

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i2.773>

La verdad biológica y el derecho a la identidad de las personas en Ecuador

The truth biology and the right to identity of people in Ecuador

Ligia Elena Idrovo-Regalado
ligia.idrovo@psg.ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-5511-4927>

Cecilia Ivonne Narváez-Zurita
inarvaez@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-7437-9880>

Juan Carlos Erazo-Álvarez
jcerazo@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6480-2270>

José Luis Vázquez-Calle
jlvazquezc@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0003-4980-6403>

Recibido: 10 de abril de 2020
Revisado: 12 de mayo de 2020
Aprobado: 31 de mayo de 2020
Publicado: 14 de junio de 2020

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

RESUMEN

El objetivo de la investigación fue proponer un proyecto de Ley Reformatoria al Código civil que regule la impugnación de paternidad y la utilización del examen de ADN como prueba cuando el que reconoce tiene indicios de que no es el verdadero padre, siempre y cuando desconozca esa información al momento del reconocimiento. Metodológicamente se basó en un enfoque mixto, por cuanto se describió la importancia de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes y se aplicó una encuesta dirigida a jueces de distinto nivel del cantón Cuenca, a abogados expertos en derecho constitucional que dio como resultado la necesidad de adecuar la filiación al derecho a la verdad biológica. Es necesario replantear elementos que ayuden a visibilizar factores que se encuentran con demasiada ambigüedad dentro de la ley, con respecto al rol que cumple el padre dentro de la crianza de un niño.

Descriptor: Identidad; especie humana; derecho constitucional; derechos del niño. (Palabras tomadas del Tesoro UNESCO)

ABSTRACT

The objective of the investigation was to propose a draft of the Reform Law to the Civil Code that regulates the paternity challenge and the use of the DNA test as evidence when the one who recognizes has indications that he is not the real father, as long as he does not know this information. at the time of recognition. Methodologically, it was based on a mixed approach, since the importance of comprehensive protection of the rights of children and adolescents was described, and a survey directed at judges at different levels in the canton of Cuenca, to lawyers specialized in constitutional law that gave as a result, the need to adapt filiation to the right to biological truth. It is necessary to reconsider elements that help notify factors that are too ambiguous within the law, regarding the role that the father plays in the upbringing of a child.

Descriptors: Identity; human species; constitutional law; rights of the child. (Words taken from UNESCO Thesaurus)

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador reconoce a los niños, niñas y adolescentes como un grupo de atención prioritaria; no es desconocido que a más de los derechos que se otorgan a todas las personas, este grupo goza de derechos específicos y garantías reforzadas, todo esto con el objetivo fundamental de permitir el desarrollo de una vida digna. Entre los derechos que les son reconocidos se encuentra la identidad personal que le faculta a su titular al ejercicio de derechos y libertades, a tener un nombre y cuestiones conexas como la paternidad, la maternidad, la filiación, el derecho de alimentos, etc., constituyéndose una obligación del Estado su garantía.

No obstante, existen casos en los que este derecho a la identidad colisiona con lo que se conoce como el derecho humano a la verdad biológica que faculta a las personas a conocer cuál es su verdadero origen biológico. Por esta razón se considera que con el fin de garantizar el interés superior del niño y cumplir su protección integral, tanto el derecho a la identidad cuanto la verdad biológica, tienen que articularse cuando la filiación esté en conflicto, ya que en la realidad son comunes los casos en los que el que reconoce tiene indicios de que el reconocido no es su hijo biológico, sin embargo las acciones judiciales para arreglar esta situación que se encuentran vedadas, situación que vulnera el derecho a la identidad cuanto la verdad biológica, contradiciendo el principio del interés superior del niño.

Por lo expuesto, se plantea como problema de investigación: ¿cuáles son las consecuencias de inaplicación de la verdad biológica en los procesos de impugnación de paternidad en el que reconoce tiene indicios de que no es el padre sea biológico? En consecuencia, el objetivo de este trabajo consiste en plantear una reforma al código civil ecuatoriano permitiendo que proceda la acción de impugnación de paternidad cuando el que reconoce considere que el reconocido no es su hijo biológico siempre que haya desconocido esa información al momento del reconocimiento. Con base en lo que se manifiesta se busca generar un aporte desde la academia para que se solucione un problema que se presenta día a día en las unidades judiciales de Ecuador.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

Referencial teórico

¿Cuál es el rol del derecho a la identidad personal?

La Constitución de la República del Ecuador reconoce un amplio catálogo de derechos, haciéndose especial énfasis en la protección de los niños, niñas y adolescentes; en ese sentido "la carta fundamental se refiere a aquellos no solo como sujetos de protección y de atención prioritaria si no como objetivo de asignación derechos íntegros, otorgándoles un nivel que prevalece de garantía constitucional" (Almeida, Erazo, Ormaza, & Narváez, 2020, p. 620).

En función de la protección reforzada y del dinamismo que caracteriza al derecho, es indispensable discutir cuestiones tradicionales sometidas a regulación, a la luz de avances de la ciencia (González Contró, 2011), que pueden generar nuevas posibilidades en torno a estos actores que son de atención especial, teniendo el derecho la obligación de adecuarse a estas exigencias.

Entre uno de estos derechos está la identidad personal, la que debido a su importancia ha sido entendida como un "derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener el vínculo con los padres, etc". (González- Contró, 2011, p. 4), pudiéndose entender de esta forma su valor y necesidad de revisión constante y perfeccionamiento, ya ha sido reconocido como un derecho humano en el plano internacional (Fama, 2012). Su importancia radica en que no es un único elemento que conforma al ser humano y su esencia que le permite establecer su individualidad así como la capacidad para desarrollarse como personas dentro de un grupo, igual forma faculta el ejercicio de derechos, libertades otorgados por la ley (Secretaría de Gobierno de México, 2011), se puede dimensionar de esta forma su alcance.

Para (Fernández, 2015) el derecho a la identidad es un "conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir lo inevitable a una persona de todas las demás" (p.113). Como se observa este derecho implica una multiplicidad de cuestiones que tienen el objetivo fundamental de

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

hacer diferente a cada uno de los seres humanos con la ley y permitir que su ejercicio implique él disfrute de otros derechos conexos que serán expuestos más adelante.

(López-Serna & Kala, 2018) complementan esta idea de individualidad mencionando que la identidad está conformada por características propias de los seres humanos, que tienen la función de diferenciarlos en el orden físico, biológico, social o incluso jurídico, por ejemplo, por medio de un nombre se pueden entender cosas como parentesco, filiación, maternidad, paternidad, alimentos. Por lo tanto, es clara la idea de que a partir de la identidad y su existencia se puede reconocer y ejercer el parentesco, la filiación, la paternidad y cuestiones más complejas como son el derecho de alimentos que obliga a que se tienen que cumplir cuando la persona a través de la identidad adquiere derechos. Debido a su connotación, ha sido reconocido y desarrollado tanto en Ecuador como a nivel internacional, su contenido y alcance ha sido definido por jueces y juristas lo que ha permitido entender su alcance, evolución y plasmarlo en los textos constitucionales y disposiciones infraconstitucionales. En la actualidad, el derecho a la identidad se encuentra reconocido de manera amplia en la Constitución de la República del Ecuador, por ejemplo el artículo 66 numeral 28 garantiza el derecho a una identidad personal y colectiva “que incluye tener nombre y apellido como se debe estar registrados y escogidos de manera libre; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como nacionalidad, procedencia familiar, manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, art. 66).

Es importante anotar que este derecho conlleva una doble dimensión, tanto individual como colectiva, se suma a esto la garantía de que todo ser humano sea portador de un nombre y un apellido que lo identifica del resto de personas; no obstante, esta disposición va más allá ya que permite también la libertad en su elección y cuestiones materiales e inmateriales entre las que se anotan las espirituales, religiosas, políticas, sociales, etc., lo que permite entender su amplitud y la posibilidad de ser entendido desde diferentes aristas y perspectivas.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

Por su parte el artículo 45 *ibídem* reconoce a niños, niñas y adolescentes además de los derechos comunes de todas las personas, entre los que se encuentra el derecho a la identidad y al nombre (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Esta garantía refuerza lo señalado en el artículo 66. Una cuestión importante respecto del reconocimiento en la norma suprema del derecho a la identidad estriba en la idea que al tener un rango constitucional, frente a cuestionamientos e intentos de limitación, se le otorga una protección reforzada por su ubicación en la jerarquía normativa, razón que la hace imperante en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Además de este reconocimiento nacional, se evidencia un amplio desarrollo a nivel internacional sobre el derecho a la identidad que ha sido establecido de manera expresa en múltiples instrumentos internacionales (Fama, 2012). Se han referido sobre el derecho a la identidad: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), la Convención sobre los Derechos del niño (1990), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) entre otros, que lo han institucionalizado desde hace muchos años, cuestión que también fue recogida en la Constitución de 2008.

La idea principal de este derecho gira en torno a que con su otorgamiento a una persona que puede ser un niño, niña, adolescente o incluso adulto, lleva implícito cuestiones como el parentesco, la filiación, la paternidad y el ejercicio en determinadas condiciones y bajo supuestos claros del derecho de alimentos que es el que sirve para garantizar la vida y desarrollo del alimentado.

En Ecuador, el derecho a la identidad personal se ha modificado con el pasar del tiempo de acuerdo a diferentes criterios. Se ha visto influenciado por la aplicación de la verdad biológica como fundamento para su determinación. Sin embargo, mediante las últimas resoluciones de la Corte Nacional de Justicia se da prevalencia a la verdad legal, a fin de precautelar otros aspectos correlacionados al de la identidad personal, en especial el interés superior del niño, niña y adolescente (Martínez, 2017), principio que implica entender los derechos de este grupo de personas de forma “aislada sino en consonancia

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

con los derechos humanos en su integralidad” (Almeida, Erazo, Ormaza, & Narváez, 2020, p.628).

La Corte Nacional de Justicia mediante la Sentencia No. 394 (2012), ha emitido un pronunciamiento sobre la importancia del derecho a la identidad, señalando que Ecuador como parte de las naciones que suscribieron diversos tratados internacionales, al hacerlo, reafirmó su fe en los derechos fundamentales de los seres humanos, en la dignidad, en el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres desde su nacimiento. La Corte Nacional de Justicia, se ha expresado en el sentido de que la identidad personal no debe tener una conducta discrecional de los operadores de justicia, sino que son ellos, los llamados a reafirmar los derechos establecidos en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

Luego de haber realizado una revisión de doctrina y derecho al respecto, y entender su concepción, objeto, alcance es indispensable estudiar la importancia de este derecho. La respuesta es simple, le permite a su titular el ser reconocido a nivel jurídico y social, de igual forma le posibilita ser sujeto de derechos y libertades, así como ser parte de un territorio, de un grupo social y de una familia.

Siendo esta la muestra de la importancia de la identidad en la sociedad actual. Sería inconcebible imaginar una persona en el siglo XXI que no pueda ejercer este derecho humano por cuanto no tendría acceso a cuestiones como filiación, paternidad, maternidad, en fin, un amplio catálogo de derechos, libertades y responsabilidades como miembro de la sociedad.

Con base en todo lo expuesto, es indispensable que el Estado en cumplimiento de su ideal de bien común asegure a las personas los mecanismos necesarios para ejercer su identidad particular de forma oficial, a través de políticas y leyes que entre otras cosas sirvan para el registro y certificación de un individuo, así como de variaciones en lo que a su estado civil respecta. (Secretaría de Gobierno de México, 2011), con el único fin del ejercicio de derechos. Por lo tanto, la garantía en su ejercicio es una obligación, permitiendo que cada persona tenga una identidad, y que esta pueda ser preservada, no obstante, es necesario señalar también que en determinados supuestos puede colisionar

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

con otros criterios como el de la verdad biológica que son igual de indispensables para las personas, sobre todo de niñas, niños y adolescentes, y es obligatorio y deben ser analizados a la luz de conceptos como el que se está estudiando.

Cabe aquí preguntarse si es que este derecho a la identidad debe incluir también el derecho a conocer la identidad de sus progenitores ¿sería factible que se articule el concepto de la verdad biológica al del derecho a la identidad para que se garantice de forma integral su ejercicio? y en pro de del interés superior se tenga la obligación de poner en conocimiento del niño quiénes son sus padres biológicos. Por lo tanto, se hace necesario plantear una cuestión: ¿qué pasa si es que una persona realiza un reconocimiento voluntario creyendo que el hijo es suyo, pero resulta que no lo es? ¿Se deben garantizar los derechos tanto del reconociente como del reconocido en este aspecto? Estos razonamientos esbozados demuestran la necesidad de estudiar en conjunto el derecho a la identidad y la verdad biológica como conceptos que se complementan entre sí para equipararla con la verdad legal.

Frente a la parte teórica se encuentra la práctica, lo que día con día se desarrolla en los juzgados sobre las cuestiones del derecho a la identidad, de la verdad biológica y la verdad legal. Sobre esta premisa es necesario señalar que en los procesos jurídicos actuales, para poder realizar una investigación de la paternidad en sus distintas instancias, se producen varios conflictos que como se ha mencionado tienen el único objetivo de garantizar el derecho a la identidad en todas sus aristas. Estas dificultades han llevado incluso a analizar cada caso por separado, lo que demuestra que existen vacíos normativos debiéndose llegar a dos o más procesos judiciales para comprobar la paternidad o maternidad y permitir el ejercicio de derechos y la imposición de responsabilidades.

Para entender el problema que se presenta en el ejercicio del derecho a la identidad y su tramitación es indispensable mencionar de inicio que en la actualidad se puede hablar de diversos conceptos tales como la familia consanguínea, la familia por afinidad, los vínculos jurídicos que surgen de la adopción legal celebrada, las familias que se forman de facto, o incluso aquellas personas que asumen que el hijo es suyo y lo reconocen de

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

forma voluntaria. Esta última cuestión trae varias posibilidades que producen consecuencias jurídicas que tienen impacto en los sujetos involucrados y pudiendo otorgar (derecho a la identidad) y restringir derechos (verdad biológica) así como establecer libertades.

El problema de fondo se visualiza cuando se produce el reconocimiento de un niño, niña o adolescente de manera voluntaria ignorándose la parte biológica o dando por entendido el reconociente que es el padre, no obstante, posterior a esta acción se verifica que este reconocimiento voluntario estuvo acompañado de engaños por parte de la madre y de desconocimiento por parte del padre; y al basándose en esta premisa se inicia la acción de impugnación correspondiente, presentándose un claro conflicto entre el derecho a la identidad y el derecho a la verdad biológica.

La verdad biológica como un instrumento para la protección integral de niñas, niños y adolescentes

La verdad biológica se constituye en un criterio de mucha importancia en el ordenamiento jurídico a nivel internacional y nacional, de forma general lo que busca es que la filiación jurídica coincida con la procreación biológica (González-Pérez, 2012), para de esta forma garantizar derechos a todos los actores. En la actualidad existe un amplio debate sobre si la verdad biológica debe prevalecer sobre la verdad legal y la social, o si estas últimas están por encima, razón por la que se hace indispensable desarrollar su concepto y entender su alcance a la luz de la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes y sobre todo su protección integral.

Rubio (2008), sobre este debate considera que: “las prácticas orientadas a conservar las posiciones de los padres biológicos que siguen la lógica de la perennidad y las que se dirigen, por el contrario, a sustituirlas por las de los padrastros lógica de sustitución obedecen a condiciones sociales, económicas o ideológicas más amplias y afectan a un gran número de casos” (p.50). Como se observa el problema de la verdad biológica es amplio y permite sobre todo diferentes aplicaciones, ya que se puede entender y seguir estos dos caminos (el del derecho o el de la biología). Cada una de estas posiciones

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

tienen defensores y detractores tanto en doctrina cuanto en la jurisprudencia; de igual forma es un tema notable en la evolución del derecho de familia (González, 2013) y debe ser entendido en todas sus aristas.

Uno de los conceptos imprescindibles dentro del derecho de filiación es el favor veritatis que estriba en la idea de que el vínculo paterno filial se estructura cuando ha sido demostrada la descendencia genética o biológica de la persona nacida, respecto de un varón o de una mujer. (Morán de Vicenzi, 2005), por lo que siguiendo este concepto la verdad biológica que se hace en la actualidad con la ayuda de la tecnología es la que sobresale y debe estar sobre la verdad social en cuanto a la filiación. Señala la misma autora que este principio y la verdad biológica existen en el ordenamiento jurídico con el objetivo de proteger por un lado a los niños, niñas y adolescentes, y por otro el de velar por el cumplimiento de las obligaciones de quienes tienen la condición de padres sobre los hijos (Morán de Vicenzi, 2005).

Esta afirmación permite entender que en el ejercicio del derecho a la verdad biológica se garantizan derechos de todos los involucrados, razón por la que se tiene que debatir su alcance incluso confrontándolo con el principio del interés superior del niño, ya que como se ha explicado, al garantizarse la verdad biológica también se está reconociendo derechos de los hijos. Varsi complementa lo dicho señalando que este principio se sustenta en “la transferencia de genes entre progenitores y generados” (Varsi Rospigliosi, 2017, p. 8), por lo que desde todo punto de vista la verdad biológica debe igualar a lo establecido en el derecho.

Por lo tanto, este principio utiliza el presupuesto biológico sin considerar la esfera social, es decir lo que busca es que prevalezca la verdad biológica (vínculo biológico ADN), situación que puede ser igual de garantista que el derecho a la identidad producto de un reconocimiento voluntario, o de uno que se hizo bajo una percepción de que era hijo biológico, ya que permitirá que el padre biológico sea quien a través de la filiación adquiera los derechos y responsabilidades en el caso en que se produjo un reconocimiento con engaños sobre otra persona. Este proceso de identificación y las

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

medidas que se tienen que tomar, son de suma importancia para el sujeto de derechos en cuanto le permiten ejercitar su derecho a la autodeterminación.

Por consiguiente, se considera que en el ejercicio tanto de la identidad cuando de la verdad biológica, se debe realizar un ejercicio de análisis del caso en concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias y derechos involucrados, no solo del niño o adolescente, sino también de los demás sujetos inmersos en la situación, con la única finalidad de lograr una respuesta efectiva, pero sobre todo justa, debiéndose garantizar por lo tanto también el derecho a la impugnación de la paternidad. Derecho que tiene como fin conocer la verdad biológica sobre su paternidad y tener la certeza que es efectiva la supuesta descendencia sea suya y que se alcanza a lo único a través del examen científico del estudio del ADN de los sujetos.

Al respecto, Corral (2010) indica que: “el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan” (p.4). Este derecho se mantiene no solo para quien figura inscrito como padre, sino para quien se crea ser el verdadero progenitor y debería ser respetado y ejercido por este último. Complementa lo que se ha sostenido hasta el momento la resolución del Tribunal Supremo Español en la sentencia 23-03-2001 en la que ha señalado que “en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial (...) al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas (Sentencia TS 23-02-2001, 2001). Se menciona también en esta resolución que conforme la Constitución española la garantía de la protección integral “clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidirá en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor” (Sentencia TS 23-02-2001, 2001).

Como se observa la verdad biológica y su reconocimiento implica también la garantía y la protección integral de los hijos, por lo tanto, si se tiene la verdad social y la verdad biológica, se considera que debe sobresalir esta última, sobre todo si es que se ha desplegado una acción de impugnación por quien luego del reconocimiento considera

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

que el hijo no es suyo. Y sin duda, la importancia de este derecho contiene un trasfondo que es garantizar el derecho a conocer la verdadera identidad biológica.

Esta sentencia es preponderante para demostrar el valor de la verdad biológica porque demuestra que existe la necesidad de que la paternidad en casos en concreto sea ejercida por quien es el padre biológico y no por quien se puede llegar a atribuir potestades sobre niñas, niños y adolescentes que no le competen, razón por la que cabe preguntarnos si es que al impedirle a un niño conocer su padre biológico se le está vulnerando derechos, se le está protegiendo de manera integral o incluso se está cumpliendo su principio de interés superior .

¿Qué pasa si es que se prueba que de manera efectiva una persona en un reconocimiento de un menor obró con el desconocimiento pleno de la verdad biológica y busca la impugnación de la paternidad? Al respecto, (Espinoza, 2013) sostiene que esta búsqueda de la verdad se contrapone al derecho a asegurar la identidad ya que el derecho a la identidad tiene que prevalecer por su propio interés superior, dejando de ser determinante la parte biológica, y limitando la posibilidad de retractación independiente que se pueda comprobar a través de un examen de ADN la identidad. Se debe señalar que no solo puede privilegiarse el derecho del niño o adolescente, sino que a través de una visión integral y amplia se debe efectivizar el derecho también del adulto frente a la filiación.

Por cuanto va a terminar siendo quien debe cumplir con el conjunto de obligaciones frente al hijo y no otra persona que se las atribuya, por lo tanto, debe existir la garantía tanto del derecho a la identidad cuanto del derecho al conocimiento de los orígenes biológicos. Apoya esta posición Blum, quien señala hay que considerar que el reconocimiento voluntario del hijo por parte de quien no es su padre, vulnera el derecho a la identidad personal y colectiva del hijo, que incluye tener un nombre y un apellido, y recuperar su verdadera procedencia familiar, cultural y social (Blum Aguirre, 2016).

Por lo que ante el vacío jurídico existente en nuestra legislación ecuatoriana, se requiere una reforma al código civil para normar la impugnación del reconocimiento voluntario del hijo, por parte del reconociente, más aun cuando este tiene indicios precisos y

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

concordantes de no ser el padre o madre del reconocido, situación que demuestra lo que se ha sostenido hasta ahora, la garantía del derecho a la identidad personal y a la verdad biológica se ejerce si es que se permite al menor conocer quién es su padre biológico. Para finalizar esta parte teórica es necesario preguntarse si es que los padres y los hijos deberían tener el derecho de conocer por sobre la verdad social y legal, la verdad biológica que se proyecta en verificar si el niño, niña o adolescente es o no su hijo. En el caso que se demuestre que no es su hijo, se debería adoptar de manera inmediata la determinación de padres biosociológicos para que ese menor no quede sin una identidad. Este hecho garantizaría la autenticidad del proceso y fomentaría los rasgos afectivos hacia el menor (Ambuludi, 2016) y sobre todo permitiría ejercer la paternidad a quién tiene el derecho en verdad que es lo que busca la verdad biológica.

MÉTODO

Este trabajo investigativo tuvo un carácter descriptivo debido a que se analizó el derecho a la identidad, su objeto e importancia y se pudo articular con el derecho a la verdad biológica que se despliega para garantizar la protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes. El enfoque de la investigación fue mixto debido a que en primera instancia se produjo un estudio cualitativo desde la teoría, a través del estudio de literatura, normativa y jurisprudencia ecuatoriana e internacional, también se aplicó el enfoque cuantitativo con la utilización de la estadística descriptiva para entender la realidad de los fenómenos de estudio.

Se aplicaron los siguientes métodos: el deductivo que partiendo de premisas básicas permitió llegar a conclusiones, el analítico-sintético, facilitó la división de la identidad y de la verdad biológica en partes para entender su relación. Se aplicó un muestreo no probabilístico por conveniencia, debido a que las encuestas se realizaron a 10 personas escogidas a criterio de los investigadores.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

RESULTADOS

A partir de la encuesta realizada se hace necesario exponer los resultados obtenidos para debatirlos desde la óptica del derecho constitucional, por cuanto se reconocen y garantizan aspectos como la justicia, el interés superior del niño, la identidad y la verdad biológica. La encuesta se la aplicó en el cantón Cuenca, tomando como unidades de análisis lo siguiente: 6 jueces de la Unidad de Familia, Niñez y Adolescencia, 10 jueces de la Sala de Familia, Niñez y Adolescencia y 7 abogados expertos en materia constitucional, lo que da un total de 21 personas. En la encuesta se practicaron 10 preguntas mediante la página web Survio.

La prueba de ADN

Los resultados de la primera pregunta permitieron evidenciar que el 100% de la población consideró que prueba de ADN es suficiente y necesaria para determinar la paternidad en un caso controvertido, lo que implica la totalidad encuestados en favor de la realización este examen.

Reconocimiento voluntario

Ante la pregunta que gira en torno a la posibilidad de que una persona que realiza un reconocimiento voluntario de un hijo sin serlo pueda ejercer una acción para determinar que no es su hijo, el 100% de los encuestados consideraron que debería existir una acción judicial dentro de la cual la prueba de ADN sea determinante para la determinación de la filiación en estos casos.

Implementación de la prueba de ADN en los juicios de impugnación de paternidad y reforma al código civil

El 90% de los encuestados coincidieron en que se tiene que considerar determinante en los juicios de impugnación de paternidad la prueba de ADN, por cuanto su realización otorga certeza sobre el origen biológico del niño, niña o adolescente. Este resultado se

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

articula con otra pregunta en la que el 90% de los encuestados respondieron en favor de que es necesaria una reforma al código civil insertando esta posibilidad.

PROPUESTA

Los resultado obtenidos dejan en evidencia la necesidad de realizar una reforma al Código Civil para facilitar la impugnación de la paternidad de quien reconoce de manera voluntaria a un hijo a sabiendas de que tiene indicios precisos de no ser el padre. Por lo expuesto, se plantea el proyecto de reforma al artículo 250 Código Civil conforme la figura 1.

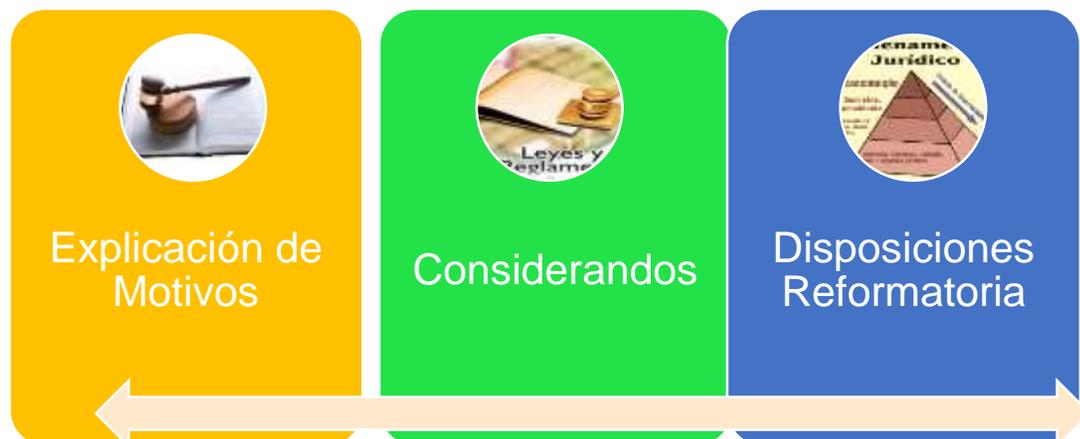


Figura 1. Esquema de proceso Proyecto de incorporación al último inciso del Art. 33 de la Ley Reformatoria al Código Civil y derogatoria al Art. 248 inciso segundo del Código Civil.

Exposición de motivos

El derecho a la identidad es un derecho subjetivo que se desarrolla bajo dos conceptos; el de la libertad positiva que recoge la facultad de hacer conocer a los demás su identificación y el de la libertad negativa que lleva inserto la facultad de una persona para rechazar cualquier imposición sobre su identidad. Se constituye en un derecho individual, articulándose con la verdad biológica, la que tiene como objeto justificar la verdad sobre la identidad.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

En virtud de ello surge la imperiosa necesidad de hacer un análisis al actual ordenamiento jurídico sobre todo cuando existió un reconocimiento voluntario y el reconociente desee rever su decisión intentando la impugnación de la paternidad al tener indicios de que no es su hijo, utilizando para esto la prueba de ADN, situación que en la actualidad se encuentra prohibida, es decir, quien reconoce de manera voluntaria e ignora que biológicamente no son sus hijos y basado en información, inicia la acción de impugnación correspondiente o que estando bajo matrimonio se haga este reconocimiento por la presunción legal que está investida.

Al existir un acto voluntario se ven afectados derechos propios de la persona que realizó ese reconocimiento, por el hecho de ponderación de principios, pues los derechos a la igualdad, identidad, verdad biológica y el derecho a la tutela judicial efectiva se ven lesionados. En estos casos los niños, niñas y adolescentes deben tener el derecho a conocer su verdadero origen biológico, el que les ha sido negado ante la imposibilidad de impugnar un reconocimiento voluntario.

La propuesta de incorporación que se ha planteado, tiene como objetivo que los derechos de los presuntos padres sean válidos al momento de impugnar la paternidad, a fin de que el examen de ADN sea válido en la única vía legal para impugnar el reconocimiento, que es la nulidad, para que de esta manera no se vulnere derechos de los presuntos padres; pues al no poder practicar este examen se violan derechos que se devengan tanto de la tutela judicial efectiva por ser este un derecho compuesto y a la igualdad ante la ley.

Considerando:

Que, el artículo 11, numeral 1 de la Constitución establece que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva, de la misma manera en su numeral 6 manifiesta que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

Que, el artículo 67 de la Constitución reconoce a la familia en sus diversos tipos y que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad. Constituyéndose la familia

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

por vínculos jurídicos o de hecho que se basan en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

Que, son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos y que éste deber es corresponsabilidad de los padres y madres en igual proporción y corresponderá también a las hijas e hijos cuando sus padres y madres así lo necesiten según el artículo 83 numeral 16 de la Constitución de la República.

Que, las normas que regulan las relaciones de familia deben guardar armonía con las disposiciones constitucionales, el Código Orgánico de la Niñez en su artículo 22 en el que reza que: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica.

Que, el artículo 251 del Código Civil inhibe el derecho a la acción de impugnación del reconocimiento voluntario, impidiendo que éste pueda ejercer la impugnación, cuando el reconocido no establezca vinculo biológico con el reconocerte.

Que, el artículo 286 del Código de la Niñez y Adolescencia señala que para la comprobación de identidades y causas de comparecencia el juez que tuviere dudas sobre la paternidad o maternidad del o los comparecientes, podrá ordenar la práctica del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del niño, niña o adolescente que se pretende adoptar y de quienes se presentan como progenitores.

Que, el artículo 120, numeral 6 de la Constitución indica que es atribución de la Asamblea Nacional el expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter general y obligatorio, expide la siguiente:

Ley Reformatoria al Código Civil

Artículo 1.- Sustitúyase el tercer inciso del artículo 250 el texto siguiente:

El reconociente podrá impugnar el acto del reconocimiento voluntario por vía de nulidad cuando tenga indicios precisos y concordantes de no ser el padre del reconocido, siempre que se demuestre que no conocía esa información al momento del reconocimiento.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

Artículo 2.- Sustitúyase el cuarto inciso del artículo 250 por el siguiente:

El examen de ADN constituirá prueba en el juicio de nulidad del acto, por reconocimiento voluntario del hijo, como medio de alcanzar los objetivos a la verdad biológica cuando el solicitante demuestre que al momento del reconocimiento ignoraba la realidad biológica del niño, niña o adolescente.

Artículo 3.- Deróguese el artículo 248 inciso segundo del Código Civil.

DISCUSIÓN

Esta investigación ha permitido entender que el derecho a la identidad es preponderante en el desarrollo de la vida de un ser humano, ya que al ser otorgado a una persona le permite ejercer derechos y libertades, este derecho es de especial importancia en niños, niñas y adolescentes, ya que les da un nombre y por consecuencia situaciones conexas como la filiación, la paternidad, la maternidad, el derecho de alimentos. De otro lado le obliga al padre a entregar los medios suficientes para que el menor pueda tener una vida digna, siendo obligación del Estado la de garantizar a través de políticas y normativa el ejercicio de este derecho.

No obstante, frente a este derecho a la identidad personal se encuentra el que se conoce como la verdad biológica que es considerado como un derecho humano y le faculta a la persona a acceder a la información clara sobre sus orígenes a través del examen de ADN. La jurisprudencia y la doctrina sostienen que este derecho es también parte de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, por lo que tiene que ser tomado en cuenta de igual forma a través de la aceptación del examen de ADN.

La tercera cuestión se presenta cuando el padre realiza un reconocimiento voluntario asumiendo que el hijo es suyo, no obstante, verifica que no es suyo. En este supuesto tanto el derecho a la identidad personal, cuanto el principio de la verdad biológica deben articularse para permitir que se conozca el verdadero origen del reconocido, y por consecuencia e garanticen derechos de todos los actores en este supuesto, ya que sería errado el pensar que una persona que sin tener las atribuciones necesarias ejerza una patria potestad que no le corresponde y puede ser de manera efectiva determinada a

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

través de una prueba de ADN, razón por la que se hace necesaria una reforma en el sentido de que se fortalezca este principio de verdad biológica para garantizar derechos de padres e hijos.

Con base en lo expuesto se señala que es necesario replantear elementos que ayuden a visibilizar factores que se encuentran con demasiada ambigüedad dentro de la ley, con respecto al rol que cumple el padre dentro de la crianza de un niño. A través de la supremacía de la verdad biológica sobre la verdad legal en estos casos, por lo tanto, se debe asumir que “el hijo es el resultado de una serie de procedimientos tecnológicos y científicos, que no incluyen la unión conyugal.” (Miranda. 2014, p.219). De esta forma y permitiendo el ejercicio y cumplimiento de la verdad biológica se cumple el derecho que tiene todo ser humano para investigar y conocer sus orígenes.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A los jueces de la Unidad de Familia, Niñez y Adolescencia de Cuenca.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Almeida, P., Erazo, J., Ormaza, D., & Narváez, I. (2020). La aplicación de los derechos humanos en el interés superior del niño. *Iustitia Socialis*, 4.
- Ambuludi, M. R. (2016). Imputabilidad de los adolescentes de 16 a 18 años en los delitos de asesinato, violación, sicariato y narcotráfico en la Constitución de la República del Ecuador .. Quito: (Bachelor's thesis).
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2019). Código Civil. Quito: Registro Oficial Suplemento, 46.
- Asamblea-Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. (Registro oficial Nro, 449. ed.). (T. C. Ecuador., Ed.) Quito:: Tribunal Constitucional del Ecuador.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

Blum Aguirre, M. A. (2016). La nulidad del acto en la impugnación del reconocimiento de paternidad, el derecho de identidad de niños, niñas y adolescentes y la presunción de filiación. Ambato.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). Quito: : <http://www.igualdad.gob.ec/docman/biblioteca-lotaip/1252--44/file.html>.

(2010). Código de Niñez. Quito: Universidad Andina.

Corral Talciani, H. (2010). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis*, 16(2), 57-88.

Corral, H. (2010, p.4). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis*, 16(2), 57-88.

Espinoza, M. d. (19 de marzo de 2013). [derechoecuador.com](https://www.derechoecuador.com). Obtenido de [derechoecuador.com: https://www.derechoecuador.com/nuevos-conceptos-de-paternidad-maternidad-familia-y-parentesco](https://www.derechoecuador.com/nuevos-conceptos-de-paternidad-maternidad-familia-y-parentesco)

Fama, M. V. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación. *Lecciones y Ensayos*, 171-197.

Fernández, E. (2015). El nombre y los apellidos. Su regulación en derecho español y comparado. Sevilla.

Gandulfo, E. (2007). Reconocimiento de paternidad: tópicos y cuestiones civiles. *Revista chilena de derecho*, 34(2), 201-250.

González Contró, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. México D.F: UNAM.

González Pérez de Castro, M. (2013). La verdad biológica en la determinación de la filiación. Madrid: Editorial Dykinson.

González Pérez, M. (2012). La verdad biológica en la determinación de la filiación. Oviedo.

Huiracocha, L. R., Huiracocha, M. S., García, J. L., Pazán, C. G., & Angulo, A. (2012). Retrasos del desarrollo psicomotriz en niños y niñas urbanos de 0 a 5 años: Estudio de caso en la zona urbana de Cuenca, Ecuador. *Maskana*, 3(1), 13-28.

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

- Jociles Rubio, M. I. (2008). Estrategias para evitar u obstacularizar la paternidad de los padrastros en las familias reconstituidas. . Revista mexicana de ciencias políticas y sociales,, 50(204), 103-120.
- Lóhning, M. (2016, p.6). Figuras paternas, Constitución alemana y Convención Europea de los Derechos Humanos. Revista de Derecho Privado,, (31), 377-383.
- López Serna, M., & Julio, K. (2018). Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad. Ciencia Jurídica.
- Martínez, J. Y. (2017). Derecho Constitucional a la identidad personal, frente a la aplicación de la verdad legal y verdad biológica en la Legislación Ecuatoriana. Quito: (Bachelor's thesis, Quito: UCE).
- Morán de Vicenzi, C. (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial. Lima: ARA.
- Muñoz Genestoux, R., & Vítola, L. R. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Revista IUS, 11(39), 0-0, 11(39), 0-0.
- ONU. (1969). Convencion Americana sobre derechos Humanos. Convencion Americana sobre derechos Humano (pág. 17). San José de Coste Rica: REGISTRO ONU: 08/27/79 NO. 17955 VOL.S/N.
- Oraá, J. O., & Isa, F. G. (2002, p.2). La declaración universal de derechos humanos. Bilbao: (Vol. 10). Universidad de Deusto.
- Rodríguez Cachón, T. (2016, p.3). Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia. Verdad biológica, verdad legal y verdad volitiva en relación a los reconocimientos de complacencia, 317-325.
- Sara, M., & Pinto, R. (2010). Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos. IuS et PRAXIS,, 16(1), 55-84.
- Secretaría de Gobierno de México. (2011). El derecho a la identidad como un derecho humano. México D.F.
- Sentencia No. 394-2012, 394-2012 (Primera Sala 25 de abril de 2012).
- Sentencia TS 23-02-2001, TS 23-02-2001 (Tribunal Supremo Español 2001).

Ligia Elena Idrovo-Regalado; Cecilia Ivonne Narváez-Zurita; Juan Carlos Erazo-Álvarez; José Luis Vázquez-Calle

Siri, A. J. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1.

Torres, L. E., Ortega, P., Reyes, A. G., & Garrido, A. (2011). Paternidad y ruptura familiar. *Enseñanza e investigación en Psicología*, 16(2), 277-293.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida.

Vivir, B. (2013). Plan nacional del buen Vivir. Recuperado el,, 1(12), 2017.

2020 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).