

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del Grado de
Abogada

TEMA

“La presunción legal de paternidad ante la omisión del uso de las biotecnologías en el
Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.”

AUTORA

Mayra Maribel Mayorga Sánchez

TUTOR

Dr. Juan Pablo Cabrera Vélez

GUARANDA – ECUADOR

2023

CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Integración Curricular, presentado por **Mayra Maribel Mayorga Sánchez**, para optar por el Grado de Abogada; cuyo título es: **“La presunción legal de paternidad ante la omisión del uso de las biotecnologías en el Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.”**, considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.



Juan Pablo Cabrera Vélez

TUTOR

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA

Yo, **Mayra Maribel Mayorga Sánchez**, portadora de la cédula No. 1805501358, por cuanto he culminado mis estudios de la malla respectiva de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro de forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación, con el tema **“La presunción legal de paternidad ante la omisión del uso de las biotecnologías en el Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.”**, ha sido realizado por mi persona con la dirección del tutor, **Juan Pablo Cabrera Vélez** docente de la carrera de Derecho, por tanto, es de mi autoría. En tal sentido, debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de este documento se han elaborado en base a la recopilación bibliográfica, tanto de libros, revistas, medios de comunicación, publicaciones y demás formas necesarias para la producción de esta investigación.



Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Autora





Notaría Tercera del Cantón Guaranda
Msc. Ab. Henry Rojas Narvaez
Notario



rio...

N° ESCRITURA: 20220201003P02902

DECLARACION JURAMENTADA

OTORGADA POR: MAYORGA SANCHEZ MAYRA MARIBEL

INDETERMINADA DI: 2 COPIAS H.R. Factura: 001-006-000005200

En la ciudad de Guaranda, capital de la provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día diecinueve de Diciembre del dos mil veintitrés, ante mi Abogado HENRY ROJAS NARVAEZ, Notario Público Tercero del Cantón Guaranda, comparece la señorita MAYORGA SANCHEZ MAYRA MARIBEL, estado civil, soltera de ocupación estudiante, domiciliada en el cantón Pelileo Provincia Tungurahua y de paso por este lugar, celular 0993755417, correo electrónico es mayramayorga031@gmail.com; por sus propios y personales derechos, obligarse a quien de conocerle doy fe en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación y con su autorización se ha procedido a verificar la información en el Sistema Nacional de Identificación Ciudadana; bien instruidas por mí el Notario con el objeto y resultado de esta escritura pública a la que procede libre y voluntariamente, advertidas de la gravedad del juramento y las penas de perjurio, me presenta su declaración Bajo Juramento declaran lo siguiente manifestó que el criterio e ideas emitidas en el presente trabajo de investigación, con tema **“LA PRESUNCIÓN LEGAL DE PATERNIDAD ANTE LA OMISIÓN DEL USO DE LAS BIOTECNOLOGÍAS EN EL DERECHO, EN EL CANTÓN GUARANDA, AÑO 2021.”**, es de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autora, Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad, la misma que la hago para los fines legales pertinentes. HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN JURADA. La misma que elevada a escritura pública con todo su valor legal. Para el otorgamiento de la presente escritura pública se observaron todos los preceptos legales del caso, leída que le fue a la compareciente por mí el Notario en unidad de acto, aquella se ratifica y firma conmigo de todo lo cual doy Fe.

MAYORGA SANCHEZ MAYRA MARIBEL

C.C. 1805501358

AB. HENRY ROJAS NARVAEZ

NOTARIO PUBLICO TERCERO DEL CANTON GUARANDA

EL NOTA....



INFORME DE URKUND**CERTIFICADO**

JUAN PABLO CABRERA VÉLEZ EN CALIDAD DE DOCENTE TUTOR DE LA UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR CERTIFICO QUE:

La egresada **Mayra Maribel Mayorga Sánchez** con el trabajo titulado: **“La presunción legal de paternidad ante la omisión del uso de las biotecnologías en el Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.”** ha enviado concluido el mentado trabajo por el “servicio de análisis documental de Turnitin 3% de similitud llegando dicho análisis al correo del compareciente en calidad de Docente - Tutor y orientador en el proceso, al tenor de lo prescrito por el reglamento correspondiente.

Particular que certifico para los fines reglamentarios correspondientes.

Guaranda, 30 de octubre del 2023



Juan Pablo Cabrera Vélez
Docente de la Carrera de Derecho

DERECHOS DE AUTOR

Yo; Mayra Maribel Mayorga Sánchez, portador de la Cédula de Identidad No 1805501358 en calidad de autor titular de los derechos morales y patrimoniales del Trabajo de Titulación: **“La presunción legal de paternidad ante la omisión del uso de las biotecnologías en el Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.”** Modalidad presencial, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, concedemos a favor de la Universidad Estatal de Bolívar, una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservamos a mi/nuestro favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo/autorizamos a la Universidad Estatal de Bolívar, para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Digital, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El (los) autor (es) declara (n) que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Autora

DEDICATORIA

A mis padres Rodrigo y Martha que han sabido formarme con buenos hábitos, valores y principios, lo cual me ayudado a seguir adelante en los momentos difíciles.

A mis abuelos Manuel y Wilma, a mi tío Carlos y a mi primo Andres, por estar siempre presentes, acompañándome, por su cariño y apoyo incondicional, que me brindaron a lo largo de esta etapa.

A mi pareja, esa persona quien estuvo apoyándome en cada decisión que tomara, esa persona que tuvo paciencia y entrega para conmigo incluso en los momentos más turbulentos, tu ayuda ha sido fundamental durante todo este proceso.

Finalmente a mi familia, amigos, compañeros y a cada persona que durante estos años estuvieron a mi lado apoyándome para que este sueño se haga realidad.

Mayra Maribel Mayorga Sánchez

AGRADECIMIENTO

Gracias a la Universidad Estatal de Bolívar por haberme permitido formarme en ella, gracias a cada docente que me brindo sus conocimientos e hizo parte de este proceso de formación.

Gracias a mis padres, quienes fueron promotores durante este proceso, gracias a Dios, que fue mi principal inspirador y motivador para continuar cada día en el transcurso para obtener uno de los anhelos más deseados.

Gracias a todas las personas que fueron participes de este proceso, fueron los responsables de realizar su pequeño aporte, que al día de hoy se ve reflejado con la culminación de mi paso por la universidad.

Mayra Maribel Mayorga Sánchez

ÍNDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN	II
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTORÍA.....	III
INFORME DE URKUND	V
DEDICATORIA	VI
AGRADECIMIENTO	VII
ÍNDICE GENERAL.....	VIII
Índice de tablas.....	XI
Índice de ilustraciones.....	XII
RESUMEN	XIII
INTRODUCCIÓN.....	XVI
CAPÍTULO I:	1
PROBLEMA.....	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.2. Formulación del problema.....	3
1.3. Hipótesis	3
1.4. Variables.....	3
1.4.1. Variable independiente	3
1.4.2. Variable dependiente	3
1.5. Objetivos.....	3
1.5.1 Objetivo General.....	3
1.5.2. Objetivos Específicos.....	3
1.6. Justificación.....	4
CAPÍTULO II	5

	X	
MARCO TEÓRICO.....		5
UNIDAD I.....		5
La presunción legal de paternidad.....		5
2.1.1 Los tipos de reconocimiento de hijo		5
2.1.3 Definición de la presunción legal de paternidad		7
2.1.2 Antecedentes históricos.....		8
2.1.4 Fundamentación en la Constitución de la República del Ecuador		10
2.1.5 Fundamentación en el Código Civil.....		12
2.1.6 Fundamentación en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles		14
2.2.1 Concepto de biotecnología.....		16
2.2.2 El examen de ADN		17
2.2.4 El método científico en el Derecho a la Identidad del Niño		20
UNIDAD III.....		22
Propuesta de reforma normativa		22
2.3.1 Reforma del Código Civil		22
2.3.3 Reforma de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.....		23
CAPÍTULO III:		25
METODOLOGÍA		25
3. Método de la investigación		25
Técnicas		26
Instrumento.....		26
Análisis de documentos		26
Guía de análisis de documentos.....		26
Encuestas		26

Guía de encuestas.....	26
<i>Criterio de inclusión y criterio de exclusión</i>	26
<i>Población y muestra</i>	27
CAPÍTULO IV	28
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.	28
4.1. Resultados.	28
4.1.1. Presentación de resultados	28
4.1.2 Beneficiarios	35
4.1.2.1. Beneficiarios directos.....	35
4.1.2.2. Beneficiarios indirectos	35
4.2. Discusión.....	35
CAPÍTULO V:	40
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	40
5.1. CONCLUSIONES.	40
5.2. RECOMENDACIONES.	41
BIBLIOGRAFÍA.	42
ANEXOS	45

Índice de tablas

Tabla 1	28
Tabla 2	29
Tabla 3	30
Tabla 4	31
Tabla 5	32
Tabla 6	33
Tabla 6	34

Índice de ilustraciones

Ilustración 1	28
Ilustración 2	29
Ilustración 3	30
Ilustración 4	31
Ilustración 5	32
Ilustración 6	33
Ilustración 6	34

RESUMEN

La investigación titulada: *“La presunción legal de paternidad ante la omisión del uso de las biotecnologías en el Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.”* Se enfoca en analizar las disposiciones normativas referentes a la presunción de la paternidad, entendida como el conjunto de normas que determina la relación paterno-filial del cónyuge de la madre, conforme lo estipula el Código Civil en su artículo 233. En esta forma, la investigación se plantea: determinar la aplicación normativa de la presunción legal de paternidad, como consecuencia de la desactualización del uso de las biotecnologías en el Derecho. Dado a que en términos generales se asume que el cónyuge de la madre debe ser el padre del hijo, por la fidelidad que se deben los cónyuges conforme lo determina el Código Civil en su artículo 136, no obstante, el hecho cierto es que la mujer casada puede concebir del cónyuge o de cualquier otro hombre y, además, puede suscitarse el caso de que los cónyuges se encuentren separados o en todo caso no mantengan relaciones sexuales. En tal situación, se estaría vulnerando la identidad del hijo debido a que no existe la constatación de la verdad biológica; es decir, el Derecho ecuatoriano se encuentra desactualizado en lo que respecta al uso de las biotecnologías, por esta razón, el motivo del trabajo investigativo se centra en conocer cómo la omisión de regulación del uso de las biotecnologías en el Derecho, incide en la paternidad. La metodología que se utilizó en el presente trabajo utiliza un enfoque cualitativo, con un alcance descriptivo orientado a conocer el contenido de la normativa. El método utilizado es el interpretativo a través de la técnica de revisión bibliográfica, por lo cual, será necesario utilizar la herramienta de la Guía de Análisis Documental; así también, será necesario contrastar el trabajo teórico mediante la validación por expertos, lo cual se realizará mediante el levantamiento de encuestas con la herramienta de Guía de encuestas. Finalmente, se arribó a las principales conclusiones y recomendaciones del trabajo investigativo.

Palabras clave: Verdad biológica, identidad, filiación, derecho a conocer el propio origen, relación paterno-filial.

ABSTRACT

The research entitled: "The legal presumption of paternity before the omission of the use of biotechnologies in the Law, in the canton Guaranda, year 2021". It focuses on analyzing the normative provisions concerning the presumption of paternity, understood as the set of rules that determines the paternal-filial relationship of the spouse of the mother, as stipulated in the Civil Code in Article 233. In this way, the research is proposed: to determine the normative application of the legal presumption of paternity, as a consequence of the outdated use of biotechnologies in the Law. Given that in general terms it is assumed that the spouse of the mother must be the father of the child, due to the fidelity that spouses owe each other as determined by article 136 of the Civil Code, however, the true fact is that a married woman can conceive from her spouse or from any other man and, in addition, the case may arise that the spouses are separated or in any case do not have sexual relations. In such a situation, the identity of the child would be violated because there is no contrast of the biological truth; in other words, the Ecuadorian Law is outdated with respect to the use of biotechnologies, for this reason, the reason for the research work is focused on knowing how the omission of regulation of the use of biotechnologies in the Law, affects paternity. The methodology used in this work uses a qualitative approach, with a descriptive scope oriented to know the content of the regulations. The method used is interpretative through the technique of bibliographic review, for which it will be necessary to use the Documentary Analysis Guide tool; it will also be necessary to contrast the theoretical work by means of validation by experts, which will be done by means of surveys with the Survey Guide tool. Finally, the main conclusions and recommendations of the research work were reached.

Key words: Biological truth, identity, filiation, right to know one's own origin, paternal-filial relationship.

INTRODUCCIÓN.

El matrimonio es comprendido en el derecho como el núcleo más pequeño de la sociedad, debido a que en su seno se habrán de criar los hijos que se espera sean los futuros ciudadanos, por tal situación, el Derecho la ennoblece atribuyéndole el carácter de una institución. Así se detalla en la Constitución de la República del Ecuador, artículo 67: “*Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.*” (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008)

Dentro de los deberes y derechos del matrimonio consta que los cónyuges se deben el socorro mutuo, lo cual es entendido en la doctrina como el deber de fidelidad, En este sentido se pronuncia el Código Civil, artículo 136: “*Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.*” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

Por tanto, la Derecho desde tiempos inmemoriales comprende que el matrimonio obedece al hecho natural de la procreación y que la familia es el ambiente idóneo para la crianza de los hijos, destacándose que la presunción de paternidad del hijo de la cónyuge es un principio que se ha mantenido intacto desde la época del Derecho Romano, bajo la premisa de: *pater is est*

Así lo dispone el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 233: “*El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). Esta*

presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

No obstante, en estricta biología la mujer puede concebir del cónyuge o de cualquier otro hombre, por lo cual, la presunción de paternidad del hijo del cónyuge, fue una práctica que debió utilizarse en el pasado a falta del medio científico que ofrece total precisión a la hora de determinar la paternidad de un hombre. Dicho en otras palabras, las presunciones de paternidad no son más que conjeturas que no prueban la paternidad de un hombre, fueron creadas en su momento a falta del examen de ADN que puede probar la paternidad o descartarla.

No obstante, el examen de ADN no es utilizado como un mecanismo regular para que se produzca el reconocimiento del hijo, que en el caso de la presunción de paternidad del cónyuge ni siquiera debe ser prestado, porque es suficiente que la mujer casada se presente sola al Registro Civil para establecer la relación paterno-materno-filial.

Tal como lo establece la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en su artículo 35: *“Prueba de filiación. La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos.”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

No obstante, se verifica que el derecho de la identidad de los niños y niñas, podría no estar siendo adecuadamente tutelado, esto a pesar de su derecho a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, tal como lo determina la Constitución de la República del Ecuador, artículo 45, Párrafo Segundo: *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica... a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria...”* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008)

Se adiciona que, de producirse un error en la identidad del menor, por no haber verificado la verdad biológica, además de vulnerarse el derecho constitucional de la identidad,

se podría verificar también la vulneración de los derechos y obligaciones provenientes de la patria potestad; es decir, podría generarse una doble vulneración de derechos

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 105: “*Concepto y contenidos.*
- *La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.*” (Congreso Nacional del Ecuador, 2003)

CAPÍTULO I:

PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

La presunción de paternidad fue en el pasado la herramienta utilizada para determinar la filiación de una criatura nacida en un matrimonio, dado a que, las costumbres hacían impensable que una mujer pueda concebir de un hombre diferente del marido, se esperaba que los hijo e hijas del matrimonio tengan como progenitores a los cónyuges.

“Esta práctica no crea mayor problema en la determinación de la filiación puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a la descendencia en base a la presunción pater est y a la determinación de la maternidad por el parto. Cuando el semen proviene del marido, la realidad biológica del niño coincide con el presupuesto legal que origina la presunción de paternidad.” (Varsi Rospigliosi, 2017, p.16)

Adicionalmente, en el pasado se desconocían las biotecnologías tan presentes en la actual vida cotidiana, en donde puede existir la certeza de la paternidad mediante la práctica del examen de ADN que, ofrece una confiabilidad del 99.99% de resultado. Por ende, era necesario establecer las presunciones como un tipo de parámetro para ofrecer algún tipo de coherencia al reconocimiento del hijo.

No obstante, en la actualidad la práctica del examen de ADN es un procedimiento regular en los procedimientos de reconocimiento judicial; esto es, cuando el presunto padre no desea prestar el reconocimiento del hijo voluntariamente o cuando el cónyuge se presenta para impugnar su paternidad, dado a que la mujer casada lo ha producido.

Tal como lo señala el Código Civil, en su artículo 233: *“El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). Esta*

presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

Consecuentemente, queda claro que la ley avala al hombre casado a impugnar su paternidad, dado a que existen diversas situaciones que pueden volver insostenible al argumento de la presunción de su paternidad, como es el caso de no haber mantenido relaciones sexuales con la cónyuge, o posiblemente el hecho de que ya no habitan el mismo hogar o que se encuentran separados, sin haber realizado el divorcio. Con lo cual, se evidencia que no podría ser el padre.

Así también, la norma permite la impugnación de la paternidad en varios casos, con lo cual, se evidencia la concurrencia de situaciones que son reales en la sociedad, esto es, que los niños y niñas son reconocidos como hijos de terceros, debido a que no existe el requisito de contrastar la verdad biológica previo al reconocimiento voluntario del hijo.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 250: “La impugnación del reconocimiento de paternidad podrá ser ejercida por: 1. El hijo. 2. Cualquier persona que pueda tener interés en ello. El reconociente podrá impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad para demostrar que al momento de otorgarlo no se verificó la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez. La ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento en que no se discute la verdad biológica.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2003)

Por ende, la ley permite que se puede impugnar la paternidad cuando el reconocimiento se haya producido contrariando la verdad biológica. No obstante, lo correcto sería verificar la paternidad o el vínculo consanguíneo previo al reconocimiento del hijo, a fin e asegurar su identidad y demás derechos que provienen de la patria potestad.

Sobre la base de estas consideraciones, se plantea el presente problema de investigación:

1.2. Formulación del problema

¿Cómo la omisión de regulación del uso de las biotecnologías en el Derecho, incide en la paternidad, en el cantón Guaranda, año 2021?

1.3. Hipótesis

Hipótesis investigativa

La desactualización del uso de las biotecnologías en el Derecho, ocasiona que la presunción legal de paternidad pueda vulnerar la identidad de los niños.

1.4. Variables

1.4.1. Variable independiente

La presunción legal de paternidad

1.4.2. Variable dependiente

El uso de las biotecnologías en el Derecho

1.5. Objetivos

1.5.1 Objetivo General.

Determinar la aplicación normativa de la presunción legal de paternidad, como consecuencia de la desactualización del uso de las biotecnologías en el Derecho, en el cantón Guaranda, año 2021.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Comprender por qué el derecho continúa utilizando la presunción legal de paternidad.
- Analizar el posible uso de las biotecnologías en el Derecho.
- Conocer cuales derechos se vulnera por evento de la desactualización

1.6. Justificación

La presente investigación se justifica por estar orientada sobre los derechos de la niñez y adolescencia, que forman parte de los grupos de atención prioritaria, por tanto, se destaca la especial gravedad de su vulneración y en el presente caso su doble vulneración. Esto se produciría porque al no garantizarse la identidad esta podría ser vulnerada, mediante una presunción de paternidad del cónyuge, en lugar de contrastar la edad biológica. Y, por otra parte, está el hecho de que si se vulnera la identidad también se vulneran los derechos y obligaciones que provienen de la patria potestad, porque quien la ejerce sería un tercero.

En cuanto a la importancia, se destaca el rol de la familia como ambiente idóneo para la crianza de los hijos, ya que es el lugar en donde reciben lo necesario para su desarrollo y formación. Por tanto, la presente investigación va a beneficiar a la familia en términos generales.

CAPÍTULO II:

MARCO TEÓRICO

UNIDAD I

La presunción legal de paternidad

2.1.1 Los tipos de reconocimiento de hijo

En el Derecho existen dos formas para determinar el reconocimiento de los hijos; por una parte, se encuentra el reconocimiento voluntario de hijos que, se refiere a la posibilidad de que un hombre reconozca a un niño como suyo, ante el funcionario de Registro Civil, para lo cual, no necesita absolutamente nada, simplemente se toma su palabra como cierta y se procede al reconocimiento que, generalmente se hace al momento de inscribir el nacimiento de la criatura.

La mujer en su caso, no practica el reconocimiento de hijo o hija de la misma forma, de hecho, para hacerlo la mujer debe ofrecer prueba del derecho; es decir, que únicamente mediante el parto queda instrumentalizada la maternidad, a través del Certificado Estadístico de Nacido Vivo, que es un documento en donde el Centro de Salud o Médico registra los datos de la mujer y del recién nacido, como mejor constancia del alumbramiento. *“...se emitirá el certificado de “nacido vivo”, aun cuando minutos u horas después haya que emitir un certificado de defunción para el mismo individuo; de esta manera, sin importar la edad gestacional, si se nace vivo se obtiene el estatus de “persona” ante la ley.”* (Olaya, Hernández, Rosero, Mendoza, & Martínez, 2011, p.245)

En esta forma, bien se puede argumentar que el reconocimiento voluntario de hijos se practica sin justificar ningún tipo de prueba en el caso del hombre bastando con su palabra y en el caso de la mujer, se practica mediante la prueba del parto debidamente instrumentalizado en el Certificado Estadístico de Nacido Vivo.

“...el reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral. Esto implica que el acto en sí, destinado a emplazar al hijo, depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o la aceptación del hijo, pero no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo a ser reconocido por su progenitor; tan es así, que ante la falta del acto jurídico del reconocimiento, el hijo cuenta con acciones para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde” (Méndez & D’ Antonio, 2001, p.75)

Por otra parte, se encuentra el reconocimiento judicial o forzoso, que se practica ante la negativa del presunto padre de reconocer a su hijo o hija, se plantea mediante demanda propuesta por el representante del menor que generalmente es la madre, teniendo siempre presente que su reconocimiento ha quedado ya establecido mediante el Certificado Estadístico de Nacido Vivo que, es enviado al Registro Civil por el Centro de Salud o el Médico que atendió el parto, o incluso la madre.

El reconocimiento judicial o forzoso debe ser declarado por el administrador de justicia, indicando categóricamente la filiación, para ello es necesario que esta sea probada mediante la realización del examen de ADN que, que prueba si el hombre demandado es el padre de la criatura, ofreciendo de tal forma total veracidad.

“La ley, regula un proceso judicial, meramente probatorio, lo que constituya la prueba de ADN, es la evidencia biológica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el realizarse esta prueba el efectuarse la mencionada prueba u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.” (Flores, 2015, p.6)

Como puede apreciarse, solamente el reconocimiento judicial o forzoso brinda total garantía de la filiación; en tanto, que el reconocimiento voluntario de hijo no plantea ningún tipo de verificación, por lo cual, cualquier hombre puede reconocer a un niño como su hijo, aun cuando no exista concordancia con el dato biológico. En este mismo orden de ideas, se

plantea el caso de las presunciones legales como una extensión del reconocimiento voluntario de hijos, pues prevén alcanzar la filiación sin ningún tipo de fundamento científico, sino que simplemente posee un contexto legal.

2.1.3 Definición de la presunción legal de paternidad

Como se ha explicado, el reconocimiento voluntario de hijos no ofrece ningún tipo de fiabilidad en cuanto a garantizar la filiación o lo que es lo mismo garantizar la identidad del menor, sencillamente el Derecho confía en la palabra de quien dice ser el padre de la criatura, esto a pesar de que, lo jurídico podría utilizar el medio científico del examen de ADN, que ofrece certeza.

“Concurriendo en el aspecto propuesto, el derecho de filiación extramatrimonial, recae sobre la base del reconocimiento del vínculo que existe (biológico) y el que debe existir (legal) entre los padres del menor y este último. Según la Convención de los Derechos del niño, toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria (conocer a sus padres, corresponder y; saberse correspondido a la identidad del vínculo con sus familiares).” (Flores, 2015, p.6)

Dentro del mismo contexto, se presentan las presunciones legales para establecer la paternidad, incluso prescindiendo de la palabra del hombre que, es el único requisito previsto en la norma para fijar la paternidad. Dicho de otro modo, mediante el uso de las presunciones legales un hombre puede reconocer la paternidad de una criatura, aunque este no sea su deseo.

En tal cuestión, las presunciones legales son un conjunto de normas que establecen las condiciones para que la paternidad sea fijada, las cuales derivan del deber de convivencia y habitación que se deben los cónyuges o los convivientes, haciendo suponer que si la mujer tiene un hijo lo más probable es que el padre de la criatura sea el cónyuge o conviviente.

“La presunción de paternidad protege a los hijos matrimoniales por el solo hecho de estar sus padres casados, desde el momento en que contraen matrimonio. En contraste, tal

presunción solo cobija a una parte de los hijos extramatrimoniales, a aquellos que sin haber sido reconocidos por el padre provengan de una familia de compañeros permanentes durante el interregno delimitado por la ley. Al hijo no reconocido por el padre que se encuentre por fuera del intervalo legal es menester que este lo reconozca como tal para poder obtener su estado civil de hijo; si se niega a reconocerlo es preciso que presente demanda de investigación de paternidad.” (Garrido, 2012, p.128)

Entonces, bien puede argumentarse que las presunciones legales de paternidad tienen dos orientaciones, por una parte, brindar cierta seguridad al menor proveniente de un matrimonio, a fin de que el registro de su nacimiento lleve el reconocimiento de ambos cónyuges, aunque se insiste que esto no ofrece ningún tipo de certeza de que el marido sea el progenitor del niño. Y, por otra parte, está la presunción legal de los convivientes en unión de hecho, que por mandato de ley esta unión posee las mismas características que el matrimonio, haciéndose extensiva la explicación de líneas anteriores.

2.1.2 Antecedentes históricos

Los antecedentes históricos que dieron inicio a las presunciones legales de paternidad se desprenden del hecho de que en el pasado no existía el método científico que, hace posible la comprobación brindando certeza de la paternidad. En el pasado, el Derecho debió recurrir a ciertos razonamientos que se basaban en la lógica para buscar normar los comportamientos humanos.

En realidad, es muy difícil establecer el lugar exacto en donde aparecieron las presunciones legales de paternidad, no obstante, queda claro que únicamente el Derecho Romano pudo establecer en términos más o menos actuales los parámetros de las presunciones legales de paternidad, pero dichas presunciones aplicaron únicamente a la figura del matrimonio.

“Comenzamos por el término mater, que en las fuentes jurídicas romanas equivale a madre biológica⁵, no importando que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental, si no lo hay, para determinar el status jurídico del recién nacido⁶, ya que se entiende que ésta semper certa est. Continuamos con el pater, quien por el contrario, solo es cierto, en principio, en el caso de que exista matrimonio; y esta idea, que parece extenderse y consolidarse en el pensamiento de la jurisprudencia romana. (Marín, 2021, p.310)

Posteriormente, el Código Civil Francés también llamado Código Napoleónico, elaboró una mejor formulación de la presunción legal de paternidad, aunque cabe decir que, la filiación de los convivientes en unión de hecho tuvo un trato jurídico diferente, a los hijos provenientes de estas uniones se les conocía como hijos ilegítimos a los cuales la norma de aquella época trataba con extrema dureza. A pesar de que, sus padres reconocieran a sus hijos, estos no alcanzaban a tener los mismos derechos que aquellos concebidos dentro de matrimonio.

“Según LEFEBVRE, van a ser los canonistas los que consolidan la posición de la esta regla como expresión de una presunción que incluso va a ser calificada por Inocencio IV de notoria. En definitiva, el nacimiento de la presunción fue fruto, según dicha autora, de la colaboración estrecha entre canonistas y civilistas, y tuvo su punto culminante, en Francia, con la publicación del Código Civil.” (Duplá, 2019, p.295)

Únicamente con la aparición del examen de ADN en el año de 1985, fue posible que el método científico brinde un resultado exacto a las posibles dudas con respecto a la paternidad. Vale la pena destacar que, el primer uso jurídico que se le dio al examen de ADN fue en el año 1987, en un Tribunal de Florida Estados Unidos de América, en donde se probó la culpabilidad. No obstante, queda claro que el uso de la biotecnología en el Derecho posee múltiples usos como es el caso de determinar la paternidad, lo cual, debería derogar el uso de las presunciones legales de paternidad.

“La paternidad, fruto de los escasos avances de la Biomedicina en este campo, está bañada de un carácter incierto, atemperado, desde un punto de vista legal, por la comentada presunción de paternidad por matrimonio. Hoy en día las cosas han cambiado, y los avances en las ciencias vinculados con las nuevas técnicas de investigación del ADN permiten otorgar, en los casos de duda, una certeza evidente a la paternidad, sin duda alguna más precisa y segura.” (Duplá, 2019, p.324)

2.1.4 Fundamentación en la Constitución de la República del Ecuador

Para poder iniciar con el estudio normativo ecuatoriano que establece la fundamentación de las presunciones legales de paternidad, debe analizarse primeramente el contexto constitucional, puesto que, a pesar de no precisar estos términos de manera categórica, trata el tema de la filiación como una parte de la institución familiar.

Artículo 67: *“Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.”* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008)

En primer lugar, la Constitución de la República del Ecuador reconoce a la familia como el “núcleo más pequeño de la sociedad”, haciendo referencia a su tarea de crianza de los hijos, quienes se esperan sean los ciudadanos del mañana. Adicionalmente, debe indicarse que el texto constitucional reconoce los diversos tipos de familia, por lo cual, se constata que el entendimiento de familia que siempre ha existido, cambió dramáticamente.

La familia nuclear compuesta por padre, madre e hijos, ya no es necesariamente una regla en cuanto a un modelo de familia, el texto constitucional dice reconocer a otras clases de familia que, puedan producirse en la dialéctica social, lo cual, da paso a los diversos tipos de

familia, entre los cuales se destaca un concepto determinado en la doctrina como “familias reconstituidas” “...en las familias reconstituidas tenemos también dos adultos, y al menos un hijo procreado por uno sólo de los adultos, o bien varios hijos procreados por los dos adultos, pero con otros adultos que no coinciden.” (Pereira, 2002, p.5)

Es decir que, habiendo pasado el concepto de la familia tradicional, a un concepto que integra sujetos ajenos a la familia original, subsiste la posibilidad de que la mujer casada o conviviente conciba un hijo de otro hombre. O, podría darse el caso de que, las mujeres que estaban casadas o conviviendo, hayan concebido un hijo de su anterior pareja, pero que, en la actualidad se hallen en una relación con un hombre diferente.

Ante estas eventualidades que se ajustan más a la realidad social, el marco constitucional ecuatoriano ha previsto reconocer a los diversos tipos de familia, lo cual lamentablemente incluye a los hijos e hijas que se ven sumidos o condicionados, a las relaciones sentimentales de sus madres. Lo cual se puede apreciar perfectamente en el siguiente artículo.

Artículo 69: “*Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.*” (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008)

El citado artículo posee un contexto importante en cuanto al presente tema de investigación, ya que, adecua la garantía constitucional de los diversos tipos de familia, a la posibilidad de que estas -entre ellas la reconstituida-, puedan reconocer hijos e hijas, sin que se exija ningún tipo de declaración sobre la calidad de la filiación.

En este punto debe realizarse una precisión categórica, la investigación está en contra del criterio sostenido por la Carta Magna, bajo el argumento de que la identidad del niño,

debería basarse en la verdad a que tiene derecho y en la defensa de los varios elementos de su identidad como: el derecho a conocer el propio origen y la dimensión estática de la identidad

2.1.5 Fundamentación en el Código Civil

En cuanto al Código Civil, debe argumentarse que esta es la normativa que plantea las presunciones legales de paternidad como parte del reconocimiento voluntario de hijos e incluso como parte de la institución del matrimonio. No obstante, para darle un contexto general al tema sujeto a investigación, debe examinarse lo que el texto determina como una presunción.

Artículo 32: *“Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”* (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

Como puede apreciarse de la normativa, la presunción es una causa efecto que se deriva de una circunstancia que, en el presente caso es el matrimonio o convivencia, en donde se espera que el deber de convivencia de lugar a la procreación de un nuevo ser. No obstante, como indica el citado artículo la presunción solamente puede ser tal cuando esta específicamente determinada por la ley, que para el caso son las presunciones legales de paternidad.

Artículo 233: *“(Sustituido por el Art. 26 de la Ley s/n, R.O. 526•2S, 19•VI•2015).• El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad*

mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

La primera presunción legal de paternidad se produce por determinación legal, cuando el hijo o hija nace 180 días después del matrimonio, lo cual hace suponer que este es el caso del hombre que muere antes de que el hijo nazca; así como también, el caso del hombre que se divorcia o separa de su pareja y posteriormente nace una criatura.

Artículo 246: *“(Sustituido por el Art. 30 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015).- También se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio, aunque no hayan transcurrido los ciento ochenta días a que se refiere el artículo 233. El marido podrá reclamar contra la presunción de paternidad, mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) practicados por laboratorios especializados públicos o privados, que cuenten con peritos calificados por el Consejo de la Judicatura. En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento de la entidad pública rectora en salud.”* (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

La segunda presunción legal de paternidad se produce por el deber de convivencia que poseen los cónyuges, lo cual hace suponer que en todo caso el marido de la madre debe ser el padre de la criatura; por tanto, se asume su paternidad.

En cualquiera de las 2 presunciones legales de paternidad, subsiste el problema de que no prueban absolutamente nada, simplemente asumen que el hijo podría ser del marido de la madre, como desconociendo el hecho biológico que la mujer podría concebir del marido o de cualquier otro hombre. Incluso se podría argumentar que existen matrimonios que no han llegado al divorcio, pero que han dejado de convivir y poseen nuevas parejas. En estas

consideraciones, la normativa es imprecisa y rehúsa utilizar el método científico que, ofrece total certeza.

2.1.6 Fundamentación en la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos

Civiles

Debido a que el Código Civil es norma supletoria del resto de leyes de la materia, al referir una de sus figuras las demás normas deben regirse a sus disposiciones, es en esta forma que, como se aprecia en el siguiente artículo, la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, simplemente se reduce a aplicar lo previsto en las presunciones legales de paternidad.

Artículo 48: *“Regla general. El reconocimiento del hijo puede efectuarse por una de las formas determinadas en el Código Civil o mediante declaración del padre o la madre biológicos en cualquier tiempo ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de conformidad al procedimiento que se establezca en el Reglamento de la presente Ley. Si con posterioridad a la inscripción, el padre o la madre realizan este reconocimiento, este se registrará en la respectiva partida, con notificación previa y aceptación del reconocimiento por parte del o la representante legal a cuyo cuidado se encuentre la persona menor de edad o incapaz y de la propia persona que sea reconocida en caso de ser mayor de edad y con capacidad legal, de acuerdo con las reglas descritas para el orden de los apellidos establecidas en esta Ley y al trámite administrativo correspondiente que se determine para el efecto. El reconocimiento podrá ser impugnado y se estará a lo dispuesto en el Código Civil. En el caso que exista unión de hecho el Reglamento a esta ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento.”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

Sin embargo, el siguiente artículo si aporta algo diferente y es que la madre puede solicitar el reconocimiento del padre ante el Registro Civil, cuando se cumple una de las

presunciones legales de paternidad; por tanto, sin importar lo que diga el hombre o incluso si no está de acuerdo con el reconocimiento del hijo, el acto se produce de cualquier forma.

Artículo 35: *“Prueba de filiación. La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos. En caso de fallecimiento de la madre en el momento del parto, la filiación materna en la inscripción de nacimiento de su hija o hijo se probará mediante la presentación del Certificado Estadístico de Nacido Vivo y la historia clínica o su epicrisis debidamente legalizada.”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

UNIDAD II

Uso de las biotecnologías en el Derecho

2.2.1 Concepto de biotecnología

Para iniciar el estudio del Segundo Capítulo referente al uso de las biotecnologías en el Derecho, es necesario que primero se viertan algunos conceptos sobre el tema de las biotecnologías, iniciando por el su concepto y el impacto que, ha tenido su uso frente al ser humano, así como también, las resistencias que se ha generado para su aplicación.

“La intervención biotecnológica es un proceso difícil de ubicar usando los clásicos modelos mecanicistas y orgánicos por donde la ciencia y la tecnología han transitado antes y después de la revolución científica y la revolución industrial (Shapin, 1996). Porque, aunque la biotecnología es una tecnología –prácticas herramientas–, los alcances de sus implementaciones han empezado a constituir –junto con la nanotecnología– un nuevo paradigma de pensamiento sobre las intervenciones en el cuerpo, a escalas infinitamente pequeñas y utilizando las hibridaciones máquina-órgano; lo que se podría interpretar como una nueva forma de apropiarse de la naturaleza. Es decir, que transitamos hacia un nuevo paradigma científico.” (Amador, 2010, p.205)

Como puede apreciarse las biotecnologías son en esencia una intervención de la ciencia en el cuerpo humano, por lo cual, recibe el denominativo de tecnología, se trata de procedimientos científicos practicados sobre el organismo, para implementar cambios o adquirir información necesaria para los fines de la investigación. A pesar de que, estas prácticas científicas puedan resultar benéficas para el ser humano, la sociedad se resiste a utilizarlas por considerarlas invasivas

Esta realidad se aplica también a las Ciencias Sociales, en donde podrían utilizarse para ofrecer seguridad sobre ciertos hechos que, en este caso el Derecho no puede verificar por sí

mismo; por tanto, lo simple sería recurrir al uso de las biotecnologías en el Derecho, lamentablemente esto no ha ocurrido a pesar de que, muchas biotecnologías son relativamente accesibles.

Como se ha insistido a lo largo del trabajo, el Derecho no ha empleado el Método Científico en el reconocimiento voluntario de hijos, resistiéndose a actualizar la normativa y en su defecto, ha mantenido las mismas teorías desde el Derecho Romano hasta la actualidad. Por tanto, las presunciones legales de paternidad son una teoría -a falta del medio científico- sobre la cual se atribuye la paternidad, destacando la inexactitud que supone determinar algo de esta manera.

Esta práctica del derecho se vuelve mucho más irresponsable en las veces que, en la actualidad las biotecnologías pueden establecer datos como la paternidad con total certeza, ofreciendo seguridad en el acto del reconocimiento de hijos, tanto para el padre quién se obliga a los deberes derivados de la patria potestad; así como también, para el hijo en garantía de su identidad.

“Las actuaciones biotecnológicas, bio-científicas y psico-médicas sobre las personas han atraído en este último tiempo el interés de los juristas y legisladores, y no son pocos los ámbitos académicos y profesionales que han organizado Comisiones de Bioética ad-hoc para realizar evaluaciones interdisciplinarias.” (Mafozzo, 1996, p.14)

2.2.2 El examen de ADN

El uso del examen de ADN inicia en el año de 1985, exclusivamente como una biotecnología que tenía infinitas aplicaciones, dentro de ellas se utilizó en el Derecho por primera vez en el año 1987, en un Tribunal de Florida en los Estados Unidos de América, en donde sirvió para probar la culpabilidad de un acusado de delitos sexuales. Sin embargo, es

evidente que las aplicaciones del examen de ADN poseen muy diversa índole, entre esta se puede citar para probar o descartar la paternidad.

Como se ha indicado en líneas anteriores, el reconocimiento voluntario de hijo no requiere ningún tipo de prueba para constituirse, simplemente un hombre indica creer ser el padre de una criatura y el acto jurídico queda constituido o, como se ha podido apreciar dentro del presente trabajo investigativo, en el caso de las presunciones legales ni siquiera se requiere del reconocimiento paterno, este simplemente procede a través de la madre, aunque el hombre no desee prestarlo.

Todo lo cual conlleva a cuestionarse si el Derecho ecuatoriano comete un evidente error al dar tal discrecionalidad que podría vulnerar el derecho a la identidad de los niños y niñas. Mucho más irresponsable resulta esta conducta en las veces que, la biotecnología del examen de ADN es un medio plenamente viable para probar o descartar la paternidad, garantizando de esta forma la identidad del niño. No obstante, el texto constitucional es claro al determinar que no se debe declarar sobre la calidad de la filiación, lo que implica que este requisito de hecho no debe solicitarse.

Así lo dispone la Constitución de la República del Ecuador, dentro de su artículo 69: *“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.”* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008)

Entonces, a pesar de que la biotecnología del examen de ADN existe y podría ser utilizada en aplicación del Derecho para probar o descartar la paternidad en el reconocimiento de hijo, la disposición constitucional restringe o descalifica el medio científico. Vale indicar que, la utilización del examen de ADN solamente se permite en el reconocimiento judicial o

forzoso, destacando que la norma que lo regula especifica que este es el único medio válido para probar la paternidad.

Conforme lo dispone el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia en su artículo Innumerado 10: *“Obligación del presunto progenitor. El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas: a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda. b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda. c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita. Se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o pariente consanguíneo obligado a sufragar los gastos que demande el examen de ADN, así como las costas procesales y los gastos del estudio social, cuando del estudio de la oficina técnica se probare dicho particular y de conformidad con la prueba que se actúe en la audiencia respectiva. 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 parento filial.”* (Congreso Nacional del Ecuador 2003)

2.2.4 El método científico en el Derecho a la Identidad del Niño

Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 44, determina que: *“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. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”* (Asamblea Nacional de Montecristi, 2008)

Consiguientemente el Estado ecuatoriano tiene la obligación de garantizar el derecho a la identidad del niño que, inicia a través de las relaciones familiares y que, por ella, crea derechos de niñez y adolescencia, que se vuelven exigibles a los obligados principales que son sus padres y subsidiariamente al resto de la familia ampliada. Por tal razón la identidad del niño se denomina como Identidad Filiatoria.

Por ello, debe salvaguardarse el derecho a la identidad del niño, lo que únicamente puede hacerse mediante el empleo del examen de ADN para verificar la paternidad y garantizar que la identidad del niño se está constituyendo con base en la verdad biológica, y no mediante el uso de simples presunciones legales de paternidad que pueden llegar a coincidir con la realidad biológica o no.

“El derecho a la identidad es el tiene más estrecha relación con el derecho a la vida, porque al comenzar a ser, se tiene el derecho de ser reconocido como tal. ¿Cómo se puede violar el derecho a la identidad de un niño? Cambiándole el nombre, la edad o la familia de pertenencia. Obligándole a vivir una vida que no le pertenece y privándole de vivir su propia

vida. Negándole el derecho de conocer su propia historia y su linaje. Condenándole a perder su destino y desgajando su aporte del proyecto de construcción de la humanidad.” (Mafozzo, 1996, p.14)

UNIDAD III

Propuesta de reforma normativa

2.3.1 Reforma del Código Civil

Debido a que ninguna de las 2 presunciones legales de paternidad, ofrece ningún tipo de fiabilidad respecto de la paternidad y de este modo la identidad del menor, es evidente que los textos de los artículos 233 y 246 deberían reformarse, a fin de dar a conocer la posición del presente trabajo de investigación se realizará una propuesta de reforma de ley, únicamente con el fin de dar a conocer el sentido en el que el derecho podría garantizar la filiación.

Actual, Código Civil artículo 233:

“(Sustituido por el Art. 26 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015).- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

Propuesta de reforma, Código Civil artículo 233: “La paternidad del cónyuge o conviviente se probará mediante la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).”

Actual, Código Civil artículo 246:

“(Sustituido por el Art. 30 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015).- También se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio, aunque no hayan transcurrido los ciento ochenta días a que se refiere el artículo 233. El marido podrá reclamar contra la presunción

de paternidad, mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) practicados por laboratorios especializados públicos o privados, que cuenten con peritos calificados por el Consejo de la Judicatura. En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento de la entidad pública rectora en salud.” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005)

Propuesta de reforma, Código Civil artículo 233: “La paternidad del cónyuge o conviviente se probará mediante la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).”

2.3.3 Reforma de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

De producirse la reforma propuesta en los artículos 233 y 246 del Código Civil, la primera parte del artículo citado en el siguiente párrafo no tendría la necesidad de reformarse, ya que su texto indica que la normativa se regirá a lo dispuesto en el Código Civil, consiguientemente, el problema que ocasionan las presunciones legales de paternidad quedaría solucionado.

Artículo 48: *“Regla general. El reconocimiento del hijo puede efectuarse por una de las formas determinadas en el Código Civil o mediante declaración del padre o la madre biológicos en cualquier tiempo ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación de conformidad al procedimiento que se establezca en el Reglamento de la presente Ley. Si con posterioridad a la inscripción, el padre o la madre realizan este reconocimiento, este se registrará en la respectiva partida, con notificación previa y aceptación del reconocimiento por parte del o la representante legal a cuyo cuidado se encuentre la persona menor de edad o incapaz y de la propia persona que sea reconocida en caso de ser mayor de edad y con capacidad legal, de acuerdo con las reglas descritas para el*

orden de los apellidos establecidas en esta Ley y al trámite administrativo correspondiente que se determine para el efecto. El reconocimiento podrá ser impugnado y se estará a lo dispuesto en el Código Civil. En el caso que exista unión de hecho el Reglamento a esta ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

No obstante, el siguiente artículo sí debería ser reformado a fin de que la denominada “Prueba de filiación”, sea en efecto un medio probatorio válido que fundamente el acto de reconocimiento de hijo en el examen de ADN y no como se plantea actualmente, facultando a la madre para solicitar el reconocimiento de su hijo aún en contra de la voluntad del padre, ya que como se aprecia del texto, no se requiere de la presencia del hombre para generar el acto.

Actual, Código Civil artículo 35:

“Prueba de filiación. La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos. En caso de fallecimiento de la madre en el momento del parto, la filiación materna en la inscripción de nacimiento de su hija o hijo se probará mediante la presentación del Certificado Estadístico de Nacido Vivo y la historia clínica o su epicrisis debidamente legalizada.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2016)

Propuesta de reforma, Código Civil artículo 35: “Prueba de filiación. La filiación se probará mediante la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). En caso de fallecimiento de la madre en el momento del parto, la filiación materna en la inscripción de nacimiento de su hija o hijo se probará mediante la presentación del Certificado Estadístico de Nacido Vivo y la historia clínica o su epicrisis debidamente legalizada.”

CAPÍTULO III:

METODOLOGÍA

3. Método de la investigación

A fin de alcanzar los objetivos planteados dentro de la presente investigación el método a utilizarse es: interpretativo (interpretación literal, sistemática, tecnológica e histórica), el enfoque de la investigación es cualitativo, pero también será necesario utilizar el enfoque cuantitativo para procesar los datos obtenidos en las encuestas. En estas razones la Técnica a ser utilizada en la parte teórica del trabajo será la revisión bibliográfica, para lo cual se empleará la Técnica de la Guía de Análisis Documental. En tanto que, para el levantamiento de la información se utilizará la Técnica de la Encuesta y se utilizará la herramienta de la Guía de Encuesta.

Método

En este estudio, se emplean métodos de inducción, análisis e interpretación, incluyendo la interpretación literal, sistemática, técnica e histórica, con el fin de alcanzar los objetivos establecidos. Y, por último, responderemos la pregunta de la hipótesis.

Método interpretativo:

Interpretación Literal. Se analizará la interpretación general de documentos legales (Constitución, leyes, decretos, mandatos, códigos, resoluciones, etc.) desde un enfoque literal.

Interpretación sistemática. Se analizará el texto de dichos documentos en el contexto jurídico completo, por lo que, se contrastará la norma de derecho positivo con la doctrina y jurisprudencia.

Interpretación histórica. Se estudiará el origen, desarrollo y contexto histórico de cada documento jurídico sobre la presunción de paternidad del cónyuge.

Enfoque Cualitativo. - La investigación utilizará un enfoque cualitativo apropiado para el tema de las ciencias sociales y empleará la recolección de datos. Esto también facilitará la revisión progresiva de las etapas iniciales, lo que hará que la investigación sea flexible y realizable. Este enfoque está basado en una perspectiva interpretativa que coincide con el método interpretativo de investigación y con las Técnicas a ser utilizadas.

Tipo de investigación

La presente investigación es documental, bibliográfica, descriptiva y básica.

- **Documental - Bibliográfico.** - La investigación se basará en la consulta de fuentes bibliográficas como libros, códigos y textos jurídicos para abordar el problema de investigación.
- **Descriptiva.** - La investigación es descriptiva y se basará en diversos documentos, normas legales y estudios previos en Ecuador.
- **Básica o pura.** – Porque se concentrará en analizar teóricamente el tema de investigación.

Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos

Técnicas	Instrumento
Análisis de documentos	Guía de análisis de documentos
Encuestas	Guía de encuestas

Criterio de inclusión y criterio de exclusión

La investigación utilizará los siguientes criterios:

Criterio de inclusión

- Niños, niñas y adolescentes

Criterio de exclusión

- Hombres
- Mujeres
- Cónyuges

Población y muestra

Esta investigación se centra en la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, que incluye a 4 Jueces. Por lo tanto, no hay necesidad de tomar una muestra debido a la limitada población; se trabajará con todo el universo.

Número	Cargo
4	Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.

Localización geográfica del estudio

Debido a la investigación y los objetivos buscados, el estudio se realiza en el cantón Guaranda, provincia de Bolívar.

CAPÍTULO IV:

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

4.1. Resultados.

4.1.1. Presentación de resultados.

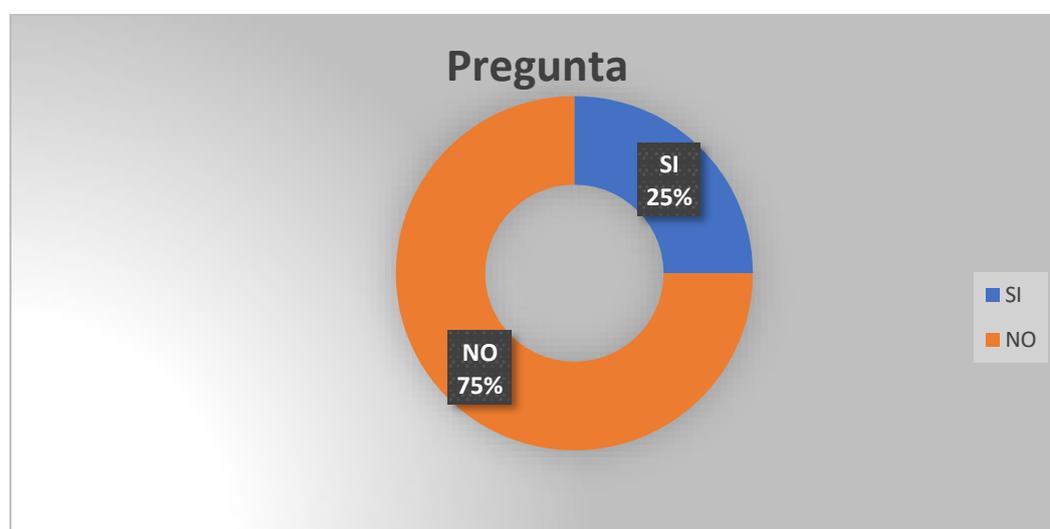
Pregunta 1: ¿Considera que, las presunciones legales de paternidad son fiables?

Tabla 1

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	1	25%
No	3	75%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 1



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, las presunciones legales de paternidad no son fiables.

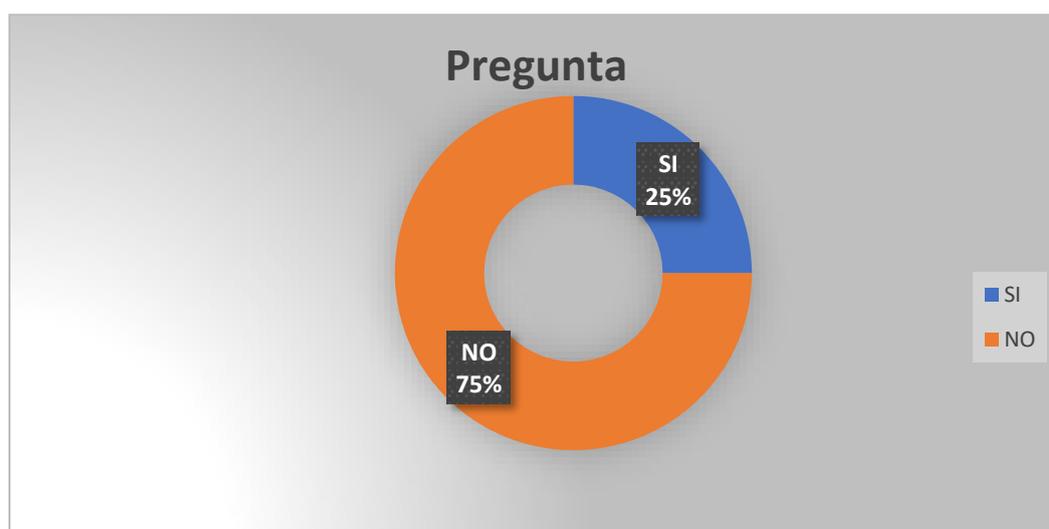
Pregunta 2: ¿Considera que, las presunciones legales de paternidad garantizan la identidad del hijo o hija?

Tabla 2

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	1	25%
No	3	75%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 2



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, las presunciones legales de paternidad no garantizan la identidad del hijo o hija.

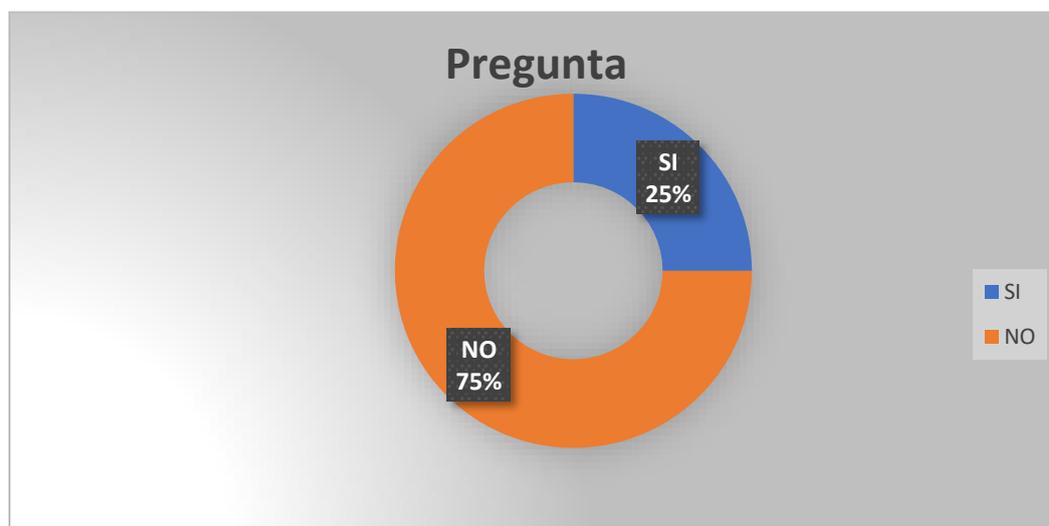
Pregunta 3: ¿Considera que, el cónyuge necesariamente debe ser el progenitor del hijo o hija?

Tabla 3

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	1	25%
No	3	75%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 3



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, el cónyuge no necesariamente debe ser el progenitor del hijo o hija.

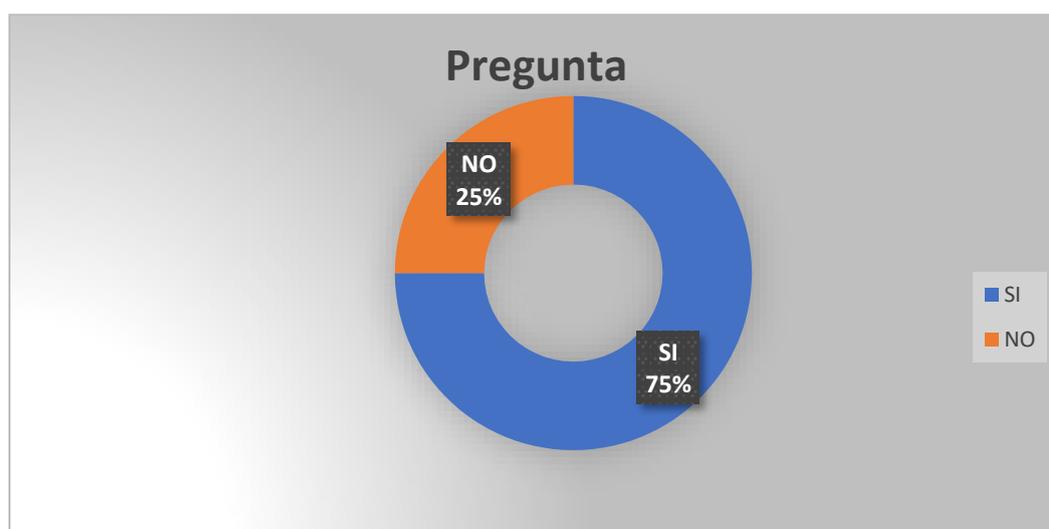
Pregunta 4: ¿Considera que, la normativa del Código Civil relativa a las presunciones legales para el reconocimiento de hijo o hija, se encuentra desactualizada?

Tabla 4

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	75%
No	1	25%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 4



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, considera que, la normativa del Código Civil relativa a las presunciones legales para el reconocimiento de hijo o hija, se encuentra desactualizada.

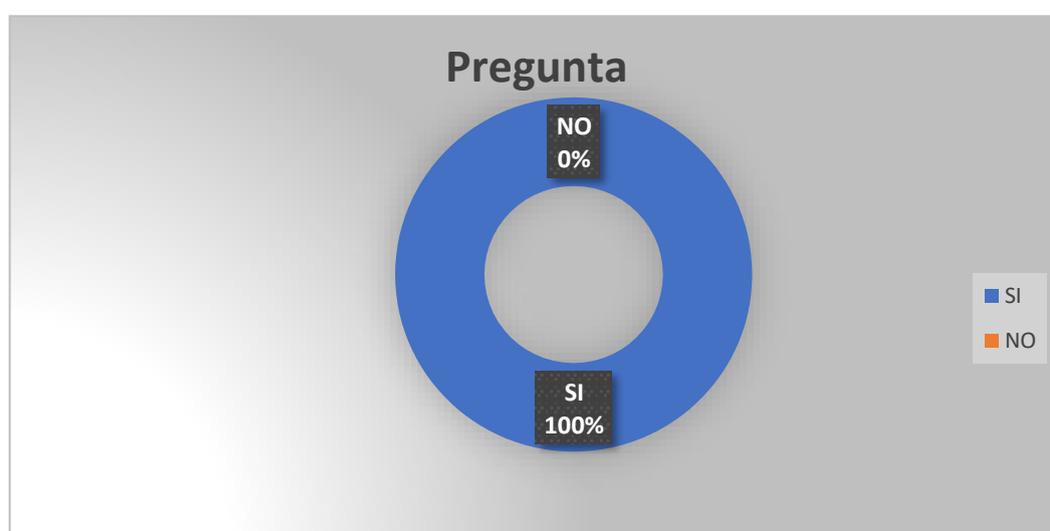
Pregunta 5: ¿Considera que, el Derecho debería actualizarse a la par del método científico?

Tabla 5

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 5



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 100% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, considera que, el Derecho debería actualizarse a la par del método científico.

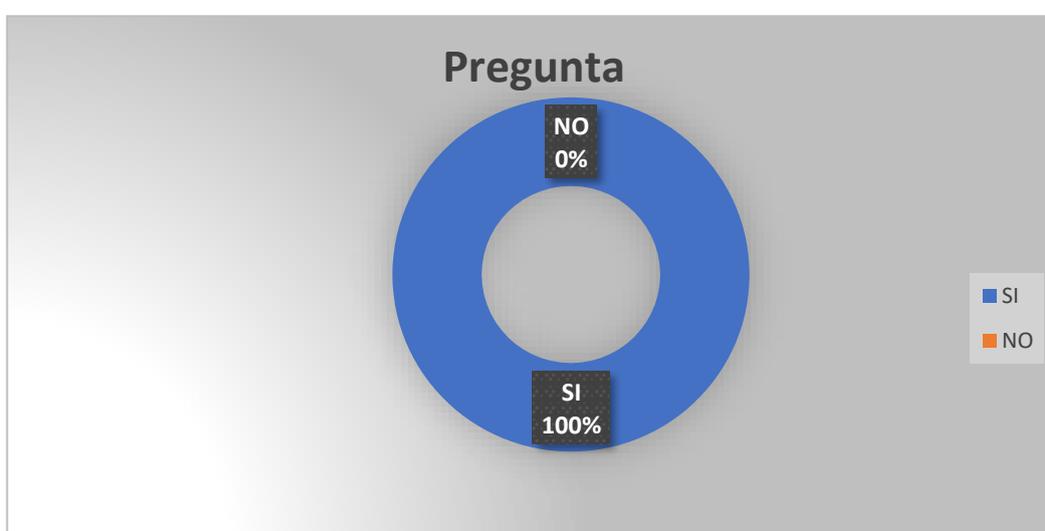
Pregunta 6: ¿Considera que, el Derecho debería actualizarse a la par de las biotecnologías?

Tabla 6

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 6



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.
Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 100% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, el Derecho debería actualizarse a la par de las biotecnologías.

Pregunta 7: ¿Considera que, para fundamentar el reconocimiento de hijo debería emplearse la biotecnología del examen de ADN?

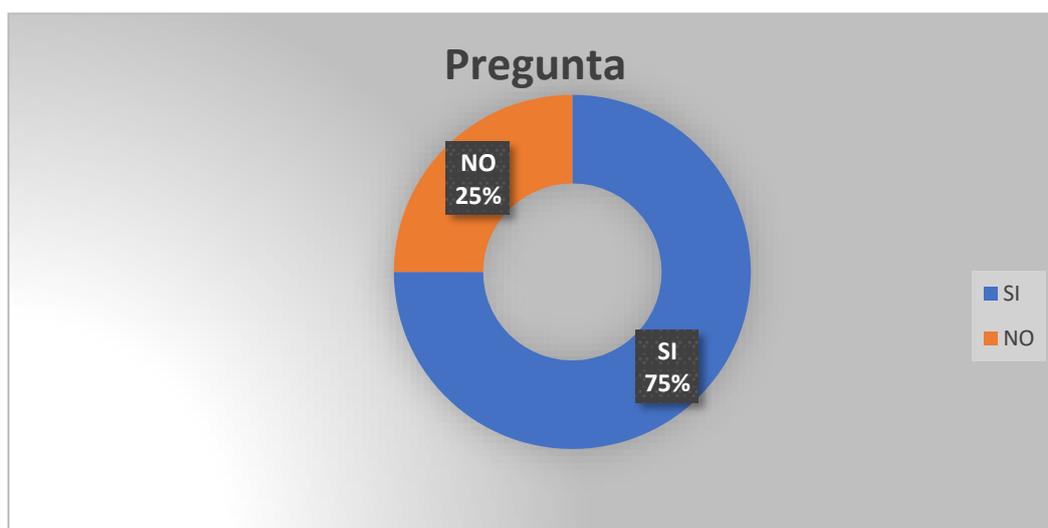
Tabla 7

Alternativa de respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Si	3	75%
No	1	25%
Total	4	100%

Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.

Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Ilustración 7



Fuente: Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda.

Elaborado por: Mayra Maribel Mayorga Sánchez

Interpretación:

El 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, para fundamentar el reconocimiento de hijo debería emplearse la biotecnología del examen de ADN.

4.1.2. Beneficiarios

4.1.2.1. Beneficiarios directos.

- Los derechos de la niñez y adolescencia

4.1.2.2. Beneficiarios indirectos.

- Los derechos de los padres y las madres.

4.2. Discusión.

La presunción legal de paternidad

El reconocimiento voluntario de hijos se realiza por los padres, sin prueba para los hombres y con prueba de parto para las mujeres. El administrador de justicia debe declarar el reconocimiento judicial o forzoso, con una clara indicación de la filiación, el cual debe ser comprobado mediante un examen de ADN para confirmar la paternidad del demandado, asegurando la veracidad. Las presunciones legales son una extensión del reconocimiento voluntario de hijos, ya que permiten establecer la filiación sin fundamento científico, únicamente a través del marco legal.

Las presunciones legales establecen condiciones para fijar la paternidad a través del deber de la convivencia y habitación de los padres, suponiendo que, si una mujer tiene un hijo, es probable que su esposo o conviviente sea el padre.

Antiguamente, el Derecho utilizaba la lógica como fundamento para regular la conducta humana, el Derecho Romano definió las presunciones legales de paternidad, pero sólo se aplicaron al matrimonio. El Código Civil Francés mejoró la presunción legal de paternidad y trató de manera diferente a los hijos de uniones de hecho, llamándolos hijos ilegítimos y siendo muy severo con ellos. Solo con el examen de ADN en 1985, se resolvieron las dudas sobre la paternidad.

Según el artículo 67 de la Constitución de la República del Ecuador, la familia es considerada el núcleo más pequeño de la sociedad y su responsabilidad principal es la crianza de los futuros ciudadanos. El texto constitucional reconoce los diferentes tipos de familia, por lo tanto, el concepto tradicional de familia ha cambiado.

El concepto de familia ha evolucionado y ahora se reconocen otros tipos de familias además de la tradicional nuclear, permitiendo la existencia de las llamadas “familias reconstituidas”. El artículo 69, numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador otorga el derecho a las familias, incluyendo las familias reconstituidas, de reconocer a sus hijos sin requerir pruebas sobre la calidad de la filiación.

La primera presunción legal de paternidad ocurre cuando el hijo o hija nace 180 días después del matrimonio o después de la separación o divorcio de los padres, el artículo 246 del Código Civil establece una presunción legal de paternidad basada en el deber de convivencia de los cónyuges, lo cual implica que, el marido de la madre se presume como padre de la criatura.

En ambas presunciones legales de paternidad, persiste la limitación de no demostrar nada con certeza, solo suponiendo que el esposo de la madre podría ser el padre del hijo, sin considerar la posibilidad de que el embarazo biológicamente podría ser de él o de otro hombre. Se podría argumentar que en algunos casos los matrimonios ya no conviven y tienen nuevas parejas. La normativa es imprecisa y no utiliza el método científico, que proporciona total certeza.

La Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles simplemente aplica las presunciones legales de paternidad del Código Civil. El artículo 35 permite que la madre solicite el reconocimiento del padre en el Registro Civil si se cumplen las presunciones legales de paternidad, sin importar la opinión del hombre.

El uso de las biotecnologías en el Derecho

Las biotecnologías son una intervención científica en el cuerpo humano para implementar cambios u obtener información. El Derecho no ha actualizado la normativa para utilizar las biotecnologías en el reconocimiento voluntario de hijos, manteniendo las mismas teorías desde el Derecho Romano hasta la actualidad. Las presunciones legales de paternidad atribuyen la paternidad, pero su inexactitud es evidente al determinarla de esta manera.

El Derecho ecuatoriano podría poner en riesgo el derecho a la identidad de los niños y niñas al permitir el reconocimiento voluntario de hijos y las presunciones legales de paternidad, porque no existe ningún tipo de prueba que determine la paternidad. Esta conducta es aún más irresponsable cuando el examen de ADN existe y puede confirmar o descartar la paternidad y garantizar la identidad del niño.

Sin embargo, la Constitución establece que no se puede solicitar declaración sobre la calidad de la filiación, por lo tanto, este requisito no debe ser exigido, conforme el artículo 69 de la Constitución de la República del Ecuador. Solo se puede usar el examen de ADN en el reconocimiento judicial o forzoso, según lo establecido por la norma que lo regula, según lo dispone el artículo 10 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

El Estado de Ecuador está obligado a asegurar el derecho a la identidad del niño según lo determina los artículos 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador, puesto que, estos artículos determinan la identidad como fundamento de las relaciones familiares. Lo cual genera que tanto los padres, como el resto de la familia ampliada sean responsables de cumplir con sus derechos y obligaciones frente a los reconocidos.

Es necesario garantizar el derecho a la identidad del niño mediante el uso del examen de ADN, que verifica su verdadera paternidad, en lugar de depender de suposiciones legales que pueden o no coincidir con la realidad biológica. Es momento de que el derecho actualice

sus normativas referentes a las presunciones legales de paternidad, con el objetivo de garantizar otros derechos.

Discusión referente al resultado de las encuestas

Dentro de los resultados recabados mediante la aplicación y tabulación de las encuestas se pudo distinguir afirmaciones de los encuestados que resultan ser un poco contradictorias, ya que el 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, las presunciones legales de paternidad no son fiables; y, el mismo porcentaje determinó que en dicha forma las presunciones legales de paternidad no garantizan la identidad del hijo o hija.

Esto resulta sumamente contradictorio, ya que, los mismos encuestados indican que el Derecho debería encontrarse fundamentado en la verdad científica, por tanto, no es posible que exista un 25% que considere a las presunciones legales de paternidad fiables y que, además, considere que garantizan el derecho a la identidad del hijo o hija.

Por otra parte, al momento de responder sobre la normativa del Código Civil, el 75% de los encuestados indicaron que, la normativa del Código Civil relativa a las presunciones legales para el reconocimiento de hijo o hija, se encuentra desactualizada. No obstante, existe un porcentaje que indica que la norma regula correctamente el acto; esto a pesar de que, un 100% indica que el Derecho debería estar fundamentado en las biotecnologías, tema de actualidad.

A pesar de esta contradicción, la validación por expertos se pronuncia positivamente sobre lo argumentado en la presente investigación, dado que el planteamiento principal es que, para el reconocimiento voluntario del hijo, el Derecho debería utilizar el método científico y las biotecnologías, con la finalidad de fundamentar la identidad verdadera del hijo o hija, en lugar de basarse en simples presunciones.

Es así que, el 100% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, considera que, el Derecho debería actualizarse a la par del método científico. Y, además, también el 100% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, el Derecho debería actualizarse a la par de las biotecnologías.

Consiguientemente, se puede afirmar que las presunciones legales para el reconocimiento de hijo o hija se encuentran desactualizadas y de hecho, contradicen al método científico y la fiabilidad que ofrecen las biotecnologías, es en esta línea del pensamiento que el 75% de los Jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Guaranda, consideran que, para fundamentar el reconocimiento de hijo debería emplearse la biotecnología del examen de ADN

CAPÍTULO V:

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES.

Las presunciones legales que establecen el reconocimiento de hijo o hija, se elaboraron en un tiempo en que no existían las biotecnologías, por tanto, el Derecho debió basarse en la lógica para fundamentar la razón del acto y brindar una identidad al hijo o hija. A pesar de ello las presunciones legales nunca brindaron ninguna fiabilidad.

En tiempo presente las biotecnologías son relativamente accesibles, no obstante, el Derecho se resiste a su uso, a pesar de que únicamente por ellas se podría fundamentar la identidad filiatoria o dicho de otra forma la prueba del Derecho. La normativa ecuatoriana solamente acepta su uso en el caso del reconocimiento forzoso o judicial de hijos, en donde el únicamente el resultado del examen de ADN, prueba o descarta la paternidad.

La normativa ecuatoriana del Código Civil, se halla desactualizada al considerar como padre del menor al cónyuge, estableciendo incluso tiempos para las situaciones excepcionales. Estas prácticas establecidas en la norma no prueban el derecho, por lo cual, los reconocimientos de hijo se podrían estar realizando equivocadamente, lo cual vulnera el derecho a la identidad de los niños.

5.2. RECOMENDACIONES.

Deberían REFORMARSE las presunciones legales que se utilizan para establecer la paternidad, contenidas en el Código Civil y la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, ya que dichas presunciones no garantizan la prueba del Derecho, simplemente asumen situaciones que ponen en duda la validez del reconocimiento de hijo.

El Derecho debería ser actualizado a la par del método científico y las biotecnologías, a fin de brindar total certeza sobre la verdad biológica y filiatoria de los hijos, que son reconocidos por sus padres.

Se recomienda que el único medio válido para probar la paternidad sea el resultado del examen de ADN, esta práctica salvaguardará el derecho a la identidad de los niños y además, validará en el Derecho el acto de reconocimiento de hijos.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABAD ARENAS, E. (2012). La presunción de paternidad y la determinación de la filiación matrimonial: notas sobre los artículos 116 y 117 del Código Civil. *Revista De Derecho De La UNED (RDUNED)*, (10). <https://doi.org/10.5944/rduned.10.2012.11089>
- AMADOR, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*, (6), 193-218. <https://doi.org/10.18046/recs.i6.466>
- ASAMBLEA NACIONAL DE MONTECRISTI (2008) Constitución de la República del Ecuador
- ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR (2016) Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles
- CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR (2005) Código Civil
- CONGRESO NACIONAL DEL ECUADOR (2003) Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia
- DUPLÁ, T. (2019). El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida. *RIDROM. Revista Internacional De Derecho Romano*, 1(22), 289–325. <http://156.35.33.189/index.php/ridrom/article/view/18134>
- FLORES, P. (2015). El reconocimiento extramatrimonial del hijo de la mujer casada: análisis y nueva perspectiva. Universidad San Martín de Porres
- GARRIDO, G. (2012). Presunción legal de paternidad en la unión marital de hecho: Un estudio desde el principio de igualdad. *Temas Socio-Jurídicos*, 31(63).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, (2012) “Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, *La Ley*

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA; HERRERA, MARISA y LLOVERAS, NORA, (2014) Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014), tomo 2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni
- KRASNOW, A. (1996) Pruebas biológicas y filiación, Rosario, UNR
- KRASNOW A. Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, Buenos Aires, La Ley.
- KRASNOW, ADRIANA N. (2005) “La filiación y sus fuentes”, La Ley
- LÔBO, PAULO. Direito Civil. Familias, São Paulo, Saraiva
- MADALENO, ROLF, (2015) Curso de direito de família, Rio de Janeiro, Forense
- MAFOZZO, L. (1996). La biotecnología y el derecho a la identidad. Cuadernos de bioética, 7(25), 14.
- MARÍN, M. (2021). El principio mater semper certa est; a debate?: la nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias. In Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo (pp. 147-158). Asociación Iberoamericana de Derecho Romano.
- MEDINA, G. & ROVEDA, E. (2016) Manual de Derecho de familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot
- MENDEZ, M. & D´ANTONIO, D. (2001) Derecho de Familia, T.III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe
- MORÁN DE VICENZI CLAUDIA (2005), El concepto de filiación en la fecundación artificial, Lima, ARA, Lima
- MOSQUERA VÁSQUEZ, CLARA CELINDA (2012), “El primer caso de vientre de alquiler”, Diálogos con la Jurisprudencia, vol. 18, No. 167
- OLAYA, M., HERNÁNDEZ, J., ROSERO, Y., MENDOZA, D., & MARTÍNEZ, D. (2011). Implicaciones médicas y legales de la certificación de "nacido vivo" en Colombia. Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, 62(3), 244-249.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74342011000300005&lng=en&tlng=es.

PEREIRA, R. (2002). Familias reconstituidas: La pérdida como punto de partida. *Perspectivas sistémicas*, 70, 3-5.

SAMBRIZZI, E., (2016) *La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley

VARSI ROSPIGLIOSI, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11(39)

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006&lng=es&tlng=es.

