civil.” En segundo lugar merece importancia el artículo 337 cuyo primer inciso establece que “la falta de los referidos documentos podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, a falta de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil.” Es así

sino que puede ser vista como una prueba a ser considerada para dar por determinada la filiación. El tratamiento chileno, en consideración a la posesión notoria sustenta la hipótesis de la presente tesina, pues la ley permite que ésta se sobreponga a las pruebas de carácter biológico al existir contradicción entre unas y otras.

### **3.8.- Ecuador: ¿hacia el sistema restringido de ADN como prueba única?**

Determinar el emplazamiento filiatorio resulta un tema complicado que el Derecho de Familia tiene que solventar, en la presente sección expondremos nuestra crítica sobre el sistema que se intenta implementar en el país. En el transcurso de la elaboración de la presente tesina, la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, emitió el Borrador de Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil, la visión de plantear un régimen de filiación en base a la genética se mantiene.<sup>358</sup> El legislador ecuatoriano no resuelve temas que a nuestro entender son trascendentales. Se omite temas

---

que la posesión notoria en el Ecuador no es más que una prueba supletoria del estado civil, tratamiento distinto al que da el sistema chileno.

<sup>358</sup> El borrador de Informe para segundo debate del proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil presenta modificaciones importantes. Con respecto a la presunción legal se dice que “la o el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).” Presunción, aplicable también a las uniones de hecho que reúne los requisitos del Código Civil. Con respecto a la presunción de derecho, en el informe no se presentan modificaciones del artículo 62 del Código Civil, que en la actualidad establece el tratamiento de la presunción de derecho, a nuestra consideración, incurre el legislador en un importante error, pues no existe armonía en los artículos, no considera que con los exámenes científicos se puede corroborar no sólo quien es el padre pero también la época que se dio la concepción. La legitimación activa para impugnar la paternidad también es un tema merecedor de análisis, se permite que sea ejercida por el que se pretende verdadero padre o madre, el hijo o el que consta legalmente como padre o madre y cuya filiación impugna y a las personas a quienes la paternidad impugnada perjudique en sus derechos sucesorios, actualmente el marido tiene la potestad exclusiva de impugnar la paternidad conforme el artículo 236 del CC, cuando éste muere podrá impugnarla las personas conforme el art. 240, 236 CC. El Borrador del Informe al cual nos hemos referido anota que “en los juicios de impugnación de paternidad o maternidad, en el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que la o el Juez disponga, se presumirá de hecho la no filiación con relación a la o el hijo.” Mientras que propuesta la demanda “de investigación para que se declare la maternidad o paternidad, la o el demandado negare ser suyo el hijo o hija, la persona demandante solicitará al juez o jueza la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que la o el Juez disponga, se presumirá de hecho la filiación con la o el hijo.” Para un análisis más detallado del presente Borrador de Informe ver Anexo 2.

como el del reconocimiento del hijo,<sup>359</sup> y la aceptación de otras pruebas diferentes a las biológicas, dejando los aspectos de la identidad social apartados del entender jurídico.

La jurisprudencia ecuatoriana, como hemos expresado oportunamente, ha resuelto el problema mediante una forma que no resulta tan elaborada después de todo y que se resume en la determinación a través de los exámenes de ADN, siendo así que si no se practica la prueba científica, la sentencia que otorga no causa autoridad de cosa juzgada sustancial. Adoptando una posición rígida en cuanto a la determinación de la filiación por el mero dato genético, los fallos de triple reiteración presentados corroboran esta posición como hemos visto en la sección correspondiente de la presente tesina. Existe un punto que merece ser analizado para que no se de una interpretación errónea. Es precedente jurisprudencial que "las resoluciones judiciales dictadas en los juicios de filiación en los que no conste haberse practicado la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial."<sup>360</sup> Se refiere a los juicios de filiación en general, puede existir confusión al respecto si se analizan ciertos fallos:

las resoluciones sobre filiación de menores *concebidos fuera del matrimonio* dictadas sin la prueba del ADN, o de otras de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial [las cursivas son mías].<sup>361</sup>

La sentencia de la Corte Nacional con respecto al caso Vela Vargas sobre la filiación legal del menor nacido en el matrimonio, que ha sido objeto de crítica en la presente tesina alega erróneamente que "el presente caso no se ajusta a la situación referida en el literal c) del precedente jurisprudencial, respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio (...)." <sup>362</sup> El precedente jurisprudencial es aplicable al caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, corroboramos este argumento con el fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el año 2003 el recurrente alegaba que,

mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo". Yo, señores magistrados, en ningún

---

<sup>359</sup> La jurisprudencia chilena ha sido sumamente clara al sostener que el reconocimiento de un hijo es un acto unilateral, en el cual no se requiere probar la veracidad de la paternidad o maternidad, se rige por las normas generales del derecho en cuanto a los requisitos de existencia, validez y nulidad. Corte Suprema de Chile. Cuarta Sala. Juicio No. 4679-2006 de 12 de marzo de 2007. El legislador ecuatoriano no presenta una solución viable frente a este tema cuando se vea en contraposición a la verdad biológica

<sup>360</sup> Fallos de triple reiteración. Gaceta Judicial No. 1 Serie XVII.

<sup>361</sup> Resolución de Triple Reiteración 0, Recopilación 1998 de 1 de Enero de 1998. Gaceta Judicial No. 1 Serie XVII.

<sup>362</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Juicio Ordinario no. 403-11 de 17 de enero de 2012.

momento he impugnado la paternidad de mi hijo Carlos Gabriel Páez Salmo, quien se encuentra amparado bajo la presunción legal establecida en el inciso 1o. del Art. 240 del citado Código Civil.<sup>363</sup>

La Sala conformada por reconocidos Magistrados, Santiago Andrade Ubidia, Galo Galarza Paz y Ernesto Albán Gómez motiva la sentencia manifestando lo siguiente:

(...) actualmente es posible determinar la paternidad con precisión casi absoluta (margen de un error en diez millones) mediante el examen de ADN (Ácido Desoxi Nucleico) practicado de conformidad con la ley, por una institución pública o de naturaleza internacional como la Cruz Roja o sujetándose a las formalidades que el Código de Procedimiento Civil establece para las pericias científicas, (...) Existen fallos de triple reiteración dictados por esta Sala, que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley de Casación, constituyen precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante, publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 1, págs. 29 - 38, en las resoluciones Nos. 83 - 99, publicada en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999; 183 - 99, publicada en el Suplemento del R.O. 208 del 9 de junio de 1999; y, 480 - 99, publicada en el R.O. 333 de 7 de diciembre de 1999, en el sentido de que las resoluciones judiciales dictadas en los juicios de filiación en los que no conste haberse practicado la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial. [las cursivas y subrayado son míos]<sup>364</sup>

Por lo que mal podría alegarse que el precedente jurisprudencial es sólo aplicable para los hijos nacidos fuera del matrimonio como mencionó la Corte Nacional en el fallo referido.

Concluyendo con el análisis de la presente tesina, verificamos el impacto que ha tenido el tratamiento del derecho a la identidad en la filiación, y específicamente en las presunciones de paternidad que han sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina y jurisprudencia. Así también hemos demostrado como se han correlacionado estos dos términos; en el presente, el tratamiento del derecho a la identidad es un tema obligado para el estudio de la filiación. Con respecto al sistema para determinar la filiación que se está implantando en el Ecuador exponemos una crítica por basarse en la defensa absoluta al origen biológico, dejando de lado el aspecto dinámico de la identidad. Con esto no desmerecemos el carácter evolutivo que debe tener el Derecho frente a los avances de la sociedad, en este caso el tecnológico, pero si recalamos que no se está tomando en consideración que “los conceptos de padre y madre e hijo no son conceptos naturales sino culturales [...] el concepto natural es el de progenitor y procreado.”<sup>365</sup>

<sup>363</sup> Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia publicada en Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4516. Quito, a 13 de noviembre del 2003.

<sup>364</sup> *Ibíd.*

<sup>365</sup> Rosa MOLINER NAVARRO. *La familia como espacio de socialización de la infancia.* <http://www.uam.mx/cdi/derinfancia/4moliner.pdf> (acceso 7/07/2013).

Es así que el factor biológico es el punto de partida para el establecimiento de la filiación, pero que comienza a perder relevancia frente a otros factores como los afectivos y sociales, esto porque “la filiación biológica es un dato inalterable, que no cambia con el transcurso del tiempo, la filiación socio-afectiva va creciendo y consolidándose con el paso del tiempo.”<sup>366</sup> No cabe duda que las normas acerca de la presunción de paternidad están perdiendo fuerza ante el insoslayable posicionamiento de la biología, no negamos que deben realizarse cambios, pero éstos deben considerar elementos más complejos y no sólo la genética. Además, cabe advertir el desconcierto que acarrearía la aceptación de las reformas propuestas en situaciones ya consolidadas en un origen lícito, en donde no existía debate alguno y sobre las cuales se pretende arremeter.

Reiteramos nuestra posición de que la verdad biológica no puede ser visto como un absoluto, así lo afirma también el tratadista PEDRO DI LELLA al referirse que la verdad biológica no es absoluta, “no prevalece sobre todo y en cualquier circunstancia, sino que es una pauta, importante, en algunos casos imperiosa, en otros contingente y en algunos hasta desechable.”<sup>367</sup>

---

<sup>366</sup> Silvia TAMAYO HAYA. *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*.  
[http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF) (acceso 3/07/2013).

<sup>367</sup> Pedro Di LELLA. *Paternidad y pruebas biológicas*. *Óp. cit.*, p. 89.

## CONCLUSIONES

1. El derecho a la identidad del menor tiene rango constitucional, el artículo 45 de la Carta Magna hace referencia al derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a la identidad. La identidad biológica encuentra su fundamento en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo origen se enmarca en la apropiación ilícita de menores, pero cuya interpretación ha sido introducida para analizar la filiación.
2. El derecho a la identidad personal tiene dos dimensiones, una estática que engloba los elementos de identificación de una persona, dentro de los cuales se presentan los datos de nacimiento, filiación, características físicas y demás elementos que suelen ser inamovibles. La segunda dimensión es una dinámica, que ha sido determinada como una proyección social, como aquella que comprende el conjunto de atributos y calificaciones de la persona, es una identidad que evoluciona y cambia, y es que el derecho a la identidad es más que el mero componente biológico, como mal ha querido fundamentarse.
3. El descubrimiento del ácido desoxirribonucleico (ADN) en el año 1953 se convierte en una prueba ineludible para determinar el vínculo paterno-filial. Es la base para la determinación de la identidad biológica del menor, y es fundamento esencial para las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que defienden de manera absoluta el nexo biológico, como elemento único a ser considerado. Este es el tratamiento que ha tenido nuestra jurisprudencia, en los fallos de triple reiteración se estableció que en aquellos casos donde se ha declarado la paternidad sin haberse practicado los métodos científicos como el ADN, la declaración no causa cosa juzgada sustancial, sino meramente formal. De la misma manera, es el



fundamento que está siendo acogido por el legislador ecuatoriano al presentar las propuestas normativas referentes a la filiación.

4. La identidad legal, enmarcada en la determinación de la filiación por las presunciones de paternidad ha tenido un declive en cuanto a su eficacia, por ser consideradas como normas rígidas que no permiten la determinación del verdadero nexo biológico. En este sentido se incluyen las disposiciones legales que han sido consideradas como arcaicas, como el artículo 236 del Código Civil al establecer sesenta días desde que tuvo conocimiento del parto para que el marido pueda realizar cualquier reclamación contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, fallos de la anterior Corte Suprema demuestran la ineficacia de la norma. En este sentido concordamos con la doctrina y la jurisprudencia que en fundamentación al elemento estático del derecho a la identidad puede romperse las presunciones de paternidad, especial atención merece la presunción de derecho que mantiene el Código con respecto a la época de la concepción, aludir lo contrario sería no considerar la evolución de la ciencia reflejada en el Derecho.
5. Nuestra posición global es la aceptación del elemento biológico, pero no como prueba única y excluyente, en razón al elemento dinámico considerado en la identidad social y al interés superior del niño que merece un tratamiento en la legislación y tratamiento jurisprudencial en el país. De los fallos jurisprudenciales extranjeros esbozamos la posibilidad de admitir la paternidad social como un elemento suficiente a la hora de discutir la filiación, y es que la realidad y el interés superior del menor no coincide siempre con el elemento biológico. Los cambios que se intentan plantear en el régimen de filiación en el Ecuador deben permitir una aceptación más abierta a la filiación.
6. Hemos esbozado los criterios jurisprudenciales y doctrinarios con los cuales se ha ignorado el tema de la identidad social. Sin embargo, el no hacerlo sería desconocer hechos reales, y el Derecho no puede dejar de lado las circunstancias sociales, ya que el Derecho “viene condicionado por la realidad social, prejurídica, subyacente, al que aquél se limita a dar respuesta normativa, ordenadora de conductas, y

solución a los conflictos de intereses que dicha realidad presenta.”<sup>368</sup> De esta manera, sostenemos la necesidad de que se de una aceptación jurídica al aspecto social en la filiación.

7. Enmarcamos esta posición en cuanto a la identidad social, siempre que la relación paterno-filial no se haya originado mediante actos ilícitos, pues sería reprochable que el Derecho subsane actos de esa índole para otorgar una filiación que no se originó mediante actuaciones lícitas. En este punto hemos sido sumamente claros al presentar nuestra posición y defender en estas situaciones el elemento biológico. Siendo así que nuestra posición defendida se enmarca sólo para los actos lícitos que dan origen al nexo afectivo en el vínculo paterno-filial.
8. El estudio del sistema filiativo chileno permite esclarecer nuestra posición; el tratamiento que da el legislador chileno para hacer prevalecer la posesión notoria debidamente acreditada sobre las pruebas biológicas en caso de que haya contradicción entre una y otras, denota que “el otorgar preferencia a los lazos de afecto por sobre la verdad biológica parece lógico”,<sup>369</sup> siendo así que el ejercer el rol de padre, haberlo sido y querer serlo puede llegar a ser más relevante que la verdad genética.<sup>370</sup>
9. Lo recomendable sería adoptar un régimen filiativo que basándose en el principio de identidad biológica, eventualmente permita el reconocimiento de la otra dimensión del derecho a la identidad. Criticamos el Proyecto de Ley de Reformas al Código Civil y el Borrador de Informe para Segundo Debate del Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil, porque el legislador no resuelve temas importantes como lo planteado respecto al reconocimiento voluntario, ni ha considerado que la filiación es una relación fundamentalmente jurídica estructurada sobre roles culturales, aún cuando el criterio que recoge el Derecho es hacer que el elemento biológico coincida con el legal, no siempre prevalecerá el primero, y es que la

---

<sup>368</sup> Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. “Familia y Cambio Social: Notas Críticas”. Anuario de Derecho Civil. Núm. LIII-3, Julio 2000 p. 1074-1093.

<sup>369</sup> Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS. *El sistema filiativo chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 88.

<sup>370</sup> *Ibíd.*

filiación es un aspecto jurídico y no médico<sup>371</sup> y así es como tiene que ser valorado por el legislador y el juez.

10. Criticamos los preceptos absolutos que pretende establecer el legislador ecuatoriano, y que ya lo ha acogido la jurisprudencia con respecto a considerar como precedente jurisprudencial que al no practicarse la prueba científica, la sentencia que otorga no causa autoridad de cosa juzgada sustancial. De esta manera, no se está considerando ciertas circunstancias en las cuales el derecho puede protegerse de mejor manera. A nuestra consideración, los absolutos de la ley tienen que ser establecidos sólo cuando haya certeza absoluta de que no existe otra posibilidad para entender un determinado aspecto, este absolutismo que pretende el legislador y juez ecuatoriano ha sido desvirtuado en la presente tesina.

---

<sup>371</sup> Pedro Di LELLA. *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

## BIBLIOGRAFÍA:

- ABELIUK MANASEVICH, René. *La filiación y sus efectos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ABELLO, Julieta. *Plan Nacional de la Formación Judicial: Programa de Formación Judicial Especializada en el Área de Familia*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2007.
- ALESSANDRI R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Tomo II. Chile: Editorial Jurídica, 2011.
- ALESSANDRI R., Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. T.I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ANSEMI CABRAL, Graciela. *Métodos de reproducción asistida y su incidencia jurídica*. [http://www.justiniano.com/revista\\_doctrina/repro\\_asistida.html](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html) (acceso 18/02/2013).
- BÁRRACO MÁRMOL, Ruy. *Protección de la vida e igualdad prenatal del hombre en la República Argentina*. Indiana: Xlibris Corporation, 2010.
- BELLUSCIO, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- BESTARD, Joan. “Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social.” *Revista de Antropología Social* ISSN: 1131-558X (2009).
- BEYER W., Gerry. *Is the Kansas Sperm Donor Case A Lesson Against Do-It-Yourself Artificial Insemination*. [http://lawprofessors.typepad.com/trusts\\_estates\\_prof/2013/01/is-the-kansas-sperm-donor-case-a-lesson-against-do-it-yourself-insemination.html](http://lawprofessors.typepad.com/trusts_estates_prof/2013/01/is-the-kansas-sperm-donor-case-a-lesson-against-do-it-yourself-insemination.html) (acceso 18/01/2013).
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Filiación*. <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/filiacion> (acceso 29/06/2013).
- BOQUE MIRÓ, Roberto. *Compilación de notas referidas al derecho de menores*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1999.
- BORJA, Luis. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. T.I. Paris: A. Roger y F. Chernoviz Editores, 1901.
- CARMONA LUQUE, Ma. *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento*

*de progresividad en el Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

CASAL, Jesús. *Los derechos humanos y su protección (Estudios sobre derechos humanos y fundamentales)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.

CASCANTE, Lorena. *Eficacia de la prueba del ADN en los juicios por declaración judicial de paternidad*.  
<http://www.ues.flakepress.com/Otros%20libros/Derecho/Eficacia-de-la-prueba-del-ADN%20en%20los%20juicios%20por%20declaración.PDF> (acceso 4 /02/ 2012).

CAVALIERI, José Luis. *Cuando una verdad no alcanza: Apuntes a un abordaje transdisciplinario en material de filiación*.  
<http://legalciti.joseluiscavalieri.com/2013/06/cuando-una-verdad-no-alcanza-apuntes-un.html> (acceso 28/06/2013)

CHIERI, Primarosa y Eduardo Zannoni. *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

CICU, Antonio. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, 1947.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2da. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. T. II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

CNN Noticias. *Kansas hits up sperm donor for child support*.  
<http://edition.cnn.com/2013/01/04/us/kansas-sperm-donation> (acceso 4/06/2013).

Comité de los derechos del Niño. Observación No. 5. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/17/PDF/G0345517.pdf?OpenElement> (acceso 4/02/2013).

Comité de los Derechos del Niño. Observaciones del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador.  
[http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/CD\\_Concl\\_Obs\\_2010/CRC/53rd%20session/CRC-C-ECU-CO-4S.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/treaty/CD_Concl_Obs_2010/CRC/53rd%20session/CRC-C-ECU-CO-4S.pdf) (acceso 4/02/2013).

CORNEJO AGUILERA, Pablo. Estatuto filiativo y principios constitucionales. *Revista Jurídica Derecho y Humanidades*, No 16 vol. 2 (2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17 par. 56 p. 61.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho a un nombre*.  
<http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm> (acceso 18/02/2013).

- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era. ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1981.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era. ed., Buenos Aires: Depalma, 1997.
- DABOVE CARAMUTO, María Isolina y Adolfo Prunotto Laborde. *Derecho de la Ancianidad: perspectiva interdisciplinaria*. República Argentina: Editorial Liberaría Juris, 2006.
- DÁZ RODOLFO, Gabriel. *Jornadas Regionales y Nacionales Interdisciplinarias de adopción*.  
[http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro\\_adopcion/ponencias/EL\\_ACCESO\\_AL\\_EXPTE\\_Y\\_EL\\_DERECHO\\_A\\_LA\\_IDENTIDAD\\_A\\_LA\\_LUZ\\_DE\\_LA\\_L\\_26061.htm](http://www.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/ponencias/EL_ACCESO_AL_EXPTE_Y_EL_DERECHO_A_LA_IDENTIDAD_A_LA_LUZ_DE_LA_L_26061.htm) (acceso 18/02/2013).
- DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milán: Giuffré, 1989.
- DE MARCO, Miguel. *Congresos y reuniones científicas*.  
[http://www.conicet.gov.ar/new\\_scp/detalle.php?keywords=&id=31233&congresos=yes&detalles=yes&congr\\_id=1231564](http://www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=31233&congresos=yes&detalles=yes&congr_id=1231564) (acceso 4/01/2013).
- DEL VECCHIO, Giorgio. “La obligación jurídica de la verdad, especialmente en el proceso civil.” *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo, Revista la Justicia*, México, agosto de 1965.
- DELGADO MENÉNDEZ, María . El derecho a la propiedad como dimensión al derecho a la identidad. [revistas.pucp.edu.pe/index.php/.../article/.../2878](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/.../article/.../2878) (acceso 21/03/2013).
- DI LELLA, Pedro. *Paternidad y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- DÍAZ AMBRONA HERNÁNDEZ, María Dolores. *Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/notas-derecho-identidad-verdad-biologica-> (acceso 31/01/2013).
- DÍAZ AMBRONA, María Dolores y Francisco Hernández Gil. *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.
- DONNA, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial*. T.II-A. Buenos Aires: Rubizal Culzoni, 2001.
- ERIKSON, Erik. *Juventud, identidad y crisis*. Paidós, Buenos Aires, 1968.
- ESCOBAR FORNOS, Iván. *Derecho a la Producción Humana Inseminación y*

*fecundación in vitro.*

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard5.htm> (acceso 18/01/2013).

FALCONI GARCÍA, José. *El derecho constitucional a la identidad.*

[http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=5944](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=5944) (acceso 4/01/2013).

FERNANDEZ SASSEREGO, Carlos. *Derecho a la Identidad Personal.* Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992.

FIGARI, Rubén. *Supresión o alteración de identidad de un menor y falsedad de instrumento público.*

<http://rubenfigari.com.ar/?p=238> (acceso 21/02/2013).

GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *La filiación y la Familia.*

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/876/20.pdf> (acceso 28/01/2013).

GALLEGOS PÉREZ, Nidia. *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho de familia.* Villahermosa: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. *Casos especiales de filiación: reproducción asistida y adopción.*

<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/casos-filiacion-reproduccion-asistida> (acceso 18/02/2013).

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. *Derecho a la identidad y filiación.*

<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-identidad-filiacion-411463370> (acceso 25/02/2013).

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca. *El derecho a la identidad.* <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-identidad-411463354> (acceso 25/02/2013).

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *El sistema filiativo chileno.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

GONZÁLEZ ANDRADE, Fabricio. *Ensayos Médicos sobre Genética: La genética Molecular en la Medicina Ecuatoriana.* Quito: Imprenta Noción, 2006.

GONZÁLEZ PORRAS, J.M y F.R. Méndez Gonzáles. *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

GROSMAN, Cecilia P. *Los derechos del niño en la familia: discurso y realidad.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

GUSTAVINO, Elias. "Derecho Subjetivo e interés legítimo en material civil". *Revista Jus.* La Plata no. 22, 1973.

- HODGKIN, Rachel y Peter Newell. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. [http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html) (acceso 21/02/2013)
- INÉS DIEZ, María. “El proceso de adopción y el derecho a la identidad”. *Revista Prudentia Juris* 58 (2004).
- LAFONT PIANETA, Pedro. *Colaboración en Código del menor, tratados y convenios internacionales*. Bogotá: Unicef, 1994.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. *Derecho Civil del Ecuador: Filiación, estado civil y alimentos*. 4ta ed. T III. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1985.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. *Igualdad de los cónyuges e igualdad de los hijos*. Quito: CEP, 1967.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. 5ta. ed. Quito: Corporación de estudios y publicaciones Quito, 1998.
- Law & Iuris. *Derecho a la Personalidad Jurídica*. <http://www.lawiuris.com/2008/01/27/derecho-a-la-personalidad-juridica/> (acceso 13/07/2013).
- LINACERO DE LA FUENTE, María. *El derecho de la persona y de la familia en el siglo XXI*. Madrid: Editorial Complutense, S.A., 2009.
- LOYARTE, Dolores y Adriana Rotonda. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- MALAUURIE, Philippe. *La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines*. <http://www.echr.coe.int/library/annexes/Bulletin%202003-4.pdf> (acceso 18/02/2013).
- MALUQUER DE MOTES, Carlos. *Derecho de la Persona y Negocio Jurídico*. Barcelona: Casa Editorial S.A., 1993.
- MARTÍNEZ MARULANDA, Diego. *Fundamentos para una introducción al derecho*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2007.
- MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M.<sup>a</sup> Lourdes. *Presunción no es ficción*. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presuncion-no-ficcion-37761773> (acceso 2/06/2013).
- MÉNDEZ ACOSTA, María. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001.
- Ministerio de Educación de la Nación Argentina. *Pensar la dictadura: terrorismo de Estado en la Argentina*. Buenos Aires: Ministerio de Educación de la Nación Argentina, 2010.



- MIZRAHI, Mauricio. *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*.  
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3134121> (acceso 21/02/2013).
- MOLINER NAVARRO, Rosa. *La familia como espacio de socialización de la infancia*. <http://www.uam.mx/cdi/derinfancia/4moliner.pdf> (acceso 7/07/2013).
- MONROY CABRA, Marco. *Derecho de Familia y de Menores*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 7ma ed. 2001.
- MORÁN DE VINCENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima: ARA Editores, 2004.
- MUSE GENERCH, Juan. *Inconstitucionalidades en el Código Civil Argentino referentes a plazos y sujetos para determinar los ascendientes del niño*.  
<http://www.consejosdederecho.com.ar/70.htm> (acceso 19/02/2013).
- OCHOA, G. Óscar. *Derecho Civil I: Personas*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.
- Organización Abuelas Plaza de Mayo. Área psicológica: Derecho a la identidad.  
[http://www.abuelas.org.ar/areas.php?area=psicologica.htm&der1=der1\\_psi.php&der2=der2\\_areas.php](http://www.abuelas.org.ar/areas.php?area=psicologica.htm&der1=der1_psi.php&der2=der2_areas.php) (acceso 28/01/2012).
- PALADINES ESCUDERO, Carlos. *Sentido y trayectoria del sentimiento ecuatoriano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil: Personas, Familia y Derecho de Menores*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.
- PARRRAGUEZ RUIZ, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. 6ta Ed, V.I. Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 1999.
- PÁSTOR ÁLVAREZ, María. *El deber de contribución a las cargas familiares*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad, 1988.
- PEÑA, Lorenzo. *La filiación: ¿hecho o derecho?*. [lp.jurid.net/ms/filiacion.pdf](http://jurid.net/ms/filiacion.pdf)  
(acceso 18/02/2013).
- PÉREZ CONTRERAS, María. *Derecho de familia y sucesiones*.  
<http://doctrina.vlex.com.mx/vid/filiacion-275274459> (acceso 13/06/2013).
- PLÁCIDO, Álex F. *Familia, niños, adolescentes y Constitución*. Academia de la Magistratura: Lima, 2012.
- QUESADA GONZÁLEZ, Ma. *La prueba del ADN en los procesos de filiación*.  
<http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/prueba-adn-procesos-filiacion> (acceso 31/01/2013).

RAMOS CABANELLAS, Beatriz y Mabel Rivero de Arhancet. *Daños al Proyecto de vida y a la identidad*.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el denominado Caso Gelman Vs. Uruguay.  
<http://www.cade.com.uy/articulos/sentencia-caso-gelman-vs-uruguay-proyecto-de-vida-identidad.php> (acceso 24/01/2013).

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.  
<http://lema.rae.es/drae/?val=acreditar> (acceso 15/07/2013).

RIVERA, Julio. *Instituciones de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “*Familia y Cambio Social: Notas Críticas*”. Anuario de Derecho Civil. Núm. LIII-3, Julio 2000.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. *El cambio de nombre como manifestación del derecho a la identidad personal en el caso de los transexuales*.  
<http://www.justiciayderecho.org/revista5/articulos/> (acceso 18/05/2013).

SÁNCHEZ, Román. *Estudios de Derecho Civil*, tomo V, vol 2, Marid, 1912, pp. 994 citado en Claudia MORÁN de Vicenzi. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*.

SESTA, Michele. *Régimen Privado y Público en los Proyectos de Ley en Materia de Familia en Italia*.  
<http://190.7.110.123/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp4/micheleSesta.pdf> (acceso 14/07/2013).

SIMON, Farith. *Derecho de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los derechos del Niño a las legislaciones integrales*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2008.

SOTO ÁLVAREZ. *Prontuario de Introducción al estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil*. México D.F : Editorial Limusa, 2005.

TAMAYO HAYA, Silvia. *Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*.  
[http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVO MODELODEFILIACION.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVO MODELODEFILIACION.PDF) (acceso 3/07/2013).

UNICEF Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 1ra. Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento. [http://www.unicef.org/lac/Desafios-13-CEPAL-UNICEF\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Desafios-13-CEPAL-UNICEF(1).pdf) (acceso 21/02/2013).

- UNICEF. Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal De Nacimiento.  
[http://www.unicef.org/lac/04Buenas\\_practicas\\_\\_Final\\_.pdf](http://www.unicef.org/lac/04Buenas_practicas__Final_.pdf) (acceso 22/06/2013).
- United Nations Treaty Collection. Convention on the Rights of the Child.  
[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) (acceso 4/02/2013).
- United States Holocaust Memorial Museum. Diarios de Niños durante el Holocausto.  
<http://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10008014> (acceso 25/02/2013).
- VAN BUEREN, Geraldine. *The International Law on the Rights of the Child*. Países Bajos: Kluwer Law International, 1998.
- VARELA CÁCERES, Edison. *La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008*.  
[http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv\\_2009\\_134\\_219-269.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv_2009_134_219-269.pdf)
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2004.
- VÁSQUEZ, Luis Daniel y Sandra Serrano. *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Apuntes para su aplicación y práctica. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf> (acceso 13/06/2013).
- VELOSO VALENZUELA, Paulina. *Principios fundamentales del nuevo estatuto de filiación*. [www.velosoycia.cl/ver-publicacion.php?id=7](http://www.velosoycia.cl/ver-publicacion.php?id=7) (acceso 4/01/2013).
- VIAL DEL RÍO, Víctor. *La teoría del acto jurídico*.  
[http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-acto-juridico-275057503?ix\\_resultado=2.0&query%5Bbuscable\\_id%5D=CL&query%5Bbuscable\\_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=hecho+juridico](http://doctrina.vlex.cl/vid/teoria-acto-juridico-275057503?ix_resultado=2.0&query%5Bbuscable_id%5D=CL&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=hecho+juridico) (acceso 10/06/2013).
- VICENTE G., Teresa. *Los Derechos de los Niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, 2007.
- WATHERSON DE SAMPÉR, Bertha. *¿Quién soy?*. México D.F: Panorma Editorial, 2006.
- WEINBERG, Inés. *Convención sobre los derechos del Niño*. Córdoba: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- WRAY, Alberto. *El menor ante la ley*. Quito: Corporación Editora Nacional, V. 6, 1991.

YÉPEZ, Mónica. *El ADN como medio probatorio en los juicios de filiación*. Tesis doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2001.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. 5ta. ed. T.II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981.

ZANNONI, Eduardo. *Manual del Derecho de Sucesiones*. 4ta ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

## **PLEXO NORMATIVO**

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.

Constitución de la República de Bolivia. Publicado en la Gaceta Oficial de Bolivia el 9 de febrero de 2009.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980)

Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Registro Oficial Suplemento 153 de 25 noviembre 2005.

Código Penal del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 147.

Ley 19.585 (Chile). Publicada el 26 de octubre de 1998.

Ley del Anciano. Registro Oficial 376 de 13 de octubre de 2006.

Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Artículo 33. Registro Oficial 70, de 21 de abril de 1976.

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad Condicionada. No. C-109/95, de 15 de marzo de 1995.

Corte Constitucional del Ecuador. Caso N.º 0001-10-CN de 24 de agosto de 2010.

Corte de Apelaciones de Rancagua. Causa No. 190/2011 de 27 de Septiembre de 2011.  
Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo. Sentencia de 24 de febrero de 2011.  
Serie C No. 221, párr. 122.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

CIDH. Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 27 de abril de 2012.

Consejo de la Magistratura Poder Judicial de Mendoza. Sentencia de 3 de agosto de 2013

Corte Suprema de Chile. Juicio No. 2259-2011 de 27 de octubre 2011

Corte Suprema de Chile. Juicio No. 4679-2006 de 12 de marzo de 2007.

Corte Suprema de Chile. Sala Cuarta. Rol No. 2564/2006. Resolución N° 24090, de 25 de Septiembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Causa No. AR/JUR/41235/2010, de 10 de agosto del 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Causa No. 50001-31-10-002-2002-00495-01, de 21 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Causa No. EXP. No. 50001-31-10-002-2002-00495-01, de 26 de octubre de 2009.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Segunda Sala. Expediente No. 07-001318-0187-FA de 15 de junio de 2011.

Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Juicio No. 150-98, de 22 de marzo de 1999.

Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año XCIX. Serie XVI. No. 14. Pág. 3962 del 11 de febrero de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 141-2001 de 11 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 150 – 98 de 9 de junio de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 176-2004, de 18 de diciembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa Nro. 57-2002 de 12 de septiembre de 2002.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 480, Registro Oficial 333 de 7 de diciembre de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia publicada en Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 14. Página 4516. Quito, a 13 de noviembre de 2003.

Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato. Juicio no. 17112-2009-0727 de 25 de enero de 2011.

Resolución de Triple Reiteración 0, Recopilación 1998 de 1 de Enero de 1998. Gaceta Judicial No. 1 Serie XVII.

Tribunal Supremo de España. Sentencia No. 1162/2002, de 28 de noviembre de 2002. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Expediente No. 1961 de 25 de febrero de 2009.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. Causa No. 1443, de 14 de agosto de 2008.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Causa No. 1443, de 14 de agosto de 2008.

Tribunal Supremo Español. Sala 1. Sentencia T.S. 530/2012 del 19 de Julio del 2012.

**ABREVIATURAS**

Art.	Artículo
CC	Código Civil Ecuatoriano
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CNA	Código de la Niñez y Adolescencia
ISN	Interés Superior del Niño
R.O	Registro Oficial

## **ANEXOS**