



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

“Vulneración legal del Derecho Constitucional de identidad en el Ecuador”

Tesis de grado

AUTOR: Andrade Hidalgo, Rolando David Ab.

DIRECTOR: González Cajamarca, Leonardo Stalin Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2013

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR

Mgs. Leonardo Stalin González Cajamarca

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación realizado por la estudiante: **Rolando David Andrade Hidalgo** sobre el tema: **“Vulneración legal del Derecho Constitucional de Identidad en el Ecuador”**, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la Coordinación de la Maestría de Derecho Civil y Procesal Civil de la Universidad Técnica Particular de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja, mayo de 2013

Mgs. Leonardo Stalin González Cajamarca

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación, son de exclusiva responsabilidad del autor.

Yo, ***Rolando David Andrade Hidalgo***, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f.

Rolando David Andrade Hidalgo

AGRADECIMIENTO

El desarrollo del presente trabajo de investigación, es en mérito de la orientación y dirección del DR. LEONARDO SATALIN GONZALEZ CAJAMARCA, quien en todo este período, condujo con profesionalismo, conocimiento y don de gentes el desarrollo de la presente tesis hasta su culminación. Es propicia la oportunidad para agradecer de manera muy especial al señor doctor PhD. Homero Tinoco Matamoros, Director del Departamento de Ciencias Sociales y Jurídicas, por su incansable lucha y excelente gestión académica en pro de los profesionales del derecho. Agradezco también a los directivos, personal docente y administrativo de la Universidad Técnica Particular de Loja, mi reconocimiento a esa noble tarea de formar a profesionales al servicio de la sociedad. Gracias a todos y cada uno de las personas que han hecho posible concluir los objetivos y metas de esta Maestría.

Rolando Andrade

DEDICATORIA

La razón de mi existir, te la debo a ti mi Dios, gracias por la fuerza y la esperanza, ahora entiendo que con fe y perseverancia todo se puede lograr, siempre y cuando se cuente con tu bendición, y estoy seguro que las tuyas me acompañan siempre. El presente trabajo lo dedico con mucho amor, a mis tres razones de existir y luchar, mis adorados hijos: Daniel Alejandro, Joan Sebastián y María Salomé, gracias por ser mi inspiración, el motor que permite que su padre logre ésta y otras metas más. A mí querida esposa, Geovanna Tamara, compañera incondicional en todos los momentos de nuestra vida, gracias por confiar y apoyarme siempre.

Rolando

INDICE DE CONTENIDOS

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR.....	II
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
DEDICATORIA.....	V
INDICE DE CONTENIDOS.....	VI
RESUMEN.....	VIII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I	
1.1. Derecho a la identidad.....	3
1.2. Concepto de derecho a la identidad.....	6
1.3. Implicancias del derecho a la identidad.....	11
1.3.1 Identidad y Libertad.....	11
1.3.2 Aspectos dinámicos y estáticos del derecho a la identidad.....	14
1.4. El derecho personalísimo a la identidad personal.....	16
CAPITULO II	
2.1 La Identidad y la Familia.....	19
2.1.1 La Familia.....	20
2.1.2 Características de la familia.....	24
2.1.3 La filiación.....	26
2.2 Avances de la biogenética a fines al derecho a la identidad.....	31
CAPITULO III	
3.1 El Principio Constitucional de Identidad.....	35
3.1.1. Normas Constitucionales y Otras que amparan el derecho a la Identidad...	36
3.1.2 Tratados Internacionales sobre el Derecho a la identidad.....	39
3.1.3 Disposiciones Contrarias al Derecho Constitucional de identidad.....	41
3.1.4 Fallos Constitucionales del Derecho a la identidad, emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador.....	43
3.1.4.1 DECLARA LEGÍTIMOS LOS ARTÍCULOS 236 Y 241 DEL CÓDIGO CIVIL.....	44
3.1.4.2 Declara Inconstitucional el Contenido Del Art. 257 Del Código Civil.....	54

CAPITULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS ESTADÍSTICOS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA..	62
CONCLUSIONES.....	73
RECOMENDACIONES.....	75
PROPUESTA DE REFORMA.....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	79
ANEXOS.....	82

RESUMEN

En el desarrollo de la presente investigación, se enfoca principalmente en lo que se define como “identidad”, tratándola desde el punto de vista de derecho humano; pues estamos conscientes que siendo el Estado el principal promotor de las garantías constitucionales y el llamado a garantizar no solo este derecho sino todos aquellos considerados como personalísimos, esta política debe reflejarse en leyes que permitan el goce efectivo de tales derechos. En este escenario, siendo el deber primordial del Estado garantizar el resguardo y protección de los derechos fundamentales, el presente estudio revisará a fondo los fallos de tercera instancia, en nuestro país Ecuador, lo que permitirá llegar a discernimientos en cuanto a la eficacia en el ejercicio del Derecho a la Identidad, especialmente cuando se trata de su aplicación inmediata.

Ante esto se presenta una reforma normativa, en donde se le da la potestad al juez de que sin suspender la prosecución del juicio correspondiente, lo declare constitucional o inconstitucional, y de cuyo fallo lo revocará o confirmará el Tribunal Constitucional, aliviando con esto los requerimientos del usuario.

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico que rige a un país, no podría contravenir en ningún sentido con lo aceptado y ratificado en la Declaración Universal de los Derechos, norma sobre la cual convergen y se han desarrollado normas conexas las cuales se pretenden aplicar a nivel mundial, constituyendo en varias aristas conducentes hacia la aplicación y protección de los derechos humanos.

En forma muy apacible los derechos humanos continúan demostrando aquella capacidad de construir espacios de convivencia más diversos e incluyentes, donde las ideologías e intereses de los distintos grupos sociales puedan coexistir. Frente a este grupo importante de derechos consagrados en esta Declaración Universal, trataremos de manera especial el derecho a la identidad.

La doctrina nos enseña que la identidad como derecho fue reconocida en 1989, cuando se la incorpora a la Convención de los Derechos del Niño. Por ello, cada uno de los Estados, están obligados a respetar el derecho del niño a la preservación de su identidad, que incluye el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, conforme a la ley, prescindiendo de injerencias ilegales. Este derecho a la identidad según el Pacto de San José de Costa Rica no se suspende ni siquiera ante graves emergencias como guerras o peligros públicos.

También el derecho a la identidad es un derecho humano que comprende derechos correlacionados, como por ejemplo: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. 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 discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

Del derecho a la identidad personal destaca una característica propia de los derechos humanos, esta es, su interdependencia: el menoscabo de este derecho conlleva la vulneración de otros derechos fundamentales, donde estaríamos privando a la persona del goce de los mismos.

Frente a las anteriores cuestiones señaladas y por considerar que la identidad, no solo involucra a la persona en su ser, sino al deber ser, puesto que está enmarcada dentro de procesos sociales que conllevan al estudio de un sinnúmero de acepciones, me he propuesto desarrollar el presente tema de investigación, que titula *“VULNERACIÓN LEGAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE IDENTIDAD EN EL ECUADOR”*.

Por tanto, para llevar a cabo el desarrollo de la presente investigación se ha dividido este trabajo en cuatro capítulos. El primero que constituye en una descripción en general del derecho a la identidad, tratando de abarcar los acápites como: Concepto del Derecho a la Identidad, Implicancias, la Identificación y el derecho personalísimo a la identidad personal. El segundo capítulo trata de la Identidad y la Familia. El tercer capítulo, que desarrolla sobre el Principio Constitucional de Identidad y el Cuarto Capítulo que es la presentación y análisis de los resultados obtenidos en la investigación de campo.

Luego del desarrollo de estos cuatro capítulos, continúan las Conclusiones, Recomendaciones, la Propuesta Legal, finalmente la Bibliografía y los Anexos, con lo cual concluye el presente trabajo de investigación, el mismo que pongo al ilustre criterio de los lectores y personas que muestren interés en el tema.

CAPITULO I

1.1 Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad es un derecho humano y por tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades, éste derecho que comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluye el derecho a tener un nombre y la posibilidad de identificar a través de un documento de identidad.

Este derecho a la identidad tiene una directa e indisoluble vinculación con el derecho a no ser discriminado, aunque no parezca, pero en realidad si son derechos conexos, los que se refieren por ejemplo a la salud, a la intimidad y al proyecto de vida, en definitiva en el derecho a la identidad concurren otros derechos que también se involucran al momento que son afectados.

La jurisprudencia es pacífica respecto de la tutela otorgada por la carta magna al derecho a la identidad. Este derecho es también reconocido a nivel de la más avanzada y lúcida jurisprudencia y doctrina extranjera. La Corte de Casación italiana, pionera en sistematizar una doctrina tutelar del derecho a la identidad se expresó en el sentido de que: “cada sujeto tiene un interés generalmente considerado merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad”¹.

Es mi propósito abordar el tema de la identidad de la persona y su protección en el orden de los derechos humanos, convencidos de que todos aquí ya aceptamos –de partida- que no se debe hablar de ninguno de estos derechos de modo desarticulado o aisladamente del resteo de los mismos. Esto quiere decir que adscribimos a la llamada teoría de la integralidad de los derechos.

Epistemológicamente significa que ninguna norma culmina la totalidad de su sentido si no se interpreta en el contexto sistémico de todo el cuerpo heurístico del que forma parte, donde sobresaldrán ciertos principios rectores que ayudan para la interpretación creativa del derecho. Uno de esos principios es aplicar en cualquier

¹ Corte de Casación italiana, sentencia del 22/6/85 citado por Fernández Sessarego, “Derecho a la Identidad” Bs As, Astrea, 1996 p. 86.

caso el sentido de las normas que mejor proteja a la persona humana. Lo dicho cobra especial importancia al reflexionar sobre el tema de la identidad pues, como veremos, en ninguno de los documentos liminares como: Declaración Universal de Derechos Humanos, los dos Pactos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, encontraremos de modo explícito una norma concreta que refiera un derecho a la identidad.

Por otra parte, aparecen nociones más explícitas sobre este término en la Convención de Derechos del Niño y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ahora abriéndonos problemas de polisemia pues se tendrá por una parte, un concepto de identidad individual mientras, por la otra, se hablará de identidad de los pueblos.

¿Es posible hablar de un derecho a la identidad?. Naturalmente que esta pregunta debe contestarse positivamente, aunque este tema no representa un problema sencillo, si asumimos ante todo que cada uno de nosotros, es decir cada ser humano, es único e irrepetible; entonces, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo.

En síntesis y en una primera acepción por el derecho a la identidad, se protege la vida humana en su radical realidad que es la propia persona humana, en sí única, indivisible, individual y digna. El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se refiere a los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y en su artículo sexto afirma que todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. El derecho a la identidad, como repitió es un derecho complejo; por ello se quiere representar que se constituye como un núcleo en torno del cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados.

Dependiendo de los intereses en juego y de los hechos que deban ser conocidos se pueden integrar las normas de muy distintas maneras. Algunos de esos derechos que tienen relación con el derecho a la identidad pueden ser el reconocimiento a la personalidad jurídica a todos los seres humanos, pues representa la superación del

esclavismo y de las estructuras serviles; evidentemente, también la erradicación de la esclavitud y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, en tanto reducen a los seres humanos a la condición de “objetos”, en franca contradicción con su dignidad inherente.

En la práctica, algunos de esos derechos pueden ser dispuestos por el propio titular de un modo libre y asumiendo la responsabilidad de los actos ejercidos. Si el nombre de las personas constituyen una manifestación de su identidad y podemos hablar de un derecho al nombre, cosa que sí se hizo desde el principio (art.24, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Si analizamos la doctrina, esta se encuentra dividida en dos posiciones: la primera, que acepta el derecho a la identidad y la segunda, que la considera como una prolongación del derecho al nombre. Ello obedece tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada, como a la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia.²

Al hablar de identidad nos referimos a distintos aspectos del ser humano, su interrelación con los demás, sus costumbres, modos de expresión y rasgos que lo distinguen de otros. También se refiere a la salvaguarda de la imagen personal, social y veraz de la persona, a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella; estos rasgos son invariables en el tiempo y al proyectarse al mundo exterior, permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es.

El autor Juan Espinoza Espinoza³, señala que hay dos ámbitos de la identidad: el primero se integra por un conjunto de caracteres objetivos constantes tales como el nombre, la filiación, la fecha de nacimiento, entre otros datos (generales de ley) que diferencian a un individuo de otro, razón por la cual, la doctrina nacional y extranjera han denominado a este derecho, como identidad estática. El segundo ámbito, conocida como la identidad dinámica configurada por el patrimonio cultural, espiritual, político, religioso y de cualquier otra índole del individuo; los elementos de la identidad estática subsumen los signos objetivos fundamentales para la

² VÁSQUEZ RÍOS, Alberto: “Derecho de las Personas” Tomo 1. Editorial San Marcos. Lima 1998. Pag. 187

³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: “Derecho de las Personas”. Editorial Huallaga. 1/ Edición Oct. 2001. Pág. 295.

construcción de la identidad de la persona y del deber del Estado y la sociedad de identificarla de conformidad con dichos caracteres, hecho que en nuestro país se materializa con la inscripción en el Registro Civil y la posterior expedición de la cédula de identidad.

1.2 Concepto de Derecho a la Identidad

El derecho a la identidad es un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad; a partir de ello, establece que los derechos humanos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana y cataloga al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre los intereses jurídicos de otros –que pueden ser los padres, terceros o el Estado-. Esa superioridad fue instituida justamente en favor del desarrollo de la personalidad y protección a la dignidad del menor como ser humano.

Desde el ámbito internacional el artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que sí aborda explícitamente el tema de la identidad, dispone: “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”.⁴

Desde la perspectiva individual, la protección del derecho a la identidad de cada cual significará también la garantía de que los otros desarrollarán la tolerancia, frente a las diferencias entre las personas. Los vínculos interhumanos (familia, grupo, comunidades étnicas, religiosas, vínculos históricos, aspiraciones, etc. Posibilitan nuestra comunicación afectiva y son la base de las relaciones interpersonales y sociales. Estos vínculos establecidos constituyen lo que es la identidad del grupo y la identidad del hombre con respecto a sí mismos, ya que modificarían o confirmarían sus intereses, etc.

⁴ En línea, VEÁSE: <http://www.derechosdelnino.org/convencion-texto>. Consultado el 11 de abril del 2013.

En la construcción de la identidad confluyen fuerzas internas (aspectos biológicos, psicológicos) y las exigencias del medio (familia, escuela, y los medios de comunicación que son una de las fuentes que nos proveen imágenes quienes contribuyen en construir nuestra identidad). Según varios autores coinciden en señalar, que la identidad consiste en saber quiénes somos y como encajamos en el resto de la sociedad, mientras las influencias del medio dan más fuerza en lo social o en lo personal.

Nuestra identidad depende de las fuerzas internas y las exigencias del medio. Por ejemplo un filósofo alemán Adorno, catedrático en la escuela de Frankfurt, afirma que los medios masivos de comunicación influyen en la construcción de identidad y la misma cultura en una persona y sociedad y como consecuencia de la sociedad.

En relación con los demás, todos nuestros actos están dirigidos por una fuerza de aceptación o rechazo. La identidad es algo propio, aunque influenciado por los demás, la cultura y los medios. Si la identidad es construida a base de otra persona, se pierde la perspectiva dela persona misma y pueden llegar a adoptar una identidad negativa. La formación de la identidad en si lleva a muchos aspectos, influenciada por el pasado, construye el presente y forma el futuro a medio de elecciones.

El derecho a tener una identificación, por lo tanto a ser identificable, reposa en la identidad propiamente dicha o identidad personal. De esta manera podemos señalar que los derechos o facultades del reconocimiento jurídicos de la identidad son:

- a. Derecho a una identificación
- b. Derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar.
- c. Derecho a una sana y libre formación de la identidad personal
- d. Derecho a transformar la identidad personal.
- e. Derecho al respeto de las diferencias personales
- f. Derecho a la verdad sobre la propia verdad personal
- g. Derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena
- h. Derecho a actuar según las personales convicciones
- i. Derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones.

Así mismo es importante tener en cuenta en que consiste la identidad personal que es la imagen que tenemos de nosotros mismos, desde nuestros primeros años de vida. La construcción de la identidad personal es un proceso social y se construye dentro de una cultura y dentro de una familia (el grupo que se une por vínculos biológicos o afectivos. Es lo que nos hace diferente del resto de los seres humanos, por determinadas características físicas, un cierto carácter, gustos preferencias y una historia personal.

En efecto como existen distintas culturas, también hay diversas identidades; por lo tanto, para comprender las identidades debemos pasarlas dentro de los contextos culturales en los que se construyen y tiene vigencia para poder descubrir la forma en las que se generan y quienes las elaboran.

El diccionario de Lengua Española define la palabra IDENTIDAD, que proviene del latín **IDENTITAS**, **ATIS** que significa lo mismo, calidad de idéntico; como también identificación de un individuo con respecto a otro. Es necesario conocer que es identidad. Para el doctor Guillermo Cabanellas de Torres, manifiesta al respecto: “Filiación, señas personales. La identidad de persona integra una ficción jurídica, en virtud de la cual el heredero se tiene por una misma persona el testados en cuanto a las acciones activas y pasivas.”¹¹

En la individualización humana, más concretamente, en Derecho, identidad es el hecho comprobado de ser una persona o cosa determinada; constituye la singularización de la personalidad individual a los efectos de las relaciones jurídicas, de gran importancia con respecto a los hijos naturales y demás ilegítimos. En derecho penal, su trascendencia es grande; pues permite distinguir los delincuentes, mediante diversos sistemas propuestos para lograr la identidad.

En el aspecto procesal, se entiende por identidad de persona la coincidencia de la misma parte o de sus derechos habientes en diversas causas. Así al determinar los requisitos para apreciar la cosa juzgada. La identidad de persona determina la acumulación de autos, para impedir que se divida la continencia de la causa. En el ámbito Civil, el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil vicia

¹¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo “Diccionario Jurídico Elemental” Tomo II.- Editorial Heliastrea – Argentina 1977.- Página 193-194.

el consentimiento matrimonial; pero no cumple confusión relativa al nombre y apellido del consorte.

La identidad confiere a la persona una serie de atributos que constituyen sus cualidades jurídicas esenciales. Estos atributos se refieren tanto a las personas jurídicas individuales y a las colectivas; entre los atributos más importantes y por su trascendencia jurídica son: la capacidad de goce, la nacionalidad, el nombre, el estado civil y patrimonio. El atributo conocido como el nombre, tiene estrecha relación con la procedencia familiar y consecuentemente con la filiación de la persona. El nombre no es algo definitivo sino puede cambiarse en vida de una persona.

Este cambio puede producirse por vía principal, esto es, por gestión iniciada con este exclusivo objeto, o por vía consecuencial, es decir como resultado de un cambio de situación jurídica, como cuando un hijo extramatrimonial reconocido por su madre es legitimado por el matrimonio posterior de sus padres, caso en el cual el legitimado adquiere, además del apellido materno que ya llevaba, el apellido paterno. La Naturaleza Jurídica del nombre, un problema que ha dado origen a distintas teorías, es el de la naturaleza jurídica del nombre.

Las teorías más difundidas en la obra del doctor Máximo Pacheco, titulada la Teoría del derecho, son las siguientes:

- a) “Teoría de la propiedad.- Entre sus partidarios se cuentan Charles Aubry y Frederick Rau. Sostienen que el nombre constituye un derecho de propiedad.- La mayoría de los autores son contrarios a esta tesis porque el nombre es inalienable, imprescriptible, no susceptible de evaluación pecuniaria ni de dominio, características que son precisamente las contrarias a las del derecho de la propiedad.
- b) Teoría de la marca distintiva de la filiación.- Ambroise Colin y Henri Capitant, quienes afirman que el nombre es la marca distintiva de la filiación. Se crítica esta teoría porque el nombre es, muchas veces, independiente de la filiación, como en el caso de la filiación desconocida.
- c) Teoría del nombre institución de policía civil.- Para Marcel y Planiol en la misma obra antes citada, sostenedor de esta teoría, el derecho al nombre no existe;

simplemente constituye una reglamentación administrativa para hacer posible la identificación de la personas.

d) Teoría del nombre atributo de la personalidad. Raymond Salceilles, Perreau y Louis Josserand ven en el nombre un atributo de la personalidad al mismo tiempo que una institución de policía civil. De aquí que el nombre sea intransferible, intransferible e intransmisible, inembargable, imprescriptible e indivisible.”¹³

Se considera la identidad personal como la determinación del conjunto de signos que distinguen a una persona de todas las demás, ya durante la vida, ya después de la muerte, pues es indudable que el sujeto de derecho, como unidad que es de vida jurídica y social, ha de contar con tales signos entre sus atributos por cuanto que ha de ser individualizado para tener la consideración de persona cierta no confundible con las demás. Dentro de esos signos individualizados cabe distinguir entre los naturales propios de cada individuo que todo hombre lleva consigo como su patrimonio más personalísimo, y que subsisten y se mantienen inalterables a pesar de su desarrollo; y los artificiales, añadidos para el mismo fin.

Entre los naturales, unos se refieren a la contextura psíquica y otras a la contextura corporal del individuo, siendo éstos los que constituyen los diversos elementos morfológicos y cromáticos que integran la fisiología del individuo, su apariencia exterior, la disposición sus rasgos, las proporciones de su cuerpo, sus señas particulares. Estos son aprehendidos a través de sus sentidos y fáciles de ser conservados para su posterior reconocimiento, son los que integran la imagen de la persona y los que permiten enlazar el derecho a la propia imagen con el derecho a la identidad personal, que, salvo algunos atisbos, no han sido enfocado sino del el ángulo del derecho al nombre.

Una persona se distingue de otras por múltiples circunstancias; su figura o contextura orgánica, su modo de proceder y su nombre son sin duda las principales y más ordinarias; pero esto, los derechos a ostentar la propia figura, la conducta y el nombre de tal naturaleza que directamente emanan de la personalidad.

La identidad en muchos casos, se demuestra con la posesión notoria del estado de hijo. En verdad, cuando la madre ha criado y educado al hijo, a todos les constará

¹³PACHECO GOMEZ Máximo Op. Cit. Página 118.

que el que se pretende hijo legítimo es el mismo dado a luz por la madre en determinada fecha. Si la madre no ha criado y educado personalmente al hijo, se admitirá toda clase de pruebas tendientes a demostrar la identidad especialmente las de testigos que presenciaron el parto. Si el nombre con que figura el hijo en el acta de nacimiento no corresponde al que ha usado ante las gentes, se admitirán todas las pruebas que conduzcan a acreditar que a pesar del cambio de nombre, quien reclama la legítima materna es el mismo ser dado a luz por la madre en la fecha indicada por el acta. La identidad, es el hecho comprobado de ser una persona, constituye la determinación de la personalidad individual a los efectos de las relaciones jurídicas.

1.3 Implicancias del derecho a la identidad

2.3.1 Identidad y Libertad

La libertad es el tipo de inserción del hombre en el mundo, lo que lo diferencia de las cosas, los animales. El hombre no tiene ni deja de tener libertad sino que es libertad; ésta resulta la situación ontológica de quien existe desde el “ser”, ya que la existencia implica libertad. El hombre como ser libre que elige estimando, adquiere el rango de persona humana. La persona es existencia desplegada en el tiempo, que se desarrolla su vida en comunidad, para, utilizando cosas del mundo realizar su intransferible y único proyecto personal. La persona es un sujeto proyecto que hace su vida a cada instante. En definitiva, el hombre es libertad que se proyecta.⁵

Y en este permanente devenir se crea, se limita y delimita, se define, se vuelve, visible, histórico, único e irrepetible, se vuelve quien es, en sí mismo y no otro. Un ser y por tanto una identidad. El hombre está condenado a ser libre y valorativo y el producto que se sigue de su libertad es su identidad, en cuanto expresión de su devenir. Es esta capacidad del hombre de autoconstruirse estimando lo que lo define como ser verdaderamente humano, el basamento de su dignidad, valor fundante de todos sus derechos. Así lo reconocen las declaraciones universales, los pactos regionales, las constituciones de los estados, sus códigos civiles. El ser del hombre consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser

⁵ FERNANDEZ SESSAREGO. “*El derecho como libertad*”, 2ª ed. Lima, Universidad de Lima, 1994, p. 73. Derecho y Persona. 3ª ed. Lima Grijley, 1998, p. 99.

personal; sólo la muerte es el límite de la existencia, porque ésta acaba donde no hay más posibilidad de proyección.

La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico, somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser “uno mismo”. La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir “yo” al referirse a un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales, la que se va forjando en el tiempo.⁶

Por este motivo se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien se es, es un derecho a la propia biografía.⁷ Pero a la vez y fundamentalmente es el derecho a ser percibido por el otro; porque así como toda la vida del hombre está dirigida a autoconstruirse, configurando en el proceso una identidad, no es una identidad a puertas cerradas, así como la libertad de pensamiento, perdería su sentido de quedar limitada al fuero íntimo. Porque la existencia es además co-existencia, es ser en sí, ser en los otros y ser en el mundo.

Tal como enseña De Cupis, “...la identidad personal, cabe decir el ser en sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede en sí y de por sí se destruida; porque la verdad, por ser la verdad no puede ser eliminada”(...). Ser sí mismo significa serlo también aparentemente en el conocimiento y opinión de los demás, significa serlo socialmente.⁸

Por ello entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y poder además ser percibido por los demás como quien se es; el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal.

Como señalaba en el párrafo anterior, el elemento esencial de la identidad es la autoconstrucción; la identidad emana, es conformada por las características de una

⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”. JA, 1999-IV-p.889

⁷ FIGUEROA YAÑEZ, “Información genética y derecho a la identidad personal, en Bioética y Genética”.Bergel-Cantú Cord. Bs As, Ciudad Argentina , 2000.

⁸ CIFUENTES, Santos: “Derechos Personalísimos”2ª. Ed. Bs As. Astrea, 1995; p 606.

persona, todas y cada una de ellas, no como una simple sumatoria, sino como un todo inseparable que da vida al individuo, lo hace visible, real y lo integra al mundo.

A esta altura se ve claramente algo que tal vez no parecía evidente al principio, algo de suma gravedad: que estamos atisbando lo más íntimo, el último y más sagrado reducto de una persona; no son sus bienes, ni siquiera sus tendencias políticas, filosóficas, religiosas o sus opiniones, tan caras a nuestro sistema, sino que estamos ante una disección del alma humana.

En este sentido, ilustra con claridad el rango primerísimo del derecho a la identidad el tratamiento expreso que el mismo recibe en La Convención Europea sobre Bioética y Derechos Humanos; el Convenio en su art. 1º obliga a los estados partes a proteger la dignidad e identidad de todo ser humano. A propósito de este artículo, el profesor Bidart Campos manifiesta: "...que es elocuente esta asociación entre dignidad e identidad para que el bienestar no configure una teorización abstracta sino que se dirija bien concretamente a su particularización en cada ser humano en cada circunstancia en que él se encuentre, conforme a lo que su dignidad y su identidad requiere para ese caso en las circunstancias propias"⁹

Las implicancias del Derecho a la Identidad en general son de orden individual y social. Desde la perspectiva individual es uno de los derechos fundamentales de la persona y en tal sentido exige del Estado el establecimiento de procedimientos que puedan permitir su vigencia. En esa medida el derecho a la identidad es de radical importancia por cuanto permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al sufragio, seguridad social, procedimientos administrativos, entre otros.

Desde la perspectiva social, el reconocimiento del derecho a la identidad resulta esencial para la construcción de una ciudadanía colectiva, que se entiende como sentido de pertenencia e integración a una determinada comunidad en la cual se es sujeto de derecho y obligaciones.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán: "Por un derecho al bienestar de la persona". IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética, Bs As 4.6 de noviembre de 1998; Mar del Plata; Suárez, 1998, p.3.

Para Bernal Ballesteros¹⁰, el derecho a la identidad comprende distintos contenidos para la persona:

- En primer lugar a su identidad en el sentido de identificación, lo que incluye su nombre y su seudónimo, sus registros legalmente establecidos (de seguridad social, de ciudadanía, etc) y los títulos y demás beneficios que contribuyen a darle ubicación y significación en la sociedad (grados, títulos, condecoraciones, reconocimientos, etc). Cada uno de estos elementos conforma la identidad individual en la sociedad, que no es otra cosa que la manera de distinguirse de los demás.
- En segundo lugar, a los aspectos familiares de su identidad, es decir, a su permanencia a la sociedad porque forma parte de una familia, institución natural y fundamental de la sociedad.
- En tercer lugar, a los aspectos psicológicos de la identidad, es decir el derecho a mantener una propia percepción de sí mismo, asumiéndola en una relación con los demás. Esto incluye identidad de sexo, raza, culturas, religiones, familiares y en general creencias, costumbres y modos de actuar que dan identidad propia a la persona.

2.3.2 Aspectos dinámicos y estáticos del derecho a la identidad

Desde su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, especialmente en Italia, el derecho a la identidad, pese a ser una realidad unitaria, ha distinguido dos vertientes: dinámica y estática. El aspecto estático tiene que ver con los signos distintivos y la condición legal o registral del sujeto, que son los primeros que se hacen visibles a la percepción (nombre, pseudónimo, imagen, características físicas) y el dinámico, que es definido como el conjunto de características y rasgos de índole cultural, moral, psicológica de la persona, su vertiente y patrimonio espiritual.¹¹

Si bien a sabiendas del carácter didáctico de toda clasificación, no estamos totalmente de acuerdo con esta diferenciación en elementos estáticos y dinámicos. En principio porque se cree que el llamado aspecto estático no es tal; la imagen, características físicas, pseudónimo, estado civil, son esencialmente y fácilmente variables; el nombre presenta dificultades para su modificación, pero la propia ley

¹⁰ BERNAL BALLESTEROS, Enrique: “Constitución de 1993: Análisis comparado”. Sta. Edición. Editorial Rao. Pág. 114.

¹¹ FERNANDEZ SESAREGO, Carlos: “Nuevas tendencias en el derecho de las personas” Lima, Universidad de Lima, 1990.

contempla situaciones en la que ésta es admitida. Lo llamado “estático”, son los signos visibles elegidos para identificar actividad de suyo, estática o mejor dicho, estatificante, como veremos más adelante.

La identidad implica ser sí mismo y no otro pese a la integración social. Esta faceta interna se manifiesta en conductas humanas. La conducta humana es un elegir que comporta un valorar, “es libertad metafísica fenomenalizada, libertad que se manifiesta, y por tener una contextura estimativa, es un objeto cultural” en palabras de Fernández Sessarego.¹²

La faceta “externa” involucra la dimensión coexistencial del ser humano, en la que el cuerpo, que es quién soy y desde donde soy, ocupa un primerísimo lugar. La coexistencia implica intersubjetividad y heteroconstrucción. Dentro de esta faceta ubicamos al proceso de identificación.

Y es en orden a la heteroconstrucción donde cobra vital importancia distinguir entre identidad e identificación, entendido a esta última como un proceso específico, integrante de la faceta externa de la identidad y evitando así reducir la noción de identidad a la de identificación. Creemos es necesaria una más precisa delimitación de la noción de identificación; nos parece que no es exacta la asimilación de ésta a faceta estática de la identidad, sino que tendría un carácter distinto y un grado de tutela y flexibilidad diverso, a la identidad propiamente dicha.

Habiendo descrito someramente la identidad, vemos que por el contrario, la identificación responde no a una actividad-necesidad personal, sino a un imperativo social, como elemento de orden o control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, plasma los seleccionados y los coteja a posteriori de modo que puede afirmarse que están resguardados porque le interesa al Estado y a la seguridad nacional; la identificación deviene así un modo de control social.¹³

El proceso de identificación tal como es entendida en este contexto, podría ser considerado como una actividad pública estatal que parte de variables o criterios

¹² FERNANDEZ SESAREGO, Carlos: “*El derecho como libertad*” 2ª ed. Lima, Universidad de Lima, 1994 p.86

¹³ LORENZETTI, Ricardo: “*Responsabilidad civil de los médicos*” TI Sta Fe; Rubinzal Culzoni, 1997 p.254

previamente establecidos para tomar contacto con signos distintivos perceptibles, por ejemplo características físicas u otros datos que convenientemente registrados (nombre, estado civil) puedan ser corroborados, y según los criterios dados, estatificar, plasmar lo que ve en un momento dado (ej. Nacimiento “fichaje policial”) en un instrumento a tales efectos (asiento documental) con fines de control social.

Un rasgo característico de la identificación es que está situada en un momento determinado en el tiempo, en el que se hace un corte transversal, se observan los datos que la realidad ofrece y se identifica. Pero ya hemos visto que pese a su carácter público, la identificación no es ajena a la identidad del peticionante. Y en ello reside el derecho a que sea modificada, o mejor dicho adecuada, ya que no hacerlo implica en sí mismo la violación de un derecho, y en efecto la violación del derecho a la identidad se da cuando se desfigura, se deforma la imagen que uno tiene frente a los demás, esto ocurre por ejemplo cuando se presenta al ser humano con atributos que no son propios de su personalidad, distorcionándolo.

1.4 El derecho personalísimo a la identidad personal

Ya el Maestro Salvat percibió hace tiempo que la proyección de los derechos de la personalidad era inevitable y que serían ampliados constantemente a medida que la humanidad progresara.¹⁴

Es que hasta hace poco tiempo, en nuestro sistema legal el denominado “derecho a la identidad personal” era prácticamente desconocido como independiente o separado de los demás. La novedad radica, justamente, en que lo se ha aprehendido como una prerrogativa distinta de las que ya eran conocidas, no obstante que se trata de una realidad presente en el hombre desde sus más incipientes orígenes, cuyo descubrimiento reconoce como fuente creadora a la revalorización de la persona como eje y fin del ordenamiento jurídico.

En el Derecho Comparado, el primer autor que intento sistematizar y distinguir el derecho a la identidad de los restantes derechos de la personalidad fue Adriano de Cupis, para quien la identidad personal significa “ser en sí mismo”, representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la “misma verdad de la

¹⁴ Conf. SALVAT, Raymundo: *“Tratado de Derecho Civil Argentino”*, 3ª edición. To I. Pag. 38

persona”. Pero también –añade- ser “aparentemente”, es decir, en el conocimiento y opinión de los otros, serlo socialmente. Se trata del modo en que la persona se manifiesta en la sociedad en que vive.¹⁵

La diferencia que se evidencia, radica en que desde esta última concepción, la identidad contiene, por un lado, elementos estáticos, invariables y, por el otro, dinámicos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros son elementos que se hacen visibles en el mundo exterior, a través de los cuales se tiene una visión inmediata del sujeto, por ejemplo, el nombre y otros signos distintivos de la personalidad, como el sexo, la edad, el estado, etc; los segundos captan al ser humano en su evolución permanente, como una realidad cambiante, que se modifica se empobrece o enriquece, pero siempre está en constante movimiento. Así por ejemplo, las ideas religiosas, políticas, el perfil psicológico, entre otros.

D’Antonio define a la identidad personal como el supuesto de la personalidad que atañe a los orígenes del hombre y a su pertenencia primaria y general, abarcando su nombre filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su amplio ser.¹⁶

De estos intentos de definición surge claro que el estado y la filiación biológica de las personas son pilares fundamentales del orden familiar, y exceden el proceso de “individualización”. Pero estos extremos, en su conjunto, condicionan de tal modo la personalidad del sujeto y su “ser en sí mismo”, “su verdad”, que desconocerlos como componentes de la formación o del desarrollo de la identidad personal llevaría a mutilar la realidad en pos de una clasificación meramente académica que sólo tendría por finalidad preservar pruritos doctrinarios.

De allí que el desarrollo de la personalidad que luego habrá de manifestarse no es indiferente que la relación parental esté constituida a partir de los lazos de sangre o bien como fruto de la adopción. Por eso la tutela de las raíces de la persona no solo exhibe un perfil estático (el parentesco) sino también dinámico, constituido por las

¹⁵ DE CUPIS, Adriano: *“Il diritto della personalita”*. To. II. Milano, 1982, p. 3.

¹⁶ D’ANTONIO, Daniel Hugo: *“El derecho a la identidad personal y la protección jurídica del menor”*. Pág. 165-1297 y ss.

proyecciones que una realidad biológica determinada genera en el plano íntimo del "yo individual".

La identidad en definitiva, abarca un proceso pleno de dinamismo, una evolución continua que tiene origen en la concepción misma del ser humano. Todo el desarrollo, tanto físico, moral, psicológico, intelectual, cultural, social, espiritual, forma parte de las alternativas en que está comprometido el proyecto individual de cada uno. Las preferencias, las ideas y toda otra elección de trascendencia en la vida se alcanzan como resultado de las elecciones personalísimas del sujeto que se manifiestan desde los albores de su desarrollo y a medida que la persona toma conciencia de que es un ser único e irrepetible.

La formación del "yo" es gradual y comienza con los elementos con que cada uno nace, con su realidad genética, su origen cultural, social y económico, continúa con la crianza familiar y la socialización escolar. Todas y cada una de las fases de desarrollo son importantes para la evolución de persona, que termina con la muerte. Por eso es importante procurar la preservación de la identidad en formación, en todos sus aspectos, proporcionando al niño el más absoluto respecto por sus decisiones.

La identidad de un niño se construye desde antes del nacimiento, a partir del deseo de una pareja de ser madre-padre, desde lo que hombre y mujer fantasearon acerca de su hijo. Ya desde ahí como pareja, (pero individualmente) se va creando un lugar que luego será ocupado por el hijo.

CAPITULO II

2.1 La Identidad y la Familia

Los sistemas jurídicos actuales garantizan a todo ser humano, por el simple hecho de su existencia, ciertos bienes jurídicos independientes de toda condición. Estos derechos son inherentes a la propia persona humana y constituyen prerrogativas o facultades que permiten a cada ser humano el desenvolvimiento y desarrollo de sus aptitudes y energías, tanto físicas como espirituales; con el contenido esencial de la personalidad. Tal sucede sobre todo con el derecho a la vida, a la salud, al cuerpo, al nombre y apellido, a la imagen, a la voz, al honor, a la libertad, etc. Todo ser humano tiene que gozar de estos derechos, que las Constituciones de los diversos países reconocen.

La identidad entendida como un derecho del hombre, del individuo, de la colectividad, así como ese reconocimiento de la dignidad de la persona, lo que conlleva a expresar esa singularidad por encima de su condición, consagrándose de esta forma también como aquella garantía que siendo individual es universal para cada uno y para todos; que amplía la teoría civilista de los derechos de la personalidad, a una doctrina de los derechos humanos, es decir un individuo como tal relacionado con los demás alcanzando el pleno ejercicio de sus derechos, haciendo que de su característica particular se convierta en preocupación social.

Es decir no sería jamás posible tener a esta identidad individual, sin tener en cuenta su sociabilidad, su disposición a unirse, esa inteligencia expresada en el hecho de que sumándose se vuelve más fuerte, por tanto la realidad humana, es así todos y cada uno de los seres humanos no podemos mantenernos aislados, todo lo contrario nos identificamos con quienes viven en condiciones semejantes y además poseen similares motivaciones, confirmando lo que señalaban Ortega y Gasset, “el ser humano es sociable por naturaleza y como tal, proyecta una imagen e incluso un lenguaje que, al relacionarlo con los otros, responden a sus necesidades y percepciones, a su deseo de comunicarse y a su capacidad de hacerlo”.

El derecho a la identidad en cuanto determina al ser humano como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana, y en tal sentido es un derecho a la libertad, que le permite la posibilidad de desarrollar su vida y obtener su

realización, es decir le permite el libre desarrollo de su personalidad. La procedencia familiar constituye entonces el punto de partida para el desarrollo de este derecho de libertad por lo tanto es necesario comprender la importancia de la familia y su relación con la filiación, para poder determinar las limitaciones que actualmente se mantiene para el ejercicio de ese derecho.

2.1.1 La Familia

La historia de la humanidad es también en gran parte la historia de la familia. Las primeras agrupaciones humanas estaban unidas por vínculos de sangre. El llamado parentesco sustituyó durante mucho tiempo a los vínculos nacionales que proclaman los tratadistas de Derecho Político. Del estado de familia dependen además cuestiones esenciales como la identidad de las personas, los alimentos, las sucesiones, entre otros; por lo que el Derecho de Familia junto con El Derecho Patrimonial, constituyen la base del Derecho Civil.

El decurso del tiempo el consecuente desarrollo de la sociedad y de las ciencias han determinado un cambio radical en los antiguos conceptos sobre la familia, sin que esto signifique que esta agrupación básica haya perdido vigencia e importancia, tanto es así que la mayoría de Constituciones determinan el deber del Estado de protegerla, mediante normas e instituciones encargadas de garantizarla y hacer prevalecer los derechos y deberes inherentes a la persona, por lo que las normas que regulan a la familia y sus diversas instituciones jurídicas tienen que evolucionar con la finalidad de responder a las necesidades de la sociedad para las que fueron creadas.

En pocas instituciones humanas el proceso histórico de transformaciones sociales ha quedado tan evidenciado como en la familia, en cuyo curso evolutivo observamos las huellas de múltiples modalidades ordenadoras, que dan cuenta de las diferentes ideologías dominantes en cada fase de su desarrollo.

Es bien sabido que las dos grandes instituciones sobre las que se desarrolla el Derecho Civil son la familia y la propiedad. Ambas constituyen la base de la convivencia civilizada, es decir, de las relaciones humanas ordenadas en la

CIVITAS”¹⁷, que originan el Derecho Civil. Pero esas dos columnas fundamentales, tienen naturaleza muy diversa, y consiguientemente las normas que las regulan poseen también caracteres distintos. El derecho de familiar se destaca tanto del derecho patrimonial, referente a los bienes, centrado en la propiedad, y el interés particular, debido a que la familia y sus instituciones constituyen la base de la sociedad y por tanto del Estado, por lo que su interés supera el ámbito particular. La formación de la familia depende de la voluntad de iniciativa personal de los seres humanos (matrimonio, concubinato, mera unión libre); sin embargo no ocurre lo mismo con su duración y fines.

La familia es, por lo tanto un verdadero organismo social que se interpone como entidad autónoma entre el individuo y el Estado. Es el organismo social más importante, pues la familia actual constituye el fundamento de la existencia de las naciones civilizadas. Con esta razón se ha dicho que el progreso de las naciones y de los grupos humanos en general depende más de la institución familiar que de la prosperidad de las empresas particulares o de la del Estado mismo.

Según el Diccionario jurídico Anbar, etimológicamente la palabra familia; “proviene de la voz Famel, que significa hambre. En Roma, en los orígenes de la institución testamentaria, se conoció una forma de testar que se realizaba por una venta simulada del patrimonio familiar, la **MANCIPATIO FAMILIAE**; a un falso o simulado comprador **FAMILIA EMPOR**. La voz de la familia, pues, servía también para designar un conjunto de bienes”¹⁸

El Doctor Arturo Valencia Zea, nos realiza la siguiente definición de familia: “En sentido restringido se entiende por familia el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; pero en un sentido más amplio se dice que la familia, es un conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por los lazos de parentesco o, lo que es lo mismo, un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje”.¹⁹

¹⁸ DICCIONARIO JURÍDICO ANBAR Volumen III.- Edición e Impresión Fondo de Cultura Ecuatoriano.- Cuenca- Ecuador 1998.- Página 436-437.

¹⁹ VALENCIA ZEA Arturo “Derecho Civil y Derecho de Familia” Tomo V.- Editoria1.- lugar 1970 .- Página 2-3-4-5-6.

En este amplio sentido, la familia está formada por todas las personas actualmente vivas que descienden de un mismo tronco, como son los abuelos, hijos, nietos, etc. Con todo, esta noción de la familia sólo tiene hoy importancia social y moral, pero carece de mayor significación jurídica, pues se tendría que concebir varias familias subordinadas a una más extensa, toda vez que las familias de los hijos deberían estar subordinadas a la familia del padre.

Así mismo el doctor Luís Parraguéz Ruiz, en su Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, define que la familia “es la comunidad de personas que viven bajo un mismo techo, vinculadas por lazos de sangre y sometidas a la autoridad del jefe de la familia”.⁴

El diccionario jurídico elemental del doctor Guillermo Cabanellas, en primer lugar la familia al número de personas que viven bajo un mismo techo, unidas por un vínculo de sangre, y por lo tanto comprende solo a padres e hijos, y excepcionalmente los nietos que no hayan formado otro hogar; en segundo término abarca no solo a la familia legítima sino también a la familia natural, pues esta también se halla unida por vínculos de sangre; y, finalmente, porque, con arreglo al derecho vigente, en la actualidad pesan sobre los padres naturales, respecto a sus hijos naturales, las mismas obligaciones que pesan sobre los padres unidos por matrimonio en relación con sus hijos legítimos. Resta advertir que al lado de la familia fundada en vínculos de sangre, existe la familia adoptiva, cuya fuente es la adopción. El docto Luís Parraguez Ruiz al respecto nos manifiesta: “Este ente social complejo de la familia, donde se convocan los intereses individuales y colectivos, necesidades afectivas y materiales, requiere de un ordenamiento que ajuste su sistema de relaciones internas y externas”⁵

El doctor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo III; cita Planiol y Ripert, quienes manifiestan que el término familia en su amplio sentido es el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción.

⁴ PARRAGUEZ Luís “Manual de Derecho Civil Ecuatoriano” Volumen I Personas y Familia.- Editorial.- Lugar y año de edición.- Pagina 175-176

⁵ Ibidem.- página 171-173.

La familia es definida bajo diversas ópticas, sin embargo no se realiza una definición única y universal de lo que es familia; el doctor Juan Larrea Holguín distingue cinco acepciones que puede asumir ese término:

“ a) siguiendo el sentido etimológico, la familia es el conjunto de personas y esclavos que moraban en la casa del señor.

b) En un sentido vulgar, aproximado al primitivo recién dicho, hoy se enciende por familia a la agrupación de personas que viven bajo el mismo techo. Quedan comprendidos, pues, los criados, servidores y hasta los allegados. Hoy esta acepción tiene escasa trascendencia jurídica, y es considerada por el legislador para fines escasos y determinados, como el del censo de la población, abastecimientos racionados, etc.

c) En sentido jurídico amplio, en la familia quedan comprendidos aquellos individuos que resultan de las relaciones conyugales autorizadas por la Ley (familia legítima), los que proceden de uniones extramatrimoniales (familia ilegítima) y los que se unen por un efecto psicológico que no es ni legal ni simplemente biológico (familia adoptiva).

d) En un sentido jurídico que se encuentra en el otro extremo del que se acaba de señalar, que podemos denominar estricto, encontramos que la familia se compone de los cónyuges y sus hijos, con exclusión de los colaterales. Esta es la acepción propiamente jurídica.

e) Entre las dos acepciones jurídicas extremas que se ha señalado en las letras precedentes, se encuentra la denominada técnico – jurídica, que es la más acorde con los Códigos. La familia es el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (Consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la Ley atribuye algún efecto jurídico”.⁶

El carácter natural de la familia trae consigo una consecuencia de suma importancia que ningún poder humano puede restringir arbitrariamente sus derechos, modificar su estructura esencial o privarle del ámbito de libertad y de los medios adecuados para su cabal desenvolvimiento. La familia en sus lineamientos generales, por su estructura natural, tiene fijeza, sin embargo está sujeta a constante evolución en sus formas accidentales y en sus fines secundarios. Hoy en día los lazos familiares en un sentido social y afectivo, comprenden menor número de personas que en otros

⁶ LARREA HORLGUIN Juan “Manual de Derecho Civil del Ecuador” Tomo I.- Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito 2002 séptima edición.- Página 165-168.

tiempos y funciones de la familia, se han restringido a lo esencial. De tal concentración y simplificación lejos de seguirse un debilitamiento de la familia se deriva la buena consecuencia de su robustecimiento.

Mientras que el ordenamiento jurídico pudo continuar regulando la problemática familiar mediante el sencillo expediente de formalizarlo para dejarla sistemáticamente adecuada a las necesidades económicas predominantes, el status familiar era enlazado como sistema natural, armónico y ajustado a la moral. La concepción de un núcleo rígido y formalista, el matrimonio solemne e indisoluble, la discriminación entre hijos legítimos y los habidos fuera del matrimonio, fueron algunos de los requerimientos más significativos del nuevo modelo que rechazaba con creciente dureza la idea de una familia natural basada en relaciones matrimoniales de hecho. Es necesario indicar que la familia continuará siendo un ente de reproducción del sistema; una institución que, en su funcionalidad, pueda satisfacer los profundos intereses del hombre y servir al propio tiempo a los de la sociedad en su conjunto. La importancia de la familia radica fundamentalmente en que constituye una entidad en la que el interés social y el interés personal están presentes e íntimamente vinculados, puesto que como célula elemental de la sociedad, ella contribuye a su desarrollo y juega un rol importante en la formación de nuevas generaciones y como centro de las relaciones en la vida común de la mujer y hombre, de ellos y sus hijos, ella responde a los intereses humanos, afectivos y sociales del individuo.

La familia moderna se caracteriza por ciertas notas fundamentales que se han manifestado y afianzado a través de una larga evolución. Entre esas notas deben mencionarse la monogamia, la libertad del hombre y la mujer para formarla, la comunidad familiar o doméstica, el principio de autoridad y el carácter de orden público de las obligaciones familiares.

2.1.2 Características de la familia

En un recuento el diccionario jurídico elemental Omeba, los autores Aria J. Derecho de Familia y Aristóteles, Works, Oxford, 1931; nos relata las características de la familia:

a) **Carácter monogámico.-** Se fundamenta en el matrimonio de un solo hombre con una sola mujer. Era costumbre afirmar en forma dogmática que la monogamia había sido un principio constante a través de la historia de la especie humana, sin embargo el hombre primitivo no conoció la monogamia. Las más antiguas tribus y estirpes se gobernaron por la denominada familia consanguínea, que se fundaba en el matrimonio por grupos de parientes, es decir, que un grupo de hombres se casaba con un grupo de mujeres. Los hermanos en grupo se casaban con las hermanas en grupo. Pero el concepto de los hermanos tenía un sentido muy amplio, pues comprendía no solo a los consanguíneos en segundo grado, sino también a los consanguíneos en cuarto grado (primos hermanos), en sexto grado, etc. Este tipo de familia, experimentó un gran progreso cuando de los matrimonios en grupo se excluyeron a los hermanos propios (en segundo grado de consanguinidad) y más tarde a los demás parientes consanguíneos. Posteriormente el nuevo sistema de matrimonio por grupos no consanguíneos representa un gran progreso pues, engendra una raza más fuerte, tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclándose dos tribus avanzadas, y los nuevos cerebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus. Con el correr de los tiempos y la fecunda evolución de los grupos humanos, fue perdiendo importancia el matrimonio por grupos. La Poligamia no fue un estado general, sino un privilegio de los ricos y de los grandes; los pobres, en cambio, tenían que resignarse con una mujer, si la podían sostener. De esta manera nació la monogamia en el estadio superior de la barbarie y como preludio del surgimiento de las primeras civilizaciones (Egipto, Sumeria, Grecia, Roma, etc;). La mayor parte de las naciones civilizadas han adoptado como régimen preponderante la familia monógama, excepción hecha de algunos pueblos asiáticos y del Cercano Oriente.

Sin duda alguna, de la monogamia se derivan grandes ventajas para la sociedad y la familia. En primer término, la monogamia es más favorable para la conservación de la especie en razón de poderse precisar la paternidad, cuestión que no existía o era dudosa en los regímenes anteriores de matrimonios por grupos; en segundo lugar, determina y precisa mejor las obligaciones y derechos existentes entre los cónyuges.

- b) La libertad para formar una familia.-** Toda persona proviene de una familia y tiene libertad para formar otra. En general, los ordenamientos jurídicos modernos otorgan plena libertad a los hombres para formar su familia o abstenerse de formarla, y para formarla con la persona que quieran. Respecto a la constitución de la familia legítima, el hombre es libre de casarse, y es también libre de hacerlo con la mujer que a bien tenga; en cuanto al concubinato o simple unión libre, el hombre puede establecerlo con la mujer que quiera; en general, la ley no interviene sobre este particular.
- c) La comunidad domestica.-** Esta comunidad esta conformada por los cónyuges, que da origen a una comunidad de orden económico que se denomina sociedad conyugal; se basa en la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, dando origen a una sociedad conyugal o de bienes. Según el autor en obra nos manifiesta, que resulta difícil concebir la formación de un hogar o comunidad doméstica, en que exista total comprensión y vinculación de vidas; sin que haya comunidad de bienes, especialmente aquellas que son fruto del trabajo e industria de los cónyuges.
- d) Principio de autoridad,** El doctor Larrea Holguín define: “De la misma organización jerárquica de la familia se sigue la obligación de la mujer de obedecer al marido”¹⁰ Será imposible precisar en qué cosas y hasta qué punto se extiende la obediencia de la mujer al marido y la autoridad de él a ella. Pero en la actualidad este tipo de situaciones no se da, porque existen deberes y derechos recíprocos de los cónyuges y con ello permite realizar mejor el ideal de una justa igualdad. Es decir el marido y la mujer, gozan de la plena libertad de conciencia, libertad religiosa, política, de opinión en cualesquiera cuestiones sociales, económicas, etc.

2.1.3 La filiación

La generación de unas personas por otras es la base natural de esta relación jurídica que se llama filiación o paternidad y maternidad. Pero 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, los que protege y regula por medio de la ley civil. La doctrina, clasifican y definen varios tipos de filiación. A pesar de las diferencias entre unos y otros

¹⁰ LARREA HOLGUIN Juan “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”. Tomo I.- Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador 2002. Página 263.

sistemas, fundamentalmente podemos decir que existen tres tipos de filiación en todo el mundo: la legítima, la ilegítima y la adoptiva.

También es frecuente que se admita otra categoría de hijos, los de padres desconocidos, pero estas personas no tienen propiamente una relación actual de filiación con nadie, por desconocerse quienes son sus progenitores. La filiación establece unos nexos que son esencialmente recíprocos entre padres e hijos. La misma calidad de legítimos o ilegítimos corresponde por igual a unos y otros, y los deberes y derechos entre ambos están también debidamente equilibrados por la naturaleza y por la ley.

Haciendo una revisión de las legislaciones antiguas, encontramos algunas que encararon este problema con menor rigor, y otras que en cambio extremaron su severidad. Los hijos nacidos fuera del matrimonio, filiación ilegítima o extramatrimonial, estuvieron colocados siempre, a través de los siglos y de las civilizaciones, en una situación de injusta inferioridad. El diccionario jurídico Omeba, hace una revisión de las legislaciones antiguas:

a) *“Babilonia*, El derecho babilónico permitía que se reconociera a los hijos que un hombre casado había engendrado en su esclava; les otorgaba también una porción de herencia casi equivalente a la de los hijos legítimos.

b) *Grecia*, En cierto momento de la civilización griega, bajo las leyes de Solón los hijos extramatrimoniales fueron excluidos de la comunidad social y no se les permitía casarse con ciudadanos, más tarde se suavizó este rigor, pero se continuaba colocándolos al margen de la vida familiar y privándolos de todo derecho, en especial el sucesorio.”¹⁵

En el derecho babilónico como en la civilización griega, a los hijos extramatrimoniales, se les otorgaba una parte de la herencia equivalente a los hijos legítimos, y siempre se los colocaba al margen de la vida familiar.

c) *“Roma*, En la Roma primitiva, también se consideró a los hijos extramatrimoniales con extrema severidad, pero aparte del momento en que se dictó el edicto *Uncognati*, este rigor comenzó a atenuarse el edicto establecía las obligaciones emergentes del parentesco natural, esencialmente el de sangre, que se

¹⁵ DICCIONARIO JURIDICO OMEBA Tomo XII.- Editorial.- Ancaló S.A. – Argentina 1977.- Página 12-13.

establecía por simple hecho de la concepción de la madre y de los parientes de la madre. Luego se fue fijando la diferencia entre los hijos habidos de una concubina; cuyo padre o madre estaban casados con otra persona en la época de la concepción; los resultantes de uniones prohibidas por vínculos de sangre; y colocados en esa condición por la vida deshonesto o promiscua de la madre. Los primeros fueron aceptados como parientes del padre o de la madre, quienes pedía legitimarlos; tenía además derecho a la herencia de sus progenitores, en una porción inferior a los hijos legítimos. En cuanto a los demás la posición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho, hasta el elemental, de pedir alimentos. Esta clasificación de derecho romano, reviste gran importancia, porque las categorías establecidas por ella pasaron a la mayoría de las legislaciones de inspiración latina del siglo pasado, incluso nuestro código civil.”¹⁶

En Roma, se consideraba a los hijos extramatrimoniales, con severidad, pero luego se diferencio entre los hijos habidos en una concubina, y los resultantes de uniones prohibidas por vínculos de sangre; los primeros tenían derecho a la herencia, mientras que los segundos estaban privados de todo derecho; de esta clasificación mas tarde la mayoría de legislaciones del siglo pasado tomaron parte de ello.

d) *“Edad media*, El catolicismo suavizo las disposiciones romanas y germanas con respecto a los hijos extramatrimoniales. El derecho canónico reconoció el derecho a los alimentos de todos los hijos, cualquiera fuese su origen, favoreció además la legitimación por subsiguiente matrimonio, como una forma de subsanar los errores y consolidar la familia, los únicos que quedaban excluidos de esta posible ventaja eran los nacidos ex damnato coito.

Finalmente en el diccionario jurídico Omeba, termina con haciendo un análisis con la época contemporánea.

e) *Época Contemporánea*, el espíritu de la revolución francesa, que quería igualdad entre los hombre, por decreto de Brumario del Año II se estableció la igualdad entre los hijos legítimos y naturales, dejando como siempre al margen, los adulterios e incestuosos. El código de Napoleón en 1804, restableció la desigualdad pero con menor rigor, a partir de esa época, comenzó a manifestarse una corriente de opinión que consideraba esta segregación injusta des el punto de vista legal, y contra natura si se la enfocaba con un criterio biológico. Este el arduo problema que

¹⁶ Ibidem. Página 15.

deben encarar las legislaciones modernas al ocuparse de esta materia. Por sobre todo, y en primer término, no colocar al hijo extramatrimonial en una situación infante, cualquiera haya sido la circunstancia natural o legal de su nacimiento. ¹⁷

“Según Demolombe, la filiación es el estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. Por su parte Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación de dependencia que existe entre dos personas, en virtud de la cual, la una es la madre o el padre de la otra. Prayones condensa ambos conceptos diciendo que la filiación es la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas, pero en el sentido más limitado se entiende por filiación la relación entre dos personas de las cuales una es madre o padre de la otra”.¹⁸

La filiación, crea un estado civil, relaciones de familia, y determina los derechos y obligaciones emergentes del mismo. Luís Claro Solar al respecto nos da a conocer: “Filiación es el lazo que une a un hijo a su padre y a su madre. La palabra filiación es correlativa de la palabra paternidad, son expresiones inseparables que designan la misma cosa desde puntos de vista diferentes. Con la voz paternidad se designa, en esta generalidad de su acepción, a la madre lo mismo que al padre, y se emplea la voz maternidad para designar el lazo particular que une la madre al hijo, como ocurre en el Título XV, de la maternidad disputada”.¹⁹

La filiación significa por antonomasia, para el Derecho Civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, pro circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores.

El Derecho Civil ecuatoriano, define a la filiación como el vínculo que existe de padres a hijos, la filiación y la paternidad son expresiones esencialmente correlativas; son dos aspectos de una misma idea que sirven para designar el vínculo jurídico que une a un ser humano con sus autores. Con la voz paternidad se

¹⁷ Ibidem.- Página 16-17-18.

¹⁸ DICCIONARIO JURIDICO OMENA Tomo XII.- Editorial.- Ancalo S.A. Argentina 1977. Página 209-211.

¹⁹ CLARO SOLAR Luís. “Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado” Volumen I.- Editorial Temis. S.A. Lugar y año Segunda Edición.- Página 276-280.

designa, en esta generalidad de su acepción, a la madre lo mismo que al padre; y, se emplea maternidad para designar el lazo particular que une la madre al hijo.

Para Marcel Planiol y Jorge Riperth la filiación “Es el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo”.²¹ Dicha precisión se justifica porque dicha relación se reproduce idéntica, así mismo para todas las generaciones. La relación de filiación de paternidad y maternidad, según que se considera en relación con el padre o con la madre.

Semánticamente la palabra filiación hace referencia a la procedencia o relación de dependencia de una persona respecto de otra; pero, dentro del contexto legal este término refiere al nexo jurídico que une a los hijos con sus progenitores, y que por lo tanto determina las calidades de padre y madres, las mismas que se establecen según el artículo 24 del Código Civil en los siguientes casos:

- a) “Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos;
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.
- d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente”.²³ Es necesario indicar que en los casos señalados en los literales a) y b) del artículo en mención, los derechos de los padres y de los hijos son correlativos, pero en el caso del literal c), el hijo tendrá todos los derechos, como los demás hijos, y los padres tendrán todas las obligaciones de tales, pero no podrán exigir ningún derecho, ni siquiera el de herencia, frente a los hijos a quienes no reconocieron voluntariamente. Vale recordar que según el artículo 62 del Código Civil del Ecuador, de la fecha del nacimiento se colige que la concepción se realizó no menos de ciento ochenta días ni más de trescientos, contados hacia atrás.

²¹ PLANIOL Marcelo RIPERT Jorge “Tratado Práctico de Derecho Civil” Tomo II.- Editorial.- 1976.- Página 561-570.

²³ CODIGO CIVIL Tomo I. Editorial Corporación de Estudios y publicaciones.- Quito-Ecuador 2002 VII edición actualizada.- Página 69-70.

Para el caso de que el marido haya estado en absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal a su esposa durante la época de la concepción, se ha previsto la acción de impugnación de la paternidad prevista en el artículo 233 C.C., regulada en el párrafo Primero del Título IV, del C.C.; acción que podrá ser intentada únicamente por el marido en un término de sesenta días desde que tuvo conocimiento del parto, y si este falleciera antes de vencido este término, podrá ser intentada por sus herederos o por otra persona a quien la supuesta paternidad causare perjuicio. Acción que aún no se ha previsto claramente para el caso de los hijos fruto de una unión de hecho reconocida legalmente.

2.2 Avances de la biogenética a fines al derecho a la identidad

Desde la aparición de los fenómenos relacionados con la nueva tecnología reproductiva en nuestra vida cotidiana, las personas que se han dedicado al estudio del derecho de familia, han realizado esfuerzos por definir este nuevo campo de estudio y precisar los alcances que ello puede tener en relaciones jurídico – familiares. Es por ello que uno de los principales avances de la biogenética afines a la acción de la investigación de la maternidad es el examen comparativo de secuencia de ADN. La identificación humana en el campo judicial puede ser aplicada en múltiples casos, entre ellos en la investigación biológica de la procedencia familiar, en la investigación de indicios de criminalística y en la resolución de los problemas de la identificación.

La identificación humana es un proceso muy confuso, puede describirse a cualquier componente de la persona, desde los más característicos de su personalidad, como su ideología, inclinaciones, aptitudes, etc, hasta los estrictamente biológicos. Sin embargo, el problema se plantea, cuando se trata de identificar a un individuo desde el punto de vista medico-legal, entonces que se relacionen directamente con los hechos, que sean estrictamente objetivos, esto es, que no dependan, de ser posible, de la subjetividad de quien maneja muestras y que sean comunes a todas las personas en cuanto a su orgánicos, estos últimos, al contar de elementos biológicos, que permiten aplicar técnicas científicas disponibles para identificar al individuo.

El desarrollo científico y tecnológico ha llegado a profundizar en los sistemas aplicados a la identificación humana y así se ha ido avanzando, desde los niveles más superficiales de identificación; como son las características fisiológicas de un

individuo, hasta el nivel genético o molecular, donde el estudio del ADN, aporta una serie de características que permiten identificar al individuo con una probabilidad práctica del 100%.

La investigación de las bandas o componentes de ADN, constituye una prueba científica que está revolucionando al mundo y brindando una información importante. En el Ecuador “desde 1996, funciona en la Cruz Roja de Quito un laboratorio de Genética que realiza las pruebas de ADN, para la investigación de paternidad y maternidad y, únicamente desde un año atrás, ha empezado a realizar la comprobación de los delitos de carácter sexual. En Chile, con el objeto de hacer más efectiva la labor del Ministerio Público, los Tribunales de Justicia, la Policía y el Ejecutivo han remitido al Congreso Nacional un proyecto de Ley, para la creación de un Registro Nacional del ADN, cuyo objetivo es facilitar la investigación criminal. Con este avance, Chile se va convertir en un ejemplo para la región, ya que es muy probable que se convierta en el primer país de ibero América en contar de una base de datos criminales”³³.

Antes de definir que el ADN, es preciso conocer que el término célula encierra el concepto de la más pequeña unidad estructural y funcional que se encuentra, en cualquier organismo vivo. Está dotada de los principales atributos de la vida: nace, crece, se reproduce y muere; tiene la capacidad para reproducirse generación tras generación. Con respecto a la reproducción humana, la madre aporta, a través del óvulo, el 50% de información genética que se localiza en el núcleo; y, el otro 50% es aportado por el padre por medio del espermatozoide, así el hijo constituye un ser único en su información genética.

La información que contribuya la primera célula es fundamental porque transmite la misma información al resto de células, de manera que todas tienen el mismo material genético, es por esta razón, que cualquier muestra que se analice de un individuo arroja la misma información propia de cada individuo y diferente de otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos.

³³ INTERNET: <http://www.LaSemanaJuridica/792/article-5737.html>.

El ADN, es una molécula llamada ácido desoxiribonucleico, en el cual se encuentra toda la información genética de los organismos vivos, definiéndolos como seres únicos en su especie. Posee dos propiedades extraordinarias: La auto reproducción y la capacidad de almacenar toda la información genética de los organismos vivos. La molécula de ADN, tiene la capacidad de fabricar copias de sí misma, dando como resultado dos moléculas idénticas a la original.

El ADN, se encuentra exclusivamente en el núcleo de las células. En el genoma humano, que es el conjunto integral y secuenciado del ADN, se estima que hay aproximadamente 40,000, compuestos a su vez 1.000 hasta 200,000 unidades cada una, llamadas nucleótidos. Los nucleótidos están organizados formando un par de cadenas pareadas que toman la forma tridimensional de un doble hélix. Hay más de tres mil millones de pares de bases que constituyen el genoma en una sola célula humana.

El doctor Jaime Bernal, nos da conocer como está estructurado el ADN: “El ADN, es como un largo collar con cuatro tipos distintos de cuentas. La información está dada por la forma en como estos cuatro tipos de cuentas se combinan entre sí. Cada una se conoce con el término de BASE, y por nombre repetitivo: adenina (A), guanina (G), citosina (C), y timina (T)”³⁴ Según estudios realizados entre estas bases, se pudo determinar que el ADN, se trataba de una molécula muy grande, capaz de llevar información genética. La unión de estas bases, mediante puentes de hidrógeno, y este apareamiento está condicionado químicamente de forma que la adenina A, sólo se puede unir con la timina T, y la guanina G, con la citosina C. La estructura del ADN, se define por la secuencia de las bases nitrogenadas en la cadena de nucleótidos, residiendo en esta secuencia de base la información genética del ADN. En realidad , conocer esta secuencia de bases, esto es, secuenciar un ADN, equivale a descifrar su mensaje genético.

Toda célula nucleada contiene 46 cromosomas, excepto los gametos, los espermatozoides en el hombre y los óvulos en la mujer tienen 23 cromosomas cada uno. Los cromosomas son tan sólo la forma como la célula ordena su ADN, combinándolo con ciertas proteínas. En el momento de la concepción, una persona debe recibir exactamente la mitad de material genético de su madre biológica y la

³⁴ BERNAL VILLEGAR Jaime doctor “De Genes y Gentes. Genealogía anecdótica genoma humano” impreso por panamericana Bogota.- página 27.

otra mitad del padre biológico. La prueba del ADN, en un análisis idéntico de los perfiles genéticos de la madre, del niño y del padre, si se conocer los perfiles de el padre y de su hijo, el perfil genético de la madre puede ser deducido con certeza casi total o viceversa. El ADN, se puede extraer a partir de una variedad de muestras, tales como de las células epiteliales de la mejilla, glóbulos blancos de la sangre, semen, folículos pilosos, células fetales en cultivo, provenientes del líquido amniótico; y otras muestras biológicas, como los tejidos.

CAPÍTULO III

3.1 El Principio Constitucional de Identidad

El Estado, considerado como una sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en lo interior y establecer su personalidad y responsabilidad frente a sus similares exteriores, tiene como deber principal el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, por lo que estos derechos han sido siempre objeto de especial atención para las legislaciones de todos los países. Desde tiempos inmemoriales el Derecho se ha preocupado de conservar el respeto a los derechos humanos como sostén primario del convivir social.

El reconocimiento del derecho a la identidad, como parte de la dignidad humana, no se limita a su declaración formal en la actual Constitución de la República del Ecuador, si no que abarca un conjunto de normas legales que regulan este derecho y permiten su plena y directa aplicación, así encontramos como ejemplo que el artículo 33 del Código de la Niñez y Adolescencia, dispone que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho”.

Es decir, este derecho constitucional a la identidad, como varios autores lo sostienen, es un derecho reconocido en “su peculiar realidad”, con los atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo; de tal forma que en este amplio campo del derecho a la identidad más allá de tratar de conocer su procedencia genética lo que interesa es tener un acercamiento a esa realidad individual personalizada en un sentido social y psíquico, donde el actor principal, es el hombre desde sus primeros días incluso desde su concepción.

El tratadista Italiano, De Cupis, es considerado por el doctrinario García Falconí, como el primero quien sistematizó y distinguió el bien de la identidad de las personas, señalaba que el derecho a la identidad, es un derecho de la personalidad porque es una cualidad, un modo de ser de la persona, para los otros al igual que a

sí misma en relación con la sociedad en que se vive; como tal es un derecho esencial y concedido para toda la vida.

La tipificación de la persona humana con todas sus características, es impuesta por su material genético a partir del cigoto, subsiste evolucionando de manera natural a medida que adquiere las formas de embrión, feto, niño, adolescente y adulto.

En tal virtud este derecho es importante, porque permite establecer la procedencia de los hijos respecto de los padres, porque es un hecho tan natural e innegable que nadie puede desconocer y constituye la relación más importante de la vida, su incidencia se manifiesta no sólo en la familia sino en el conglomerado social, esto es el derecho de saber quien es su padre y madre; y esto sin duda contribuye a la identificación de una persona.

3.2.1 Normas Constitucionales y Otras que amparan el derecho a la Identidad

La Constitución de la República del Ecuador, vigente a la fecha, en el artículo 66, numeral 28, consagra el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y, conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

El derecho a la identidad constituye una derivación de la dignidad humana y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se auto determina, auto posee, se auto gobierna como dueño de si y de sus actos. Este derecho supone un conjunto de atributos, calidades tanto de carácter biológico como los relacionados con su procedencia familiar que permiten la individualización de un sujeto en sociedad.

Mucho se ha discutido de que si el derecho a la identidad es o no constitucional, retrocediendo en el tiempo, y específicamente en el Derecho Romano antiguo, se podía investigar la paternidad vía aún judicial, pero luego el mismo Código lo restringió y dijo que sólo procedía en el caso de rapto. En algunos Códigos Civiles antiguos se prohibía la investigación de la paternidad o maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues se daba mucha importancia al matrimonio.

Por su parte en el Ecuador en la derogada Constitución de 1998 en los Arts. 23 numeral 24; 48 y 49 ya se reconocía el derecho de identidad como un derecho fundamental de las personas, el saber con certeza quienes son sus padres, razón por la cual se autoriza la investigación judicial de la paternidad y si es el caso de la maternidad, aún después de aquel a quién esta se atribuye o reclamante del estado civil de hijo concebido no dentro del matrimonio.

En aquel tiempo este derecho a la identidad no se lo podía considerar sólo como aquel que correspondía únicamente al niño, sino a todas las personas, así según los Arts. 23 numeral 24 de la Constitución; 48 y 49 del mismo cuerpo legal, disponían:

“Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:... 24. El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley...

Art. 48.- Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.

Art. 49.- 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; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley.”²⁰

Lo que se puede evidenciar que el derecho al conocimiento de la propia identidad constituía ya una garantía constitucional, o sea que el ciudadano de cualquier edad, tenía el derecho a investigar su origen, de exigirle a quien le ha dado vida cumpla la obligación que la naturaleza impone y que el derecho lo ha reglamentado, pues el Derecho a la Identidad, es un derecho inherente a la persona.”²¹

Pero en este sentido, ya enmarcándonos en la actual Constitución en el Art. 66 de la Constitución de la República, señala los derechos de libertad, manifestando en el número 28 “Se reconoce y garantizará a las personas (...) 28. El derecho a la

²⁰En línea: <http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONS TITU->

[CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 1998&query=constitucion#art_1](http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CONS TITU-CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 1998&query=constitucion#art_1)

²¹ Cfr: Dr. Jose García Falconí, En líneas: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3197, consultado el 14 de enero de 2013.

identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”. Esta tipificación se la toma en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 32 y 78 de la Ley de Registro Civil del Ecuador.

El Art. 45 de la Constitución de la República señala en su inciso segundo, al igual que el Art. 66 numeral 28, en su parte pertinente, que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; **a su identidad, nombre y ciudadanía...**”; pero como es obvio no solo a la niña, niño y adolescente, sino a todas las personas protege este derecho al conocimiento de la propia identidad que constituye una garantía constitucional, o sea que el ciudadano de cualquier edad, tiene derecho a investigar su origen, de exigir a quien le ha dado vida cumpla la obligación que la naturaleza impone y que el derecho lo ha reglamentado, pues el derecho a la identidad es un derecho inherente a la persona humana; más aún recordemos que el Art. 11 numeral 2 de la Constitución garantiza el derecho a la igualdad, al disponer “Nadie podrá ser discriminado por razones (...) de edad, sexo, identidad de género, identidad cultural (...) ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación; pues el derecho a la identidad es un derecho inherente a la persona humana.

En tal virtud, del análisis de este derecho a la identidad, y en concordancia con lo que señala el Dr. García Falconí, podemos precisar que éste derecho abarca lo siguiente:

- a) A la afiliación;
- b) A un estado social, en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; y,
- c) A un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

Y que de las aportaciones que señala el autor antes mencionado, el derecho a la identidad posee las siguientes características:

- a) **Vitalicio**, porque es concedido para toda la vida;
- b) **Innato**, pues con el nacimiento aparece la individualidad propia que tiende a mirarse exactamente en el conocimiento de los otros; y,
- c) **Originario**, esto es el poder jurídico a su consideración y protección contra las indebidas perturbaciones.

El Art. 97 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, señala que la identidad personal de los habitantes de la República se acredita mediante la cédula de identidad o la de identidad y ciudadanía; y el Art. 77 ibídem dispone “La inscripción de un nacimiento debe hacerse con no más de dos nombres que se tengan como tales para el uso general ecuatoriano. Los nombres y apellidos que constan en el acta de inscripción del nacimiento de una persona son las que corresponden, y deben usárselos en todos los actos públicos y privados de carácter jurídico”.²²

3.2.2 Tratados Internacionales sobre el Derecho a la identidad

Antes de mencionar los tratados internacionales con los que cuenta y ha ratificado el Ecuador, hay que recordar, que estos forman parte del ordenamiento jurídico del país, en atención a lo señalado en los Arts. 424 y 425 de la Constitución de la República, o sea son fuentes de derecho luego de las normas constitucionales, aclarando que el bloque de la Constitucionalidad constan todos los tratados vigentes en el país, que se encuentra publicados en el Registro Oficial Suplemento NO. 153 de 25 de noviembre de 2005; más aún en el Considerando del Código Orgánico de la Función Judicial, constan los 17 tratados básicos, por lo que hay que tener muy en cuenta para comprender lo que es bloque de la constitucionalidad, los artículos 417, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República, que disponen:

“Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener

²² En línea: www.lexis.com.ec

conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

En conclusión la aplicación de las normas que en cuanto más benefician la plena vigencia de los derechos, y más aún de aquellos que constando en tratados internacionales y ratificados por el Ecuador, estos prevalecerán sobre cualquier otro tipo de norma, obviamente siempre y cuando se respete la voluntad del constituyente y no violen garantías que consten expresamente en la Constitución.

A continuación los tratados que se encuentran ratificados por el Ecuador, y que hacen referencia en particular al derecho de la identidad:

- a) La Declaración de los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas aprobadas por el Ecuador, establecen en sus artículos 7.1 y 8, el derecho del niño a conocer su identidad familiar;
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, publicado en el Registro Oficial No. 101 del 24 de enero de 1996, que dice “Todo niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y debe tener un nombre”;
- c) En igual forma se pronuncia el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Registro Oficial No. 101 del 24 de enero de 1969;
- d) El Art. 17.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos de nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” y el Art. 18 garantiza el derecho a tener un nombre;
- e) El Art. 6.1. de la Convención de los Derechos del Niño, garantiza en la medida posible su supervivencia y desarrollo; y,
- f) El Art. 7.1 de la Convención del Niño, establece que el niño será inscrito 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 ser cuidado por ellos..²³

3.2.3 Disposiciones Contrarias al Derecho Constitucional de identidad

El derecho a la identidad, derivado del derecho a la dignidad, constituye un derecho humano de tercera generación, y se constituye a su vez como fuente de otros derechos, por lo que la vulneración o no aplicación del derecho a la identidad, es a su vez una flagrante violación al derecho a la dignidad humana, pues limita el derecho al libre desarrollo de la personalidad como un freno de la manifestación de los ciudadanos al desarrollo de sus potencialidades; por lo que, las limitaciones a este derecho solo podrían considerarse legítimas cuando además de tener un

²³ Dr. José Garacía Falconí, En línea:
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5944&Itemid=134,
consultado el 14 de enero de 2012

sustento constitucional y ser proporcionadas no pueden llegar a anular la posibilidad que tiene toda persona de construir autónomamente un modelo de realización personal, toda vez que se estaría desconociendo el núcleo esencial de este derecho.

De ahí la importancia de que este derecho sea aplicado y que sus limitaciones tengan un sustento constitucional; sin embargo, en el Ecuador encontramos leyes ordinarias que limitan la aplicación la aplicación directa de este derecho; así las disposiciones constantes en el Código Civil respecto de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción y la prescripción de los procesos de investigación de la paternidad y maternidad constituyen una limitación ilegítima a este derecho por lo que existe abundante jurisprudencia en la que los jueces no aplican esta disposición en virtud de hacer prevalecer la disposición constitucional, sin embargo existen disposiciones relacionadas con la impugnación de la paternidad, constantes en los artículos 235, 236 y 241 del Código Civil que establecen condicionamientos para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad y su investigación en un término de 60 días, contados desde que se tuvo conocimiento del parto, limitaciones que resultan anacrónicas y vulneratorias al derecho a la identidad, pues actualmente con una prueba científica puede establecerse la real procedencia familiar de una persona, quien tiene el derecho de esclarecer su origen en cualquier tiempo, pues este es parte esencial de su identidad.

Si bien el derecho a la identidad abarca mucho más que la procedencia familiar de una persona, no es menos cierto que esta procedencia constituye uno de los parámetros básicos para el desarrollo de este derecho, es por esta razón que las acciones derivadas de la filiación, esto es las que tienden a establecer la calidad de padre o madre de una persona respecto de otra; y, las que tienen por objeto la impugnación de estas calidades han sido objeto de una evolución relativamente reciente, determinada no solamente por un cambio normativo, sino esencialmente por la declaratoria de inconstitucionalidad de aquellas disposiciones que impidan el ejercicio de este tipo de acciones, pues se consideran que al limitarse estas acciones se está limitando el derecho a la identidad.

Sin embargo aún persisten algunas limitaciones normativas que impiden la aplicación directa e inmediata del derecho a la identidad, como por ejemplo las

limitaciones contenidas en los artículos 241 y 246 del Código Civil, que limitan el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad a un plazo de sesenta días desde que se tuvo conocimiento del parto, en perjuicio del derecho a la identidad del supuesto hijo a quien se obliga a conservar una procedencia familiar que realmente no le corresponde, por no haberse presentado una acción de impugnación de la paternidad cuando el aún no podía ejercitar sus derechos, soslayando además la posibilidad de establecer científicamente la falta de relación parental con el presunto progenitor.

Por ello, comparto lo expresado por el Dr. García Falconí, quien señala: “La Constitución de la República, es la partida de nacimiento del Estado, configura su responsabilidad política, el modelo de gobierno a ser obedecido de forma “No deliberante”, su espacio de acción en la vida de los seres humanos; en resumen es la ley suprema a la que todos estamos obligados a acatar y jurídicamente no hay norma que esté por encima, de tal modo que varios artículos del Código Civil vigente sobre el Estado civil evidentemente son inconstitucionales, lo cual amerita que la Asamblea Nacional dicte un nuevo Código Civil, separándole el libro primero, el mismo que debe conformar un nuevo Código Orgánico de la Familia; y por fin manifestando que el tiempo va pasando; y a medida que pasa, si la vida nos trae no solo decepciones, sino también algo más de luz, comprendemos mejor que los días son útiles y preciosos, recordando siempre que el ideal de la Constitución de la República es conseguir la felicidad del ser humano en este vaivén de lágrimas que se llama Tierra.”²⁴

3.2.4 Fallos Constitucionales del Derecho a la identidad, emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador

Es importante rescatar lo que la jurisprudencia nos ha evidenciado a través de los fallos, ante esto a continuación el siguiente fallo recogido de los archivos de la Corte Constitucional, y que hacen referencia justamente al derecho a la identidad, presentando dos sentencias, la primera en la que niega prácticamente la consulta elevada a conocimiento de estos juristas por una jueza de primera instancia, donde

²⁴ El Estado Civil y el Derecho a la Identidad, Dr. José García Falconí, En línea: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6312:el-estado-civil-y-el-derecho-a-la-identidad&catid=256:noticias-de-interes, consulta 14 de enero de 2012.

se puede analizar los argumentos que tiene la Sala para señalar que en efecto los artículos 236 y 241 no son en modo alguno inconstitucionales.

Pero en la siguiente sentencia que me permitido adherir, se encuentra el fallo, donde en efecto dados argumentos expuestos con absoluta solvencia académica y apoyo doctrinal, la Sala declara la inconstitucionalidad del artículo 257 del Código Civil. A continuación se presentan los dos fallos resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador.

3.2.4.1 DECLARA LEGÍTIMOS LOS ARTÍCULOS 236 Y 241 DEL CÓDIGO CIVIL

“DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDAD DE ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL. Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 607 de 8 de Junio del 2009.

No. 0006-2008-DI

Jueza Constitucional Ponente: doctora Nina Pacari Vega LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición En el caso signado con el No. 0006-2008-DI.

ANTECEDENTES

La doctora María del Carmen Espinosa Valdivieso, Jueza Octava de lo Civil del Azuay, el 31 de marzo del 2008, dicta sentencia en el Juicio Civil No. 443/2007 que, por impugnación de la paternidad, fue propuesto por el señor CARLOS IVAN ASTUDILLO OCHOA. La demanda -según afirma el actor- la presentó luego de que, dice: "su madre me contó en una ocasión que el mencionado menor no era mi hijo, pero como nació dentro de matrimonio fue inscrito en el Registro Civil constando como padre mi persona"; aclarando que impugnaba la paternidad del menor, porque a pesar de haber nacido dentro del matrimonio, no es su hijo y pese a saberlo desde 1997, por no provocarle daño psicológico y en razón de su separación por divorcio, no inició ninguna acción al respecto, haciéndolo ahora en forma legal, para que el menor sepa cual es su verdadera identidad. Admitida la demanda se ha citado legalmente a la demandada, quien no ha comparecido al proceso, por lo que la litis se ha trabado con la negativa pura y simple de la demanda, correspondiéndole al actor la carga probatoria. Después de practicada la prueba de ADN se ha constatado que el actor no es el padre biológico del menor.

La Jueza, al dilucidar sobre la inaplicabilidad de las normas contenidas en los artículos 236 y 241 del Código Civil, manifiesta: "el Art. 236 dispone: Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los SESENTA DIAS CONTADOS DESDE AQUEL EN QUE TUVO CONOCIMIENTO DEL PARTO." Cita, textualmente, la parte pertinente del artículo 241 del invocado Código Civil, que dice: "Ninguna reclamación contra la paternidad del hijo concebido, 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. La madre será citada, pero no obligada a parecer en juicio..."

Atentas las normas transcritas, se debe destacar que el segundo inciso del artículo 233 de nuestro Código Civil, establece el hecho de la impugnación de paternidad de un hijo: "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".

El economista Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, a través del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, al contestar el traslado con las copias de la sentencia e informe respectivo, indica: Que los artículos 236 y 241 del Código Civil "a criterio de la jueza, violentan el derecho a la identidad ya que "existiendo un método científico de la investigación biológica de la paternidad, en el que al margen de esta situación jurídica (60 días para la impugnación de la paternidad) se pueden obtener resultados con certeza casi absoluta respecto de la filiación que es lo que interesa establecer, tratándose de derechos de esta naturaleza que deben ser directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez aunque no se invoquen expresamente. Frente a la realidad de las pruebas de ADN, que constituyen el método más preciso para determinar la paternidad, con más del 99% de certeza en los resultados, resulta antitécnico, inequitativo e inconstitucional la imposición de plazos legales para el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad".

Al referirse a la inaplicabilidad de los invocados artículos 236 y 241 del Código Civil, el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, puntualiza "No tendría sentido que frente a los certeros resultados de una prueba de ADN, una falsa paternidad permanezca inexpugnable, por el solo hecho de no haber sido objetada dentro de los sesenta días después de conocido el parto. Si esto fuera así, si frente a los resultados de una prueba de ADN no se pudiera impugnar la paternidad por una mera formalidad de tiempo, se estaría consagrando una violación al derecho a la identidad, ya que a pesar de existir pruebas en contrario, una persona estaría obligada a llevar un apellido de quien no es su padre. No pueden sacrificarse los intereses de la justicia por la sola omisión de formalidades. Lo anterior sin contar con las injusticias que se consagrarían respecto a los derechos sucesorios y a los derechos filiales de quien no tiene la verdadera calidad de hijo. Por otro lado, es interesante señalar que este método probatorio de la paternidad, así como la validez de sus resultados, se encuentra previsto por nuestra legislación para el caso del derecho a alimentos". Profundizando en el análisis sobre la inaplicabilidad de los mentados artículos del Código Civil, dicha Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, anota que el artículo 131 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone "el juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos a favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, y que para tal efecto podrá ordenar la práctica del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derecho habiente y del o de la demandada". En estas pruebas si el resultado fuere positivo "el juez declarará la paternidad o

maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil". Es obvio que lo expuesto por la Jueza en el fallo se reproduce en el Informe.

Por su parte, el doctor Rodrigo Cáceres Sánchez, Administrador General Temporal del Congreso Nacional, en su exposición, manifiesta: "La presente causa pretende la declaratoria de inaplicabilidad de los Arts. 236 y 241 del Código Civil; y tiene como antecedentes la sentencia expedida por la señora Jueza 8 de lo Civil de Cuenca, el 31 de marzo del 2008 a las 09h30, dentro del juicio Civil Ordinario No. 443/2007, por impugnación de paternidad seguido por Carlos Iván Astudillo Ochoa, y el informe sustentatorio de la inaplicabilidad contenido en la comunicación cursada al Presidente del Tribunal Constitucional de fecha 2 de abril del 2008 por la indicada señora Jueza". El Representante Legal del Congreso Nacional continúa expresando: "El fallo e informe en mención resumiendo, indica que se ha sustanciado el juicio en rebeldía de la parte demandada, y habiéndose practicado la prueba de ADN se ha comprobado que el actor no es el padre biológico del menor; y que por esta realidad, aún cuando el actor no haya ejercido su derecho a impugnar la paternidad en el tiempo que prevén los Arts. 236 y 241 del Código Civil esto no cambia la realidad y por tal razón declara inaplicable a estas normas. En efecto en una parte del considerando Quinto y en el Sexto se expresa." (...) "En la actualidad el avance de la ciencia ha desarrollado un método científico de investigación biológica de la paternidad, a través de la práctica de un examen genético o de histocompatibilidad denominado (ADN), en el que al margen de esta situación jurídica se pueden obtener resultados con certeza casi absoluta respecto de la paternidad que resulta de la concepción, pues si el ejercicio de esta acción lo que persigue es establecer relaciones de filiación que vienen dadas en razón de los vínculos de sangre necesariamente involucra el DERECHO DE IDENTIDAD por su relación indefectible con el tema en cuestión. SEXTO.- En nuestro ordenamiento constitucional este derecho estuvo consagrado en el Art. 23 numeral 24, por tanto teniendo en cuenta sus connotaciones merece ser considerado y analizado a la luz de los preceptos constitucionales vigentes, pues tratándose de derechos de este rango deben ser directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, aunque la parte interesada no los invoque expresamente de conformidad con los Artículos 18 y 273 de la Constitución Política del Estado, como sucede en la especie. No hacerlo en la forma como se halla concebido en materia civil puede colocar a las personas en ineptitud para ejercer las acciones legales cuando se trate de hacer efectiva su pretensión, si por otro lado hay normas que obligan al juez a buscar un remedio que adecuado a las circunstancias presentes facilite la solución de conflictos que, como en el presente caso involucra en derecho que dada su naturaleza merece ser precautelado en la forma que más favorezca su efectiva vigencia como consagra el Art. 18 de la Constitución Política del Estado, sin que se pueda alegar falta o vacío de ley para justificar la violación o desconocimiento, desechar la acción o negar el reconocimiento de tales derechos. Por lo que queda analizado y cuando de por medio están derechos fundamentales protegidos como el de la "IDENTIDAD" garantizado incluso por Convenios Internacionales válidamente celebrados, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su Art. 18 dice: "Toda persona tiene derecho a un nombre y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...";... de acuerdo al Art. 163 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico interno de la República y prevalecen sobre las demás pueden invocarse supliendo las omisiones en que incurran las partes de acuerdo con el Art. 280 del C. de P. Civil; y,

deben ser aplicadas en forma obligatoria, y que se pueda comprometer entonces su ejercicio a la situación restringida prevista en una ley ordinaria (Artículos 236 y 241 del Código Civil) o, a falta de invocación de estas normas que, dadas las circunstancias que quedan analizadas pueden resultar anacrónicas, si en la realidad pueden haber casos como este que bien pueden ser dilucidados mediante el empleo de métodos que la ciencia ha puesto a su disposición, siempre que concurren y se comprueben los presupuestos legales previstos, situación que no puede subsistir no se compadece ni está a tono con los tiempos modernos..." (sic).

Continuando su intervención, el Representante del Congreso Nacional, puntualiza: "Los antecedentes indicados ameritan el siguiente análisis: "1.- De conformidad con el Art. 274 de la Carta Política vigente, cualquier juez o tribunal, en las causas en que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los Tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Tal declaración únicamente tiene fuerza obligatoria en la causa en que se pronuncie; debiendo remitir un informe ante el Tribunal Constitucional, para que resuelva con el carácter general y obligatorio".

El Administrador General Temporal del Congreso Nacional continúa expresando: "Este precepto constitucional recoge en su primera parte, lo que en la doctrina se conoce como el control difuso y específico a cargo de los jueces, quienes al resolver el asunto controvertido, valga decir, al expedir un fallo o sentencia, pueden declarar inaplicable una disposición jurídica, la que tendrá fuerza obligatoria sólo en dicha causa. Pero obliga a informar al máximo y único órgano de control constitucional, que es el Tribunal Constitucional quien ejerce la prerrogativa del control concentrado y abstracto de la Constitución respecto de la norma cuya inaplicabilidad ha dispuesto el Juez. 2.- La Ley Suprema del Estado en la parte respectiva de su Art. 191 expresa que el ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Concordante con ello, el Art. 198 señala los órganos de ésta: Cortes, tribunales y juzgados que establezcan la Constitución y le Ley. 3.- Aunque parezca de Perogrullo, a los jueces les corresponde impartir o administrar justicia. El Art. 192 de la Constitución Política señala que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia, para lo cual se harán efectivas las garantías del debido proceso. El concepto tan complejo de justicia en la opinión del doctor Justiniano "Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi" equivalente a "Voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo" (tomado del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas). Por lo que la delicada actuación del Juez se centra en el análisis de los aspectos fácticos, la confrontación con las pruebas y a la adecuación con la norma jurídica preestablecida. En el caso y como quedó expuesto en el acápite II, la señora Jueza aceptó la demanda, y en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 272 y 274 de la Constitución Política, declaró inaplicables los Arts. 236 y 241 del Código Civil" cuya transcripción textual se realiza, para continuar en el análisis, así "En la sentencia no consta señalada con claridad, al menos, que las normas objeto de la inaplicabilidad estén colisionando con alguna disposición constitucional. Mas bien se hace mención al derecho de identidad garantizado en el Art. 23 numeral 24 del texto constitucional y que, a la letra, dice "El derecho a la identidad, de acuerdo con la ley" (El énfasis es de la Corte). Mencionándose también que este derecho fundamental se halla garantizado por el Art. 18 de la

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y cierto es que de acuerdo al Art. 163 de la Ley Suprema, forma parte del ordenamiento jurídico interno. 4.- No obstante lo dicho, en medio del litigio está un menor cuya identidad consta protegida por las normas constitucionales e internacionales enunciadas por la señora Jueza. Por mi parte hago notar al Tribunal que en el Art. 48 de la LEX LEGIS, contempla la aplicación del principio del interés superior de los niños y que sus derechos prevalecerán sobre los demás.

El Art. 49 ibídem garantiza que los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad; y que el Estado les asegurará y garantizará, entre otros, el derecho a su identidad. Concordante con las citadas normas constitucionales, la Convención sobre los Derechos del Niño (publicada en el Registro Oficial No. 31 de 22 de Septiembre de 1992) instrumento internacional que integra el ordenamiento jurídico interno, en el Art. 3 numeral 1 está plasmado el interés superior del niño; Art. 8 numeral 1, se establece que los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad. 5.- La aceptación de la declaratoria de inaplicabilidad por parte del Tribunal, conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas impugnadas. En el caso, no hay sustentación para tal inaplicabilidad, como queda demostrado, por cuyo motivo expreso mi oposición". Con estos antecedentes, el Pleno de la Corte Constitucional formula las siguientes:

CONSIDERACIONES:

PRIMERA.- Conforme a lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición publicado con la Constitución de la República del Ecuador en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008 y la Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 451 del 22 de octubre del 2008, la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para conocer sobre la presente causa, en concordancia con el artículo 428 de la Constitución vigente y la Segunda Disposición Transitoria de las Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, que textualmente dice: "Las causas que se encuentren pendientes de despacho, correspondientes a las acciones y recursos establecidos en la Constitución de 1998 y la Ley del Control Constitucional, continuarán sustanciándose y concluirán, de acuerdo con la normativa vigente al momento de iniciar su trámite".

SEGUNDA.- No se advierte en este trámite, violación a solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión, por lo que se declara su validez.

TERCERA.- El artículo 428 de la vigente Constitución de la República del Ecuador, recogió los enunciados constantes en el artículo 274 de la derogada Constitución de 1998, que concedía la atribución de que cualquier juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, en las causas que conoce, declare inaplicable un precepto jurídico contrario a la Constitución o los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. La norma constitucional vigente al momento de dictarse la sentencia por parte de la Jueza de lo Civil del Azuay, disponía que el juez o

tribunal presente un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el entonces vigente Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio. El actual ordenamiento constitucional, instituye: "Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente".

CUARTA.- En la especie, la Jueza Octava de lo Civil del Azuay, al dictar sentencia en el Juicio No. 443/2007, seguido por CARLOS IVAN ASTUDILLO OCHOA, declaró inaplicables los artículos 236 y 241 del vigente Código Civil, por las consideraciones constantes en el Informe elevado a conocimiento del entonces vigente Tribunal Constitucional.

QUINTA.- Corresponde analizar los artículos declarados inaplicables por la Jueza Octava de lo Civil del Azuay: Ambos artículos están inmersos en el Título VII DE LOS HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO del Libro I del Código Civil, correspondiente a la codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 del 24 de junio del 2005. Nos permitimos transcribir el texto: "Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.- La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto.- Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente". La declaratoria de inaplicabilidad señala que es importante la referencia al Art. 241, cuyo texto es el siguiente: "Art. 241.- 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.- La madre será citada, pero no obligada a parecer en juicio.- No se admitirá el testimonio de la madre que, en el juicio sobre la paternidad del hijo, declare haberle concebido en adulterio". La señora Jueza sostiene que, por tanto, son inaplicables por inconstitucionales los artículos 236 y 241 del Código Civil, en vista de que: 1) El citado artículo 236, en su inciso primero, establece que cualquier reclamación que el marido proponga contra la paternidad del hijo concebido por su mujer en el matrimonio, debe hacerla -obligatoriamente- dentro de sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto, porque de lo contrario, tal reclamación carecería de valor; y, 2.- Que los artículos impugnados están en contradicción con el numeral 24 del artículo 23 de Carta Fundamental y artículo. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.- La Corte Constitucional, para el período de transición, hace notorio que aun en el caso de no haberse establecido la paternidad, el juez puede fijar pensiones alimenticias, dejando a salvo el derecho a que la filiación se declare en cualquier momento, sin

requisito alguno de tiempo. Bien lo comenta el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, que el artículo 131 en su numeral 6 establece que el examen de ADN "puede hacerse en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco" Es decir, cabe la prueba de ADN en cualquier momento si se trata de establecer la relación de parentesco con la finalidad de precautelar el derecho de alimentos". En el caso sentenciado por la Jueza de lo Civil del Azuay, han quedado (seguramente) resueltas y/o superadas las diferencias existentes entre los miembros de la pareja (padre-madre); porque en el fallo dictado, la señora jueza "acepta la demanda y declara que el demandante no es el padre biológico del menor, en virtud de la impugnación hecha a su paternidad"; y la señora jueza argumenta que "desde la visión constitucional que nos obliga a precautelar derechos de mayor rango y jerarquía como el de la IDENTIDAD del menor garantizado en los Arts. 23 (24) de la Constitución Política del Estado e incluso por Convenios Internacionales válidamente celebrados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su Art. 18 dice "Toda persona tiene derecho a un nombre y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos" artículo complementado con el siguiente texto de la misma norma citada: "La Ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario". La invocación hecha por la Jueza de lo Civil del Azuay sobre el numeral 24 del artículo 23, se refiere a la Constitución vigente a la fecha en que expidió su sentencia. Esas normas se encuentran consagradas en el artículo 45 del Ordenamiento Constitucional actual, que establece: "Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía, a su salud integral y nutrición. . ." (CURSIVA Y NEGRILLAS SON DE LA CORTE)

SEXTA.- Por mandato del Título IX SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION, correspondientes a los artículos 424 y 425 de la vigente Constitución, sus normas prevalecen sobre las demás, que deben mantener conformidad con sus disposiciones; la Constitución ordena: "Art. 45.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas" (NEGRILLAS Y CURSIVAS SON DE LA CORTE). La Corte Constitucional no puede pasar por alto los derechos consagrados en algunos instrumentos internacionales de garantía específica de los niños, como la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, documento de validez mundial, aprobado en 1989 como culminación de un largo proceso y consenso universal de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, desarrollado durante todo el Siglo XX. Desde su primer artículo se define el carácter garante y protector: "Art. 1. Los estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales"; y para evitar desentendimientos, los siguientes artículos elevan a la categoría de superlativo lo que en nivel

internacional se concibe como "el interés superior del niño", imponiendo a las instituciones del Estado el papel de garantes de ese interés, como las normas previstas en el primer numeral del: "Artículo 3. 1.-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".

El Art. 8 (No. 1) de la Convención es más explícito al instituir:

"Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. 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".

Es obvio que las Convenciones Internacionales no se ocupan de los casos en los cuales un niño es privado de su identidad "legalmente", como en el ejemplo que nos trae la señora Jueza de lo Civil del Azuay: El niño, a quien la ciencia le ha dicho que la persona que aparecía como su padre, no lo es; y -paradójicamente- pretendiendo proteger su identidad, le dejan sin ninguna. El efecto de la sentencia ha profundizado la incertidumbre del niño. Durante todos los años de vida del niño fue reconocido entre su familia, su entorno social, su medio educativo, su barrio, sus parques y sus relaciones; ese niño fue conocido y re-conocido con el nombre y apellidos con los que -posiblemente- fue bautizado. Esta no puede ser la forma como el Ecuador pretende cumplir con el compromiso proveniente de la suscripción y ratificación de Convenios Internacionales tendientes a garantizar el "interés superior del niño". Si todo lo anterior no fuera suficiente, el Ecuador es signatario de la DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1959), entre cuyas disposiciones se consagra, el "Principio 2, que instituye:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

Se debe agregar a lo anterior, el complemento que contiene el "Principio 8.- El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro".

Es claro el mandato de supremacía constitucional del segundo inciso del artículo 424: "...La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público" Complementado por la disposición siguiente: "Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los convenios y tratados internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las

resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos". Nuevas concepciones acerca de la infancia-adolescencia y sus derechos, han surgido impulsadas desde el continente de la esperanza: América Latina, aportando a la rica normativa de la Convención que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores fundada en que los derechos de menores derivan de su condición de persona, con la circunstancia especial de que la Convención ha elevado el "interés superior del niño" a carácter de norma fundamental y, según comenta Miguel Sillero Bruñol "con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento legal hacia las políticas públicas". Con detenimiento y claridad, el CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA publicado en el Registro Oficial No. 737 del 03 de enero del 2003, establece:

"Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías".

"Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

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

Es preciso señalar que el principio que consagra el "interés superior del niño" no es nuevo, tiene como tributarios a los derechos de origen anglosajón (consuetudinario) como los de derecho codificado. Miguel Sillero Bruñol comenta que "La Convención contiene principios que a falta de otro nombre denominaré estructurantes entre los que se destacan: El de no discriminación (art. 2), de efectividad (art. 4), de autonomía y participación (arts. 5 y 12) y de protección (art. 3). Estos principios -como señala Dworkin- son proposiciones que describen derechos: Igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia (Dworkin, Ronald, LOS DERECHOS EN SERIO, Ariel Derecho, Barcelona, 2da. Ed. 1989). Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos... En este punto, es posible afirmar que lo que aquí denominamos "principio" (siguiendo a Dworkin) podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como garantía, entendida esta última como "vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos". Sintetizando podemos resumir que el "interés superior del niño" a que se refiere la Convención, es un principio jurídico garantista; es decir, que el "interés superior del niño" es ni más ni menos que la satisfacción integral de sus derechos. Por eso, nuestro legislador, al incorporar los avances internos e internacionales de los derechos del niño, en el Código de la Niñez y Adolescencia, consagró: "Art. 18.- Exigibilidad de los derechos.- Los derechos y

garantías que las leyes reconocen en favor del niño, niña y adolescente, son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, en la forma que este Código y más leyes establecen para el efecto". Del principio contenido en el artículo 3 de la Convención se desprenden los caracteres siguientes: a) Es una garantía: Toda decisión que afecte a un niño debe considerar primero sus derechos; b) Es de aplicación extensa ya que no solo obliga al legislador; incluye a las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; c) Es norma de interpretación y aun de resolución de conflictos jurídicos; y, d) Es orientación para formular políticas públicas para la infancia. En el Capítulo III Derechos relacionado con el desarrollo de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, encontramos la disposición relacionada con el tema: "Art. 33.- Derecho a la identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho". Acorde con la anterior, la norma que se transcribe: "Art. 35.- Derecho a la identificación.- Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan. El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad".

"Art. 51.- Derecho a la libertad personal, dignidad, reputación, honor e imagen.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete: a) Su libertad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Los progenitores y responsables de sus cuidados los orientarán en el ejercicio de este derecho; y, b) Su dignidad, autoestima, honra, reputación e imagen propia. Deberá proporcionárseles relaciones de calidez y buen trato fundamentadas en el reconocimiento de su dignidad y el respeto a las diferencias".

SEPTIMA. No se encuentran razones de ninguna naturaleza: ni morales, ni éticas, prácticas, sociales, constitucionales, legales o reglamentarias; ni hay motivo fundado para expulsar de nuestra legislación civil a los artículos 236 y 241, como tampoco se ha demostrado de qué forma afectan o violan los artículos citados a la disposición constitucional del numeral 24 del artículo 23 de la Constitución que regía al momento en que la jueza dicta su sentencia en el caso sometido a conocimiento de esta Corte Constitucional; al contrario, los artículos materia del análisis constituyen el fundamento para PRESERVAR la identidad del niño, anteponiendo el interés superior del menor por sobre los litigios que mantenga la pareja.

En consecuencia, analizado el texto de los artículos 236 y 241 del Código Civil, la Comisión estima que esta disposición no contrariaba la norma constitucional del numeral 24 del artículo 23 de la Constitución de 1998, vigente a la fecha de expedición de la sentencia y, mucho menos al artículo 428 de la Constitución vigente.

La doctora María del Carmen Espinosa Valdivieso, Jueza Octava de lo Civil del Azuay, fundamenta su declaratoria de inaplicabilidad de los mentados artículos del Código Civil en la disposición del artículo 274 de la Constitución -que rigió al momento de su declaratoria de inconstitucionalidad- que atribuía facultad a cualquier juez o tribunal en las causas de su conocimiento, sin perjuicio de fallar sobre el asunto principal, para declarar inaplicable -de oficio o a petición de parte- un precepto jurídico contrario a las normas consagradas por la Constitución o los Convenios Internacionales. La mencionada declaración, a la que alude la norma constitucional, tiene fuerza obligatoria -obviamente- en la causa en que se ha pronunciado; esta norma constitucional invocada acoge en su primera parte lo que doctrinariamente se conoce como "control difuso y específico" a cargo de jueces y tribunales quienes, al expedir un fallo o sentencia, pueden declarar la inaplicabilidad de un precepto jurídico.

En el caso, no está demostrado que la fijación del plazo de 60 días para impugnar la paternidad de un hijo habido durante el matrimonio, sea inconstitucional, en relación a la derogada Constitución de 1998 y, mucho menos, de la vigente.

Por las consideraciones que anteceden, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en uso de las atribuciones constitucionales

RESUELVE

- 1.- Desechar por improcedente el informe presentado por la Jueza Octava de lo Civil del Azuay; en consecuencia, se declara la constitucionalidad de los artículos 236 y 241 del Código Civil vigente.
 - 2.- Notifíquese, publíquese y cúmplase.-
- f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

Razón: Siento por tal, que la Resolución que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos a favor, de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire en sesión del día martes diecinueve de mayo de dos mil nueve.- Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por- f.) Ilegible.- Quito, a 1ro. de junio del 2009.- f.) El Secretario General²⁵

3.2.4.2 Declara Inconstitucional el Contenido Del Art. 257 Del Código Civil

DECLARA INCONSTITUCIONAL CONTENIDO DE ART 257 CODIGO CIVIL.

²⁵ En línea: [http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/JurisVisualizer/JurisVisualizer.aspx?id=RESCORTE-DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDAD DE ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL 660720090608&query=%22Derecho%20a%20la%20identidad%22](http://www.lexis.com.ec/webtools/esilecpro/JurisVisualizer/JurisVisualizer.aspx?id=RESCORTE-DECLARATORIA%20DE%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20ARTICULOS%20DEL%20CODIGO%20CIVIL%20660720090608&query=%22Derecho%20a%20la%20identidad%22), consulta, 15 de enero de 2013

Resolución de la Corte Constitucional 25, Registro Oficial Suplemento 285 de 23 de Septiembre del 2010.

Quito, D. M., 24 de agosto del 2010

Sentencia No. 025-10-SCN-CC

Caso No. 0001-10-CN

LA CORTE CONSTITUCIONAL Para el Período de Transición Juez Constitucional Ponente: Dr. Edgar Zárate Zárate I.

ANTECEDENTES

Resumen de Admisibilidad

Mediante providencia del 16 de diciembre del 2009, el Juez Sexto de lo Civil del Azuay resuelve suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente No. 578-03, en consulta a la Corte Constitucional, para que acorde a lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República y artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52 del 22 de octubre del 2009, resuelva sobre la constitucionalidad del artículo 257 del Código Civil, por considerar que su contenido no guarda coherencia con lo previsto en los artículos 11, numerales 3, 4, 5, 6, 8 y 9, y 66, numeral 28 de la Constitución de la República.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con fecha 17 de febrero del 2010, comunica que la acción signada con el No. 0001-10-CN, tiene relación con los casos No. 0002-06-DI y 0006-08-DI, resueltos por este Organismo.

Mediante providencia del 3 de marzo del 2010 a las 15h00, el juez sustanciador avocó conocimiento de la consulta de constitucionalidad respecto al artículo 257 del Código Civil, presentada por el doctor Edmundo Guillén Moreno, Juez Sexto de lo Civil de Azuay.

Normas cuya constitucionalidad se consulta CODIGO CIVIL "Artículo 257.- Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo".

Petición de consulta de constitucionalidad

La presente consulta constitucional tiene como antecedente la demanda de paternidad propuesta por el señor Manuel Humberto Muzha, en contra de Julieta, Enrique, Judith Evangelina y Carmen Delfina Ochoa Chica; Luis Alberto, Marina, Bolívar, Julio y Gabriel Ochoa Carrión; Georgina, Raúl, Yolanda, Marcelo, Jaime, Galo, María del Carmen y Olga Ochoa Aguirre; Edgar, Marco, Janeth, Estuardo, Fernando y Diego Ochoa Maldonado; Mery, Nelly, Julio Patricio y Luis Serrano Ochoa, y a los herederos de Manuel Ochoa Chica, Alberto, Ricardo, Benigno y Gerardina Amelia Ochoa Chica, y

demás herederos, habidos presuntos y desconocidos, signada con el No. 578-2003, demanda interpuesta ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca.

En este orden, por desconocer los domicilios de los demandados, se realizó la citación por la prensa a través del Diario El Tiempo de la ciudad de Cuenca, los días 13, 14 y 15 de enero del 2004. En tal virtud, comparecen dentro del juicio planteado las señoras: Judith Evangelina Ochoa Chica, Carmen Deifilia Ochoa Chica y Julieta Orfelinda Ochoa Chica, quienes principalmente alegan la extinción del derecho del demandante. Posteriormente, por considerar que el extracto no fue publicado en debida forma, se realizan tres nuevas publicaciones con fechas 6, 7 y 8 de abril del 2004, resultado de las cuales el señor Dr. Gabriel Ochoa Carrión se da por legalmente citado mediante escrito presentado el 29 de abril del 2004 ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca. Por otro lado, comparece el ingeniero Fredy Ullauri Coronel, quien informa que mediante juicio de paternidad seguido en contra de los herederos del señor Arsesio Ochoa, tras la declaración de inconstitucionalidad del artículo 260 del Código Civil que dice: "La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiere comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiere trabado la litis" mediante Resolución No. 0002-06-DI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 274 del 19 de mayo del 2006, y tras la realización del examen póstumo de ADN, obtiene en sentencia de segunda instancia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de Cuenca el 11 de abril del 2007, la declaratoria de paternidad, estableciendo que efectivamente es hijo del fallecido Arsesio Ochoa Chica. Fredy Ullauri Coronel (hoy Fredy Ochoa Ullauri) en su calidad de heredero declarado, presenta el 16 de enero del 2008 ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca, dentro de la causa No. 578-03, un escrito manifestando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 257 del Código Civil en vigencia, anterior disposición artículo 271 del mismo cuerpo de leyes, la acción presentada se encuentra prescrita por el transcurso de 10 años a partir de la mayoría de edad del actor o presunto hijo, ya que el señor Manuel Humberto Muzha, al momento de presentar la demanda, ha tenido 37 años de edad, y en la actualidad sobrepasa los 40 años.

Con fecha 16 de diciembre del 2009, el Juez Sexto de lo Civil de Cuenca, atendiendo lo solicitado por el señor Fredy Giovany Ochoa Ullauri, dispone la suspensión de la tramitación de la causa y la remisión del expediente a la Corte Constitucional en consulta, para que sea éste organismo el que determine si el actual artículo 257 del Código Civil es constitucional o inconstitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 428 de la Constitución de la República.

Mediante oficio No. 744-J6CC-2009-578-03 del 31 de diciembre de 2009, el doctor Agustín Pesántez Ochoa, Secretario del Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca, remite el proceso ordinario de paternidad signado con el No. 578-03, en 352 fojas, en cumplimiento a la providencia del 16 de diciembre del 2009.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente causa planteada por el Juez Sexto de lo Civil de Cuenca, de conformidad con lo previsto en los artículos 428 de la Constitución de la República, artículos 141 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 09 de marzo del 2009.

Legitimación activa

El Juez Sexto de lo Civil de Cuenca se encuentra legitimado para interponer la presente consulta de constitucionalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 428 de la Constitución de la República, 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, e inciso segundo del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Consideraciones de la Corte Constitucional

Por los antecedentes expuestos, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la norma contenida en el artículo 257 del Código Civil, que establece diez años como plazo de prescripción de las acciones para investigar la paternidad o la maternidad, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo, se encuentra en contradicción o no con las normas constitucionales consagradas en los artículos 11, numerales 3, 4, 5, 6, 8 y 9, y 66, numeral 28, relativos al derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos, y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

La duda razonable surge cuando el señor Manuel Humberto Muzha interpone su demanda de paternidad en contra del señor Arsesio Ochoa Chica, luego de transcurrido el plazo establecido en la norma impugnada, esto es, de diez años contados a partir de la mayoría de edad, en cuyo caso la acción estaría prescrita y su derecho a la identidad personal se convertiría en un derecho que prescribe por el transcurso del tiempo; hecho que conforme la naturaleza de los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República puede resultar inadmisibles. Por ello, corresponde a la Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación constitucional, determinar la constitucionalidad o no de la norma aludida y, para el efecto, deberá responder las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la naturaleza del derecho a la identidad personal? y ¿Puede establecerse que la protección al derecho a la identidad personal prescribe con el transcurso del tiempo?

¿Cuál es la naturaleza del derecho a la identidad personal?

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 6, estableció que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Igual postulado contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en forma amplia, establece el derecho al reconocimiento de la

personalidad jurídica, señalando que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 3).

Por su parte, el numeral 28 del artículo 66 de la Constitución de la República, consagra en derecho a la identidad personal en los siguientes términos: "28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales".

De Cupis se constituyó como el primero en sistematizar a la identidad de las personas, señalando que el derecho a la identidad es un derecho a la personalidad, porque es una cualidad, un modo de ser de la persona, para los otros igual a sí misma, en relación con la sociedad en que se vive; como tal es un derecho esencial y concedido para toda la vida.

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 1. 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, garantizando de esta manera el derecho a la igualdad por ser un derecho propio de la persona, estableciéndose como características de la identidad el sentido vitalicio de la misma, por ser concedida para el resto de la vida del peticionario, dándole un carácter innato por establecerse la individualidad propia del hombre y originario, ya que constituye el poder jurídico puesto a su deferencia contra posibles vulneraciones. El concepto de identidad personal tiene un aspecto estático y otro dinámico, y es más amplio, que el normalmente aceptado, restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil). Conocer cual es su específica verdad personal es, sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad. El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los otros 2. En esta línea, por mandato constitucional del derecho a la identidad personal, surge el derecho a la filiación. Al respecto, el artículo 24 del Código Civil manifiesta que: "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", siendo este último literal el que atañe al presente caso. Así, para Laacruz Berdejo Sancho Rebullida, la filiación "es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta". La filiación es el vínculo jurídico que liga al hijo con su madre o padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado³, guardando estricta relación con el derecho a la identidad, por cuanto su ámbito abarca a la filiación, a un estado social y a un estado civil, determinando de esta manera la capacidad de las personas para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones. ¿Puede establecerse que la protección al derecho a la identidad personal prescribe con el transcurso del tiempo? Partiendo de lo manifestado se precisa que el derecho a la identidad personal es un derecho fundamental, porque permite establecer la procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho tan natural e innegable que nadie puede desconocer y constituye la relación más importante de la vida; su incidencia se manifiesta no sólo en la familia, sino en el conglomerado social, o sea el derecho de saber quién es su padre y madre, y esto sin duda contribuye a la identificación de una persona. 4. Si se establece un plazo para que una persona pueda demandar el reconocimiento de sus vínculos de consanguinidad, se está desconociendo el derecho a la identidad personal, puesto que si bien es cierto la ley estipula un determinado lapso para reclamar la protección de este derecho en la vía judicial, hay que entender que el vencimiento de dicho periodo de tiempo no cambia la condición de padre o madre y por tanto no puede ser sujeto de prescripción; en consecuencia, el efectivo ejercicio del derecho a la identidad personal, entendido como el derecho que tienen las personas a establecer sus orígenes, no se llegará a materializar si opera un plazo para presentar la acción correspondiente. Siendo el derecho a la identidad un derecho fundamental, resulta claro establecer que no se puede fijar un determinado tiempo para que una persona pueda reclamar el saber de dónde y de quienes proviene, puesto que la calidad de persona no se consumará si estos elementos no se encuentran identificados. Es decir, la norma legal aludida (artículo 257 CC) contiene una disposición que impide el reconocimiento del derecho a la identidad personal y a la filiación de las personas, y por tanto vulnera la norma constitucional.

De esta manera hay que distinguir el derecho a la identidad en sí, que es el que no prescribe, por lo cual nunca se le podrá negar a una persona conocer quiénes fueron sus progenitores y saber su auténtico origen, con un carácter fundamental de establecer la individualidad dentro de un conglomerado social y darle al individuo su verdadera identidad.

Inclusive la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 del martes 28 de julio de 2009, en el último inciso del artículo Innumerado 10 establece: "Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas cuando ello sea necesario para establecer la relación parentofilial."

1. GOZAINI Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional, Hábeas Data, Protección de datos personales, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, pág. 52.
2. GARCIA FALCONI José C., Manual Teórico Práctico en Materia Constitucional y Civil, tomo primero, Ediciones Rodin, Quito, pág. 118.

3. GARCIA FALCONI José C., Manual Teórico Práctico en Materia Constitucional y Civil, tomo primero, Ediciones Rodin, Quito Ecuador, pág. 64.

4 Obra citada, pág. 107.

Al respecto, el jurista ecuatoriano José García Falconí manifiesta: "Recalco una vez más que el estado de familia, no se adquiere ni se pierde por prescripción, o sea que los vínculos jurídicos familiares no pueden originarse en una simple posesión de estado, ni tampoco puede extinguirse por falta de reclamación dentro de determinado plazo, para que tal vínculo sea reconocido (...). En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano. (5) En el caso concreto Hecha la consulta por parte del Juez Sexto de lo Civil de Cuenca, empezaremos por analizar el artículo 257 del Código Civil que establece: "Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de 10 años que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo", por lo que se deduce que el derecho a demandar la investigación de paternidad en el presente caso estaría prescrita por el ministerio de la ley, ya que el señor Manuel Humberto Muzha demanda la investigación de paternidad a la edad de treinta y siete años. Ahora bien, la Constitución de la República establece en su artículo 11, numeral 4 claramente que: "Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales". Es así que el artículo 66, numeral 28 de la Constitución reconoce y garantizará a las personas: "El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales", de lo que se deduce que existe una violación al derecho a la identidad personal del señor Manuel Humberto Muzha, proclamado constitucionalmente. Es más, debemos señalar que el respeto al derecho a la identidad personal se transforma en términos generales en el respeto de la dignidad humana, reconocida en la norma constitucional como deber fundamental que debe ser garantizado por el Estado. En este orden, se precisa que la norma cuya constitucionalidad se consulta solapa la vulneración del derecho a la identidad personal, que al final tiene relación también con el derecho a gozar de una vida digna, consagrado en el numeral 2 del artículo 66 de la Constitución de la República.

Por lo expuesto, esta Corte considera que el contenido del artículo 257 del Código Civil no es compatible con el derecho a la identidad personal previsto en el numeral 28 del artículo 66 de la Constitución y, en consecuencia, con lo establecido en el numeral 4 del artículo 11 ibídem, puesto que la acción para demandar la paternidad o maternidad por parte del hijo o hija, y por tanto, obtener el reconocimiento del referido derecho, no puede estar sujeta a un plazo de prescripción, por la naturaleza especial del derecho fundamental que se invoca, conforme lo expresado en esta sentencia. En último caso, es el juez competente el único llamado a determinar expresamente si la persona que demanda es o no hijo/a del presunto padre o madre, luego de un proceso en el que se hayan practicado las pruebas necesarias; pero no se puede admitir la vigencia de una norma que contraría los preceptos constitucionales.

(5) GARCIA FALCONI José C., Manual Teórico Práctico en Materia Constitucional y Civil, tomo primero, Ediciones Rodin, Quito Ecuador, pág. 119.

III. DECISION:

En mérito de lo expuesto, administrando Justicia Constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, emite la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar inconstitucional el artículo 257 del Código Civil.
 2. Devolver el expediente al Juez, para los fines legales pertinentes.
 3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.
- f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.
- f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Diego Pazmiño Holguín, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión ordinaria del día martes veinticuatro de agosto del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General..

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y RESULTADOS ESTADÍSTICOS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

La investigación de campo se la efectuó en la ciudad de Loja, donde se contó con una muestra de 20 personas, entre los que se contaron, profesionales del derecho en el servicio público como privados, abogados en libre ejercicio y jueces. Posteriormente para presentar los resultados se aplicó el instrumento correspondiente y se realizó el levantamiento de datos, el mismo que presento a continuación:

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES Y PROFESIONALES DEL DERECHO

PREGUNTA NRO. 1

¿En el Ecuador todos los derechos y garantías previstos en la Constitución, se encuentran desarrollados en normativas secundarias?

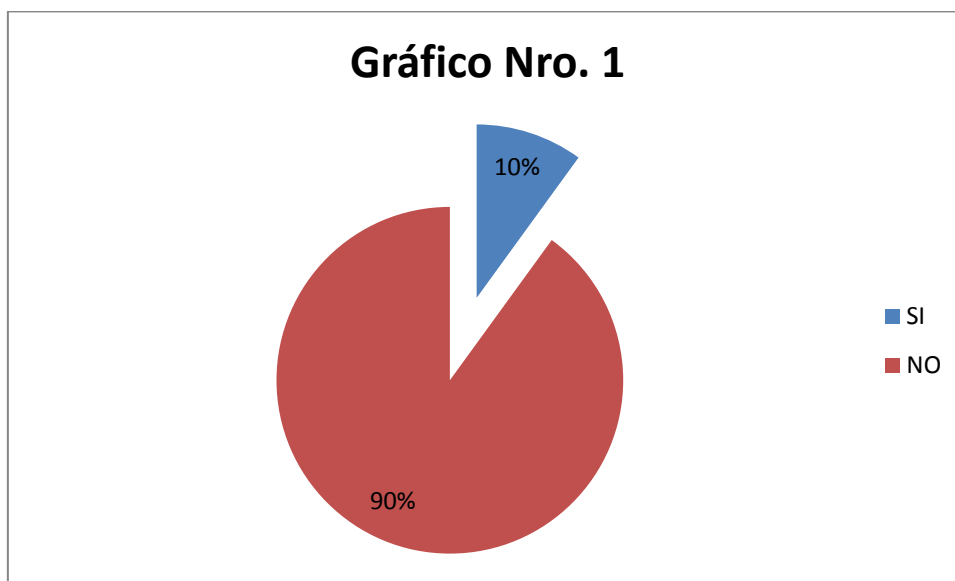
SI

NO

Cuadro Nro. 1

RESPUESTA	f	%
SI	2	10%
NO	18	90%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 1



*Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor*

De los resultados obtenidos se puede observar que tan solo el 10% manifiestan que en efecto todos los derechos y garantías que se encuentran en la Constitución, están desarrollados en normativas secundarias, pero el porcentaje más alto presenta su respuesta negativa a esta pregunta en un 90%, y es de entender que piensan en su mayoría que tanto los derechos como las garantías que poseemos consagradas en nuestra Carta Magna, no todas se ven afianzadas en alguna norma secundaria.

PREGUNTA NRO. 2

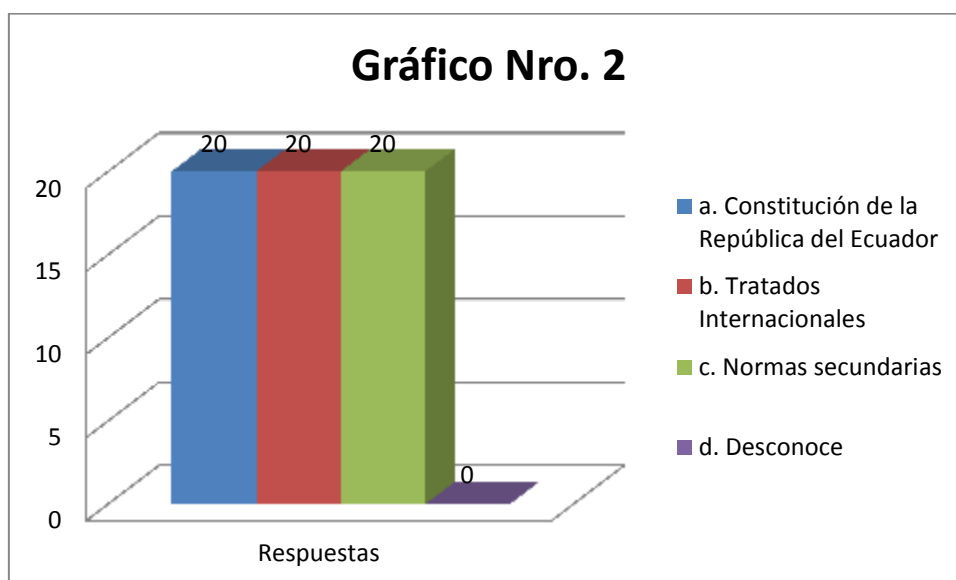
¿Identifica usted en cuál de estas normas se enfatiza la protección del derecho a la identidad:?

- a. Constitución de la República del Ecuador**
- b. Tratados Internacionales**
- c. Normas Secundarias**
- d. Desconoce**

Cuadro Nro. 2

RESPUESTA	f	%
a. Constitución de la República del Ecuador	20	100%
b. Tratados Internacionales	20	100%
c. Normas secundarias	20	100%
d. Desconoce	0	0%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 2



Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor

Analizando los datos obtenidos, observamos que en su mayoría, todos coinciden que la protección del derecho a la identidad, está enfatizado en normas tales como, la Constitución de la República del Ecuador, los Tratados Internacionales, las Normas Secundarias, es decir dada su preparación profesional y ante todo su calidad de abogados, jueces y juezas no desconocen, que el derecho a la identidad si tiene su auge en la normatividad señalada, y naturalmente ninguno de los encuestados se atrevieron a indicar que desconocían, dada la rama a la cual pertenecen y por el hecho de ser profesionales justamente en derecho.

PREGUNTA NRO. 3

¿En el Ecuador el derecho a la identidad, por ser un derecho humano tiene todas las garantías y protección constitucional?

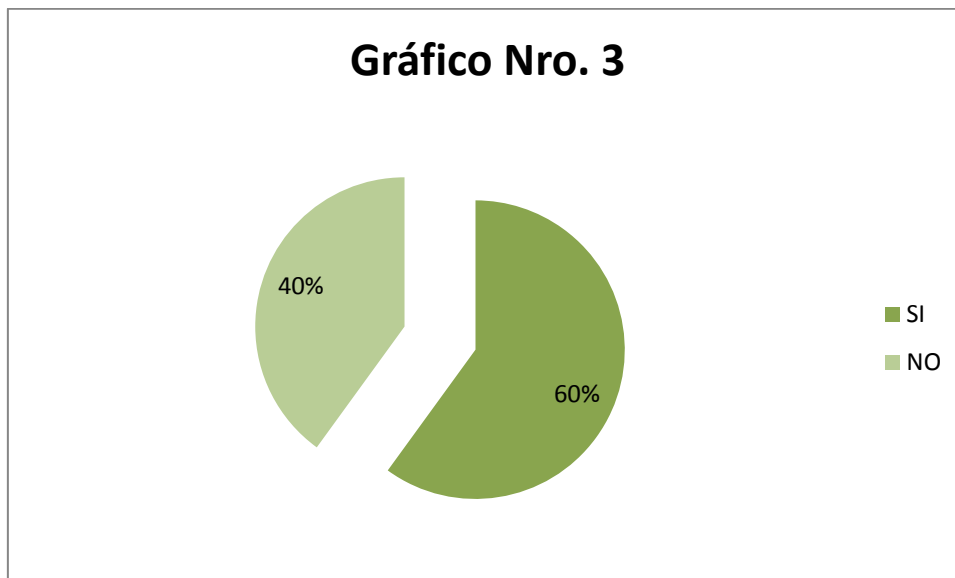
SI

NO

Cuadro No. 3

RESPUESTA	f	%
SI	12	60%
NO	8	40%
TOTAL	20	100%

Gráfico No. 3



*Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor*

Si observamos con atención el gráfico, se puede evidenciar claramente que un número considerable de los encuestados esto es el 60%, afirman que en efecto el derecho a la identidad, por considerársele un derecho humano, sí tiene todas las garantías y protección constitucional. Lo que llama la atención es que quienes

responden que el derecho a la identidad no tiene todas las garantías y protección constitucional, no es un grupo muy reducido, es decir un 40%, considera que este derecho a la identidad no goza de toda la protección que debería tener.

PREGUNTA NRO. 4

¿El derecho a la identidad como un Derecho de Protección Universal, está garantizado en Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador?

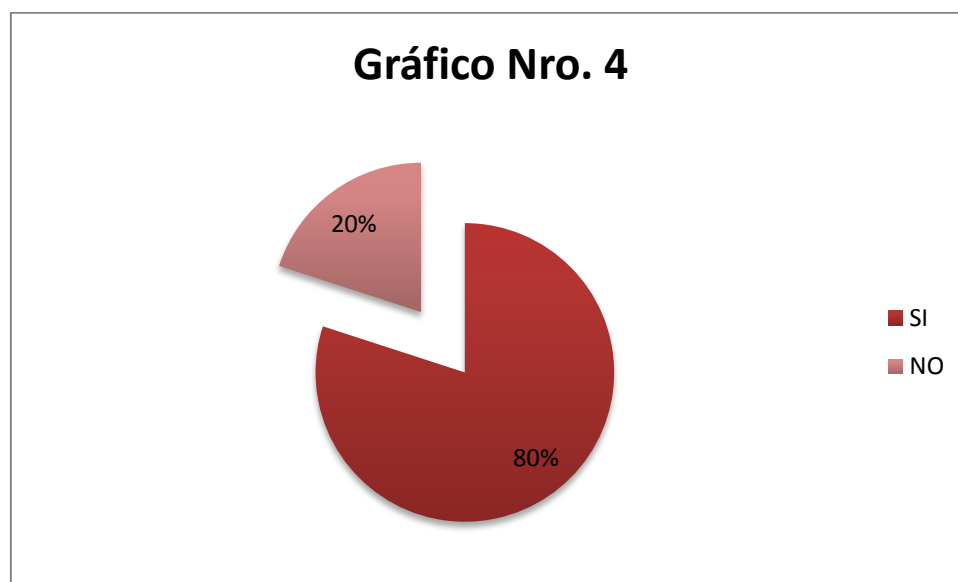
SI

NO

Cuadro Nro. 4

RESPUESTA	f	%
SI	16	80%
NO	4	20%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 4



*Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor*

De los resultados obtenidos a las personas encuestados, se puede notar que el 80%, sostiene que el derecho a la identidad, al considerársele como un derecho de protección universal, se encuentra garantizado en Tratados Internacionales y que naturalmente están ratificados por el Ecuador, esta es la respuesta mayoritaria de

los encuestados, que conocen que sí existe esta garantía para el derecho a la identidad. Por otro lado un número bastante reducido, manifiesta que no el derecho a la identidad no goza de esta protección internacional, peor aún que se encuentra ratificado por algún Tratado por el Ecuador, me atrevería a sostener que quienes contestaron en esta forma, es por un total desconocimiento del control convencional de nuestro país y que no sería muy preocupante, porque en todo caso se trata de un número muy reducido.

PREGUNTA NRO. 5

¿El Ecuador a través de su Constitución garantiza el ejercicio efectivo del derecho a la identidad?

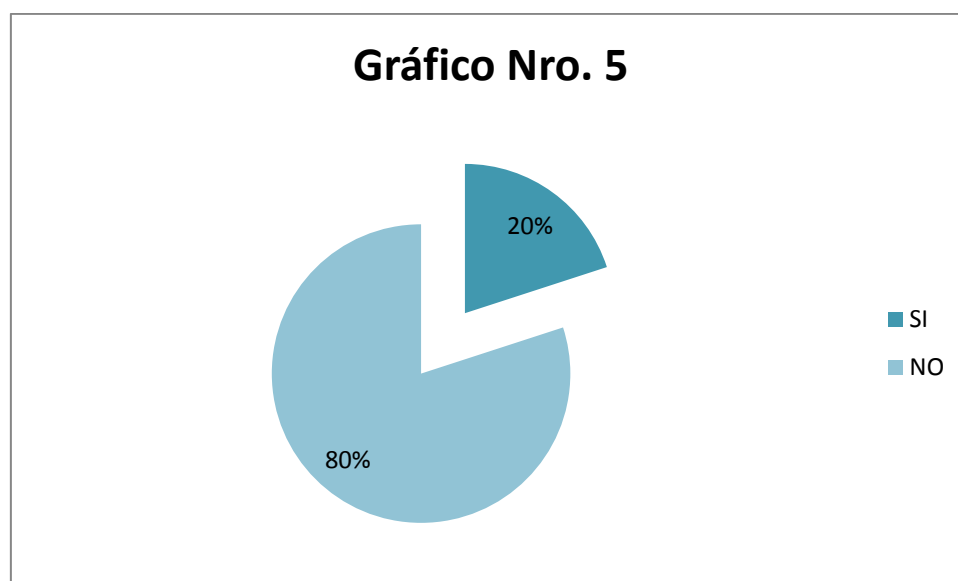
SI

NO

Cuadro Nro. 5

RESPUESTA	f	%
SI	4	20%
NO	16	80%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 5



Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor

Dados los resultados obtenidos, encontramos que el 80% de los encuestados, opinan que la Constitución del Ecuador No garantiza el ejercicio efectivo del derecho a la identidad; y tan solo un 20%, afirma que en efecto en el Ecuador, si se garantiza el ejercicio efectivo del derecho a la identidad, pero como se puede notar es un porcentaje realmente bajo, el que realiza esta afirmación.

PREGUNTA Nro. 6

¿Cree usted, que se está cumpliendo con el propósito de brindar protección al niño en su derecho a la identidad?

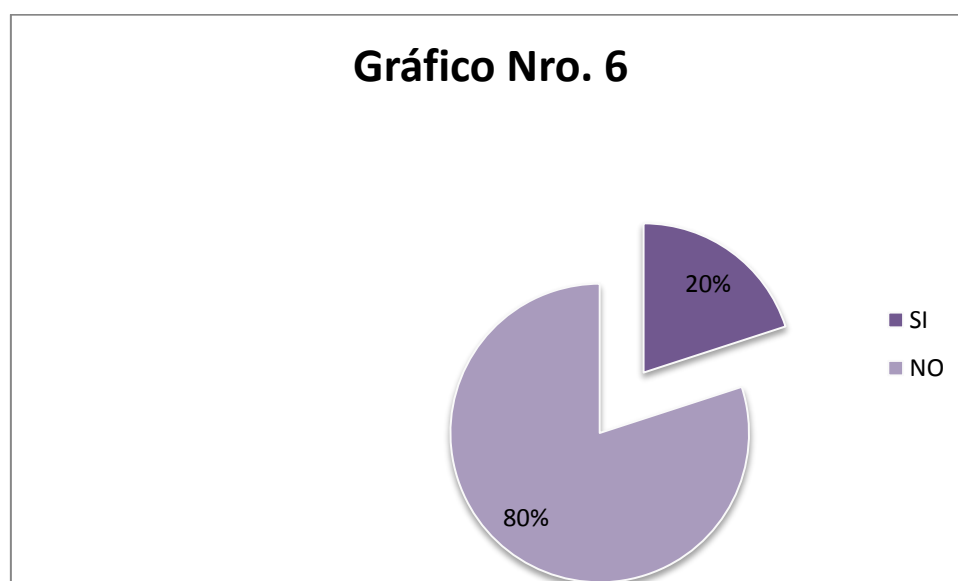
SI

NO

Cuadro Nro. 6

RESPUESTA	f	%
SI	4	20%
NO	16	80%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 6



*Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor*

La respuesta a esta pregunta es muy interesante, pues se puede evidenciar que la mayor parte de los encuestados esto es el 80%, manifiestan que no creen se está cumpliendo con el propósito de brindar protección integral al niño en su derecho a la identidad, y ésta aseveración se da en medio de la consulta a abogados en libre ejercicio, jueces; es decir, profesionales con absoluta solvencia académica que están conscientes de que no se le está dando la protección integral al niño y que éste necesita. Y tan solo un 20%, opina de manera positiva, respuesta que no es considerada muy válida por cuanto se trata de un porcentaje bastante bajo.

PREGUNTA Nro. 7

¿En el Ecuador por existir normas de carácter secundario, se torna jurídicamente imposible hacer efectivo algunos derechos como por ejemplo el de identidad, de manera directa e inmediata ?

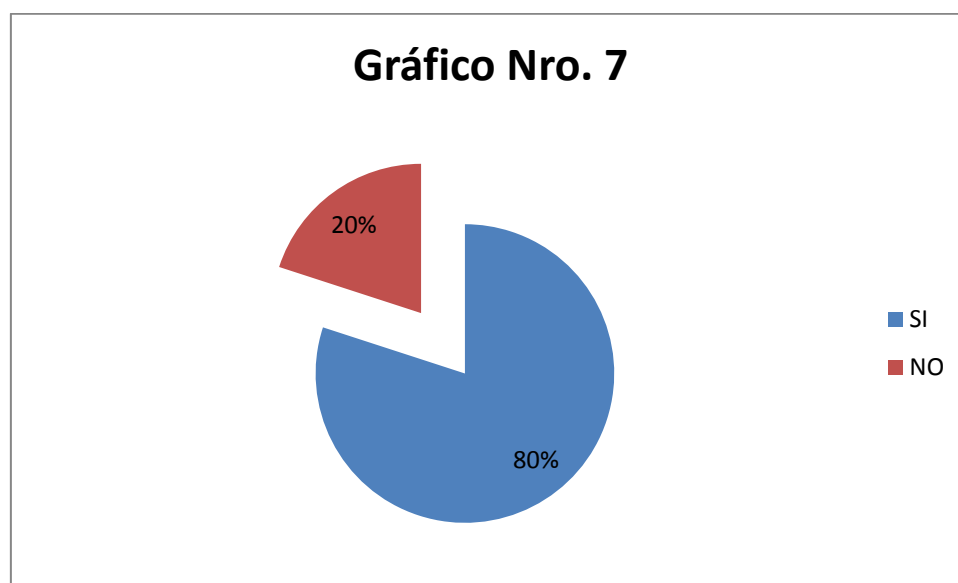
SI

NO

Cuadro Nro. 7

RESPUESTA	f	%
SI	16	80%
NO	4	20%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 7



*Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor*

De la gráfica presentada se puede señalar que tan solo 20% de los encuestados manifiestan que en el Ecuador no es imposible hacer efectivo el derecho a la identidad; frente a un alto porcentaje como es el 80%, que afirman que en el Ecuador, por el hecho de existir normas de carácter secundario, se torna jurídicamente imposible hacer efectivo algunos derechos, en especial el de la identidad, sostiene este alto porcentaje que no pueden ejercitar este derecho a la identidad de manera directa e inmediata, es decir estas normas secundarias en lugar de fortalecer y viabilizar el aparataje jurídico de alguna manera entorpecen su ejercicio efectivo.

PREGUNTA Nro. 8

¿Cree pertinente reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en la parte que dice que el Juez debe suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente?

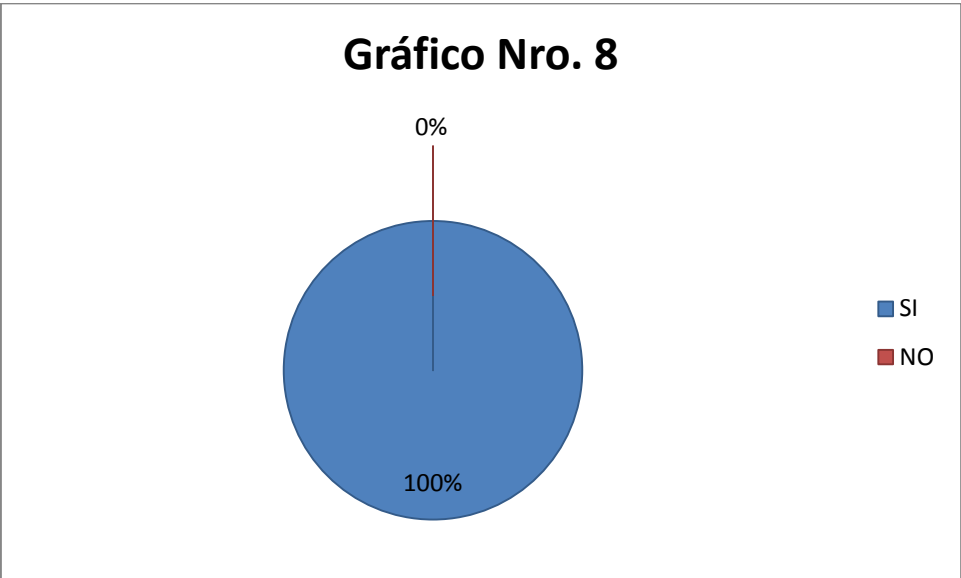
SI

NO

Cuadro Nro. 8

RESPUESTA	f	%
SI	20	100%
NO	0	0%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 8



Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor

Los resultados demuestran que en un 100%, que los encuestados creen que es absolutamente pertinente, reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, sobre todo en la parte que dispone que el juez debe suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional, puesto que esto estaría impidiendo la celeridad procesal en el trámite, impidiendo a los jueces que puedan aplicar de manera directa e inmediata tanto los derechos como las garantías jurisdiccionales que permite la Constitución.

PREGUNTA Nro. 9

¿Qué al reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (Art. 142, inc. 2), y permitir a los jueces la aplicación directa e inmediata de la Constitución, así exista duda razonable ¿permitirá ejercer de mejor manera todos los derechos y garantías de las personas, especialmente el de identidad?

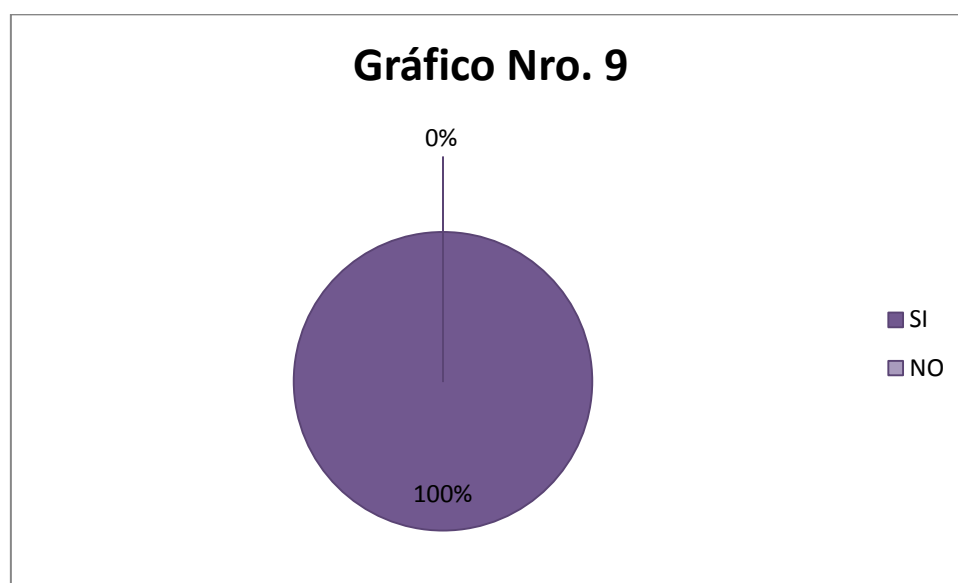
SI

NO

Cuadro Nro. 9

RESPUESTA	f	%
SI	20	100%
NO	0	0%
TOTAL	20	100%

Gráfico Nro. 9



Fuente: Encuestas
Elaboración: El autor

Naturalmente la respuesta ha sido en igual porcentaje que la anterior, y esto por deducción lógica, pues al estar de acuerdo con una reforma constitucional, todos los encuestados han respondido afirmativamente que al momento que se permita la reforma constitucional a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (art. 142, inc. 2), ayudará para que los jueces puedan aplicar directa e inmediatamente las disposiciones constitucionales, y de esta manera velar por el correcto ejercicio de los derechos y garantías de las personas, en especial del derecho a la identidad.

CONCLUSIONES

1. La aceptación del derecho a la identidad, de acuerdo a la doctrina se lo ha dividido en dos grupos: el primero acepta como tal el derecho a la identidad; y el segundo grupo, considera que es una prolongación del derecho al nombre. Esto obedece tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada, como también la poca atención que la propia doctrina nacional le ha dado a esta materia.
2. Cuando se habla de identidad, nos estamos refiriendo a distintos aspectos del ser humano, su interrelación con los demás, sus costumbres, modos de expresión y rasgos que lo distinguen de otros, estos rasgos son invariables en el tiempo y al proyectarse hacia los demás permiten conocer a la persona en sí misma..
3. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 6, estableció que todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Igual postulado contiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en forma amplia, establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, señalando que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 3).
4. Por su parte, el numeral 28 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra en derecho a la identidad personal en los siguientes términos: "28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales".
5. Puedo concluir además que el llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen

aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto.

6. Por mandato constitucional del derecho a la identidad personal, surge el derecho a la filiación. Al respecto, el artículo 24 del Código Civil manifiesta que: "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", siendo este último literal el que atañe al presente caso.
7. De esta manera hay que distinguir el derecho a la identidad en sí, que es el que no prescribe, por lo cual nunca se le podrá negar a una persona conocer quienes fueron sus progenitores y saber su auténtico origen, con un carácter fundamental de establecer la individualidad dentro de un conglomerado social y darle al individuo su verdadera identidad.

RECOMENDACIONES

1. En nuestro país existen tratados de Derechos Humanos, que se encuentran soberanamente ratificados por el Ecuador, y en el marco constitucional; por tanto resulta propicio el cumplimiento de las obligaciones en virtud del compromiso del Estado como tal hacia dichos tratados. En este sentido se debe adecuar el derecho interno a fin de hacer respetar y garantizar la eficacia y cumplimiento de lo comprometido en dichas normas internacionales.
2. La situación preocupante y económica en que se encuentran la mayoría de las personas que acceden a esta clase de procesos debería financiarse, principalmente el examen del ADN, el que permite realizar una identificación real de quien son los progenitores verdaderos, para alcanzar sin discriminación el acceso real y de esta manera hacer efectivo el acceso a una justicia oportuna, se debería crear un fondo rotatorio de cooperación internacional de ser posible, a fin de cubrir estos altos costos, que de alguna manera impiden que los usuarios puedan ejercitar este derecho a conocer su verdadera identidad.
3. Brindar capacitación a las personas naturales y personal administrativo de las Cortes Provinciales, a fin de que a través de estas capacitaciones, cursos talleres, se informe al personal y ciudadanía en general de la importancia de conocer su verdadera identidad y de los servicios que se ofrece a través de consultorios gratuitos, laboratorios, asesores, etc.
4. Crear un departamento con un especialista en las diferentes Judicaturas, que se encargue de la asesoría en estos temas, dicha asesoría conllevará la introducción en temas legales, sociales, económicos y de servicio que les permita de esta manera acceder a un proceso jurídico del conocimiento real de su verdadera identidad, naturalmente en caso de necesitarlo también darle apoyo psicológico, situación que es posible en las recientes creadas Unidades Judiciales que cuentan con personal idóneo para tales casos.

PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

Que el Art. 18. Del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, nos señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Que el Capítulo octavo Derechos de protección Art. 75, tipifica que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Que el Art. 19. Del Código Orgánico de la Función Judicial, señala que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo. Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Que el Art. 130.- señala las Facultades Jurisdiccionales de las Juezas y Jueces, indicando que se debe ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto entre ellos se debe deben: 1. Cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios; 2. Velar por una eficiente aplicación de los principios procesales; 3. Propender a la unificación del criterio judicial sobre un mismo punto de derecho; ...5. Velar por el pronto despacho de las causas de acuerdo con la ley; ...9. Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados; ...15. Ejercer las demás atribuciones establecidas por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las leyes y los reglamentos.

Que el Art. 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales; y que de esta manera los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía...

En uso de las atribuciones que le confiere en Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Art. 1. Cámbiese el Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que señalaba:

“Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

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

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso

seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.”

Por el siguiente:

“Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en la presente Ley.

Asimismo, el o la Juez (a) y la Corte Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en esta Ley al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y la Corte Constitucional declararán su continuación; en tal sentido no se suspenderá la causa y el Juez se pronunciará sobre lo principal, para lo luego remitir el proceso a la Corte Constitucional, quienes en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días ratificarán o rechazarán la constitucionalidad de la norma pronunciada por el inferior.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso”

DISPOSICIÓN FINAL.- Esta Reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los 04 días del mes de abril del 2013.

f) Presidente

f) Secretario

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ✓ ALBAN GOMEZ, Ernesto. (2005). Régimen Civil Ecuatoriano. Ediciones Legales. Quito Ecuador.
- ✓ BAYANCELA GONZÁLEZ, Francisco. (1999). Ciencia Civil. Ediciones de la Universidad Técnica Particular de Loja. Ciencias Jurídicas. Loja.
- ✓ CAMACHO, Carlos, (1978). Nociones de Ciencias Penales. Guayaquil – Ecuador. 1978.
- ✓ CUEVA TAMARIZ, Agustín. (1987) “Introducción a la Prueba de ADN. Fondo de la Cultura Ecuatoriana Volumen I.
- ✓ GAJARDO, Samuel. (2007). “Medicina Legal”. Quinta Edición. Editorial Nascimento Santiago de Chile.
- ✓ GOLDSTEIN, Raúl. (1983). “Diccionario de Derecho Civil. Segunda Edición. Buenos Aires – Argentina.
- ✓ GUZMÁN LARA Aníbal, (1987). “Diccionario Explicativo de Derecho Civil Ecuatoriano”, Tomo I.
- ✓ JAKOBS, Günther. (2008). La prueba de ADN Nuevo Concepto Universidad Autónoma de Madrid.
- ✓ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1990). “La identidad” Sexta edición. Ediciones Depalma Buenos Aires- Argentina.
- ✓ LABATUT GLENA, Gustavo. (1995). Derecho Civil. Tomo I. Novena Edición Actualizada por Julio Zenteno Vargas. Editorial Jurídica de Chile. Chile.

- ✓ MEZGER, Edmundo. (2004). "Derecho Civil". Valletta Ediciones, Tomo I y II. Florida, Buenos Aires – Argentina.
- ✓ MONTTOYA VIÑAMAGUA, Angel. (2000) Ciencia Civil. 2da. Edición Editora Pilar Campuzano Loaiza.
- ✓ PEREZ DUHARTE, Arlín. (2007). "Corrientes Criminológicas Contemporáneas". Loja- Ecuador.
- ✓ RAMOS TAPIA, Ma. Imaculada. (2007). Principios Constitucionales en la determinación legal de la identidad. Departamento de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa.. Universidad Nacional de Loja. Loja – Ecuador.
- ✓ RENGEL, Jorge H. (1994). "Criminología". Tomo I La Concepción Biológica del delito. Segunda Edición. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja.
- ✓ VACA ANDRADE, Ricardo. (2001). "Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador.
- ✓ VALLEJO RUILOBA, J. (1997). "Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría". Masson, S.A. 4ta. Edición. Barcelona - España.
- ✓ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1999). Tratado de Derecho Civil. EDIAR Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera. Buenos Aires – Argentina.
- ✓ ZAVALLONI, Roberto. (1976). La Prueba de Adn y su certeza- Edit., Marfil, España.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

LEPE G. (2010), *INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)*. Rev. derecho (Valdivia). [online]. jul. 2010, vol.23, no.1 [citado 29 Enero 2013], p.339-361. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-9502010000100016&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

ANEXOS

ENCUESTA DIRIGIDA A JUECES Y PROFESIONALES DEL DERECHO EN GENERAL

Objetivo: Conocer el marco Constitucional y normas secundarias que rigen al Derecho a la Identidad.

Instrucciones: Marque con una X la opción que se ajuste a la realidad consultada

1. ¿En el Ecuador todos los derechos y garantías previstos en la Constitución, se encuentran desarrollados en normativas secundarias?
SI
NO
2. ¿Identifica ud en cuál de estas normas se enfatiza la protección del derecho a la identidad:
a. Constitución de la República de Ecuador
b. Tratados Internacionales
c. Normas secundarias
d. Desconoce
3. ¿En el Ecuador el derecho a la Identidad por ser un derecho humano tiene todas las garantías y protección constitucional?
SI
NO
4. ¿El derecho a la identidad, como un Derecho de Protección Universal, está garantizado en Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador?
SI
NO
5. ¿El Ecuador a través de su Constitución garantiza el ejercicio efectivo del derecho a la Identidad?
SI
NO
6. ¿Cree usted, que se está cumpliendo con el propósito de brindar protección integral al niño en su derecho a la identidad?
SI
NO
7. ¿En el Ecuador por existir normas de carácter secundario, se torna jurídicamente imposible hacer efectivo algunos derechos como por ejemplo el de identidad, de manera directa e inmediata?
SI
NO

8. ¿Cree pertinente reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales en la parte que dice que el juez debe suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; permitiendo a los jueces la aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías jurisdiccionales conforme lo prevé la Constitución?

SI

NO

9. Que al reformar la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (Art. 142, inc2), y permitir a los jueces la aplicación directa e inmediata de la Constitución, así exista duda razonable ¿permitirá ejercer de mejor manera todos los derechos y garantías de las personas, especialmente el de identidad?

SI

NO