

UNIVERSIDAD DE CUENCA



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

“MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

**Monografía previa a la obtención del Título
de Abogada de los Tribunales de Justicia
de la República del Ecuador y Licenciada en
Ciencias Políticas y Sociales.**

Autora:

ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA

Director:

Dr. DIEGO GONZALO JADÁN HEREDIA

Cuenca-Ecuador

2016



RESUMEN

La presente investigación titulada Mecanismos de garantía del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes en la legislación ecuatoriana, tiene como objetivo concientizar a la ciudadanía, que el Derecho a la Identidad es un derecho humano, que nos pertenece por el simple hecho de ser personas, y que tenemos diversos medios para hacerlo efectivo y protegerlo; en caso de vulneración contamos con mecanismos que nos ayudarán para restituirlo de forma inmediata, circunstancias para las cuales analizaremos las diversas normas contempladas tanto en Convenios Internacionales, como en nuestra Carta Magna y demás cuerpos legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como los planes y proyectos que se han puesto en marcha para garantizar el derecho a la Identidad, especialmente a este grupo de atención prioritaria en nuestro país; igualmente analizaremos algunos de los efectos negativos que produce los problemas del derecho a la identidad, así como los trámites y requisitos indispensables para hacerlo efectivo, pues éste derecho es el origen de la titularidad de los demás derechos que nos pertenecen.

PALABRAS CLAVES: DERECHO A LA IDENTIDAD, IDENTIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES, APÁTRIDAS, MECANISMOS DE GARANTÍA, PROBLEMAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.



ABSTRACT

This research entitled mechanisms guaranteeing the right to the identity of children and adolescents in Ecuadorian legislation, aims to raise awareness of citizenship, the right to identity is a human right that belongs to us by the simple fact we are people, and we have various means to make it effective and protect; in case of violation we have mechanisms that help us to restore it immediately, circumstances for which analyze the various standards referred to both international conventions, as in our Constitution and other legal bodies within our legal system, as well as plans and projects that have been put in place to ensure the right to identity, especially this group of priority attention in our country; also we discuss some of the negative effects that the problems of the right to identity, as well as the procedures and requirements necessary to make it effective, as this right is the origin of the ownership of the other rights that belong to us.

KEY WORDS: RIGHT TO IDENTITY, IDENTITY OF CHILDREN AND TEENS, STATELESS, MECHANISMS OF WARRANTY PROBLEMS RIGHT TO IDENTITY.



ÍNDICE

Contenido

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
ÍNDICE	4
CLÁUSULAS DE DERECHO DE AUTOR	7
CLÁUSULAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	8
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPITULO 1	14
1. DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	14
1.1 FUNDAMENTACION DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD.....	14
1.1.1 EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD HUMANA.- ..	21
1.2. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD.	24
1.2.1 ÁMBITO INTERNACIONAL.....	26
1.2.2 ÁMBITO NACIONAL.....	29
1.2.2.1. El derecho a la identidad en la Constitución de la República del Ecuador.- ..	31
1.2.2.2. El derecho a la identidad en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- ..	32
1.3.- LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, COMO TITULARES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.-.....	36
1.4.- OBJETO DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD.....	42
1.5. ASPECTOS DE LA IDENTIDAD.-.....	46
1.5.1. ESTÁTICA.- ..	47
1.5.2. DINÁMICA O VIVENCIAL.- ..	47
1.6. NIVELES DE CATEGORIZACIÓN:.....	48
1.6.1. PERSONAL.- ..	48
1.6.2. SOCIAL.- ..	48
1.6.3. HUMANO.- ..	48



1.7. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	51
CAPITULO 2	52
2. IDENTIDAD E INTEGRACIÓN.....	52
2.1. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRACIÓN CON LA SOCIEDAD.-.....	52
2.2 PROBLEMAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.-.....	53
2.2.1. EDUCACIÓN E IDENTIDAD.-.....	54
2.2.2. APÁTRIDAS.-	56
2.2.3. READECUACIÓN DE SEXO.-.....	59
2.3. DERECHO A LA IDENTIDAD E INTIMIDAD.-	68
2.3.1. EFECTO FACEBOOK.-	69
2.4. CRISIS DE IDENTIDAD.-.....	70
2.5. IDENTIDAD DE GÉNERO.-.....	71
2.6. ORIENTACIÓN SEXUAL.-.....	73
2.6.1. HOMOSEXUALIDAD.-.....	73
2.6.2. HERMAFRODITAS O INTERSEXUALIDAD.-.....	76
2.7. DEFICIENCIA DE RECURSOS ECONÓMICOS, FALTA DE CAPACITACIÓN ADMINISTRATIVA Y DESCONOCIMIENTO POR PARTE DE LAS PERSONAS.-	84
ANEXOS	85
Anexo 1.-.....	85
Anexo 2.-.....	96
CAPITULO 3	106
3. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD	106
3.1 MECANISMOS DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.-	108
3.2. MECANISMOS DE GARANTÍAS NORMATIVAS.-	113
3.2.1. Ley de Registro Civil y Cedulación.-	113
3.2.2. INSCRIPCIONES OPORTUNAS.-.....	120
3.2.3. INSCRIPCIONES TARDÍAS.-.....	121
3.2.4. INSCRIPCIONES A PARTIR DE LA EDAD DE 18 AÑOS EN ADELANTE.-.....	121
3.2.5. INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO POR ADOPCIÓN.-	122
3.2.6. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE PATERNIDAD O MATERNIDAD.-.....	122



3.2.7. RECONOCIMIENTO POR SENTENCIA JUDICIAL, RESOLUCIÓN JUDICIAL Y OTORGADA POR NOTARÍA.-	124
3.2.8. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.-	127
3.3. MECANISMOS DE GARANTÍAS DE POLÍTICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS.-.....	129
3.3.1. PROGRAMA AL ECUADOR PONLE TU NOMBRE.-	132
3.4. MECANISMOS DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES.-	133
ANEXOS	139
Anexo 1.-	139
Anexo 2.-	142
Anexo 3.-	143
CONCLUSIONES.-	149
RECOMENDACIONES.-	151
BIBLIOGRAFÍA	153



CLÁUSULAS DE DERECHO DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA autora de la monografía "MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA" reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Mayo del 2016



ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA

C.I. 0105816854



CLÁUSULAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA, autora de la monografía "MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Mayo del 2016



ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA

C.I. 0105816854



DEDICATORIA

A Dios, que siempre está presente, brindándome una esperanza en cada momento de mi vida, más aún en los momentos difíciles, llenando de fuerza mi corazón para seguir adelante.

A mi padre, José Guanoluisa Toapanta, que siempre ha tenido para conmigo un abrazo, y una palabra de aliento, de fortaleza, por ser mi soporte, mi amigo, por ayudarme a enfrentar la vida con sus consejos y experiencia, por estar conmigo en los peores momentos y brindarme su ayuda.

A mi hijo, Ian Josué, por ser motor e inspiración en este camino de formación educativa y de vida, porque mientras seguía estudiando, aprendía también a ser mamá, mi hijo quien con su sonrisa me motiva día a día a ser fuerte y me demuestra su infinito amor.

A mi madre y hermanos, porque de una manera u otra han contribuido en la formación de la persona que hoy soy.

A Rosa, quien sacrifica parte de su tiempo, para ayudarme a que yo pudiera cumplir mis objetivos.

Para todos ustedes, con cariño.

ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA.



AGRADECIMIENTO

Mis más sinceros agradecimientos a los docentes de la Universidad de Cuenca, en especial a los docentes de la Facultad de Jurisprudencia, Carrera de Derecho, quien han compartido sus conocimientos y me han brindado su apoyo en la formación como profesional.

Mi más sincero e inmenso agradecimiento al Dr. Diego Jadán Heredia, por su calidad humana, carisma, profesionalismo, apoyo, y su paciencia en las constantes revisiones y correcciones del presente trabajo, gracias por su tiempo y su ayuda desinteresada.

A mis amigas y compañeros, que de una u otra forma me han ayudado en la consecución de este logro.

A todos, muchas gracias.

ELIZABETH OFELIA GUANOLUISA MONTESDEOCA



“MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

INTRODUCCIÓN

El derecho a la identidad, es uno de los derechos de todo ser humano, y es necesario para poder ejercer otros derechos fundamentales tales como: los derechos civiles o individuales, que tiene como fin principal garantizar la vida, la libertad, la igualdad ante la ley, la seguridad y la libre circulación, reunión y asociación, la propiedad privada; los derechos políticos, aquéllos que poseen las personas que ostentan la calidad de ciudadanos, es decir cumple con los dos requisitos de tener una edad mínima (generalmente 18 años) y la nacionalidad del Estado al que pertenecen; derechos económicos, sociales y culturales, que son considerados el complemento de los derechos antes manifestados pues sin ellos, éstos pueden quedar como simples enunciados, y que tienen como finalidad asegurar la satisfacción de necesidades vitales, e implantar la justicia social, como salarios justos, salud, educación, acceso a la vivienda y servicios públicos, y los más recientes el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano, reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico y consagrados en nuestra Constitución, como en instrumentos internacionales de derechos humanos y que además han sido desarrollados en cuerpos legales infra constitucionales de nuestro país, así este derecho a la identidad ha sido reconocido como el sustento sobre el cual la persona apoya el normal desenvolvimiento de su personalidad por todas las declaraciones internacionales de derechos humanos.

Todos sentimos la necesidad de saber de dónde procedemos, quienes son nuestros padres, si son sanos o enfermos, altos o bajos, médicos o abogados, o en fin, todas y cualquier característica que pueda tener alguna incidencia en nuestra persona, ya sea por influencia genética o histórica.

El término “derecho a la identidad” es una abstracción. No se puede tocar, agarrar, comprar. La única forma de hacerlo efectivo, es conociendo nuestro origen biológico y cultural. El ejercicio del derecho a la identidad está íntimamente relacionado con el derecho que tenga el niño, niña y adolescente



de investigar quienes son sus padres biológicos y su origen cultural, implica también el reconocimiento de los elementos esenciales que configura como derecho objetivo y subjetivo: elemento humano, orgánico, normativo y geográfico.

Por ende, los niños, niñas y adolescentes al no tener identidad los hace más vulnerables al abuso, a la explotación, a la trata, a la adopción ilegal y a la discriminación, son quienes están más expuestos a la mortalidad por falta de vacunación, a la desnutrición crónica y al trabajo infantil, y si continúan su vida en esa situación no podrán votar o tener un cargo electivo, no podrán tener propiedades, mucho menos podrán heredar o contraer matrimonio; tampoco tendrán acceso a servicios de salud, excluyéndolos del acceso a un derecho fundamental que es la educación, ni podrán ser beneficiarios de los programas sociales y ni siquiera quedará registro de su muerte.

Es así, que se observa que el Derecho Humano a la Identidad, se encuentra expreso en la legislación, no obstante existen muchos niños, niñas y adolescentes, que no gozan de la materialización de su derecho por medio de la Partida de Nacimiento, lo cual limita esa individualización para ser titulares concretos de cada derecho y por ende de cada deber, que nuestra Constitución, reconoce expresamente los derechos de la persona y la sociedad, sin embargo este derecho no es respetado por todos y particularmente por los poderes públicos, haciendo indispensable que se establezcan determinadas garantías que aseguren la eficacia de los derechos, estos mecanismos de garantía, constituyen técnicas de protección a los derechos de cualquier violación o amenaza de violación, pues los derechos fundamentales se caracterizan por ser inviolables, inalienables, imprescriptibles, indivisibles e irrenunciables, y debido a esto ya existen en nuestra legislación garantías generalmente de carácter procesal, para garantizar el derecho fundamental a la identidad de todo ser humano, en especial de los niños, niñas y adolescentes, constituyendo un claro testimonio del progreso alcanzado con la aplicación de ciertos mecanismos para este fin.



En el primer capítulo se desarrolla conceptos básicos de derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, así como las normas contempladas en nuestra legislación para la regulación y cumplimiento de este derecho fundamental.

En el segundo capítulo establecemos la importancia del derecho a la identidad, los problemas que surgen entorno al incumplimiento o violación del derecho a las identidades de los niños, niñas y adolescentes, convirtiéndolos en invisibles para la sociedad, (apátridas), crisis de identidad, homosexualidad, hermafroditas, entre otros temas.

En el tercer capítulo, se desarrolla los mecanismos de garantía del derecho a la identidad, es decir todo los medios procesales que se han creado para garantizar este derecho a todos los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, así como también damos a conocer los requisitos, trámites y quienes son las autoridades pertinentes para lograr y garantizar este derecho fundamental.



CAPITULO 1

1. DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

1.1 FUNDAMENTACION DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD.

Para entender la importancia del derecho a la Identidad, especialmente de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país, pero desde un enfoque como derecho humano, que es el que más nos interesa dentro del presente trabajo, sin embargo no debemos olvidar que este derecho fundamental, también se puede considerar desde otros puntos de vista como el psicológico, social, etc., que de cierta forma trataremos de manera relativa siempre y cuando se amerite, entonces me parece acertado e importante que empecemos haciendo una breve referencia al origen de lo que en la actualidad llamamos “Derechos Humanos”.

Estos derechos surgieron a raíz de que Ciro el Grande, toma la iniciativa de otorgar la libertad a los esclavos y permitir a su pueblo la asociación religiosa que ellos creyeren conveniente, surgiendo así el llamado “Edicto de Milán”, conocido como la tolerancia al cristianismo, que puso fin a la persecución religiosa, especialmente a los cristianos¹. En 1215, d. C. se logra incorporar la idea de que todas las personas tienen derechos llamados en ese entonces “Derechos Naturales”, considerados que éstos provenían de la naturaleza y que para ser titulares de los mismos, bastaba la simple condición de ser persona, estos derechos ya contaban con mayor protección tanto por parte del conglomerado común como de los altos mandos, o de los entonces reyes,

¹ El edicto de Milán no sólo significó el reconocimiento oficial de los cristianos, sino que trajo como consecuencia profundos cambios dentro del Imperio romano, así como el comienzo de la expansión de la Iglesia. La aplicación del edicto devolvió a los cristianos sus antiguos lugares de reunión y culto, así como otras propiedades que habían sido confiscadas por las autoridades romanas y vendidas a particulares: «las propiedades habrán de ser devueltas a los cristianos sin exigir pago o recompensa de ningún tipo, y sin admitir ningún tipo de fraude o engaño». Esto le brindó al cristianismo (y a cualquier otra religión) un estatus de legitimidad junto con la religión romana, y en efecto, depuso a esta última como la religión oficial del imperio romano y de sus ejércitos.

Todavía no se han recuperado registros en piedra del edicto. Las citas que se le conocen provienen de los capítulos 35 y 48 del documento histórico De mortibus persecutorum (Sobre la muerte de los perseguidores), escrito por Lactancio. Véase también https://es.wikipedia.org/wiki/Edicto_de_Mil%C3%A1n



quienes eran los que gobernaban, y se fortalece la idea de que absolutamente nadie, ni los mismos reyes que estuvieran al poder, tuviesen la potestad superior para violentarlos, posteriormente en el año 1776, se declara la Independencia de Estados Unidos, con el pensamiento y motivo de lucha de que “todos los hombres han sido creados iguales”, incluso en su Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, contenía de manera general una enumeración de los llamados Derechos Humanos, basados en lo que anteriormente mencionamos “igualdad de todos hombres” incluyendo además ciertas libertades así como libertad de prensa, y culto religioso, además ya se consideraba el derecho a la justicia; en el año 1789, Francia, motivada por todos estos acontecimientos, inicia su revolución con la idea clara de que “los derechos no son inventados, sino naturales” es decir nos pertenecen de forma natural.²

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos, de esta forma observemos lo que el art. 2 de este cuerpo jurídico manifiesta: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”³

Posteriormente en el año 1945, se considera que los Derechos Humanos deben ser conocidos, respetados y protegidos en todo el mundo, pues es obvio, la razón de esta aplicación mundial se debe a la simple cause de que en todo el planeta hay personas, es entonces cuando nace la idea y se decide formar las Naciones Unidas, con el consentimiento y cooperación de los países del mundo, y tomando como base para que la idea de este proyecto funcione “Reafirmar la fe en los derechos Humanos fundamentales en la dignidad y el valor de la persona humana”⁴, es así que el concepto de Derechos Naturales, se convierte en los famosos llamados “Derechos Humanos”, y los mismos se

2 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Paris, 29 de agosto de 1789.

3 Historia de los derechos humanos. <https://www.youtube.com/watch?v=7H7Cm5uVRY0>

4 Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas <http://www.un.org/es/aboutun/history/declar50.shtml>



reconocen y garantizan tanto en Tratados Internacionales, de los países parte, como en el derecho interno de cada uno de ellos, por lo general están incorporados en las Constituciones, como ley suprema y de carácter fundamental, teniendo como titulares a todos los seres humanos, es aquí donde se revela una de las características principales de esta clase de derechos, la universalidad, característica que alcanza gran apogeo luego de la creación de las Naciones Unidas y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al finalizar la segunda guerra mundial.

En el año 1991, con el fin de regularizar las instituciones destinadas a la protección de los derechos humanos, se celebra en París la primera Reunión Técnica Internacional sobre las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de Derechos Humanos, cuyo objetivo de esta reunión fue expedir la resolución sobre los requisitos necesarios que debía contener para su creación y funcionamiento esta Institución y considerando como actividades de gran importancia que debía cumplir esta institución:

Colaborar con las Naciones Unidas, mediante la elaboración de programas, propuestas e informes sobre el desarrollo y aplicación de normas tanto nacionales como internacionales relativas a la promoción y protección de los Derechos Humanos.⁵

De esta manera poco a poco y con el transcurrir del tiempo, observamos como los diversos países van creando mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos.

A continuación veremos las definiciones de algunos autores sobre lo que consideran Derechos Humanos:

Kofi Annan⁶, ex Secretario General de la ONU, señalaba que tiene como una de sus prioridades el desarrollo y fomento de los Derechos Humanos, y

5 ¿Cómo se institucionalizaron los Derechos Humanos? El defensor del Pueblo en tu clase. <https://enclase.defensordelpueblo.es/ddhh/institucionalizacion.html>

6 Bienvenidos a las Naciones Unidas. Secretarios Generales anteriores. <http://www.un.org/es/sg/formersg/annan.shtml>



considera como la base de la existencia humana, como universales, indivisibles e interdependientes, “Los derechos humanos son los principios con los cuales creamos la morada sagrada de la dignidad humana”.

Según Antonio Enrique Pérez Luño⁷, en su análisis lógico manifiesta Derechos Humanos, no se los puede definir de con certeza y precisión y por lo tanto es difícil determinar cuál sea su alcance teórico e incluso práctico, simplemente los considera como derechos Fundamentales y al hacer referencia a esta característica, implica que sirven de fundamento a otros derechos más particulares, derivados o subordinados a ellos, también los considera como derechos esenciales, porque se convierten en indispensables para la exigencia de la dignidad e igualdad humana, en cuanto son derechos permanentes e invariables, inherentes a todos los seres humanos.⁸

A pesar de que Robert Dahl, se mantenía en que la idea de que todos los seres humanos debemos ser considerados por igual, era un simple “disparate”⁹, noción que también era apoyada por los gobiernos autoritarios, quien en la práctica siempre rechazaban esta idea de igualdad entre los seres humanos; en sus inicios la idea de igualdad, ha sido un derecho fuertemente violentado por los encargados del poder, pero finalmente “la igualdad” no con referencia a aspectos físicos o naturales de las personas, pues sabemos que no somos análogos, sino estamos hablando de igualdad jurídica, es decir igualdad ante la ley, igualdad en oportunidades, soluciones, condiciones, circunstancias, e igualdad en derechos, y en este sentido en la actualidad a logrado situarse como un presupuesto esencial de democracia, en una medida armónica con la libertad y la dignidad, en los Estados de Derecho, y logrando que se garantice en todos sus aspectos y circunstancias, por ser un derecho fundamental.

7 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Concepto y concepción de los derechos Humanos”, pág. 48, 1987.

8 PLESILOGOS, Comunidad de Investigación filosófica, Definición de Derechos Humanos.

9 BADENI, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, La Ley, pág. 687, Tomo I, Tercera Edición, Editorial Cevallos, Buenos Aires-2010.



Desde el punto de vista de José Castán Tobeñas, manifiesta dentro de su definición en cierta forma las características de los Derechos Humanos y concuerda con la acepción de Antonio Pérez Luño, al decir que: "Derechos Humanos, son aquellos derechos fundamentales de la persona humana, (...), que le corresponden por la simple razón de su propia naturaleza, corpórea, espiritual y social, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, (...)", quien además ya hace una referencia a las diversas generaciones de los Derechos Humanos, la primera generación que contenía las libertades individuales, derechos de defensa, y sobre todo la no injerencia pero si la observancia de los poderes públicos en la esfera privada; en los derechos de segunda generación se consideraba los derechos económicos, sociales y culturales, conocidos como derechos de participación; y los de tercera generación llamados de cooperación y solidaridad y nacen a raíz del desarrollo industrial.¹⁰

Personalmente considero que los Derechos Humanos, están íntimamente ligados a la dignidad humana, y estos a la vez con el fundamental derecho a la Identidad, considerado como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y comprende varios otros derechos según el sujeto de derecho de que se trate y a las circunstancias en que se presenten, y por lo tanto nos pertenecen, desde el nacimiento e incluso hasta después de nuestra muerte, y que para ser considerados titulares basta con ser personas, derechos que deben ser reconocidos de forma inmediata y obligatoria y que además deben ser protegidos por todos incluso el mismo Estado, recordemos que el Derecho subjetivo tiene dos elementos básicos: el externo es decir la norma de la que procede y los elementos internos que es el ejercicio del derecho y la pretensión, que facilita al sujeto para exigir a los demás determinada conducta¹¹. Es decir son aquellas facultades o valores esenciales que tiene

10 CASTAN TOBEÑAS, José, "Los derechos del Hombre", cuarta edición por María Luisa Marín Castan, Reus S.A, Madrid.

11 Cursos Abiertos de la UNED, Tema 11.- *Derecho Subjetivo y Deber Jurídico*, 2012. Recuperado de:



cada persona y que están reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, significa que no hay trabas para su ejercicio, ni poder para violentarlos bajo ningún concepto, los derechos humanos son aquellos como vuelo y repito de los que todos gozamos por la sola razón de ser personas, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política o ideológica, estatus social, el sexo, la etnia o la nacionalidad, estos derechos son el fundamento de la dignidad humana y la condición indispensable para lograr una convivencia sobre bases sólidas, y que resultan imprescindibles para garantizarle una vida digna a todo ser humano, por su condición de inherentes a la persona tienen también un carácter irrevocable, inalienable, intransmisible e irrenunciable, son además atemporales e independientes de los argumentos sociales e históricos.

El derecho a identidad, es un derecho humano que se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quién y qué es una persona, el cual se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad.

El derecho a la Identidad no solo se basa en haber nacido en el Ecuador, sino es también sentirse identificado con el país y estar orgulloso de ser ecuatoriano, de creer que somos una gran nación y que merecemos mejores condiciones de vida, sentirnos honrados de entonar el Himno Nacional, recordar las hazañas de nuestros héroes, entre otras cosas, el derecho a la identidad como lo hemos venido manifestando es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales y que beneficia el desarrollo social, identidad es un derecho, es Tú derecho, derecho a saber quién eres, tu nombre, tu nacionalidad, tu cultura, sin una identidad, simplemente no existes, de que serviría ser titular de Derechos Humanos, y no poder ser identificado individualmente dentro de una sociedad, convirtiéndonos en apátridas, tema que desarrollaremos en el siguiente capítulo, el derecho a la Identidad es reconocido por parte de la comunidad internacional y nacional de que el ser humano es portador de valores que le son inherentes y que nacen de una idea



matriz que ha sido comúnmente aceptada por todas las culturas del mundo: la idea de la dignidad de la persona.

Carlos Villán Durán¹² quien toma como punto de partida, al hacer referencia que los derechos humanos deben estar basados en la igualdad y la no discriminación¹³ subraya, “que el ser humano, por el solo hecho de su nacimiento, inclusive por su concepción es digno”. De ahí la afirmación de que nace libre, igual y al mismo tiempo diferente por ser único, con este concepto ya hace notar la importancia del derecho a la identidad desde el nacimiento y el respeto al mismo considerando la dignidad humana.¹⁴

Solo sabiendo quienes somos, podemos crecer felices, porque la identidad es única e intransferible, y cuando a los niños y niñas se les niega la verdad de este derecho, crea en ellos dudas, preguntas sin respuestas, desconfianza; en nuestro país, muchas personas tienen conocimiento de sus derechos, pero aún no conocen que los derechos humanos de los cuales somos titulares todos los seres humanos, son reconocidos por nuestra constitución y no ponen en práctica lo que ellos protegen, sabemos que los derechos son conductas, actos a las que estamos autorizados o se nos permiten, libertades que están garantizadas por un ordenamiento jurídico; entonces derechos humanos, son los derechos que tenemos y que todos gozamos por la sola razón de ser personas, simplemente por el hecho de ser humanos, como el derecho a vivir en libertad, y ser tratado con igualdad, sin ningún tipo de discriminación física, social, económica, jurídica, política, religiosa o ideológica, estos derechos son el fundamento de un verdadero disfrute de derechos y condición indispensable para lograr una convivencia sobre bases sólidas, y que resultan imprescindibles para garantizarle una vida digna a cada uno de nosotros, tener esos derechos en una condición inseparable al hecho de ser persona, tener derechos y saber

12 REVISTA FUSION.COM, Última actualización: abril 07, 2011.

13 Ginebra y Las Palmas de Gran Canaria, 30 de mayo de 2009. El informe a título de Amicus Curiae, emitido en nombre de la AEDIDH (G & M de Colombia Abogados), abogado de la presunta víctima, fue remitido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y recibido en su Secretaría el día 8 de junio de 2009.

14 VILLAN DURAN, Carlos; Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Trotta, 2002, véase también: biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2466/4.pdf



cómo hacerlos valer nos hace dignos, nos hace efectivamente ciudadanos, el Estado tiene la obligación de hacerlos respetar frente a cualquiera y en cualquier circunstancia.

1.1.1 EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD HUMANA.-

El art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresa “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (...)”¹⁵

Etimológicamente la palabra dignidad significa cualidad de digno¹⁶, y proviene de la palabra DIGNUS que significa “VALIOSO”, entonces la dignidad es lo que te hace sentir valioso ante los demás, sin importar ninguna otra condición, es el valor único que se tiene como persona y como tal somos merecedores de respeto; es la bienvenida de igualdad y respeto que nos da el mundo.

En la edad Media, influenciados por la Teología, se entendía que la dignidad Humana se fundaba en que nosotros los seres humanos habíamos sido creados a imagen y semejanza de Dios, pero que solo los reyes, nobles y miembros de la Iglesia gozaban de esta dignidad, y no se aplicaba para los demás. En la edad Moderna, posteriormente a la aprobación de la Declaración Universal de los derechos del Hombre, se afianza la concepción de que todos los hombres por naturaleza poseemos una serie de derechos y es aquí donde se funda la concepción de “dignidad humana”, pasando ya a una fundamentación laica de dignidad humana, pasando por una concepción teológica, a centrarse efectivamente en el elemento humano, creando la concepción humanista de la dignidad humana, en la actualidad no hay distinciones ni divisiones simplemente hablamos de igualdad para todos, aunque sea solo conceptualmente, sin olvidar que la dignidad humana siempre tendrá como base a los derechos Humanos, es decir todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona, la integridad física y moral, la libertad de conciencia y religión, la no discriminación, el derecho al honor, a

15 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

16 CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 3, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 274.



la intimidad personal, etc.; son derechos que deben ser respetados y precautelados especialmente por parte de los operadores judiciales, señalados en los Arts. 66 al 70 de la Constitución de la República, transformándose la idea de dignidad humana en la base para la estructura de principios constitucionales, especialmente en los Estados Sociales de Derechos.¹⁷

Edgardo Nieves Osorio respecto de la dignidad humana indica: “Es un algo que pertenece al hombre por el hecho mismo de ser hombre”¹⁸, al respecto el Dr. Galo Chiriboga Zambrano, fiscal General del Estado manifiesta que “El Estado existe para el cumplimiento de los Derechos Humanos”¹⁹.

Humberto Nogueira²⁰, opina que “...es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que protege a las personas contra ofensas de todo tipo y afirma a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano”²¹.

La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, inherente a su naturaleza humana.²²

Por lo manifestado podemos afirmar que todo derecho fundamental gira en torno a la dignidad de la persona en cualquiera que sea el ámbito o entorno físico, también es el fundamento del orden político y de la paz social. “Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona por la propia dignidad de la misma”²³

17 HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo II. Buenos Aires-2012.

18 Revista Judicial del 19 de Febrero del 2014, Quito.

19 Edición N. 3 de enero de 2013, de la Revista Perfil Criminológico, Quito.

20 https://es.wikipedia.org/wiki/Humberto_Nogueira.

21 Nogueira, Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, En: Comisión Estatal de Derechos Humanos, *Conceptos Básicos sobre Derechos Humanos*, recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/55645330/Conceptos-Basicos-Sobre-Los-Derechos-Humanos-1>.

22 GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona. Ed. Civitas. Madrid, 1986. p. 25.

23 FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “Filosofía política de la Constitución española”, Revista de Ciencias Sociales, N.4, 1991, pág. 50.



Nuestra Constitución de la República, al señalar que el país es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, señala de manera expresa que el primer principio es el respeto a la dignidad del ser humano; dentro de los artículos 11 numeral 7; 33; 45; 57 numeral 21; 58; 84; 329 y 408²⁴, entre otros; además podemos observar que en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, en su artículo primero²⁵ señala expresamente, que en materia penal también se aplican los principios que emana de la Constitución, como por ejemplo el art. 51²⁶, que reconoce varios derechos a las personas privadas de la libertad, y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, contemplados en el octavo considerando del Código Orgánico de la Función Judicial²⁷, y que está en vigencia en nuestro país desde el mes de marzo del 2009, dictaminando a los operadores de justicia, tener la misión constitucional de cumplir y hacer cumplir lo que señala el Art. 11 numeral 9 de la Constitución en su parte pertinente que dice “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”²⁸, ya que el propósito de la administración pública es dignificar al ser humano y si los principales funcionarios de nuestro país, no cumplen con las normas establecidas especialmente en la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en el Ecuador, carecerían entonces de fuerza moral para exigir que el resto de ciudadanos los cumplamos; poniendo en práctica un viejo proverbio de Albert Einstein que dice: “Dar ejemplo no es la principal manera de influir sobre los demás; es la única manera”.

Entonces dejamos claro que la dignidad de la persona, es fundamental soporte de protección de los demás derechos, y que gozan de alta jerarquía legal pues están contenidas dentro de las constituciones de cada país, por ejemplo:

24 REGIMEN CONSTITUCIONAL, Editorial Jurídica El Forum, Quito-Ecuador, 2012.

25 CÓDIGO INTEGRAL PENAL, Quito-Ecuador, 2014.

26 REGIMEN CONSTITUCIONAL, Editorial Jurídica El Forum, Quito- Ecuador, 2012.

27 CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Del Arco Ediciones, Cuenca- Ecuador, 2009.

28 REGIMEN CONSTITUCIONAL, Editorial Jurídica El Forum, Quito- Ecuador, 2012.



La Constitución española, en su artículo 10.1, correspondiente al título de los derechos y deberes fundamentales, incluye a la Dignidad Humana:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” ²⁹.

En la Constitución Chilena en su art. 1 proclama: “Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” ³⁰.

En nuestra Constitución, podemos apreciar el término “dignidad” en nueve ocasiones, haciendo referencia a varias garantías personales y de familia, de trabajo, de acceso a los cargos públicos y a la jurisdicción indígena, además en el Preámbulo de la Constitución señala de manera expresa que, hemos decidido construir “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay, una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades...”³¹

1.2. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD.

Sin duda tener una identidad permite que nos diferenciamos de los demás, ya sea por nuestras características físicas, personales o modo de pensar. Pero la identidad va más allá del hecho de ser diferentes al resto. Estas características propias deben ser reconocidas por los otros, y de esta forma podremos individualizarnos y a la vez, ser reconocidos, sentirnos parte de aquella comunidad que nos reconoce.

Recordemos algo de historia, en Roma todos quienes eran considerados personas es decir ciudadanos romanos, esclavos liberados, y todos aquellos a quienes se le concedía la ciudadanía romana, eran inscritos en el registro de

29 <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&tipo=2>.

30 Constitución Política de la República de Chile, texto actualizado el 07 de mayo de 2003.

31 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010.



tribus, y se identificaban por estos tres elementos el praenomen³², el nomen³³ y el cognomen³⁴ por lo que necesariamente debían pertenecer a una tribu y no podían desligarse de ésta, hasta el día de su muerte, cada unidad familiar constaba de un páter familia, quien era cabeza de hogar y todos los demás miembros de la familia se encontraban subordinados a él.³⁵

Si el padre no reconocía al niño, éste podía ser abandonado para que muriera, si era niña se le adjudicaba un nombre a los ocho días de nacimiento, si era niño a los nueve días, los niños tenían tres nombres, la niña uno solo. El registro oficial del recién nacido tenía lugar en el templo de Saturno, en un plazo de 30 días desde su nacimiento³⁶.

Es así que desde hace mucho tiempo atrás, ya se proclamaba el respeto a uno de los derechos fundamentales, derecho esencial de todo ser humano, el derecho a la identidad, y ya existía un trámite, un plazo y una institución para dicho fin, aunque olvidaban algo de gran importancia, la “sanción” en el caso de que se omitiera tal solemnidad, y más bien se podía ver que en el caso de negativa de la inscripción por parte del padre al niño, era el menor quien sufría las consecuencias, pues no existía poder o fuerza coercitiva que obligase al progenitor al reconocimiento de los niños y adolescente.

Guillermo Cabanellas, refiriéndose a la identidad, como un aspecto que permite la individualización humana, escribe lo siguiente: “Más concretamente, en Derecho, identidad es el hecho comprobado de ser una persona o cosa la

32 PRAENOMEN.- Nombre de una persona en oposición al apellido. Entre los romanos constituía el primer nombre con que se daban a conocer. CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 3, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 386.

33 NOMEN.- Entre los romanos como designación era el nombre propio. CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 3, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 541.

34 COGNOMEN.- Constituye el tercer elemento del nombre y que seguía al gentilicio, y que, como individual era el que distinguía a los diversos miembros de una familia. CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 3, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 227.

35 http://www.historialago.com/leg_01031_lafamilia_01.htm

36 Dra. Cortez Díaz. Ambar Sabrina.- *Tesis sobre los derechos de la mujer embarazada, Ecuador- Quito 2009.*



supuesta o buscada; constituye la determinación de la personalidad individual a los efectos de las relaciones jurídicas”³⁷.

La identidad desde el punto de vista jurídico, es la determinación de que una persona o cosa son efectivamente las que se supone que son, es el atributo que permite determinar la individualidad de una persona, a efectos de establecer relaciones jurídicas.

El presente trabajo se centra en el Derecho a la Identidad de Niños, niñas y adolescentes de nuestro país, derecho a la personalidad, e inscripción del menor en el Registro Civil, el derecho a una nacionalidad, a la filiación, al derecho a un nombre y apellido y destacar el estatuto jurídico de los menores como una norma de orden público, por lo que a continuación analizaremos la importancia de los derechos de los niños y adolescentes tanto en el ámbito internacional y nacional.

1.2.1 ÁMBITO INTERNACIONAL.-

La voluntad internacional de reforzar y hacer respetar los derechos de los menores, ha crecido en el transcurso de los años al ponerse cada vez más en evidencia la penosa situación y los abusos que padece este importantísimo sector de la población mundial, considerándose como población vulnerable de la sociedad, y cuando los indicadores de riesgo inciden en el progreso del menor, allí cuando estamos frente a una situación desfavorable para su desarrollo.

Muestra de la preocupación internacional por proteger los derechos de los niños y adolescentes, por ser considerados como grupos de atención prioritaria y vulnerable, es la Convención Sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), se constituye en el primer instrumento internacional jurídicamente más completo y vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales y hace jurídicamente responsables de sus acciones u omisiones respecto de los

³⁷ CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001, pág. 327.



menores, a los Estados que aceptan la Convención, considerando las diferentes realidades culturales, sociales, económicas y políticas de los distintos Estados parte, de este modo cada Estado puede hacer uso de medios nacionales para protegerlos, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especial, que los adultos no necesitan, claro salvo algunas excepciones, y se buscaba que el mundo reconociera los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.

Según las Naciones Unidas, los problemas más frecuentes que atraviesan los menores es el abandono por sus familias, unos 100 millones de niños sólo subsisten realizando trabajos agotadores o mediante delitos menores, la prostitución o la mendicidad; más de 50 millones trabajan en condiciones de inseguridad o insalubres; 120 millones de niños de entre 6 y 11 años carecen de escolarización; cada año mueren unos 3,5 millones a causa de enfermedades que podrían haberse prevenido o curado; en los países en desarrollo viven en la pobreza absoluta alrededor de 155 millones de niños menores de 5 años; millones de niños son víctimas de malos tratos, negligencia, explotación sexual o del uso indebido de estupefacientes³⁸, a partir de estos antecedentes podemos entender los derechos y necesidades de los menores y que al ser vulnerados quedan en total desamparo, en consecuencia de esto surge la idea de protección a los menores con varios tratados y declaraciones con vigencia mundial y de aplicación en el ámbito interno de cada país.

La Convención se afirma: “Resulta paradójico, y es de esperar que positivamente anticipado, que en el contexto de la ‘década perdida’, la comunidad internacional haya sido capaz de superar innumerables conflictos de naturaleza diversa, para construir una Carta Magna de los derechos de la infancia. Un instrumento que resulta imprescindible situar y que no constituye,

38 Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, situada en el Palacio Wilson, en Ginebra, el día viernes 17 de septiembre de 2004.



ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales.”³⁹

La identidad como derecho fue reconocida en 1989 al incorporarse a la Convención de los Derechos del Niño. Por ella, el Estado está obligado 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 públicos⁴⁰.

Tratados Internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico del país, y se encuentran señalados en los Arts. 417, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República, y en el Considerando del Código Orgánico de la Función Judicial, además tenemos:

- a) La Declaración de los Derechos del Niño, en el que reconocen el derecho del niño a conocer su identidad familiar, en los artículos 7.1 y 8,
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴¹, 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”; artículo con el cual se busca garantizar la identidad del menor con la individualización mediante un nombre y apellido.
- c) El Art. 17.5 y 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos que manifiesta que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos

39 Cfr. Presentación del libro de AAVV, Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos, Buenos Aires, Unicri Galerna, 1991, pág. 7.

40 Pacto San José de Costa Rica, art. 19, 20, 21.

41 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.



fuerza del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo y garantiza al igual que los otros cuerpos legales, el derecho a un nombre y apellido;

d) 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 ellos⁴².

Además 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"⁴³

Estos son algunos de los Tratados Internacionales que protegen los derechos fundamentales de los menores y que se encuentran reconocidos por las leyes internas de nuestro país.

1.2.2 ÁMBITO NACIONAL.-

La personalidad de cada ser humano, hace posible, individualizarla respecto de las personas que integran su núcleo social próximo, es decir la familia, y también de las que integran la sociedad a la que pertenece el individuo, es decir es un factor de trascendental importancia al momento de determinar el derecho a la identidad de la persona. De allí la trascendencia de tratar en este marco conceptual lo referente al derecho a la identidad.

Dr. José García Falconí, respecto a la identidad, manifiesta: "El derecho constitucional a la identidad, es un derecho a ser reconocido en "su peculiar

42 DR. GARCIA FALCONI, José. El Derecho Constitucional a la Identidad, artículo publicado en <http://www.derechoecuador.com>.

43 Corte de Casación Italiana, sentencia del 22/6/85 citado por Fernández Sessarego, "Derecho a la Identidad" Buenos Aires, Astrea, 1996 p 86.



realidad", con los atributos, calidad, caracteres, acciones que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo"⁴⁴.

Este aporte permite establecer que el derecho a la identidad, un concepto con el cual comparto, ya que contiene todo lo que hemos venido explicando acerca del derecho a la identidad, dando a conocer que se trata de una garantía jurídica constitucional, por lo cual la persona tiene derecho a ser reconocida, de acuerdo con los atributos que lo distinguen de las demás que integran la sociedad, además de permitir conocer la procedencia genética de una persona, permite tener un nombre, a conocer su historia y familia, a formar parte de una nación, también permite conocer el conjunto de rasgos físicos, cualidades, valores, costumbres y demás aspectos que caracterizan a un individuo o colectivo de individuos, permite establecer su individualidad en el sentido social, psicológico, y sobre todo jurídico que es lo que trataremos con mayor primacía, pues incluye hasta rasgos culturales, que son propios de cada ser humano y de la sociedad de la que éste forme parte activa.

En efecto, el derecho a la identidad es concebido como un derecho básico fundamental, en torno al cual giran una gran serie de otros derechos, pues como ya lo hemos visto anteriormente, es proclamado en varios de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, haciendo hincapié en el respeto a las diferencias y no discriminación, libertad de pensamiento⁴⁵, opinión⁴⁶, y conciencia, y por tanto se constituye en un ideal a alcanzar en la sociedad, una vez dotado de identidad al ser humano, se garantiza el derecho a la individualidad y se hace factible la idea de titularidad de otros derechos.

44 GARCÍA FALCONÍ, José, El Derecho Constitucional a la Identidad, artículo publicado en <http://www.derechoecuador.com>.

45 Artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.»

46 Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.»



1.2.2.1. El derecho a la identidad en la Constitución de la República del Ecuador.-

Desde la Constitución Política de 1998 en el Art. 23 ya se reconocía y garantizaba el derecho a la identidad, y mencionaba los derechos civiles, al decir “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas el derecho a la identidad, de acuerdo con la ley” ⁴⁷.

Posteriormente en la Constitución de la República de 2008, señala en el Art. 66 “Se reconoce y garantizará a las personas: ...28. El derecho a la identidad personal y colectiva, (...); lo que guarda relación con los Arts. 32 y 78 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación⁴⁸.

La actual Constitución de la República, señala que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno, en ese momento comienza la libertad de vivir y la consecuente protección estatal, así lo recalcan los Arts. 44 y 45 de la Constitución⁴⁹ de la República del 2008; aclarando que el derecho a vivir es de manera digna.

En su artículo 66, refiriéndose a los derechos de libertad de las personas, es aquí donde se deduce que es un derecho de mucha importancia y semejante a otros derechos fundamentales como la vida, integridad personal, libertad e igualdad ante la ley y no discriminación, en su numeral 28, reconoce:

El derecho a la identidad personal y colectiva, a tener nombre y apellido, debidamente registrados y sobre todo a conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la

47 Constitución Política del Ecuador de 1998 en el Art. 23.

48 art. 28. De la constitución Política del Ecuador.- 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.

49 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010.



nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales,⁵⁰ es decir a través de esta parte del precepto constitucional, se reconoce el derecho a la identidad, como garantía de individualización de la persona en su núcleo familiar y social, y siendo el derecho a la identidad una garantía constitucional, se hace necesario que todas las normas se adecúen en cuanto fuese necesario para proteger, garantizar y en caso de ser preciso sancionar la violación de este derecho.

1.2.2.2. El derecho a la identidad en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.-

El Código de la Niñez y la Adolescencia es el cuerpo legal vigente en el Ecuador, que tiene como sujetos protegidos a los niños, niñas y adolescentes, este Código ha regulado y legislado también acerca del derecho a la identidad, en su art. 33 en donde de manera precisa expresa que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad⁵¹, y a los elementos esenciales de la persona como lo son el nombre a lo que también le incluye el apellido, la nacionalidad y sus relaciones de familia, y señala que el Estado es el encargado de salvaguardar y proteger este derecho de los menores.

Analicemos cada uno de los elementos que el Código de la Niñez y Adolescencia busca precautelar por ser parte importante del derecho fundamental de la Identidad:

1.- El nombre y apellido: Que debe entenderse como el nombre propio y el cual nos sirve para individualizar a una persona dentro de la familia y sociedad⁵², en nuestro país generalmente se hace el uso de dos nombres propios y el apellido que sería como un tercer nombre el que le sigue a los nombres propios de una persona y el que se transmite por lo general de padres a hijos.

50 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 21, art. 66.

51 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, art.33.

52 APUNTES JURÍDICOS EN LA WEB, martes 1 de marzo de 2016.



Esta observación la hago por el hecho de que jurídicamente, el nombre y el apellido son dos atributos diferentes, pero ambos indispensables, al momento de determinar la identidad de una persona.

2.- La nacionalidad: Es una condición que reconoce a los niños, niñas y adolescentes la pertenencia a un estado o nación, tiene la doble vertiente de ser un derecho fundamental y constituir el estatuto jurídico de las personas, lo que conlleva una serie de derechos y deberes políticos y sociales y tiene la finalidad de permitirles identificarse con determinada formación social, en lo cultural, religioso, idioma, etc.⁵³

3. - Las relaciones de familia: Considerando que la familia, es la unidad social primaria y universal, entonces las relaciones de familia son elementos que forman parte de la relación del niño, niña y adolescente, con su núcleo familiar, formando vínculos personales y sólidos, que permiten su desarrollo integral de los menores, y de allí la importancia que dentro del seno familiar, estas relaciones sean de la mejor manera inculcando el respeto hacia los demás.⁵⁴

Parte de la identidad de los niños, niñas y adolescentes, es sin lugar a dudas la cultura, y las manifestaciones que la distinguen:

El art. 34 del Código de la Niñez y la Adolescencia, hace referencia al derecho de los niños, niñas y adolescentes a conservar fortalecer, proteger e incluso recuperar su identidad espiritual, cultural, religioso, sociales, etc.,⁵⁵ permitiendo a los menores identificarse con las raíces culturales de la nación a la que pertenecen, el Estado está en la obligación de ejecutar por todos los medios posibles, una protección eficiente contra cualquier tipo de obstrucción o alteración, del derecho a la identidad cultural y tradicional, sobre todos a los miembros de este grupo vulnerable de la sociedad.

53 <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198262624/EstructuraOrganica.html>

54 En este link, se podrá tener conocimiento de normas básicas para mejorar las relaciones familiares, <http://www.medciencia.com/como-mejorar-las-relaciones-familiares/>

55 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, art.34.



Un medio para garantizar el derecho a la identidad, es proceder inmediatamente a la identificación, siendo este el hecho de que el niño o niña, sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento, derecho que se encuentra protegido en el Código de la Niñez y la Adolescencia, de conformidad con el art. 35:

“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”⁵⁶

Además, el Código de la Niñez y la Adolescencia, establece algunas normas para la identificación de los niños y niñas y lo hace en el artículo 36⁵⁷ Normas para la identificación:

Este artículo nos habla de la certificación de nacido vivo, el documento a través del cual la institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento de un niño o niña, certifica sobre este hecho, en este certificado deberá constar la identificación de las huellas dactilares de la madre, así como la identificación plantar del recién nacido y cuando se produzca la inscripción tardía del nacimiento de un niño, niña o adolescente, se deberá registrar en la correspondiente ficha, la identificación dactilar del menor.

Si se desconoce la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente, deberá ser inscrito con el apellido del progenitor que lo inscribe, pero aún subsiste el derecho a que pueda ser reconocido legalmente por el otro progenitor en el momento que sea.

56 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, art.35.

57 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, art.36.



Cuando se desconozca o sea imposible determinar la identidad y el domicilio de los dos progenitores, el niño, niña o adolescente será inscrito, previa la correspondiente orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país. En estos casos se respetará el nombre con el cual ha sido conocido el menor, y se tomará en cuenta su opinión en los casos en que sea posible, este párrafo tiene aplicación especialmente en el caso de menores abandonados.

En los casos en que se desconozca la identidad de los dos progenitores, la inscripción podrá solicitarla la persona encargada de la protección del niño o niña, o por la Junta de Protección de Derechos, además el Jefe Cantonal de Registro Civil, debe poner el caso a conocimiento de la Defensoría del Pueblo, de la jurisdicción correspondiente, a efecto de que sea este organismo a través de sus representantes, sea el que inicia las acciones extrajudiciales tendientes a esclarecer y determinar fielmente la filiación del niño o niña.

Cuando se dieren casos que determinen la sustitución, confusión o privación de la identidad o de sus elementos como ya los analizamos anteriormente, el Registro Civil, está en la obligación de adoptar los procedimientos inmediatos para restablecer este derecho sin costo alguno para la persona afectada.

“Los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país, tienen el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma. Las autoridades del Registro Civil tienen la obligación de inscribir estos nombres sin ningún tipo de limitación u objeción”⁵⁸

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 (...); siendo este documento de uso tanto público como privado, con el cual nos identificamos ante los demás, en los próximos

58 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, art 21.



capítulos desarrollaremos las normas que la Ley de Registro Civil contiene para garantizar este derecho.

De esta forma podemos comprender de mejor manera que el Derecho a la Identidad, es de gran importancia y en nuestra legislación se encuentra regulada y protegida, garantizando de esta manera a los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, el disfrute pleno de este derecho y por ende los otros derechos que se adquieren a partir del reconocimiento individualizado como personas.

1.3.- LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, COMO TITULARES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.-

Determinar el inicio de la personalidad de los infantes, manifestando que el uso que hago éstas palabras hace referencia tanto a niños, niñas y adolescente, manera de designar a todos los seres humanos que no han alcanzado los 18 años de edad, dejando de lado el término “menores” que ha sido utilizado anteriormente, pero que trae problemas de calificación, considerándole sinónimo de inferioridad⁵⁹; luego de esta aclaración continuo manifestando que el inicio de la personalidad de los infantes es fundamental, para que posteriormente se pueda ser titulares de derechos y obligaciones, en nuestra legislación en el Código Civil en su art. 60, asocia el inicio de la personalidad y de su existencia legal desde que es separada completamente de su madre⁶⁰, de esta forma y para que este artículo armonice con la finalidad de los Tratados Internacionales y demás legislación ecuatoriana, y garanticen a los menores el derecho fundamental a la Identidad, de que sean inscritos inmediatamente después de su nacimiento, requisito esencial y con lo que adquieran una nacionalidad, nombre y apellido, filiación, y a ser “alguien” en la sociedad⁶¹.

59 CONVENIO DE LA HAYA, de 5 de octubre de 1961, sobre protección de menores.

60 CÓDIGO CIVIL, Corporaciones de Estudios y publicaciones, Ecuador- Quito, 2010.

61 VIÑAS FARRÉ, Ramón, La protección de los niños, en el derecho internacional y en las relaciones internacionales, Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona 2010.



Los niños, niñas y adolescentes, han sido reconocidos como sujetos de derechos, no sólo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino como lo hemos visto anteriormente incluso en convenciones internacionales orientadas a la protección específica de los niños, niñas, y adolescentes, por ser considerados grupos vulnerables.

En su sentido más amplio, recordemos que la niñez abarca todas las edades del niño, desde que es un lactante recién nacido hasta la pre adolescencia, y la adolescencia es un periodo en el desarrollo biológico, psicológico, sexual y social inmediatamente posterior a la niñez y que comienza con la pubertad, hasta la adultez.

El Art. 4.- Código de la Niñez y Adolescencia⁶², que Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad y Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad, también el Art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño manifiesta:"Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"

El derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas. Implica también la incorporación como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a todo el conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, establece estos derechos y define los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes, tales como el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección

62 CÓDIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a enero de 2010.



contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social.

Teniendo como principios fundamentales de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la no discriminación; interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales⁶³

Por lo tanto al aceptar las obligaciones que impone la Convención, los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional.

Dicho de otra forma los Estados parte de la Convención están obligados a llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño⁶⁴.

El Ecuador fue el primer país de Latinoamérica en suscribir la Convención Sobre los Derechos del Niño, en 1990, ocho años más tarde, la Constitución de la República reconoció, por primera vez, que los niños y niñas son ciudadanos y afirmó el principio del interés superior del niño, más tarde también se reconoce y se afianza la protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y forman parte de las normas contenidas en la Constitución 2008 de la República del Ecuador:

El art. 35 de la Constitución:

“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, (...), recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (...)"⁶⁵.

63 Convención sobre los Derechos del Niño.

64 http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf, pág. 45

65 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 11



Esta disposición determina que los niños y adolescentes tienen el carácter de grupo de atención prioritaria, y que por su condición física e intelectual los niños, niñas y adolescentes presentan ciertas cualidades de vulnerabilidad que los hacen merecedores de una protección especial frente a los demás sectores de la población.

El artículo 44 de la Constitución:

“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 (...)”⁶⁶. Estableciendo que la sociedad, y la familia tienen la obligación de promover el desarrollo integral de niños a adolescentes, asegurando para ello que puedan ejercer plenamente sus derechos en cualquiera de sus ámbitos.

El Art. 45 de la Constitución:

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al 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 (...)”⁶⁷, es decir hace referencia a todos los derechos y garantías que amparan y garantizan al hombre como sujeto de derechos; pero por el carácter de vulnerables les reconoce especialmente el Estado, a los niños, niñas y adolescentes.

Los niños, niñas y adolescentes como sujetos protegidos por el Código de la Niñez y la Adolescencia, están establecidos en su Art. 2: “Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta

66 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial

Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 13

67 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial

Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 14



que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código”.

El Art. 14 Código de la Niñez y Adolescencia, expresa que “Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, (...), y cualquier norma oscura o incompleta deberá interpretarse de acuerdo al principio de INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”, a manera de ejemplo y haciendo una breve referencia, en cuanto al tema de pensiones alimenticias, siempre se actuará de acuerdo al principio PRO INFANTE, es por esto que al momento de presentar una demanda por alimentos, desde ese mismo instante el niño adquiere el derecho de alimento, en cuanto a el incidente de aumento de pensión alimenticia, una vez resuelto por la autoridad competente, si dicho aumento se aprueba, el mismo tiene efecto retroactivo y se considera por lo tanto desde la fecha de presentación del incidente, y en el caso de incidente de rebaja de la pensión alimenticia, que por regla general es presentada por el alimentante, quien una vez que se ha resuelto por la autoridad competente y si ha dado mérito para que se declare con lugar el incidente, éste se considerará desde la fecha de la resolución del mismo, sin considerar la fecha en que dicho incidente fue presentado; es claro y evidente que siempre se actuará en función de lo que más beneficie a los niños, niñas y adolescentes; y no habrá justificación alguna para la violación o negación de dichos derechos, ya que como bien lo manifiesta el mismo artículo, “el bienestar del niño, niña y adolescente⁶⁸ consiste en el óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de los derechos fundamentales de los que es titular, en óptimo desarrollo personal es en diversos ámbitos(...)”⁶⁹.

68 NAVAS NAVARRO, S. “El bienestar y el Interés. ob. cit., pp. 693-694.

69 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, R.O. No. 737 del 3 de enero del 2003, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 20.



El principio del interés superior del niño en materia de derechos de la personalidad toma más fuerza, considerando la idea de que todo menor debe considerarse como titular de los derechos de la personalidad, al ser algo inherente a la dignidad de la persona, pero que en la práctica se presentan variados problemas en cuanto al ejercicio de estos derechos por si mismos⁷⁰, debido a que carecen de condiciones necesarias de madurez, es por tal motivo que surte la exigencia de protección sea por parte del Estado, así como los adultos que se encuentren más próximos a los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en este problema o que atraviesen vulneración de estos derechos.

Es decir que siempre se buscara actuar de acuerdo a lo más beneficioso o actuar en interés del menor.⁷¹

En el Art. 15, encontramos lo siguiente:

“Titularidad de derechos.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad (...)"⁷².

Es así que tanto en la Constitución de la República, leyes internas e incluso en instrumentos internacionales de protección a los niños, niñas y adolescentes, suscritos por el Ecuador, en los cuales se busca de manera específica y prioritaria el resguardo de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos jurídicos y por lo tanto se les reconocen derechos y garantías específicas y propias de su edad, entre ellos el reconocimiento de su derecho a la Identidad, al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifiesta que el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad”.

70 ZUMAQUERO GIL, Laura, *El interés del menor en los tribunales españoles*, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid 2010, pág. 39.

71 Conclusión extraída del estudio de la doctrina comparada sobre este particular. Véase M.A ASEÑSIO SANCHEZ, *La patria potestad...*, cit., p. 68

72 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, R.O. No. 737 del 3 de enero del 2003, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 21.



“Es un derecho humano el cual se encuentra correlacionado con otros derechos como: el derecho a un nombre propio⁷³, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad”⁷⁴. Ya que toda vez, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad innata del ser humano, el Estado está en la obligación de garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

De esta manera queda claro que todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano, esto constituye la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo no solo se refiere a rasgos o señales físicas, biológicas, fisiológicas o psicológicas sino también su personalidad frente a su familia, sociedad y ante el mismo Estado, y se identifica como tal.

1.4.- OBJETO DEL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD.

Los derechos de los niños, niñas ya adolescentes son derechos humanos⁷⁵, por lo tanto el derecho a la identidad, es considerado como derecho fundamental, y tiene como propósito atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones, y el objetivo es alcanzar la protección especialmente del niño en todo aspecto y circunstancia, pues a lo largo de la historia desafortunadamente siempre ha existido un trato injusto con los niños, es por tal motivo que tanto organizaciones internacionales y nacionales se han visto en la obligación de crear proyectos de ley y protección a los niños, niñas y adolescente y sobre todo sin dejar de lado que cualquier, actos o decisión afecte el principio pro infante o más comúnmente conocido como interés superior del niño⁷⁶.

73 En concordancia con el CÓDIGO CIVIL, en su artículo 19 “derecho de llevar un nombre” pero entendiéndose, el derecho de llevar nombres y apellidos

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos

75 BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, Universidad Autónoma de México, 1993.

76 Convención de los Derechos del Niño, art. 3.1.



La identidad de una persona es el conocimiento de su origen, de saber quiénes fueron sus padres, su país o ciudad de nacimiento, y el marco familiar que conformó su entorno al venir al mundo, pero muchas personas son desarraigadas de su vínculo biológico por distintas razones: por ser abandonados por sus progenitores de sangre, porque éstos no pudieron hacerse cargo de ellos por motivos económicos o de salud, o porque fueron separados los hijos de sus padres dolosa, o al ser raptados para diversos fines, por estas causas, el derecho a la identidad, en busca de proteger a los niños, niñas y adolescentes, alcanza un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en un Estado de Derecho, y democrático, como lo es Ecuador, pues permite el derecho al voto de manera voluntaria a los adolescentes, y constituye, por consiguiente, un medio para el ejercicio de derechos facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades, convirtiéndose en la principal causa del porque el Derecho a la Identidad debe ser plenamente protegido.

Por mandato constitucional del derecho a la identidad personal también surge el derecho a la filiación.

Vale la pena mencionar el art. 16 numeral 3 de la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: “Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”.

Al respecto, el artículo 24 del Código Civil⁷⁷ 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 o dentro de una unión de hecho;

⁷⁷ CÓDIGO CIVIL, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, julio 2010.



- b) Por reconocimiento voluntario del padre, madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente la maternidad o paternidad.

Así, para Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁷⁸, “la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”

Entonces 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 guardando estricta relación con el derecho a la identidad, por cuanto ámbito el ámbito del derecho a la identidad, 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.

Para este efecto y para la protección del derecho a la Identidad especialmente de los niños, niñas y adolescentes, se debe regularizar el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de ellos y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del INTERES SUPERIOR de la niñez y adolescencia.

Recordemos que el interés superior del niño, tiene por objetivo principal, como ya lo hemos revisado, el proteger de forma integral a los niños, niñas y adolescentes, que por su falta de madurez física y mental, requieren protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, y su inobservancia no puede justificarse por la falta de normativa expresa o ambigüedad de la existente.

El tratadista italiano De Cupis, “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

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA en su obra DERECHO DE FAMILIA. Véase también <http://ley.se-todo.com/law/5108/index.html?page=66>



un derecho esencial y concedido para toda la vida”⁷⁹, concepto que abarca lo manifestado anteriormente acerca de este fundamental derecho, el derecho a ser uno mismo, “el derecho a ser el ser que auténticamente sé es, es el derecho al reconocimiento de la propia identidad”⁸⁰, un conjunto de normas que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, a identificarse como personas, a conocer ampliamente aspectos de su condición y de su familia, aunque parece mentira en nuestro país existe un porcentaje considerable de niños, niñas y adolescentes que no saben quiénes son sus padres, ni que día nacieron, ni siquiera sus verdaderos nombres, simplemente se identifican con un sobrenombre que se les adjudica debido a su condición física, o considerando cualquier otro aspecto de su persona, pero nada proveniente de la filiación, pues como lo hemos manifestado en líneas anteriores, el derecho a identidad, es un derecho humano que se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quien y que es una persona, el cual se hace efectivo con un nombre y apellido, una identificación y una nacionalidad, estos forman un conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona dentro de su familia y sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derecho de que se trate y a las circunstancias en que se presenten para cada uno de los individuos.

Considerando Identidad como Circunstancia de ser una persona o cosa en concreto y no otra, determinada por un conjunto de rasgos o características que la diferencian de otras⁸¹, como el conjunto de rasgos propios de un individuo que los caracterizan frente a los demás, también es la conciencia que una persona tiene respecto de sí misma y que la convierte en alguien distinto a los demás.

79 <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/11/22/el-derecho-constitucional-a-la-identidad>.

80 Alicia Pierini “Prefacio” en Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales. Ministerio del Interior, El derecho a la identidad: Los avances científicos. La regulación jurídica y los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), Buenos Aires, Buenos Aires SEM, 1993.

81 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.



Cabanellas define el Derecho a la identidad como: “*el hecho comprobado de ser una persona, constituyendo la determinación de la personalidad individual a los efectos de relaciones jurídicas*”.⁸²

Con el objetivo de protección a los derechos en general de los niños, niñas y adolescentes, La Constitución de la Republica vigente, establece que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia (SNDPIA) creado en el 2003, por el Código de la Niñez y Adolescencia, será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos. En el Ecuador uno de los desafíos para garantizar efectivamente los derechos de la niñez y adolescencia consiste en fortalecer el SNDPIA, principalmente a nivel de cantones del país, y para ello el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), ha considerado clave e importante el promover activamente la elaboración de agendas políticas consensuales entre los cantones de cada provincia.⁸³

Además el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dispone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs) ejercerán competencias destinadas a asegurar, proteger y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, y señala como mecanismo la asignación de al menos el diez por ciento de sus ingresos no tributarios para la atención a los grupos de atención prioritaria, de los cuales son parte los niños, niñas y adolescentes.

1.5. ASPECTOS DE LA IDENTIDAD.-

El derecho a la identidad comprende una faz estática y una faz dinámica ⁸⁴ como lo analizaremos a continuación las características de cada uno de estos aspectos.-

82 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Tomo 4, Editorial Heliasta. Buenos Aires- Argentina, 2006.

83 TOLEDO, Edgar, MIL MANOS QUE PROPONEN, Graficas Hernández, Ecuador 2012.

84 Ver Fernández Sessarego, Carlos, “Aspectos jurídicos de la adecuación de sexo”, en *Revista Jurídica del Perú* año XLVIII n° 16 julio-septiembre 1998.



1.5.1. ESTÁTICA.-

Inmodificable o con tendencia a no variar.

La faz estática esta conformada por el cuerpo humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, fecha de nacimiento, nombre y apellido, etc.; ha sido desde la antigüedad reconocida por el derecho y se relaciona con lo biológico, dactiloscópicos, la nacionalidad, los rasgos físicos y fundamentalmente se integra por los elementos inmutables de la naturaleza. Se los considera estáticos porque generalmente esos datos son invariables, inmodificables.

1.5.2. DINÁMICA O VIVENCIAL.-

Mutable en el tiempo.

Engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc. un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona, que tienen que ver con su desarrollo vital, su proyección social. En este sentido, se relaciona con el derecho subjetivo, el derecho del individuo, el derecho personal, es decir se remite a las ideas, conductas y actuación del ser humano que permite que sea reconocido tal cual es.

Constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales

Según la doctrina, ambos aspectos son inseparables, y no es posible la proyección histórica de la existencia del hombre, características que forman parte del aspecto dinámico de la identidad, sin que encuentren la debida seguridad de los elementos del aspecto estático⁸⁵, de la identidad; entonces si consideramos el Derecho a la Identidad como un derecho fundamental,

⁸⁵ El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Nora Lloveras-Marcelo Salomón. Editorial Universidad. Buenos Aires. Año 2009.



cualquier atentado, violación o transgresión en cualquiera de sus niveles sea este estático o dinámico, se convierte en una terrible agresión al individuo, y por ende vulnerando su derecho fundamental.

1.6. NIVELES DE CATEGORIZACIÓN:

1.6.1. PERSONAL.-

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad oficial en que consigne su nombre, apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad, esto es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

1.6.2. SOCIAL..-

La inscripción en el Registro Civil y la concesión de la nacionalidad le proporcionará al recién nacido la capacidad jurídica. Es decir, será reconocido como miembro de la sociedad, por lo que tendrá una serie de derechos y obligaciones. Además, tendrá acceso a los diferentes servicios necesarios para desarrollarse y construir su vida y su porvenir, como la educación y la sanidad.

La identidad les permite a los menores beneficiarse de la protección legal, al ser amparados por sus padres y el Estado. Podrán beneficiarse del régimen de protección de menores vigente en el país, que se encargará de protegerlos contra las diferentes muestras de maltrato y explotación.

1.6.3. HUMANO.-

El ser humano considerado como portador de características únicas, irrepetibles e insustituibles, que lo diferencian del resto de especies existentes y entre estas particularidades resaltan la conciencia, la capacidad de expresarse manifestando sus ideas a través del lenguaje, conocimiento sobre sí mismo, de su alrededor, de sus estados emocionales, tendencia a la



autorrealización, capacidad de elección, creatividad y desarrollo en una sociedad, facultades naturales que le permiten transformar la realidad⁸⁶.

El derecho a la identidad articula el derecho a la libertad, al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas, a la seguridad personal, a tener un nombre, a la protección de la familia y al derecho a la verdad. Pero por sobre todas las cosas, el derecho a la identidad está íntimamente ligado al núcleo esencial de lo que son los derechos humanos: el respeto de la dignidad de todas las personas. Pues no podría concebirse el respeto a una vida digna si no se respeta el derecho a la identidad.⁸⁷

Las obligaciones que tiene el Estado y medidas que debe adoptar para asegurar a las niñas, niños y adolescentes, y que plenamente puedes ser aplicadas en la actualidad, todo con la finalidad de protección a los derechos de este grupo vulnerable de nuestra sociedad:

1. Atención que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral a sus derechos;
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica.
3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad.
4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

86 Definición del ser humano, Internet: <http://psiquis.foroactivo.com/t26-definicion-del-ser-humano>.

87 CONADI, Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad: El trabajo del Estado en la recuperación de la identidad de jóvenes apropiados en la última dictadura militar, Buenos Aires, 2007.



5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes difundidos a través de cualquier medio que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género.
8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentren privados de su libertad.
9. Protección, cuidado y asistencia cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas⁸⁸
10. Garantizar el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes desde el momento mismo de su nacimiento, por este motivo se están llevando a cabo mecanismos de protección a este fundamental derecho⁸⁹, y de acceso inmediato y gratuito, mecanismos que los explicaremos en los próximos capítulos.

En el artículo 1, del Código de la Niñez y la Adolescencia, expresa que este Código tiene la finalidad de regular lo concerniente a la protección que el Estado ecuatoriano, la sociedad y la familia están en la obligación de garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, garantizando y contribuyendo a su desarrollo integral, y al pleno goce de sus derechos, siempre en miras al principio del interés superior de la niñez y la adolescencia.⁹⁰

88 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. No. 449 de 20-X-2008, Editorial

Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 14

89 CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, R.O. No. 737 del 3 de enero del 2003, Art. 1, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 1

90 CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, R.O. No. 737 del 3 de enero del 2003, Art. 1, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2010, pág. 1



Siendo las garantías de protección al derecho a la identidad, las mismas que garanticen al ser humano en todo su ser, como un solo ente, es decir garantizar el derecho a la identidad en todos sus aspectos y niveles de categorización, pues resultaría imposible de dividir y garantizarlos por separados.

1.7. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

El Dr. José García Falconí manifiesta en resumen que las características del derecho a la identidad son las siguientes:

- a) Vitalicio.- Para toda la vida;
- b) Universales.- Todas las personas gozamos de este derecho;
- c) Innato.- Surge de la propia naturaleza humana, son anteriores al poder estatal, y se adquiere desde el momento mismo del nacimiento⁹¹;
- d) Irrenunciables.- Nadie puede renunciar a este derecho;
- e) Originario.- Goza de extrema protección contra las indebidas perturbaciones.

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, su madre, y demás parientes, y esto sin duda contribuye a la identificación de una persona.

Haciéndose indispensable que todos los adultos entiendan que tienen una responsabilidad con todos los niños, niñas y adolescentes, que intervengan y denuncien en toda situación que considere sospechosa de ser una violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

⁹¹<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2010/11/22/el-derecho-constitucional-a-la-identidad>.



CAPITULO 2

2. IDENTIDAD E INTEGRACIÓN

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.

2.1. IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRACIÓN CON LA SOCIEDAD.-

Los derechos de la infancia están plenamente contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño⁹², como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, y es de carácter obligatorio para los Estados firmantes⁹³, por lo tanto el Ecuador se encuentra subordinado en esta Convención, al ser el primer país en América y el tercero en el mundo que ratificó la Convención en 1990⁹⁴.

A partir de su aprobación, se han producido grandes cambios y avances en el mundo en miras a la protección de los derechos de los niños y niñas, siendo este el objetivo principal de esta convención, y se ha buscado mejorar todos los ámbitos en los cuales se desarrollan, ya sea en cuanto servicios públicos o privados como salud, educación, vivienda, protección especial de los malos tratos, explotación y violencia, y lo más importante salvaguardar su origen, su derecho a la identidad.

Al respecto tenemos el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, en donde garantiza que el niño o niña debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento, con lo cual se hace titular a un nombre y apellido y por tanto

92 Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

93 Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. art. 7 numeral 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

94 Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, 20 de noviembre, 25 años de la convención de los derechos del Niño. <http://www.igualdad.gob.ec/> . visita 21 de abril de 2016.



a todos los demás derechos que por su condición le pertenecen⁹⁵, de esta manera estableciendo la responsabilidad de los padres para este cometido sobre sus hijos, sin dejar de lado la responsabilidad estatal, que mediante esta Convención obliga a preservar el derecho a la identidad, nacionalidad y relaciones familiares, filiación y todos los demás elementos que este derecho bordea, de los niños y niñas.⁹⁶, recordemos que la inscripción en el Registro Civil, única institución designada para este fin, le proporcionará al niño o niña la capacidad jurídica, reconociéndolo como parte de la sociedad, al mismo tiempo que posibilitará que el niño, niña o adolescente se sienta identificado como tal, y debido a tal circunstancia, se encuentra sometido a un régimen estatal y posee una serie de derechos y obligaciones⁹⁷.

2.2 PROBLEMAS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.-

Si bien es cierto que en los últimos años se ha buscado ir mejorando y garantizando el derecho a la identidad, no es menos cierto que todavía se han registrado varios problemas a la hora de hacer efectivo este derecho, errores como en la consignación de datos, cobros indebidos para la obtención de los documentos, solicitud de requisitos no previstos ni necesarios en las normas, y que debido a la pérdida de tiempo y dinero para la obtención de los mismos, muchas veces se restringe este derecho; la falta de capacitación de los registradores civiles y falta de información adecuada, clara y precisa a los ciudadanos, sobre lo beneficioso que resulta inscribir y por lo tanto identificar a cada persona en sociedad, es entonces cuando nos preguntamos ¿qué sucede cuando nos encontramos restringidos de este derecho, restringidos de saber

95 Art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque no define ni regula el derecho a la identidad como tal, establece ciertos derechos de niñas y niños vinculados con el mismo, como el derecho a ser inscrito al nacer y el derecho a adquirir una nacionalidad, art. 24.- 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

96 Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Art. 8 numeral 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.

97 Revista Defensa y Justicia, No. 2, Defensoría Pública del Ecuador. www.defensoria.gob.ec
19 de abril de 2016.



quiénes somos, violentando nuestro derecho a la identidad?; antes de dar una solución acertada, analicemos los problemas que podrían suscitar al violentar dicho derecho, pues recordemos que el derecho a la identidad es un derecho complejo, porque abarca otros derechos; entonces si se violenta o restringe el primero por ende los demás derechos no tendrían razón de ser.

De allí surge lo que podemos llamar “problemas del derecho a la identidad”, los cuales se verán reflejados especialmente en consecuencias negativas que acarrean el no tener un nombre y apellido, al no saber quiénes somos, y las repercusiones en los demás derechos que les pertenecen a los niños, niñas y adolescentes en nuestro país, y que lo constituyen como sujeto de derechos.

Resultaría extensa la lista de cada uno de los derechos que se verán afectados al privar del derecho a la Identidad a los niños, niñas y adolescente, pues si a un recién nacido no se confiere este derecho por ende carece de personalidad y de la posibilidad de ser titular de los demás derecho.

En este capítulo analizaremos algunos de los problemas que se hacen presentes considerando que los mismos no han tenido un trato adeuda en nuestra legislación para regularlos de manera expresa, y que necesitan ser analizados a y para que puedan surgir normas concretas al respecto, debido al mismo hecho que todos los problemas vinculados con los derechos de los niños y niñas son más complejos debido a que esta rama del Derecho debe regirse bajo principios propios e incluso diferentes al derecho en general, como por ejemplo el interés superior del niño.

2.2.1. EDUCACIÓN E IDENTIDAD.-

Pues bien, analicemos el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la educación⁹⁸, en donde se debe garantizar el desarrollo de la personalidad del menor, es aquí donde surge el problema de no tener identidad, en primer lugar

98 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, art. 13 numeral 2, inciso a, b, c, d y e; norma que expresa y garantiza el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes.



porque para acceder al derecho a la educación, como requisito necesario e indispensable, es que el niño, niña o adolescente debe tener un nombre y apellido, es decir estar debidamente inscrito en el Registro Civil, y este elemento se constituye en una manifestación de su identidad⁹⁹, suponiendo que el caso de que determinado niño, niñas o adolescente se encuentre cursando en la escuela o colegio, no transcurre demasiado el tiempo en que dicho requisito se hace necesario, y es entonces cuando los padres optan por retirar a sus hijos de los establecimientos educativos, como anécdota debo comentar que hace tres años, llegó a la oficina jurídica donde hasta la actualidad laboro, un adolescente, bueno eso es lo que el manifestaba diciendo que cuenta con 16 años de edad, y que él sabía eso por referencia de vecinos del sector de donde él vivía, pues le manifestaban que es el tiempo aproximado en que la madre alumbró, y debido a consecuencias del parto falleció, y que desde entonces había transcurrido esos años; también manifestaba que se llama NN, como en el barrio lo conocían, solicita de la ayuda de los abogados, comentando que en el establecimiento educativo donde estudiaba ya el primero de bachillerato, le expulsaron, y los fundamentos de la expulsión fueron por no presentar su partida de nacimiento, requisito imposible de cumplir por él ya que hasta ese entonces no estaba legalmente inscrito en el Registro Civil. Es así que fue un acto que causó indignación, pues si la presentación de la partida de nacimiento es indispensable, porque no se presiona para la misma sea presentada en sus inicios y no esperar a que el adolescente se encuentre cursando años superiores y tomar tal decisión; lo más recomendable hubiese sido que los directivos del centro educativo lo ayudaran para hacer efectivo el derecho a la identidad de él; por parte de la oficina jurídica realizamos el correspondiente trámite para inscribirle en el Registro Civil, en primer lugar acudimos al Registro Civil, Identificación y Cedulación, para solicitar los requisitos para proceder a la inscripción, en esta caso la inscripción tardía; tuvimos que sacar la fe bautismal, (que tampoco existía), el certificado de nacido vivo (otro requisito que tampoco tenía), pues su madre había alumbrado en su domicilio, asistido por una comadrona, para lo

99 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. Art 24.



que se hizo indispensable localizar a esta señora, para que colabore con una declaración juramentada de que atendió el parto, así como de dos testigos más que daban fe que el adolescente efectivamente era hijo de esa persona, y que la misma había fallecido luego del parto, sin proceder a inscribirle, además de que desconocían quien era el padre; fue con estos documentos que procedimos a la inscripción del adolescente, y quien pudo terminar sus estudios, y más que nada se convirtió en titular de derechos y tiene un nombre y un apellido, dejando de lado el apodo con el que todos en su alrededor lo conocían.

2.2.2. APÁTRIDAS.-

Cuando los niños, niñas y adolescentes no constan en ningún registro o no hay constancias legales de su existencia, en allí donde nace la figura de los menores invisibles para la sociedad, acarreando como consecuencias la discriminación, exclusión, explotación y la privación de derechos como titular de los mismos, en el caso de los adolescentes resultaría imposible demostrar su verdadera edad, y podrían ser considerados como adultos, si no se aplica lo determinado en el art. 5 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁰⁰, restringiendo aún más sus derechos, por lo general, los menores afectados por esta circunstancia viven en el seno de una sociedad pobre y marginada.

Con este término se designa a las personas que carecen de nacionalidad, este problema se origina debido a la falta de inscripción o registro oficial del nacimiento de un niño o niña, sea por motivos de los progenitores, porque el Estado al que pertenecen no presten suficiente protección para llevar a cabo la inscripción o por simple descuido de quienes deban cumplir con dicha tarea, entre otros causas, si bien ya analizamos, la nacionalidad constituye un elemento fundamental del Derecho a la identidad, entonces al encontrarse privado de uno de sus elementos, se vulnera el Derecho a la Identidad, y por

100 Código De la Niñez y la Adolescencia, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, 2012, art. 5.- Presunción de edad.- Cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña antes que adolescente, y que es adolescente antes que mayor de dieciocho años. .



ende quien se encuentre en esta situación será considerado un apátrida¹⁰¹, invisible ante la sociedad, y acarreando como consecuencias negativas para su desarrollo, integración o realización, y ser excluidos de todos sus derechos fundamentales.

Al respecto la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas firmada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, en su artículo N. 1, define el término apátrida de la siguiente manera.- “A los efectos de la presente Convención, el término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”¹⁰².

Las causas de que los niños, niñas y adolescente resulten perjudicados con esta situación¹⁰³ son muy diversas, como lo mencionamos anteriormente, esto se hace notorio especialmente en niños que pertenecen a familias de escasos recursos económicos, minorías poblacionales, e incluso a menores que son abandonados o separados del seno familiar, sea cual sea la causa, hace que no puedan acceder a un registro de su identidad cuando nacieron, pese a que nuestra Constitución, y leyes secundarias como el Código de la Niñez y Adolescencia, no reconocen, regulan y garantizan expresamente las situaciones y casos de apatriadía, como una situación aislada, o concreta, pero sí reconocen expresamente el derecho a la nacionalidad, a partir del cual el estado tiene la obligación de desarrollar todo un marco normativo legal que posibilite prevenir y proteger efectivamente situaciones y casos de apatriadía;

101 Apátridas.- Esto significa que los menores perderían su identidad oficial y su nacionalidad, invisible ante los ojos de la sociedad. CABANELAS DE TORRES, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Tomo 1, Editorial Heliasta. Buenos Aires- Argentina, 2006

102 Convención sobre el Estatuto de los apátridas, Texto de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9610.pdf?view=1> 20 de abril de 2016.

103 existen dos clases de apátridas:

a) Los apátridas de iure (jurídicamente): cuando en el ámbito internacional los diferentes países no reconocen el derecho a la identidad de un determinado Estado y los habitantes del mismo, es decir no son reconocidos como nacionales de ningún Estado conforme a su legislación.

b) Los apátridas de facto (son apátridas en la práctica pero no según la ley): cuando un determinado Estado le niega la nacionalidad a una persona debido a la falta de documentos de carácter legal (la partida de nacimiento), o no pueden esperar que el Estado del que son ciudadanos les brinde protección sea por problemas económicos o tensiones internas <http://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>



recordemos que el derecho a la nacionalidad es definido constitucionalmente como el vínculo jurídico-político de las personas con el estado y establece dos vías para su reconocimiento: por nacimiento y por naturalización¹⁰⁴.

Siendo la convención sobre el Estatuto de los apátridas, ratificada por el Ecuador el 2 Octubre de 1970, el primer instrumento internacional específico para regular y mejorar el estatus de las personas apátridas y posibilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales sin ningún tipo de discriminación¹⁰⁵. Aunque esta convención se basaba en la garantía de derechos de las personas sin nacionalidad y no en procedimientos para determinar si una persona es apátrida; la manera de otorgar la nacionalidad a los que no la tienen; y las medidas de prevención, conjuntamente para dicho se consideró la Convención de 1961, y se enfoca en la reducción de los casos de apatriadía, y establece salvaguardas claras y concretas, que los Estados deben implementar con el fin de prevenir y reducir la apatriadía.

Aunque también esta condición puede ser resultado de que en un momento dado los Estados dentro de los cuales vivimos, desaparezcan y las personas no podamos obtener la ciudadanía o nacionalidad de los Estados que le sucedan, también se puede observar que sea el resultado de represalias en contra de una minoría étnica, racial o grupo vulnerable que viven en zonas fronterizas, sin que ninguno de los Estados les concedan la nacionalidad, también nace esta figura cuando se renuncia a una nacionalidad sin antes haber adquirido otra, estas son diversas las formas que dan origen al tal estado de los seres humanos, limitando sus derechos.

Es entonces cuando nace la exigencia que cada uno de los Estados o la comunidad internacional proteja a sus individuos como ciudadanos, y den a

104 Diagnóstico sobre la apatriadía en Ecuador, No. 29, Apartheid y derechos humanos, <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/apatriadiaydh/articulos/Cadenapdf.pdf> . 18 de abril de 2016.

105 Convención sobre el estatus de los apátridas. 1954. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9610.pdf?view=1> . 18 de abril de 2016.



conocer a sus habitantes, que es una apátrida, las causas que generan esta situación, y las gravísimas consecuencias que este estado acarrea.

En nuestro país, el tema de la apatridia es poco conocido, desde el año 2000, Ecuador se ha convertido en un país donde la movilidad humana tiene diversas expresiones: emigración, inmigración y refugio; se han venido presentando algunos casos de apatridia, así como casos de no nacionales sin papeles que se encuentran en los denominados “limbos jurídicos migratorios”¹⁰⁶, similares a la apatridia, e incluso que no han podido registrar el nacimiento de sus hijos a consecuencia de las resoluciones emitidas por el Registro Civil, que complican el proceso de inscripción, consecuentemente estas situaciones están creando nuevos espacios que de hecho están generando apatridia en el país.

Un fenómeno que antes parecía lejano, está más cerca de lo que parece y como consecuencia hoy en día muchas personas en el país se encuentran sin la posibilidad de ejercer efectivamente su derecho a la nacionalidad, es aquí donde se puede apreciar la importancia del derecho a la nacionalidad de todos los individuos, pues es una consecuencia natural de la existencia física, Estado – personas, vínculo del cual surge derechos y obligaciones recíprocas.¹⁰⁷

2.2.3. READECUACIÓN DE SEXO.-

En el caso de presentarse esta necesidad tanto médica o como decisión personal, es de gran importancia el CONSENTIMIENTO INFORMADO por parte de quien va a permitir esta práctica médica sobre su cuerpo; en el caso de los niños, niñas o adolescentes, en cualquier acto o decisión siempre

106 En los últimos años en el Ecuador se han identificado casos y situaciones de personas en condición migratoria irregular que dada su situación no pueden contar con la protección de un estado y ejercer sus derechos relativos a la nacionalidad efectivamente. En el Ecuador se ha visualizado este tema en particular con las personas de nacionalidad cubana. De manera que los cubanos que se quedan en el Ecuador y que lo hacen quedando en situación irregular, no pueden ejercer sus derechos como ciudadanos ya que no cuentan con una estadía legal en el país. Asimismo, si son detenidos, no pueden ser deportados ya que el estado cubano no permite la deportación de ciudadanos que hayan estado fuera del país por un período mayor a 11 meses. En otras palabras, los ciudadanos cubanos que permanecen en el Ecuador, lo están haciendo sin protección alguna de un Estado.

107 Cabe mencionar que la nacionalidad se puede adquirir por el ius soli (derecho de suelo) o lugar de nacimiento y el ius sanguinis (derecho de la sangre) es decir que los hijos adquieren la nacionalidad de los padres. ROSATI Horacio, Derecho a la Identidad, Argentina, pág. 275.



prevalecerán sus derechos, orientadas siempre a prevalecer el interés superior de éstos, a más de considerar que debido a su falta de conciencia, los padres o quienes se encuentren con la responsabilidad de velar por ellos deben tomar decisiones que no perjudiquen su integridad personal.

Sobre la READECUACION DE SEXO DE UN MENOR, en primer lugar siempre debe primar el principio de privacidad familiar, al respecto tenemos la siguiente sentencia de la Corte Constitucional, Martinez A. Sentencia T-477 de 1995. Bogotá D.C, con ponencia del magistrado doctor Alejandro Martínez Caballero:

Narración de los hechos.- Los padres de NN, manifestaron que cuando su hijo tenía seis meses de edad, le fueron cercenados los órganos genitales externos por una perrita. El menor fue trasladado de emergencia a un hospital, y en donde se le practicó la operación de “meatotomía” ¹⁰⁸, los padres dieron la autorización para la cirugía de su hijo, pero claro nunca se aprobó que los padres hayan consentido en el cambio del sexo del menor, sino de la historia clínica se desprende que fueron los médicos quienes a criterio propio, tras considerar el accidente como un justificante, impulsaron y desarrollaron la reasignación de sexo del niño, sin medir consecuencias posteriores, pero no termino allí la intervención quirúrgica, sino seis años después de lo sucedido se sometió al menor a otra operación, con la finalidad de continuar “mejorando” su apariencia genital de niña.

Luego de la última intervención, el niño rechazó su readecuación de sexo y expresó su deseo de ser hombre. Por ello, acude ante el personero municipal¹⁰⁹ para que le presente la tutela que le ampara su identidad de varón.

108 Una forma de modificación del pene en la cual el lado inferior del glande es dividido.

109 Las Personerías son un ente del Ministerio Público que ejerce, vigila y hace control sobre la gestión de las alcaldías y entes descentralizados; velan por la promoción y protección de los derechos humanos; vigilan el debido proceso, la conservación del medio ambiente, el patrimonio público y la prestación eficiente de los servicios públicos, garantizando a la ciudadanía la defensa de sus derechos e intereses.



El fallo de primera instancia, hace referencia a la defensa de los derechos del niño aunque termina denegando la tutela; y simplemente ordenó la corrección de la partida de nacimiento del menor reconociéndolo como varón. El asunto pasa a conocimiento de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, que mantiene la siguiente tesis.-

1) Que los médicos no pueden practicar la readecuación del sexo de un menor, justificando su actuación con la autorización de los padres del infante, sino que se requiere el consentimiento informado del menor.

Los niños no son propiedad de nadie, ni son propiedad de sus padres, ni de la sociedad. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercer su libre albedrío no sacrifica aquélla.

La tragedia del niño a quien un perro le cerceno los genitales externos, acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mí” porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás, y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad, primacía o esencia.

La Corte establece que el tratamiento médico, salvo los casos de urgencia, sólo puede llevarse a cabo cuando el paciente haya expresado personalmente su consentimiento. Esta aceptación es calificada por la Corte como “consentimiento informado”, que no es otra cosa que la existencia como libertad, es decir, la posibilidad del hombre de elegir entre varias opciones. A juicio de la Corte, en este caso no puede hablarse de una situación de urgencia que pusiera en peligro la vida del menor y que sustituyera su consentimiento, máxime si se toma en consideración que los médicos proyectaron el cambio de sexo de previo a la obtención de la autorización escrita de los padres, realizándose la operación un mes y diez días después de la mutilación.

Lo más adecuado en este caso hubiera sido practicar la meatotomía al niño en el momento del accidente de tal modo que pudiera cumplir sus necesidades fisiológicas básicas y posteriormente esperar a que este alcanzara la mayoría



de edad o estuviera en pleno uso de razón para que él mismo definiera tanto su género como su sexualidad, de manera que el joven tuviera toda la autonomía para decidir lo que quería ser, respetándose su decisión por encima de cualquier otra decisión; los médicos mientras tanto solamente debían limitarse a acatar la decisión del paciente y facilitarle los medios para lograr su fin.

Así las cosas, la Corte estimó que ni siquiera los padres en ejercicio de la patria potestad pueden decidir por un menor en casos trascendentales que puedan afectar su dignidad humana. Ya la jurisprudencia de la Corte había hecho la distinción entre aquellos tratamientos ordinarios que no vulneran la autonomía del menor y en los que los padres pueden decidir por el hijo como por ejemplo en el caso de las vacunas, de aquellos extraordinarios que imponen de manera coactiva “modelos de vida y de virtud contrarios” a los del menor. Consecuentemente, la Corte concluye que no es posible la readecuación de sexo sin la autorización expresa del paciente pues se ubica dentro de esta última categoría¹¹⁰.

2) La Corte Constitucional manifiesta “El derecho a la identidad y más la identidad sexual, presupone un derecho constitucional a la dignidad”.

El sexo constituye un elemento inmodificable de la identidad de determinada persona y sólo ella, puede consentir una readecuación de sexo y aún más de género. Porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados, ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para el contorno dentro del cual vive, obligando prácticamente a que se haga a la idea del género que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”¹¹¹.

La justificación se encuentra en que los menores son personas libres e independientes. Si a ello sumamos el hecho de que el sexo constituye un

110 READECUACION DE SEXO DEL MENOR/CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE, Sentencia No. T-477/95. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm> 17 de abril de 2016.

111 MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia, Editorial ABC, Décima Tercera Edición, Colombia 2011.



elemento de la identidad de la persona, no gozan los padres de capacidad jurídica para autorizar este tipo de tratamientos. En el caso que nos ocupa, la identidad del menor fue afectada por la mutilación pero no destruida en su totalidad; prueba de ello es que “la naturaleza del menor se rebeló”, manifestando de forma clara su condición de varón.

Para la Corte, 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. Esa superioridad fue instituida justamente en favor del desarrollo de la personalidad y protección a la dignidad del menor como ser humano¹¹².

Dentro de la protección a la dignidad humana, cobra especial relevancia el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹³, y la Corte dio énfasis a la frase final del artículo, en relación a los experimentos médicos o científicos no consentidos, considerando que sólo en los casos en que la persona adulta o menor de edad, manifieste su aceptación expresa, podrán ser practicados¹¹⁴.

En este sentido la Corte Constitucional resolvió conceder al niño la protección de los derechos fundamentales a la identidad, la dignidad y libre desarrollo de la personalidad y confirmó la orden que se había dado en primera instancia

112 READECUACION DE SEXO DEL MENOR/CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE, Sentencia No. T-477/95. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm> 17 de abril de 2016.

113 Artículo 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

114 Artículo 8 convención de los Derechos del Niño.- 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.



para corregir el nombre en la partida de nacimiento, respaldada en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8¹¹⁵.

Es importante resaltar que la readecuación de sexo no es un asunto meramente anatómico y fisiológico sino que tiene unas implicaciones psicológicas y sociológicas vitales que tienen que ver directamente con la dignidad y con el desenvolvimiento social de las personas; por eso el acompañamiento posterior a la cirugía debe ser también responsabilidad médica hasta que el paciente quede totalmente readecuado y adaptado a su nuevo sexo sin ningún tipo de traumatismo o secuela, aclarando que en este caso no existió ambigüedad sexual puesto que se trató de un accidente de la infancia, mas no de una condición innata del paciente, por lo tanto el abordaje del tema debe ser diferente enfocándose más en los atropellos de los padres y médicos en contra del niño cuyas connotaciones alcanzan el ámbito humano, social y legal. Se puede decir entonces que las verdaderas ambigüedades se encuentran es en las explicaciones de los médicos frente a sus actuaciones quienes creían que estaban haciendo un bien pero en realidad estaban completamente equivocados al no contar con la voluntad del paciente, violentando su autonomía es una condición esencial para el ejercicio real de los derechos sexuales y reproductivos. En el caso de los adolescentes, ella es adquirida a través del tiempo, en razón de la evolución de sus facultades, de su edad y madurez. Así pues el ejercicio de la autoridad cualquiera sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al niño considerando los principios de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten¹¹⁶.

En la siguiente sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Azuay, podemos analizar otro caso de violación al

115 Extraído del libro Juventud e Identidad. III Congreso Internacional 25, 26, y 27 de septiembre de 1997, 20 años de lucha de Abuelas de Plaza de Mayo. Tomo II, pág. 45-59.

116 READECUACION DE SEXO DEL MENOR/CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE, Sentencia No. T-477/95. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm> 17 de abril de 2016.



derecho a la identidad, en el que debido a negligencia de terceros, se vulneran los derechos de los menores¹¹⁷:

Narración de los hechos.- La madre del adolescente NN, y manifiesta que el día 23 de febrero de 1999, ha alumbrado en una entidad de salud pública de Cuenca, a un niño de sexo masculino, además manifiesta que el padre de su hijo, ha iniciado en el juzgado de Girón, un proceso por impugnación de paternidad en contra del adolescente, por lo que el Juez de dicha jurisdicción ordena a las partes proceder a realizarse la prueba de ADN, pero con la sorpresa reiterada de dos exámenes de que los resultados indicaban que se excluye tanto a la mujer y al hombre de ser madre y padre biológico del adolescente.

Motivo por el cual la compareciente, ha requerido al Director del Hospital accionado se conceda copias certificadas del historial de nacimientos registrados en la misma fecha en que ella alumbró, para de esta manera tratar de ubicar el paradero de su hijo biológico, manifestando que esto constituye una negligencia gravísima de parte del Hospital accionado, violando protocolos de identificación preestablecidos, violación del derecho a preservar la identidad del menor.

Por todo lo manifestado la compareciente solicita que en sentencia se declare su calidad de víctimas de violación de los derechos fundamentales por parte del Hospital accionado, por negligencia gravísima y que como reparación inmaterial el accionado proporcione a su costa un grupo de especialistas a fin de recibir atención y ayuda psicológica suficiente para superar los traumas ocasionados por esta negligencia gravísima; y que se remita el expediente al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para que se proceda a la liquidación económica de los haberes ocasionados por el padecimiento espiritual producido.

117 Juicio N. 05701-2015, Fallo dictado por el Tribunal de la Sala de lo civil y Mercantil del Azuay. 21 de agosto de 2015. Véase anexo al final del capítulo.



El Representante Legal de la institución accionada a través de su patrocinador contestando la demanda expone que: Rechaza e impugna el calificativo de negligencia gravísima, y el Director Regional de la Procuraduría General del Estado, quien manifiesta su adhesión a los fundamentos de improcedencia y negativa del Hospital, en cuanto alega no existe más allá de un supuesto, y por lo tanto no existe la certeza de que los hechos se dieron como se supone, que opera la inversión en la carga de la prueba, con relación a la ruta crítica.

En el análisis del caso, afirman que la acción deducida por la compareciente SI ES LA PROCEDENTE, pues el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a su identidad, constan de la Ley Suprema y de instrumentos internacionales, pues su fundamento es la dignidad humana, es parte del interés superior de un niño, niña o adolescente el poder conocer su procedencia, saber quiénes son sus padres, el marco familiar y social que conformó su entorno al venir al mundo, mantener una relación filial y familiar concordante con su realidad biológica, pues solo de esta manera el menor puede ejercer íntegramente su derecho a la identidad, el mismo que le va a permitir el desarrollo de su personalidad, para lo cual el Estado está obligado a su asistencia y protección, y cuando existe vulneración de un derecho constitucional, aquella debe ser reparada; corresponde entonces determinar, si esta grave vulneración del derecho a la identidad del hijo no biológico de la accionante y del hijo biológico de aquella, es atribuible a la responsabilidad de la Institución accionada; y, con la prueba apotizada se colige que dicha institución efectivamente cae en este gravísimo hecho de Negligencia.

La Corte sentencia que el Hospital, ha violado el derecho constitucional a la identidad del adolescente, por lo que entonces la institución accionada en forma inmediata procederá a realizar las gestiones que se requieran para ubicar a los menores nacidos en esa misma fecha y en dicha Casa de Salud y, proceder así mismo a realizar cuanta prueba fuere necesaria, a fin de poder identificar a los padres biológicos del adolescente, supuesto hijo de la compareciente, así como también al hijo biológico de la accionante. Como parte de la reparación inmaterial el accionado proporcionará un grupo de



especialistas a fin de que el menor y su familia reciban atención profesional y ayuda psicológica.

Afortunadamente en esta sentencia dictada por la corte y reformando la sentencia de primera instancia, se consideró el interés superior del menor y actuando a favor de los derechos fundamentales, ordena que se realicen todas las gestiones necesarias para restituir el derecho a la identidad del menor, claro sin hondar en las repercusiones de tal hecho que se generen en el menor.

Las personas que nacen intersexuales, atraviesan por una seria complicación a la hora de definir su sexo, es por tal razón que necesitan apoyo, familiar, emocional, psicológico y médico, pues todos éstos contribuirán a estabilizar esta situación, y de allí la persona podrá poner en una balanza sus inclinaciones, y sobre todo decidir si ser hombre o ser mujer, cabe resaltar que esta decisión se dará en edades de la adolescencia y adultez, pues en la niñez, podría afirmar que es el núcleo familiar o social los que influyen de manera directa sobre la personalidad del niño o niña, por tal razón creo conveniente o más acertado y lógico colaborar con un ambiente de tranquilidad hasta que sean ellos mismos los que decidan sobre su cuerpo, sobre su sexo y sexualidad, pues las cirugías que se realizan son irreversibles.

Juan Carlos Jorge, profesor del Departamento de Anatomía y Neurobiología, de la Escuela de Medicina del Recinto de Ciencia Medicas de Puerto Rico, manifestó en el Congreso de Derechos Humanos, con el tema de género y sexualidad que: “La clase médica ha sido asignada con la responsabilidad social de clasificar a todo el mundo por sexo. Pero sucede que en los casos de intersexo no es tan fácil” ¹¹⁸, pues presente algunos ejemplos que fueron clasificadas como mujeres al momento de su nacimiento, pero se desarrollaron como hombres y viceversa, y no por esta razón se los debe considerar como

¹¹⁸ Dilema de asignar un sexo a un bebé intersexual. ¿Qué pasa cuando ese pequeño crece y se identifica con un sexo que no ha sido el escogido para él o para ella? Jueves, 3 de septiembre de 2015 8:14 am. <http://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/dilemaadeasignarunsexoaunbebeintersexual-2094679/>



“ciudadanos de segunda clase”. Las personas a las que se les asignó quirúrgicamente un sexo de bebés, atraviesan otro problema durante su desarrollo, pues no se encuentran satisfechos con esa asignación, y al tratar de cambiar sus documentos personales se les presenta una serie de inconvenientes e inconsistencias.

Si desde un primer momento elegimos el sexo del bebé, ¿qué pasaría cuando el pequeño ser humano comienza a desarrollarse y se identifica como un sexo que no es el mismo que ha sido escogido para él o ella?, podríamos decir que se trata de una violación a la dignidad humana, porque se toma una decisión en la que la criatura no participó, sino que solo intervino el médico, hemos de suponer que es con la mejor intención del mundo y el consentimiento de los padres, quienes también en ese instante atraviesan una situación complicada, y no consideran que no se tratan de emergencias, y que la vida del menor no está en peligro; la propuesta es dejar que los menores crezcan lo suficiente como para participar en la decisión sobre sí mismos!.

2.3. DERECHO A LA IDENTIDAD E INTIMIDAD.-

La protección a los derechos fundamentales, en especial el derecho a la identidad y a la intimidad también se ve afectado en el sector de las comunicaciones electrónicas, la expansión del Internet, ha generado un desafío para las leyes que regulan la protección de datos personales¹¹⁹, pues su objetivo primordial es obtener medios para garantizar los derechos protegidos y evitar abusos.

De allí nace otro problema, el llamado Robo o usurpación de Identidad, que se debe del término identity theft, con el que se quiere expresar la situación que se encuentra una persona cuando un tercero ha obtenido crédito, o adquirido bienes y servicios a su nombre mediante la apropiación de datos, o su documento de identidad sustraído o extraviado generalmente sucede cuando

119 FERANDEZ DELPECH Horacio, Derecho a la Intimidad y Protección de Datos Personales. Heliasta S.R.L, Argentina 2009.



una persona se hace pasar por otra¹²⁰, asumiendo su personalidad, y se hace notoria en cualquier clase de fraude y que ocasione la perdida de datos personales, para actividades ilícitas, ocasionando además problemas económicos y daño de la reputación y aspecto personal de la víctima.

Debido a la gran cantidad de datos disponibles hoy en día sobre cualquier persona, en la actualidad, en bases de datos, y en especial fuentes públicas como el internet, han permitido esta nueva forma de uso ilícito de la información personal, permitiendo generar registros o conocer datos privados de las personas llegando a ocasionar violaciones de sus derechos humanos¹²¹. Por este motivo en los principios de reglamentación de fichas o registros virtuales de datos personales, que regula las Naciones Unidas, manifiesta:

“Toda persona que demuestre su identidad tiene derecho a saber si se está procesando información que le concierne, a conseguir una comunicación inteligible de ella sin demoras o gastos excesivos, a obtener las rectificaciones o supresiones adecuadas cuando los registros sean ilícitos, injustificados o inexactos y, cuando esta información sea comunicada, a conocer los destinatarios...”¹²².

2.3.1. EFECTO FACEBOOK.-

Haciendo un breve referencia, tenemos el caso del llamado Efecto Facebook, que ha pasado de ser una pequeña empresa dirigida desde un dormitorio de la Universidad de Harvard a convertirse en una de las redes sociales más populares del mundo. Cuenta con cientos de millones de personas inscritas, un valor de mercado incalculable, es mucho más que una red social. Su relevancia alcanza niveles que pocos se hubieran atrevido a pronosticar. Ha sido la plataforma de comunicación de grandes políticos, y es ya una gran plataforma para las campañas publicitarias.

120 Robo de identidad. https://es.wikipedia.org/wiki/Robo_de_identidad. 20 de abril de 2016.

121 Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales, A.G. res. 44/132, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 211, ONU Doc. A/44/49 (1989).

122 Conocer tu identidad es tu derecho. Secretaría de Derechos Humanos. En <http://www.conadi.jus.gov.ar>, Biblioteca digital. 21 de abril de 2016.



Además se evidencia que en la mayoría de los casos, los adolescentes, son quienes con mayor frecuencia tienen acceso directo a estas páginas sociales, en comparación con los niños y niñas, pero no siempre se identifican con sus verdaderos nombres, más bien usan pseudónimos, o una simple conjugación de letras, para identificarse dentro de este gran grupo social.

2.4. CRISIS DE IDENTIDAD.-

Erik Erikson describe a la crisis de identidad como “Uno de los conflictos más importantes que enfrentan las personas durante su vida” ¹²³.

Al referirnos a la crisis de identidad, no hablamos de un día únicamente si no de un período de tiempo en el que esa persona tiene dudas sobre sí mismo, donde la persona se siente perdida y en ocasiones asustada ante la idea de no saber muy bien quién, un periodo en el que la persona experimenta profundas dudas sobre sí misma, acompañadas de sentimientos de vacío, soledad e incluso baja sensación de existencia, esta situación a veces está camuflada bajo otro tipo de síntoma como puede ser la angustia, temores, incapacidad para tomar una decisión, repeticiones inconsciente y todo aquello que originan sentimientos de vacío y de soledad, de incomprendión y extrañeza sobre uno mismo.

Nos hacemos reiteradamente preguntas trascendentales sobre nuestra vida; todos, en algún momento, hemos escuchado hablar sobre la crisis de los 30, los 40, etc. Generalmente se les llama crisis porque uno se enfrenta a un cambio psíquico, a las fantasías que tenía sobre cuando cumpliera 30, 40 o 50 años, también son momentos en el que uno se plantea qué es lo que ha hecho en la vida o cuando uno es consciente del paso de los años.

También puede suponer la base de una crisis de identidad un cambio brusco en la vida de la persona como puede ser la jubilación inesperada o pérdida del trabajo, divorcio, la muerte de una persona allegada ¹²⁴, etc.

¹²³ Bienestar 180. Crisis de identidad. <http://bienestar.salud180.com/salud-dia-dia/sufres-crisis-de-identidad> 22 de abril de 2016.



A pesar de que puede resultar una experiencia angustiosa, las crisis de identidad suelen tener como resultado la construcción de quiénes somos, se produce un momento de crecimiento personal que puede favorecer salir de este período con más seguridad, sirven para ir construyendo lo que somos como personas, puede considerarse como la antesala del crecimiento.

Sin olvidar que esta llamada crisis de identidad, es desde un punto de vista psicológico, sin tener más relación con lo que ha derecho a la identidad se refiere.

2.5. IDENTIDAD DE GÉNERO.-

Tenemos también la identidad de Género, que no debe confundirse con identidad sexual u orientación sexual, sino más bien es la percepción de la misma persona a sentirse hombre o mujer, a continuación revisemos algunos aspectos respecto al tema, y de esta forma logremos tener una visión más clara de lo tratado.

El derecho a la identidad es un derecho complejo, como lo hemos venido estudiando, que no se encuentra correctamente tutelado para muchas personas en situación de vulnerabilidad, entre ellas los ciudadanos LGTBI¹²⁵, los mismos que definen al derecho a la identidad de esta manera:

124 México DF. ¿Sientes que todo lo haces mal y la mayoría de tus comportamientos o pensamientos son negativos? Quizá estés viviendo alguna crisis de identidad que no te permite ver tus metas u objetivos que debes cumplir, te damos los siguientes tips:

1. Medita. Lo primero que debes hacer es analizar qué es lo que quieras y qué cosas de ti no te gustan (físicas, psicológicas y espirituales). Descubre qué es lo que te causa ansiedad y estrés.
2. Descubre lo que te hace feliz. No todo en tu vida son cosas negativas, así que haz un esfuerzo y descubre todo aquello que te llena de vida y energía para que te sirvan como motivadores para salir adelante.
3. Nunca te compares. Valora todo lo que te rodea y traza metas para obtener todo lo que deseas. Cada ser humano es diferente y único, tanto física como espiritualmente, así que solo busca lo que te haga feliz y no trates de impresionar a los demás.
4. Aumenta tu confianza. Para salir de la crisis de identidad y encontrar nuevamente tu camino debes confiar en ti mismo, en tus capacidades y cualidades. ¡Acéptate tal cual eres y trata de mejorar los aspectos negativos!

125 El Derecho a la Identidad de los ciudadanos LGTB. Agustín Grandez Mariño. <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/El-Derecho-a-la-Identidad-de-los-Ciudadanos-LGTBI-Agust%C3%ADn-Gr%C3%A1ndez.pdf> 19 de abril de 2016.



“Para definir y entender al derecho a la identidad, deberemos comprenderlo a través de estas dos dimensiones, la estática y la dinámica, se necesita de ambas para que el derecho a la identidad pueda ser plenamente ejercido.

Es dentro de este componente dinámico que se configura lo que definiremos como identidad de género. Entenderemos esta como:

*(...) la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.”*¹²⁶

GRAGORIO MARAÑON, quien apoyado en estudios biológicos, ya en los años veinte del siglo pasado, afirmó que la ciencia de algún modo apoyaba a las doctrinas restrictivas de la actuación social y sexual de la mujer. Entonces éste precursor sostuvo que las diferencias sexuales del hombre y la mujer comenzaban a no existir y nunca llegaban a ser totales, además afirmó que las diferencias de los dos sexos no eran tan profundas, que las características y las funciones sexuales primarias no determinaban el ámbito de las actividades sociales de cada uno de los roles sociales de las personas. Concluyendo que para este autor “no existía ni el varón puro ni la hembra pura”¹²⁷.

La identidad de género y sexual, significa reconocerse, aceptarse, asumirse y por lo tanto actuar como un ser sexuado y sexual¹²⁸.

126 NACIONES UNIDAS. Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los Derechos

Humanos. Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero.pdf>

127 PINILLOS, Luis. Marañon, transgresor de su época en Salustiano del Campo.

128 Persona y personalidad. Ser sexuado. http://perso.wanadoo.es/enriquecasones/antropologia_3/19.htm revisado 25 de abril de 2016.



Concluyendo de esta forma que: Dentro del componente dinámico encontramos a la identidad de género, identidad que busca reconocer la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.

2.6. ORIENTACIÓN SEXUAL.-

Se refiere al sentimiento de atracción sexual y emocional hacia una persona del mismo sexo (homosexual), el sexo opuesto (heterosexual) o hacia ambos sexo (bisexual), dicha atracción aparece espontáneamente en la niñez y se va reafirmando en la adolescencia.

En el proceso de orientación sexual el individuo toma conciencia de quien le atrae y al mismo tiempo recibe influencias de los cambios hormonales que vienen con la pubertad y del entorno social que puede incentivar este proceso¹²⁹.

El comportamiento sexual más común es la atracción por el sexo contrario.

2.6.1. HOMOSEXUALIDAD.-

La etimología de esta voz, que confunde a muchos, no está en el latín HOMO (hombre) sino en el griego HOMOS (igualdad o semejanza)¹³⁰. Pero no solo se puede entender que homosexual como sinónimo exclusivo del hombre que tiene trato sexual con otros del mismo sexo, sino también hace referencia a las lesbianas.

En la legislación moderna se dan situaciones muy contrarias. En España por ejemplo a los homosexuales les alcanzaba las medidas de seguridad, muy parecidas a las penas previstas para el *estado de peligrosidad social sin*

129 LÓPEZ, Silvia. CASTILLO, Jessica. JERVES, Monserrath. Desarrollo del Adolescente. Universidad de Cuenca. Programa VLIR-IUC. Derechos de autor CUE-001093.

130 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico. Tomo 4. Heliasta, 2006.



delito¹³¹, y por el contrario en la puritana Inglaterra en 1970 se derogaron las penas existentes contra los homosexuales.

Es una atracción romántica, atracción sexual o comportamiento sexual entre miembros del mismo sexo, como orientación sexual, la homosexualidad es “un patrón duradero de atracción emocional, romántica y/o sexuales” a personas del mismo sexo.¹³² Es decir consiste en la satisfacción erótica con personas de mismo sexo, hombre – hombre, mujer-mujer¹³³.

Países como el nuestro, por lo general adoptan una posición de indiferencia frente a los homosexuales y solo sancionan cuando sus prácticas ofenden la libertad, el honor, la seguridad sexual, o constituyen atentados contra la moral pública¹³⁴.

Para LUIS JIMENEZ DE ASUA, manifiesta que “en la época en que todos los actos humanos se ponían a cargo de la voluntad, parecía lógico castigar a los homosexuales, no ya en el caso de que trataran de practicar por la fuerza sus uniones extraviadas, sino incluso cuando sus actos contra natura se realizaban libremente entre personas de iguales tendencias o bien mediante un convenio voluntario estipulado, en este caso el castigo tenía lugar en defensa de las

131 La Ley española de 4 de agosto de 1933 consagró el criterio de la peligrosidad sin delito. El doctor Jiménez de Asúa establecía que esta ley, en la que tomaba realidad la doctrina del estado peligroso, era una ley defensiva y biológica, (v. LEY DE VAGOS Y MALEANTES.) Este concepto, técnico jurídico y sociológico, proviene de la Escuela positiva italiana, transformadora del criterio clásico de represión penal. Frente al principio de que no puede castigarse sino la acción previamente condenada por la ley, los positivistas, con criterio de prudencia defensiva para la sociedad, advertían de la amenaza representada por los sujetos de mala vida o cuyos antecedentes permitían, casi con plena evidencia, predecir un eventual y cercano ataque a las personas o alta sociedad, contra lo cual resultaría ingenuo esperar la agresión. La sociedad se halla en situación paralela a la de la persona individual que no ha de aguardar a que hagan fuego contra ella para iniciar su defensa, si ha descubierto la intención homicida de su enemigo.

El catedrático español Luis Jiménez de Asúa ha concretado la prevención del hecho delictivo al realizar interesantes estudios acerca de la peligrosidad social y del castigo sin delito. Era lo que el penalista español definía como estado de peligrosidad. Para los individuos que se encuentran en esta situación es preciso adoptar medidas de seguridad, antes de que el hecho delictuoso se produzca.

132 Significado de Homosexualidad.- <https://es.wikipedia.org>. consultado 13 de octubre de 2015.

133 PABON PARRA, Pedro Alfonso, DELITOS SEXUALES, La sexualidad Humana y su protección penal. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Colombia 2009.

134 BARRERA DOMINGUEZ, Humberto, Delitos Sexuales. Ediciones Librería del Profesional, Segunda edición. Colombia.



buenas costumbres”¹³⁵. Es así que aún existen en algunos países leyes vigentes proyectadas a castigar las uniones homosexuales practicadas sin mediar la violencia ni engaño, como el caso de legislaciones anglosajones, que reprimen estos casos de “perversión sexual” aunque no lesionen el patrimonio sexual de las personas ni la moral pública.

Al respecto se pronunció MANZINI, partidario de la represión penal del homosexualismo, pero que sería punible siempre y cuando “si del hecho se derivase escándalo público”¹³⁶, entonces interpretaríamos que lo que se sancionaba era la ofensa a la moral pública pero más no al homosexualismo en sí.

Los investigadores creen que la orientación sexual se desarrolla y cambia durante la vida de una persona. Tener sentimientos o inclusive una experiencia sexual con una persona del mismo sexo no necesariamente significa que una persona es “gay” o “lesbiana”. Simplemente se puede considerar que las personas experimenten con su sexualidad, especialmente durante la adolescencia y al comienzo de la edad adulta, quizá este el momento con el que definirán su orientación sexual.

Hasta la actualidad nadie ha podido definir con exactitud que causa la homosexualidad¹³⁷, manifestando de entrada que esta situación no se trata de ninguna enfermedad ni trastorno mental¹³⁸, se cree que se debe a los genes, a factores sociales, abusos sexuales, e incluso que es una consecuencia de hogares con problemas intrafamiliares, pero todos estos son solo presupuestos.

135 JIMENES DE ASUA, Luis, Derecho Penal. Tomo II, pág. 284.

136 MANZINI, Vicenzo, Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires 1945.

137 La palabra homosexualidad fue creada en 1869 por Karl Maria Kertbeny en un panfleto anónimo que apoyaba la revocación de las leyes contra la «sodomía» en Prusia.

138 Todas las organizaciones de salud mental inclusive la American Psychological Association, APA (Asociación psicológica estadounidense) han afirmado que la homosexualidad no es un trastorno mental.



Jurídicamente el matrimonio entre homosexuales o lesbianas, no está permitido en nuestra legislación, por la concepción elemental de que la familia tiene su origen en una relación heterosexual bajo la forma de matrimonio¹³⁹ o unión estable y permanente con diversos fines, entre ellos, la procreación, finalidad que debe ser excluida desde el punto de vista natural de la relación homosexual.

Y como todo, siempre habrá quienes no estén de acuerdo con esta situación, y se considere a los homosexuales como enfermos, causándoles repugnancia, creando perjuicios y discriminación, apareciendo la figura de la homofobia, es decir el pánico excesivo, cabe aclarar que es un pánico absurdo, en contra de los homosexuales, llegando a agredirlos, y más de una vez hemos escuchado los asesinatos ocurrido en contra de los homosexuales.

Es entonces donde nace la necesidad de lograr la igualdad y aceptación a las demás personas.

Para Luigi Ferrajoli en un Estado Constitucional el término “Igualdad” expresa que los “diferentes” deben ser respetados y tratados como iguales, y que siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. De esto se deduce que la igualdad jurídica, implica la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes¹⁴⁰.

2.6.2. HERMAFRODITAS O INTERSEXUALIDAD.-

Hace referencia al ser humano que reúne en sí, real o aparentemente los dos sexos, siendo a la vez hombre y mujer, o bien no siendo ni lo uno ni lo otro

139 Art. 81 del Código Civil, Corporaciones de Estudios y Publicaciones. Actualizado a junio de 2015..

140 FERRAJOLI, Luigi, *Derechos Fundamentales-La Ley del más débil*, págs.79/82, Trotta, 1999, España.



plenamente, también se define al ser humano que muestra caracteres que no son típicos de varón o hembra¹⁴¹.

Partamos entendiendo que la intersexualidad o hermafroditismo no es una patología, esta situación se presenta cuando una persona nace con una anatomía reproductiva o sexual que no encaja en lo que es masculino o femenino, es decir una persona puede nacer con formas genitales típicamente de una mujer, pero en su interior puede tener testículos, o viceversa, nacer con genitales externos típicos masculino, pero en su interior puede tener ovarios; o también una persona puede nacer con genitales de una forma en estado intermedio entre los típicos genitales masculinos y femeninos, por ejemplo, un bebé puede nacer con un clítoris más largo que el promedio, o carecer de la apertura vaginal; o puede nacer con un falo que se considera más pequeño que el pene promedio, o con un escroto que está dividido de manera que asemeja más unos labios vaginales, etc. O una persona puede nacer con una composición genética denominada de “mosaico”, es decir unas células tienen cromosomas XX y otras tienen XY, o sus cromosomas son XXY¹⁴². Es decir, a

141 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico. Tomo 4. Heliasta, 2006.

142 Una de las anomalías genéticas más habituales es la aparición de un cromosoma sexual extra, lo que provoca que el sujeto en vez de tener dos cromosomas que determinan el sexo tengan tres, es decir, en vez de XX o XY sea XXY. Se conoce como síndrome de Klinefelter, aunque muchos de los portadores del triple cromosoma sexual no llegan a desarrollar ningún síntoma.

Se presenta en uno cada 500 o 1000 nacimientos de varones, los hombres que tenían esta peculiaridad crecían sin ser conscientes de ninguna anomalía y desarrollaban una vida sexual normal. Incluso, en ciertos casos en los que hay bastantes células funcionando normalmente en los testículos estos hombres podrán tener hijos.

Los gametos con doble dotación de cromosoma pueden proceder de la mujer o del hombre. Es decir, puede tratarse de un óvulo que tenía doble dotación X o un espermatozoide que portaba X e Y, en ambos casos por un problema en la formación de estas células haploides.

El diagnóstico se produce ahora muchas veces en el embarazo, descubriéndose tras una amniocentesis o una biopsia de corión, en las que se analiza la muestra para descubrir anomalías genéticas. En otros casos, el diagnóstico puede ser durante la niñez por haberse detectado algún problema de desarrollo, en la adolescencia por una llegada de la pubertad o en la vida adulta, por problemas de fertilidad o de cáncer de pecho.

Los niños con XXY pueden tardar un poco más que lo habitual en aprender a hablar y también tener dificultades con la lectura y la escritura, nada que una atención especializada no pueda solucionar. Algunos son más tímidos que la mayoría, pero no hay un perfil obligatorio y la diversidad es muy grande entre ellos. Lo habitual es que el niño no de muestras de ninguna particularidad.

En algunos casos el problema en la adquisición del lenguaje puede ser más severo y algunos, pocos, de estos niños no hablan hasta los cuatro o cinco años.



aquellos seres vivos que tienen un aparato mixto capaz de producir células masculinas y femeninas¹⁴³.

Al ser una situación donde la mayoría de las veces, las dos partes se encuentran atrofiadas, suelen tener aspecto externo más de mujer que de hombre muy pocos son criados como chicas, debido a que la existencia de pequeño órgano viril suele conducir a creer que son chicos y a educarles como tales, lo que puede llevar a problemas de identidad sexual posteriores, pero una vez llegados a la pubertad, es entonces cuando la cirugía es necesaria para la definición de uno de los dos sexos, y donde se debe considerar la circunstancia de la persona, es decir saber con cuál de los dos sexos se encuentra plenamente identificado o identificada.

“Cuenta la mitología griega que el hijo de Hermes (dios de los efebos, jóvenes admirados por su hermosura) y Afrodita (diosa del amor) fue llamado Hermafrodito, y en él se conjugaron los ideales sexuales masculino y femenino. Su belleza era tal, que un día en que se bañaba en una fuente en Halicarnaso fue visto por la ninfa protectora de la misma, quien se enamoró en el acto y se abrazó a él sin pensar soltarlo, por lo que suplicó a los dioses que la fundiesen con su amado. Su plegaria fue escuchada, quedando ambos fusionados en un ser de gran belleza, que conservó el nombre de él y con el que se identifica

También hay casos en los que solamente parte de las células tienen el triple cromosoma, siendo las demás normales, solo XY, siendo en estos casos en los que es posible que estos varones lleguen a tener hijos.

En algunos casos el XXY se relaciona con individuos intersexuales, pero se trata de un porcentaje mínimo.

Síndrome de Klinefelter

Si el niño portador del XXY llega a desarrollar el síndrome de Klinefelter puede presentar algunas de estas características: ser alto y grueso, tener alteraciones dentarias, pene y testículos de pequeño tamaño o con malformaciones, falta de espermatozoides, depresión y otros trastornos emocionales, retraso en el habla, ginecomastia, baja autoestima.

El ser portador de un triple cromosoma sexual XXY va a darle al niño, sobre todo si se conoce previamente y se puede actuar si hay algún pequeño problema, una vida normal y es una alteración bastante habitual en el ser humano.

143 Orihuela, Alicante. “Hermafrodita, en Diccionario Dr. Pez”. España. Consultado el 12 de octubre de 2015.



hasta nuestros días a quien posee características sexuales de hombre y mujer”

¹⁴⁴

Los hermafroditas en las antiguas Grecia y Roma eran asesinados al nacer o al descubrirse su situación; fue más tarde que la condición de bisexual fue reconocida en los códigos civiles y canónicos, donde los padres podían elegir el sexo del hijo hermafrodita para educarlo así; pero posteriormente se le confería este derecho al propio sujeto al llegar a la pubertad, y a partir de ese momento asumir una conducta sexual acorde a su elección, lo cual resulta ser lo más lógico, el permitir que cada quien se manifieste como realmente se siente, se considere, y como quiere que los demás le consideren.

Aun cuando los casos son muy raros, y hasta los ordenamientos jurídicos guardan silencio respecto de los hermafroditas, y se podría hasta considerar que hasta que no se demuestre lo contrario se estará al sexo declarado en la partida de nacimiento.

Entre las pocas leyes que hablan del hermafroditismo tenemos a las que regulan el reclutamiento español del 27 de febrero de 1912 y el 19 de noviembre de 1915, en donde excluyen totalmente a los que tengan “deformidad de los órganos de la generación impropiamente llamada hermafroditismo” ¹⁴⁵.

En nuestros días, si bien el hecho de ser homosexual resulta una marca incluso en culturas y sociedades que se denominan de primer mundo, el hermafrodita es aún peor visto por considerarlo una aberración de la naturaleza, sin saber en realidad a qué debe su condición, algunos entendidos de la materia, consideran que el hermafroditismo se genera desde el periodo de embarazo cuando las

144 Salud y Medicinas. Hermafroditismo, ambos sexos en una persona. Lunes 26 de octubre del 2015, 11:49 am, última actualización. <http://www.saludymedicinas.com.mx/centros-de-salud/salud-masculina/articulos relacionados/hermafroditismo-ambos-sexos.html> 22 de abril de 2016.

145 CABANELAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico. Tomo 4. Heliasta, 2006



glándulas suprarrenales¹⁴⁶ de la mujer embarazada produce más hormonas masculinas de la normal, provocando alteración de los genitales externos.

En estos casos lo que se recomienda que desde el momento del parto se analice al recién nacido el área genital, con la finalidad de verificar si el bebé tiene anomalías en sus órganos genitales externos, y en caso de confirmar tal situación, buscar ayuda médica especializada y psicológica a fin de estabilizar con cuál de los dos sexos se encuentra identificado el menor.

En el caso de seudohermafroditismo femenino suele asignarse el rol de mujer, ya que existen las posibilidades de ser fértil; y sus órganos externos pueden ser reconstruidos como una vagina; y más aún si la persona se más inclinada a ser tratada como tal, esto sería lo más lógico de aplicar.

Cuando se trata de seudohermafroditismo masculino, la asignación del sexo es más compleja que en el caso anterior: como norma se recomienda adaptarse a aquél sexo que sea más fácil de reconstruir y presente menores complicaciones a largo plazo; en algunos casos será necesaria la extirpación de genitales internos que no alcanzaron a desarrollarse plenamente.

Revisemos la sentencia dictada por la Junta Cantonal de Protección de Derechos de Cuenca.

Los padres de una menor se presentan la denuncia ante esta institución, manifestando que por una situación médica desde el momento mismo en que nació, se han presentado confusiones que en un primer momento consideraban a la menor como niña, pero que posteriormente han observado en la menor que presentaba dolores en la parte baja del abdomen, en que el médico tratante manifestó que se trataba de una hernia, por lo que debía ser

146 Las glándulas suprarrenales son dos pequeñas glándulas de forma piramidal situadas cada una, a modo de capuchón, encima del polo superior de cada riñón. En su interior hay dos porciones de distinta composición y actividad diferente: la zona reticular elabora andrógenos, como la de hidroepiandrosterona, que actúan como hormonas sexuales masculinas; la zona fasciculada produce glucocorticoides; y la zona glomerular secreta mineral corticoides



operada de urgencia, luego de esto enviaron a que se realice los correspondientes estudios de lo que se extrajo del cuerpo de la menor, en cuyos resultado se determinó que se trataba de TESTICULOS DE LOCALIZACIÓN ECTOPICA¹⁴⁷ GLANDULA SUPRARRENAL DE LOCALIZACIÓN ECTOPICA DE LADO IZQUIERDO, con lo que se llega a la conclusión de que internamente sus genitales, así como los análisis médicos que se realizaron, llegan a la conclusión de que se trata de un niño, y que el menor también se define como un varón, para lo cual los padres contribuyendo y evitando si interferencia en la condición de su hijo, lo apoyan y acuden al Registro de la Propiedad, con fin de rectificar el nombre, pues anteriormente estaba inscrito con un nombre femenino, además que se hace contar el sexo como femenino, entonces proceden a los trámites para obtener la nueva identidad de su hijo, en el Registro Civil, les informan con los requisitos legales, y recomiendan a los padres que hagan un cambio de escuela, todo esto con el fin de evitar que el menor sea discriminado y se garantice la estabilidad emocional y psicológica de él, sin embargo se ha negado el cambio de nombre y sobre todo el sexo del menor, por lo que los padres solicitan a la Junta de Protección, se dicte las medidas de necesarias para que el Registro Civil asigne el nombre y sexo correspondiente.

Junta Cantonal de Protección de Derechos manifiesta que los tres elementos fundamentales marcan el proceso de la vida del niño en las circunstancias señaladas, igualdad, libertad y el desarrollo de la personalidad, derechos que deben ser observados por el Estado y de manera especial por sus funcionarios. Luego del análisis en las situaciones de Identidad, educación, jurisprudencial y legal, ostenta que La identidad e identificación son pilares de la dignidad humana, con una doble dimensión, desde la concepción de la autonomía y autodeterminación de la persona, hasta la necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado, y que la Autoridad Administrativa de la Escuela donde asiste el menor, debe dictar medidas en el

147 Son testículos que no están presentes en la bolsa escrotal sino que se localizan en otra parte del cuerpo: en la base del pene, en la ingle, arriba del pubis, etc. Son testículos que descendieron del abdomen pero que hicieron un recorrido distinto al habitual.



aspecto educativo, para garantizar la continuación en el sistema educativo del niño y evitar su discriminación, además que el derecho a la identidad, determina al ser como una individualidad, significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; y solo así permite su desarrollo personal, si bien Ecuador es Suscriptor, sobre “DERECHOS HUMANOS, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD Y EXPRESIÓN DE GÉNERO” se debe considerar que en la misma se condena todas las formas de discriminación y actos de violencia o las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género, y basa su sentencia en el Art. 19 de la CADH o Pacto de San José, en relación directa con el Artículo 3. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); La Constitución del Ecuador Art. 11.3 establece como grupo de atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes, como lo hemos manifestado anteriormente, y que sus derechos prevalecerán sobre el de los demás.

La Junta Cantonal de Protección de Derechos con el afán de garantizar sobre todo el derecho a la identidad e identificación, DISPONE: “DECLARA LA RESERVA DEL CASO Y LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD DEL NIÑO NN, la escuela en la que estudia el menor deberá conceder el certificado de promoción del presente año lectivo sin exigencia de solemnidad y formalidad alguna, al niño NN tomando en consideración que las gestiones para el cambio de nombre se encuentra en proceso y además guardará absoluta reserva con respecto a la información y documentos del niño. El Director de la Distrital de Educación reubicará al niño NN en uno de los establecimientos educativos más cercanos a su domicilio y por una necesidad de atención especializada en psicología, así señalado en el razonamiento de esta resolución, el niño NN y su familia se vincularán a un proceso de apoyo psicológico”.

Como vemos en esta sentencia favorable del menor, se basa en que cuenta con la manifestación expresa del menor, es decir como él se identifica, cuál es su personalidad, como él quiere desarrollarse en sociedad.



Finalmente, quiero reiterar la importancia en la vida de una persona hermafrodita de la asignación del sexo adecuado, pues de ello dependerá la educación que reciba y la forma en la que será tratada por su entorno social.

Todo esto con referencia a las repercusiones al derecho a la Identidad, que no solo basta como nos identificamos a nosotros mismos, con un nombre y apellido sino también nacionalidad, sexo o género.

De esta manera, en las personas con variaciones intersexuales, las características sexuales innatas parecen ser masculinas y femeninas al mismo tiempo, o no del todo masculinas o femeninas, o ni masculinas ni femeninas¹⁴⁸, y como lo manifestamos al inicio de este tema, la intersexualidad no es una enfermedad, porque una persona intersexual si bien puede nacer con sus genitales antiguos, estos no es razón para que se considere una enfermedad y la persona puede ser completamente sana.

Hasta la actualidad es difícil tener un dato exacto de cuantas personas son intersexualidad, pero se considera que 1 de cada 150 personas nacen con cuerpos intersexuales¹⁴⁹.

El 9 de diciembre de 2015, el Comité de la ONU contra la Tortura publicó sus “Observaciones finales” donde reprende a Austria, Dinamarca, Hong Kong y China sobre las Mutilaciones Genitales Intersexuales (MGI), haciendo notar las consecuencias de las prácticas de MGI, en general instando a los Estados a:

a) Tomar las medidas legislativas, administrativas u otras necesarias, para garantizar el respeto a la integridad física de las personas intersexuales y

148 Traducción de Laura Inter de la definición de Intersexualidad de la Organización Intersexual Internacional OII Que es un intersex?, Organization Intersex Ultima actualización 19 de enero de 2012. International. <http://oiinternational.com/intersex-library/intersex-articles/what-is-intersex/> 22 de abril de 2016.

149 Brújula Intersexual, Que tan común es el estado intersexual, Por: Dr. Cary Gabriel Costello Fecha de publicación: 13 de Marzo de 2012, <https://brujulaintersexual.wordpress.com/2015/04/25/que-tan-comun-es-el-estado-intersexual/> 22 de abril de 2016.



asegurar que, durante la infancia y niñez, nadie sea sometido a procedimientos quirúrgicos o médicos innecesarios;

b) Garantizar servicios de consejería para todos los niños intersexuales y sus padres, así como informarles las consecuencias de las cirugías innecesarias;

c) Asegurar que sea respetado el consentimiento pleno, libre e informado, en relación a los tratamientos médicos y quirúrgicos para las personas intersexuales, y que las intervenciones médicas irreversibles que no sean urgentes, se pospongan hasta el niño sea lo suficientemente maduro para participar en la toma de decisiones y pueda dar su consentimiento pleno e informado.

d) Proporcionar una indemnización adecuada por el sufrimiento físico y psicológico causado por tales prácticas a las personas intersexuales ¹⁵⁰.

Manteniendo siempre en firme el postulado de que “Todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y derechos. Esos principios básicos fundamentales de universalidad e igualdad, significan que todos nosotros, sin excepción, e independientemente de nuestras características sexuales, estamos igualmente facultados para ser protegidos por la ley internacional de derechos humanos.”, tal como lo manifiesta el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Zeid Ra’ad Al Hussein, en la primera reunión de expertos en intersexualidad, en Ginebra la mañana del miércoles 16 de Septiembre de 2015.

2.7. DEFICIENCIA DE RECURSOS ECONÓMICOS, FALTA DE CAPACITACIÓN ADMINISTRATIVA Y DESCONOCIMIENTO POR PARTE DE LAS PERSONAS.-

Otro de los problemas que se presentan al momento de adquirir una identidad son la falta de compromiso por parte del gobierno ya sea porque no se da una correcta importancia del registro de cada uno de los recién nacidos, no se aporta con los recursos necesarios personales y económicos para que estas instituciones marchen a la perfección, anteriormente ya mencionamos que otra

¹⁵⁰ Brújula Intersexual, Documento de ILGA-Europe: “En defensa de los derechos humanos de las personas intersexuales – ¿cómo puedes ayudar?” <https://brujulaintersexual.wordpress.com/category/intersexualidad-y-derechos-humanos/> 22 de abril de 2016.



dificultad es la rusticidad y el descuido de las personas y no acceden a este servicio de registro de sus hijos, y especialmente al no existir una sanción civil ni penal por no cumplir con esta obligación para con los menores, es más fácil desvincularse de lo del tema, sin medir consecuencias ni los problemas que tendrán estos menores al no ser debidamente registrados¹⁵¹.

El Derecho a la Identidad requiere que los instrumentos jurídicos vigentes impidan la consumación de algunas de las llamadas “muertes artificiales; en especial la “muerte civil” que se evidencia cuando una persona es privada de ejercer derechos civiles entre otro como casarse, contratar, reclamar sus derechos etc. y la “muerte social” que acontece cuando una persona sufre la discriminación y el descredito social por causas como etnia, profesión religiosa, costumbres o su nacionalidad.

ANEXOS

Anexo 1.-

Sentencia dictada por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Azuay.-

ANTECEDENTES: Ante el Juez constitucional de primer nivel, comparece A por sus propios derechos y en representación del adolescente B y manifiesta que el día 23 de febrero de 1999, ha alumbrado en una entidad de salud pública de Cuenca, a un niño de sexo masculino a quien lo ha inscrito con el nombre antes indicado en esta ciudad. Agrega la compareciente que el señor C, supuesto padre del menor, ha iniciado en el juzgado de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Girón un proceso por impugnación de paternidad, sometiéndose las partes al examen de ADN, cuyos resultados indicaban que “el señor C, se excluye de ser el padre biológico del adolescente B, y la señora A, se excluye de ser la madre biológica del adolescente B...”. Que con el fin de corroborar dichos estudios, proceden a realizarse un nuevo examen, en el que

151 “Documento conceptual”, Primera Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y Registro Universal de Nacimiento, del 28 al 30 de agosto 2007, Asunción, Paraguay. Registro de Nacimiento Universal y Derecho.



se confirma la incompatibilidad, excluyendo tanto paternidad como maternidad del menor B, en relación con la compareciente y el señor C. También indica que, ha requerido al Director del Hospital accionado se conceda copias certificadas del historial de nacimientos de fecha febrero 23 de 1999 para dar con el paradero de su hijo biológico, solicitando se realicen las acciones necesarias para ubicar a los menores que nacieron en aquella fecha por el error grave cometido por empleados de dicha entidad al entregarle el hijo de otra persona, pero se le ha indicado que aquello es imposible y que no han realizado diligencia alguna para ubicar a su hijo. Manifiesta que esto constituye una negligencia gravísima de parte del Hospital accionado por las siguientes circunstancias:

Se afecta los derechos de su hijo biológico a estar con su verdadera familia y crecer con su madre, así como del adolescente B, quien por esta negligencia ha sido separado de su familia biológica, afectando a su estabilidad emocional y la de la compareciente al ser alejada de su hijo biológico, todo lo cual implica vulneración de derechos originados del no cumplimiento de la obligación de prestar un servicio público eficiente y de atención debida a la mujer embarazada y al recién nacido para que no se separe de su familia biológica por la omisión del deber de actuar con estricto cumplimiento a reglas y protocolos de identificación preestablecidos eficaces y eficientes en la consecución de su fin, violación del derecho a preservar la identidad del menor recién nacido garantizado no solo en la Constitución sino en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre los que está preservar su identidad y relaciones familiares.

Producto de esta negligencia gravísima manifiesta es perjudicial a los derechos de la compareciente al buen vivir, a la familia y los derechos del menor B, siendo las vías ordinarias ineficaces e inefficientes para la reparación de los derechos que se han vulnerado al verse “en una suerte de insubordinación e indefensión desnaturalizante de sus derechos como grupos de atención prioritaria”. Con estos antecedentes solicita que en sentencia se declare lo siguiente:

1.- Se declare la calidad de víctimas de violación de los derechos fundamentales en perjuicio de A y el menor B, por parte del Hospital accionado,



por negligencia gravísima; 2.- Se ordene que dicha institución realice y agote todas las diligencias que se requieran para ubicar a los menores nacidos el día 23 de febrero de 1999 en el mentado Hospital y se proceda a la verificación genética a fin de poder identificar al verdadero hijo de la compareciente y a los padres biológicos de B;

3.- Que como reparación inmaterial el accionado proporcione a su costa un grupo de especialistas a fin de recibir atención y ayuda psicológica suficiente para superar los traumas ocasionados por esta negligencia gravísima;

4.- Se remita el expediente al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo para que se proceda a la liquidación económica de los haberes ocasionados por el padecimiento espiritual producido. A fojas 258 de los autos amplía su pretensión solicitando que el accionado en aplicación del principio de reparación integral, públicamente y a su costa, reconozca su error y pida disculpas a la compareciente y al menor B.

AUDIENCIA PUBLICA: Convocadas las partes a la Audiencia, la misma ha sido suspendida, disponiendo el juez constitucional de primer nivel, que en el término de seis días se recaben las siguientes pruebas: a.- El certificado de nacido vivo B; b.- La copia certificada del juicio por impugnación de paternidad, así como del juicio de alimentos que deberá remitir la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Girón; y, c.- Se remita por parte de la entidad accionada la documentación referente a los nacidos el 23 de febrero de 1999, así como la información de las personas que laboraron ese día en el área de maternidad.

Reinstalada dicha diligencia el Representante Legal de la institución accionada a través de su patrocinador contestando la demanda expone que: Conforme lo manifestado en el libelo por la actora, efectivamente de los archivos correspondientes consta que el 23 de febrero de 1999 ha sido atendida por trabajo de parto, obteniéndose producto de sexo masculino, aclara que se encuentra en funciones desde el 7 de abril de 2014. Que en fecha 22 de junio de 2015 se recibió en el despacho de la Gerencia una solicitud suscrita por la accionante, que apenas se contó con la información requerida se notificó al correo electrónico señalado en la petición, para que la parte interesada la retire



del Hospital, por ello no es verdad lo que se dice en la demanda, que su petición no haya obtenido respuesta y peor aún que se le haya señalado que es imposible cumplir con lo solicitado, que el Hospital en ningún momento le ha negado la información solicitada. Rechaza e impugna el calificativo de negligencia gravísima de la institución accionada, ya que dicha falta no se encuentra establecida, se acusa únicamente en base de supuestos, de que tal vez ello habría ocurrido y sin tener ninguna prueba, asegura que se han vulnerado los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; sin embargo para hacer tal aseveración previamente debió establecerse, de manera inequívoca y fehaciente, que realmente en el Hospital al momento de prestarle atención en su parto, el personal ha actuado con negligencia y que como consecuencia de ello hayan sido afectados los derechos de la accionante y de las demás personas que menciona en la demanda; que si bien en el año 1999 no existía un Protocolo establecido por el Ministerio de Salud Pública, sin embargo siempre se han cumplido con el debido cuidado los procedimientos determinados bajo la denominación de “Ruta Crítica en la Atención del Recién nacido en Centro Obstétrico del Hospital” que establece los pasos que obligatoriamente debía observar y cumplir el personal en el momento de la atención de todos los recién nacidos en el referido servicio de salud, Que la pretensión de la accionante es totalmente improcedente pues no tiene ninguna prueba en que sustente sus argumentos y mal se podría en sentencia declarar que por una supuesta y no demostrada “negligencia gravísima” de parte de la institución que representa, únicamente porque así lo califica la demandante, se ha producido la violación de sus derechos fundamentales; y, como consecuencia lógica tampoco podría ordenar que el Hospital realice diligencias de ubicación de personas, que evidentemente tienen el carácter de acciones investigativas que corresponden a otra clase de organismos especializados en velar por la paz y seguridad de los habitantes de la República, más no a la institución que representa, cuya única función y razón de ser, es la prestación de servicios públicos de salud. Que en el presente caso, el Hospital demandado lo único que ha hecho es conceder atención de salud a la accionante, lo que ni de lejos significa que haya vulnerado sus derechos fundamentales, por lo que la demanda planteada carece de fundamento; pues



para la procedencia de la acción de protección infundadamente interpuesta, debió previamente haberse establecido de manera contundente que por acción u omisión de la entidad demandada, se ha producido la violación sus derechos constitucionales; Que la acción planteada es improcedente, pues no cumple con dos de los tres requisitos que prevé el Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es: 1.- Violación de un derecho constitucional; 2) Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; y, en cuanto al tercer requisito, que hace relación a la Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, bien podría la demandante buscar el mecanismo judicial adecuado para la protección de sus derechos que los considera vulnerados. Que en la actuación del personal del Hospital, no existe vulneración de derechos constitucionales ni derechos humanos garantizados por los convenios y tratados internacionales que la accionante señala en su demanda, reitera que la presente acción carece de sustento pues la demandante no tiene los fundamentos constitucionales ni legales para haberla presentado, que por el contrario ha demostrado que la institución accionada, en su misión de prestar servicios públicos de salud obrando conforme lo determina el ordenamiento constitucional y legal vigentes y, cumpliendo la correspondiente normativa de salud lo que ha hecho es dar atención a las personas que han acudido el día 23 de febrero de 1999 solicitando los servicios de Obstetricia sin haber causado daños grave ni inminente en contra de los derechos de la accionante, quedando por lo mismo en evidencia dice, la improcedencia de la acción por expreso mandato del artículo 42 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En definitiva, concluye impugnando y rechazando los fundamentos de hecho y de derecho de la acción planteada, así como los argumentos y pretensiones de la actora, ya que no se ha demostrado violación de derecho constitucional alguno. El Director Regional de la Procuraduría General del Estado, se adhiere a los fundamentos de improcedencia y negativa del Hospital, pues alega no existe más allá de un supuesto, no existe dice, la certeza de que los hechos se dieron como se supone, que opera la inversión en la carga de la prueba, con relación a la ruta crítica.



PRUEBA: Obra de autos la información certificada y remitida por el Hospital en la que se indica la lista de pacientes atendidos en el día requerido. Constan copias certificadas del documento denominado Normas y Procedimientos para la Salud Reproductiva, que debía ser aplicado obligatoriamente en todas las Unidades Operativas del sector Salud, tanto público y privado a nivel nacional. Se adjunta copias certificadas del Acuerdo Ministerial 0000000474 de fecha 20 de agosto de 2008 en el que consta el documento componente normativo neonatal dentro del cual es el protocolo de manejo de la recepción del recién nacido. Consta el oficio emitido por el Registro Civil, en el que se indica que no se puede remitir el certificado de nacido vivo ya que este reposa en el INEC, pero se adjunta la partida de inscripción de nacimiento del menor B. Constan las copias certificadas del juicio de alimentos seguido por A en contra de C. Obran las copias certificadas del juicio de impugnación de paternidad seguido en el Juzgado Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Girón propuesto por C en contra de A y del menor B a través de su representante legal. La accionante adjunta sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consta la certificación del responsable de la Gestión de Talento Humano del Hospital Regional Vicente Corral Moscoso en el que se hace constar los nombres del personal que laboró en los turnos de fecha 22 de febrero desde las 07 hasta las 07 del 23 de febrero de 1999 en el centro obstétrico y desde las 07:00 hasta las 12:00 en el Departamento de Ginecología y Pediatría respectivamente.

La recurrente comparece en esta instancia y manifiesta que fundamenta su apelación en los siguientes términos:

1.- Se indica que el juez a quo no ha considerado toda la evidencia tanto documental como testimonial aportada, emitiendo una sentencia arbitraria violadora de su derecho a la seguridad jurídica y tutela efectiva de los derechos de la compareciente como de quien aparece como su hijo legalmente, quien nació en la misma fecha que su hijo biológico pero que le dieron el niño de otra persona, lo cual ignoraba por completo.

2.- Que se ha reconocido expresamente que en el año 1999, fecha en la que se indica se dieron los hechos, no existía un protocolo para el manejo de neonatos y que se ha adjuntado el documento denominado "Ruta Crítica en la Atención



del Recién Nacido en el Centro Obstétrico del Hospital Vicente Corral Moscoso” que establece los pasos que deben observarse por el personal médico en la atención al recién nacido pero en la actualidad.

3.- El juez aplica como base para su resolución prueba que no tiene pertinencia con la causa como la aportada por la institución accionada, como son: documentos sobre salud reproductiva que no tiene relación con el manejo e identificación segura de neonatos; documentos del año 2008 que contiene normas de recepción del recién nacido; Guía práctica clínica de atención del trabajo de parto, posparto expedido en noviembre de 2014 que entra en vigencia en el 2015; procedimiento para identificación de pacientes de fecha 13 de marzo de 2015. Todos estos documentos manifiesta el recurrente no tienen ninguna pertinencia con los hechos suscitados en 1999 por lo que no se puede hablar de hechos probados o demostrados por la parte accionada.

4.- Si bien el juez reconoce la gravedad de los hechos y la violación de derechos fundamentales, sin embargo exime a la institución accionada de responsabilidad alguna indicando dicha autoridad que no se ha llegado a determinar contundentemente que sea el hospital y sus funcionarios los culpables de “negligencia gravísima” que se dice haber cometido, indicando el señor juez que la calidad de víctimas de violaciones no es procedente “declararla en la vía constitucional porque existe la vía ordinaria luego del proceso investigativo”;

5.- La accionante fundamenta sus alegaciones en resoluciones emitidas en la Corte Constitucional que dice son aplicables al presente caso con los que manifiesta que se evidencia que acudiendo a los mecanismos previstos por la vía ordinaria no se van a tutelar sus derechos, en especial en este caso en el que el interés del menor es superior y su protección política de Estado, por lo que solicita que se declare en esta instancia con lugar íntegramente su demanda.

Procediendo con el análisis del caso materia de estudio los derechos denunciados como violados por la accionante y representante del menor B, están reconocidos en los artículos 44, 45 y 66.28 de la Constitución de la República, por lo que en caso de violación, se activa la acción de protección



ante los jueces constitucionales, consecuentemente contrario a lo sostenido por la institución accionada y la Procuraduría, así como contradictoria e incongruentemente declarado por el Juez de primer nivel, -quien, después de declarar que existe la vulneración de un derecho constitucional, incomprensiblemente y contrario a toda lógica jurídica, lo deja a salvo para que lo haga valer en forma legal- la acción deducida por la demandante A, representante del menor B, SI ES LA PROCEDENTE, pues reiteramos el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a su identidad, constan de la Ley Suprema y de instrumentos internacionales, pues su fundamento es la dignidad humana; Cabe anotar que con respecto al derecho humano a la identidad, la Corte Constitucional, para el período de transición, en la sentencia 025-10-SCN-CC, ha señalado que: “El derecho a la identidad personal es un derecho fundamental porque permite establecer la procedencia de los hijos respecto de sus 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”. “Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. Las normas contenidas en la Carta Mayor y en el Instrumento Internacional invocado, así como lo sostenido por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, claramente nos dejan entrever que es parte del interés superior de un niño, niña o adolescente el poder conocer su procedencia, saber quiénes son sus padres, el marco familiar y social que conformó su entorno al venir al mundo, mantener una relación filial y familiar concordante con su realidad biológica, pues solo de esta manera el menor puede ejercer íntegramente su derecho a la identidad, el mismo que le va a permitir el desarrollo de su personalidad, para lo cual el Estado está obligado a su asistencia y protección.

Continuando en esta línea de análisis y, teniendo presente que, conforme lo señalado en líneas anteriores, cuando existe vulneración de un derecho constitucional, aquella debe ser reparada; corresponde entonces determinar, si



esta grave vulneración del derecho a la identidad del hijo no biológico de la accionante y del hijo biológico de aquella, es atribuible a la responsabilidad de la Institución accionada; y, así tenemos que de autos, se ha justificado a cabalidad, que el día 23 de febrero de 1999, la accionante fue atendida en su labor de parto, en ese Hospital, conforme así lo ha reconocido la Institución accionada en la Audiencia Pública y, consta del documento suscrito por médico Responsable del Departamento Gineco-Obstetricia del Hospital. Se ha justificado así mismo, científicamente que la accionante no es la madre biológica del menor B, toda vez que los exámenes de ADN practicados, excluyen su maternidad; Consta igualmente la afirmación realizada por la accionante, en la Audiencia Pública evacuada ante el Juez constitucional de primera instancia, cuando respondiendo a las preguntas que dicho juzgador realiza, sostiene que al momento que dio a luz, le trajeron otro niño, habiendo dicho que ese niño no es suyo, pues ella llevó ropa de color verde agua; y que luego le trajeron al niño diciéndole este es el niño suyo; y, que en la manilla decía Adriana, a lo que ella manifestó ser A, sin pensar lo que iba a pasar en lo futuro, afirmación ésta que al no ser contradicha ni impugnada por la institución accionada, presta todo el mérito probatorio; y, si bien la entidad accionada ha suministrado la información requerida, presentando al efecto la documentación que obra del proceso y a la que se hizo alusión en líneas anteriores, sin embargo con ella no desvirtúa que el cambio del hijo biológico de la accionante con el menor B, que consta registrado como hijo legal de la accionante, - quienes conforme lo dicho, resultaron gravemente afectados en su derecho constitucional a la identidad-, no se haya dado en ese Hospital, por lo que entonces este Tribunal llega a la convicción de que los hechos narrados en el libelo y, ocurrieron de esa manera; y, no como fríamente pretende hacer aparecer la institución accionada, deslindando su responsabilidad en este gravísimo, -que no puede merecer otro calificativo- hecho de Negligencia de absoluta responsabilidad de la institución accionada, sosteniendo y pretendiendo que la accionante pruebe fehaciente y contundentemente la responsabilidad de dicha Institución, esto es trasladándole la carga de su prueba a la accionante, cuando conforme a la Constitución y a la Ley, a la entidad accionada le corresponde, por así determinarlo el numeral 3 del Art. 86



de la Constitución de la República en relación con el inciso final del Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que prevé: "Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria...". Cabe anotar así mismo que el argumento sostenido por la institución demandada en la Audiencia llevada a cabo en esta instancia en el sentido de que la accionante pudo ser la responsable del cambio de su hijo biológico por el hijo legalmente reconocido por aquella, el menor B, simplemente merece ser descartado, pues carece de toda lógica el siquiera pensar que aquella después de haber salido del Hospital con su hijo recién nacido lo haya confundido o cambiado con otro; cuando ella oportunamente ya reclamó sobre la duda que tenía sobre la identidad del hijo que le entregaron en la área de Gineco-Obstetricia, como si un ser humano se redujera a un objeto, el que si fácilmente puede ser confundido o cambiado por otro. Es necesario así mismo señalar que para el caso que nos ocupa, la Ruta Crítica de Recién nacido, no prueba ni acredita nada, desde que aquella contiene únicamente los pasos a seguir en la recepción de los recién nacidos, lo que en consecuencia no garantiza que en dichos pasos no se haya producido una omisión o equivocación, conforme así se desprende ha ocurrido en este caso. En consecuencia, justificado como está que la entidad accionada, no obró con la precaución y cuidado debidos, el 23 de febrero de 1999, fecha en la cual la accionante fue atendida en su labor de parto en dicha institución, pues se le entrega el hijo de otra persona, alejándole consiguientemente de su hijo biológico, omisión que provocó la violación del derecho constitucional a la identidad del hijo biológico de la accionante, que tiene por padres a quienes biológicamente no lo son; y, a su vez, el menor B, a quien también se le separó de sus padres biológicos, tiene por padres a quienes genéticamente no lo son, menores que indudable e incontrastablemente, se vieron privados del afecto, amor, protección y cuidado de sus verdaderos progenitores, habiéndoseles privado en definitiva de conocer y crecer a lado de su verdadera familia; así como a la accionante a quien así mismo en su calidad de madre, se le privó de brindarle el amor, cariño, cuidado, protección y esmero en la crianza



de su hijo biológico, daño que realmente es irreparable, pues afecta indudablemente a todo el núcleo familiar; y, en el caso concreto del menor B, su caso se agrava aún más todavía, pues que dicho menor primero tiene que soportar la carga y el dolor de ver impugnada su paternidad por el que él creía y conocía era su padre; para después enterarse que efectivamente no lo es y, lo que es peor aún más, enterarse a sus casi 16 años de edad, que la mujer a quien creía y le dio su amor de hijo durante todo este tiempo, tampoco es su verdadera madre, lo cual innegablemente no solo causa daño emocional, psicológico y moral, sino que puede producir serios y graves traumas y trastornos en el desarrollo de su personalidad, si no cuenta con la ayuda profesional y apoyo necesario. Consecuentemente haciendo efectiva la responsabilidad objetiva del Estado consagrada en el Art. 11.9 de la Constitución de la República, sus derechos deben ser tutelados y reparados íntegramente.

RESOLUCIÓN: Por todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Azuay; *ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA*, acepta el recurso de apelación interpuesto y, reformando la sentencia recurrida, declara que el Hospital, ha violado el derecho constitucional a la identidad del menor B, previsto en los Arts. 44, 45, 66.28 de la Constitución de la República a consecuencia de su grave omisión en la entrega de dicho menor a su madre no biológica Sra. A, por lo que entonces la institución accionada en forma inmediata procederá a realizar las gestiones que se requieran para ubicar a los menores nacidos el día 23 de febrero de 1999 en dicha Casa de Salud y, proceder así mismo a realizar cuanta prueba fuere necesaria, a fin de poder identificar a los padres biológicos del menor B, así como también al hijo biológico de la accionante. Como parte de la reparación inmaterial el accionado proporcionará un grupo de especialistas a fin de que el menor y su familia reciban atención profesional y ayuda psicológica; Se dispone remitir el expediente al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para que se proceda a la determinación del monto que por reparación económica, corresponde a la accionante A, por sus propios derechos y en representación



del menor B, por los sufrimientos y aflicciones causados. Para los efectos previstos en el inciso 2º del Art. 20 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se dispone remitir el expediente al Ministerio de Salud. El Tribunal considera que no es apropiado a las circunstancias, imponer se hagan disculpas públicas de la Institución accionada, en vista de que el propio hecho de su divulgación podría suscitar un estado de vulnerabilidad social del menor. Finalmente, se delega a la Defensoría del Pueblo, el seguimiento del cumplimiento de la sentencia, para lo cual dicho organismo deberá informar a dicho respecto cada quince días ante el Juez constitucional de primer nivel.

Anexo 2.-

Integrante ponente: Juan Carlos Paz Mena.

LA JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS, a los 12 días del mes de junio de 2014, siendo las 17H10. En cumplimiento de lo dispuesto en el Título IV del Libro Tercero del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, AVOCA CONOCIMIENTO de la denuncia presentada por NN y NN por protección de los derechos de su hijo el niño NN de 5 años de edad. La Junta Cantonal es la Autoridad Administrativa competente para dictar medidas de protección en conformidad a lo dispuesto en los Arts. 206; 215; 217 del Código de la Niñez y Adolescencia y lo hace realizando la siguiente argumentación: 1.- ANALISIS DEL CASO: NN y NN comparecen y señalan, tener un hijo NN, que anteriormente lo llamaban NN, por una situación médica que presento al momento de nacer ha producido una serie de confusiones pues desde el momento en el que nació los doctores que la trataron manifestaron que se trataba de una niña, sin embargo a los 21 días de nacida empezó a presentar dolor en la parte baja del abdomen, por lo que al consultar al pediatra de la familia refirió de que se trataba de una hernia inguinal a lo que asistieron al NN comentando la apreciación del pediatra a los médicos tratantes y ellos, sin consultarles, previamente operaron y les enviaron lo que extrajeron a patología, rebelándose en los estudios el diagnóstico de Quiste de ligamento redondo derecho y ovoteste izquierdo TESTICULOS DE LOCALIZACIÓN



ECTOPICA GLANDULA SUPRARRENAL DE LOCALIZACIÓN ECTOPICA DE LADO IZQUIERDO, condición que desde ese momento y hasta la presente fecha les ha tenido realizando una serie de estudios en los que se ha rebelado de que se trata de un niño; señalan que su hijo fue inscrito en el Registro Civil con los nombres de NN, su hijo a mostrado conductas propias de género masculino, compartiendo los gustos con el padre y manifestando que quiere ser como él, además de los análisis médicos realizados señalan que se trata de un varón. Su preocupación es que ante los cambios presentados por el hijo y el respeto que como padres han tenido a sus gustos y todo lo que él ha deseado, han decidido apoyar para que él se sienta cómodo, sin interferir en sus preferencias, por lo que le están llamando como el niño quiere que se lo llame, esto es NN y también han estado realizando todos los trámites necesarios para que empiece a tener su nueva identidad, acudiendo al Registro Civil, donde está constando con sexo femenino y con el nombre de NN, para que les hagan el ubiquen con el sexo masculino que le corresponde y su nombre a nn, sin embargo el Registro Civil les informa que esta situación es complicada y que se necesitaría empezar un trámite legal, por lo que ante el hecho de que en este proceso su hijo pueda salir afectado y se vuelva popular el asunto, necesitan se agilite este trámite, como también se le ayude para hacer el cambio de Escuela que es lo que le recomendó la psicóloga del NN Nn, para evitar cualquier tipo de discriminación, pide se le brinde toda la ayuda posible en este caso, para garantizar la estabilidad psicológica de su hijo NNy pueda mantener una vida tranquila y sin discriminaciones, y se permita que en la Escuela donde estudia la Unidad Educativa NN, le den el pase de año, puesto que su hijo se siente incómodo, en la Escuela debido a que el mayor número de estudiantes son niñas, además el programa curricular está casi por terminar. El Registro Civil se ha negado a cambiar el nombre de su hijo y el sexo, como consta en la negativa adjunta a esta denuncia, así también en los últimos análisis y exámenes realizados se le ha diagnosticado a su hijo “ otras malformaciones congénitas de los órganos genitales y Hermafroditismo no clasificado” establecido por la Dra. NN profesional del NN, luego de haberle realizado un examen de careotipo el resultado es XY46 (DDS), adjunta documentación suficiente. Durante dos semanas atrás han permanecido en la



ciudad de Quito con la trasferencia médica del niño NN en el NN razón por la cual no han podido asistir con regularidad a sus estudios, que se encuentra ya para finalizar el año lectivo, así como no ha querido asistir a clases por la situación señalada, para finalizar solicitan se dicte las medidas de protección necesarias esto es que el Registro Civil asigne el nombre y sexo correspondiente, pues el niño indica llamarse NN y quiere que así lo traten; se otorgue el cambio de Escuela (en especial a la Escuela NN y NN) instituciones cercanas a su domicilio y las demás medidas que creyeren convenientes en uso de nuestras atribuciones, adjuntan documentación suficiente para conocimiento. 2.- ANALISIS DOCTRINARIO DEL CASO: Las medidas de protección tiene por objeto proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando se ha producido o exista inminente riesgo de que se produzca vulneración a sus derechos y deben ser atendidos, protegidos y garantizados de prima facie, bajo los criterios de especificidad y especialidad, razón está por la cual se crearon las Juntas Cantonales de Protección de Derechos en el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) y de opinión de algunos doctrinarios del garantismo constitucional dejando con un criterio de ultima ratio al Juez y es así como un Estado Constitucional de derechos y justicia debe funcionar, acercándose más a la protección y promoción de los derechos de sus ciudadanos, en el especial caso un niño perteneciente a un grupo de atención prioritaria. Tres elementos fundamentales marcan el proceso de la vida del niño en las circunstancias señaladas, igualdad, libertad y el desarrollo de la personalidad, derechos que deben ser observados por el Estado y de manera especial por sus funcionarios. 2.1.- SITUACION DE SALUD: Un aspecto de importancia es el acceso a la salud, derecho Constitucional de aplicación inmediata, pero no solo su acceso, sino más bien recibir una atención de calidad y calidez principios rectores de una atención adecuada, el niño debe estar permanentemente en controles y vigilancia médica y el Estado debe no solo, garantizar lo señalado, sino también promover el respeto absoluto a su situación, así como realizar una investigación exhaustiva de lo señalado en la denuncia con los profesionales del NN que participaron activamente en el diagnóstico, intervención y atención médica del niño, que pueda permitir conocer lo que pasó, los procedimientos



médicos realizados, la información recibida por los padres del niño para recibir la atención médica; así como promover un ejercicio efectivo de acceso a la salud permanente y especial que nace de una necesidad por una situación médica que no se encuentra aún esclarecida. La salud es un derecho protegido y una obligación de los Estados, desde un criterio de prevención hasta uno de tratamiento especial, así como la entrega de medicamentos en caso de necesitarlo. En los actuales momentos es importante que el niño y su familia reciban atención y apoyo especializado y psicológico con el objeto de fortalecer los retos complejos de su desarrollo y proyecto de vida.

2.2.- SITUACION DE IDENTIDAD: La identidad e identificación son pilares de la dignidad humana, con una doble dimensión, desde la concepción de la autonomía y autodeterminación de la persona, hasta la necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado, este principio fundamental se encuentra invocado en los preámbulos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 así como de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales e Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988), entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Con referencia al presente caso una persona nacida con ciertas particularidades en su sexo, que luego de haber sido intervenido quirúrgicamente surte un efecto de necesidad de inscribir en la instancia correspondiente, así lo hacen sus padres inscribiéndole como niña, sin embargo a pesar de existir exámenes actualizados y soportes sicológicos y la necesidad del reconocimiento de nombre y de sexo del niño como él se identifica, con el objeto de continuar con su proyecto de vida y desarrollo de la personalidad, NO se atiende este pedido por parte del Registro Civil de la Provincia del Azuay, de acuerdo a la negativa adjunta, siendo este un derecho que le está reconocido a las personas, no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su condición de identidad sexual, aún más tratándose de una persona de atención prioritaria, esto violentaría el Artículo 1.1. de la Convención Americana (CADH), por un criterio de discriminación. El instrumento interamericano proscribe la discriminación, en



general, incluyendo en ello condiciones como sexo, raza, color, idioma, religión, que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención. La Ley del Registro Civil data de 1967, sin embargo a pesar de algunas reformas, no se ha corregido legislativamente las contradicciones existentes de la norma con el Pacto de San José y otras normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y así también con la Constitución, la negativa administrativa del Registro Civil, argumenta que “...la Ley del Registro Civil Identificación y Cedulación no permite el cambio de nombres a un menor de edad y el cambio de sexo debe ser justificado en vía judicial, por tanto no se puede realizar vía administrativa”, situación ésta que podría estar en contra lo señalado en la Carta de Montecristi, o más bien inaplicable al actualidad que vive el país, no solo referente a la prohibición de la discriminación por asuntos de libertad de identidad sexual, sino también por la libertad al desarrollo de la personalidad, de la misma forma el derecho a la Identidad e identificación aspectos relevantes en el proyecto de vida de las personas, o derecho del buen vivir y de aplicación directa, en este sentido no se aplica la norma, el Constitucionalista Robert Alexy indica “para comprender el fenómeno de la aplicación del derecho, utiliza la teoría de la posición jurídica. Según esta teoría las personas que tienen derecho y consideran que están siendo violados, solo podrán encontrar satisfacción por parte del Estado cuando tienen razones válidas y suficientes”, en este mismo sentido para determinar medidas de protección en los aspectos señalados es imperioso estar guiado por los principios de interpretación y aplicación de la norma, así nos dice el apartado 281 de la sentencia Atala Riff Vs. Chile de la Corte IDH “ De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su



“objeto y fin” o denominado control de convencionalidad. 2.3.- SITUACION EDUCATIVA: El desarrollo de la personalidad de un niño conlleva sin duda el acceso a la educación ,aspecto que en nuestro país se encuentra garantizado hasta la Universidad, más en el presente caso la Unidad Educativa NN se aleja de su competencia y de su accionar educativo, encontrándose en la obligación de garantizar una educación de calidad, basados en la atención en casos como el que nos encontramos analizando, le corresponde al Director (a) del establecimiento activar medidas a favor del niño por las necesidades educativas especiales por las que está atravesando, más por la omisión señalada, le corresponde a esta Autoridad Administrativa dictar en su momento las correspondientes medidas en el aspecto educativo, para garantizar la continuación en el sistema educativo del niño y evitar su discriminación. 3.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL: La Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño OC-17-2002 de la Corte IDH considera al niño como verdadero sujeto y titular de derechos y le da las más altas consideraciones frente a la protección del Estado, a través del corpus juris de los derechos del Niño, en este sentido expresa “ Que la expresión interés superior del niño consagrada en el Art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”., de la misma forma la Corte Constitucional de Transición del Ecuador señala “... un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes e imponen 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...”. En materia de jurisprudencia internacional la Corte Constitucional Colombiana de la cual en varias ocasiones esta Autoridad ha acudido con el objeto de motivar sus resoluciones en la sentencia T-477-95 señala “...El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. El derecho a la identidad supone 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. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad". La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó una Resolución de la cual Ecuador es Suscriptora, sobre "DERECHOS HUMANOS, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD Y EXPRESIÓN DE GÉNERO" en la misma se condena todas las formas de discriminación y actos de violencia o las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género, e insta a los Estados miembros a que fortalezcan sus instituciones nacionales con el fin de prevenirlos. Es opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños. ANALISIS LEGAL: Para configurar la teoría del caso, la argumentación y motivación legal debemos partir del Art. 19 de la CADH o Pacto de San José señala "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" en relación directa con el Artículo 3. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar..." a través de tomar medidas administrativas adecuadas. La Constitución del Ecuador establece como grupo de atención prioritaria a los niños, niñas y adolescentes, señala además que sus derechos prevalecerán sobre el de los demás, en el presente caso existen tres exámenes de careotipo realizados, dos en este último mes que determina que el niño tiene 46 XY masculino, sin dejar duda de su sexo masculino en este momento, siendo la identidad el derecho fundamental que debe ser garantizado por



nuestro Estado, el Art. 11.3 de la Carta Magna indica “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. La misma Corte IDH ha señalado en la sentencia Atala Riff “...Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”. En el ámbito educativo la Constitución garantiza en los Arts. 27 y 28 el acceso a la educación y la permanencia en ella, así como la Ley Orgánica de Educación promueven el apoyo a los niños con necesidades educativas especiales. En este sentido le corresponde a esta Autoridad Administrativa la interpretación de la Constitución y la aplicación de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos en el sentido más favorable de la plena vigencia de los derechos, más aún, hacer un ejercicio de control de convencionalidad y utilización efectiva del bloque de constitucionalidad, ponderación, interpretación y aplicación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, así como observando la aplicación de los principios del derecho constitucional, inmediatez, protección y el interés superior del niño, a través de utilizar adecuadamente la jurisprudencia internacional y nacional. **MEDIDAS DE PROTECCION:** Con los antecedentes señalados la Junta Cantonal de Protección de Derechos con el afán de garantizar el derecho a la identidad e identificación, el de educación, el de atención especializada en salud, a través del principio inaudita altera parte **DISPONE:** 1.- Conforme lo determinado en el art. 44 de la Constitución y para los términos señalados en el art.91 ibídem se DECLARA LA RESERVA DEL CASO Y LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD DEL NIÑO NN, para lo cual las instituciones en esta resolución señaladas guardarán la información de una forma y manera adecuada. 2.- En conformidad a lo señalado en el Art. 8.1 de la CDN “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...” y lo señalado en los Arts. 215 y 36 del CNA las Medidas de protección impone al Estado y sus funcionarios determinadas



acciones con el objeto de proteger y restituir un derecho vulnerado, tutelando el ejercicio efectivo de los derechos del niño por petición de los padres en representación del niño, en aplicación directa e inmediata de la Constitución art. 11.3 Constitucional esta Autoridad Administrativa observando el interés superior del niño en su condición de sujeto de derechos y luego de haber escuchado su opinión en conformidad al art. 12 de la CDN dispone al Director Provincial del Registro Civil, Identificación y Cedulación del Azuay en 5 días Se cancele la partida de nacimiento de NN , inscrito el xxxx en el tomo xx página xxx y acta xxx; y se siente una nueva con el nombre de NN se asigne el sexo correspondiente al niño, esto es masculino, nacido el xxxx hijo de NN con cédula Nro. xxxx y NN Alvear con cédula Nro. Xxxx casados entre sí. 3.- La Directora de la Escuela XX de manera inmediata y para garantizar la permanencia en el sistema educativo y por encontrarse con necesidades educativas especiales como lo señala el Art. 228.2 del Reglamento de la Ley Orgánica de Educación Intercultural concederá el certificado de promoción del presente año lectivo sin exigencia de solemnidad y formalidad alguna, al niño NN tomando en consideración que las gestiones para el cambio de nombre se encuentra en proceso, la Directora de la Unidad Educativa XXXX en 5 días informará al respecto, además guardará absoluta reserva con respecto a la información y documentos del niño. NN y NN acudirán con Directora de la unidad educativa para realizar los trámites correspondientes. 4.- En conformidad a lo señalado en los Arts. 27 y 28 Constitucional en concordancia con el Art. 37 del CNA y 228.2 del Reglamento de la Ley Orgánica de Educación Intercultural el Director de la Distrital 2 de Educación reubicará al niño xxxx en uno de los establecimientos educativos más cercanos a su domicilio, siendo estos de preferencia y de necesidad la Escuela NN y NN, informará la Autoridad Educativa en 5 días el cumplimiento de la medida a la Junta Cantonal. NN y NN acudirán a la Autoridad Educativa para realizar los trámites correspondientes. 5.- Aplicando el Art. 217 .4 del CNA y por una necesidad de atención especializada en psicología, así señalado en el razonamiento de esta resolución, el niño NN y su familia se vincularán a un proceso de apoyo sicológico con la Dra. NN a quien por esta ocasión, se solicita se considere la situación de la familia y se cobre la tarifa más baja, la



profesional presentará un informe pormenorizado cada dos meses en donde determinará los avances de la situación del niño y la familia.



CAPITULO 3

3. MECANISMOS DE GARANTÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

“Sin las garantías los derechos son únicamente declaraciones”

En el desarrollo de este tercer capítulo, iniciemos considerando diez derechos fundamentales de los NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, derechos considerados como fundamentales y por tal razón necesitan de seguridad jurídica y eficacia para su inmediato goce, con mayor razón de un Estado social de derecho, garantizando el desarrollo sano, armónico e integral de sus futuros ciudadanos asistiéndoles en igualdad de condiciones

- 1.- Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
- 2.- Derecho a una protección especial para que puedan crecer física, mental y socialmente sanos y libres.
- 3.- Derecho a tener un nombre (Derecho a la Identidad) y una nacionalidad.
- 4.- Derecho a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas.
- 5.- Derecho a educación y atención especiales para los niños y niñas con discapacidad.
- 6.- Derecho a comprensión y amor por parte de las familias y de la sociedad.
- 7.- Derecho a una educación gratuita, a divertirse y jugar.
- 8.- Derecho a atención y ayuda preferentes en caso de peligro.
- 9.- Derecho a ser protegido contra el abandono y el trabajo infantil.
- 10.- Derecho a recibir una educación que fomente la solidaridad, la amistad y la justicia entre todo el mundo¹⁵².

152 Fondo de las Naciones Unidas para la infancia. Quito. 2014.



Pero hablar de derechos no tendría sentido sin hablar de garantías, y viceversa. Los derechos son facultades o poderes atribuidos a los sujetos jurídicos para exigir algo frente a alguien, y más aún cuando se trata de derechos Humanos, derechos que toman fuerza y se involucran directamente con todos los seres humanos, por el simple hecho de ser personas sin exigir más requisitos que éste, y más aún al hablar del Derecho a la Identidad; siendo éste el que dota de personalidad y convirtiendo por tanto al ser humano en titular de una gama extensa de derechos, y la facultad que tenemos los seres humanos para exigir el respeto frente a cualquier otra persona o incluso frente al mismo Estado y que para garantizar dichos derechos entra en juego el papel del Estado con políticas públicas y mecanismos para su cumplimiento, centrando este tercer capítulo en el estudio de los mecanismos con los que se garantizan y hacen efectivos todos los medios para que ningún niño, niña y adolescente se vea restringido del Derecho a la Identidad, con los que el Estado avala que se cumpla a cabalidad con el objetivo principal, que consiste en la identidad de las personas, precautelando su integridad, sin discriminación o atentados a su persona.

La democracia ecuatoriana se fundamenta y legitima en la medida que tenga un sistema adecuado de garantías y protección a los derechos, con el objetivo de alcanzar dicho fin, se han desarrollado una serie de instrumentos, mecanismos con distintos tipos de tutela política y jurídica de los derechos, pues son nuestros derechos por tanto se son exigibles de forma individual o colectiva, ante la autoridad competente, la cual deberá garantizarlos o tutelarlos, sin discriminación por razón alguna y de manera directa e inmediata, a continuación revisemos cada uno de estos mecanismos:



3.1 MECANISMOS DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.-

Nuestra Constitución tiene una extensa lista de derechos que abarcan varias generaciones que garantizan normativamente o en forma primaria como lo manifiesta Ferrajoli.¹⁵³ Y tal como lo prescribe en el art. 84 de la Constitución:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.”

De esta forma podemos observar que los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado técnicas de protección, basados en el principio de eficacia directa, es decir sin la intervención de una legislación ordinaria¹⁵⁴.

Es preciso y necesario hacer una distinción entre Derechos y Garantías, como lo sostiene Hernán Salgado Pesantez “Las Constituciones de todos los Estados reconocen expresamente los derechos de la persona y la sociedad y, como decíamos esta inserción en el texto constitucional se identifica con el vocablo “derechos fundamentales”...” Es indispensable que se establezcan en los mismos textos constitucionales determinadas garantías que aseguren la eficacia de los derechos”¹⁵⁵.

Entendiendo como garantías a un conjunto de medios jurídicos destinados a proteger a los derechos constitucionales; y los derechos son valores o

153 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta, Madrid, 1996, pág. 10.

154 PEÑA, Ángel Miguel, La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Trotta, Madrid, 1997., pág. 98.

155 CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo; SALGADO PESANTES, Hernán, Derechos Fundamentales en la constitución ecuatoriana. ILDIS, noviembre 1995, pág. 33.



facultades que cada persona tiene y están reconocidos en la Constitución y por el orden jurídico nacional e internacional¹⁵⁶.

Al ser el Ecuador un estado Constitucional de derechos y Justicia Social¹⁵⁷, presupone necesaria y obligatoriamente la tutela jurídica constitucional de entre otros derechos, el derecho a la Identidad, ya que esta forma superior de Estado cualquiera que fuere la naturaleza de los derechos y garantías cuentan con su respectivo medio jurídico que hace efectiva la tutela jurídica constitucional, reconocida por la Constitución y por los Convenios Internacionales; y por su naturaleza constitucional, se encuentran regulados en la Constitución de la República, y consecuentemente en ésta consta institucionalización de la Función Jurisdiccional Constitucional, los órganos jurisdiccionales constitucionales, el juzgamiento constitucional, el proceso y el procedimiento Constitucional.

Estos son mecanismos que aseguran los principios de supremacía constitucional. Al respecto Han Kelsen, en su texto *“La Garantía Jurisdiccional de la Constitución”*, manifiesta que “para garantizar la constitución se debe posibilitar la anulación de actos inconstitucionales”¹⁵⁸.

La Constitución de 2008 proclama entre otras características que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Estas calificaciones se complementan mutuamente en un mandato fundamental: los derechos son el centro y el fin del Estado y deben ser cumplidos. Esta es la razón principal para que exista un sistema de garantías ampliamente desarrolladas en nuestra Constitución, mecanismos jurídicos que permiten hacer efectivos tus derechos.

156 CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo, La acción de amparo y habeas data. ILDIS, Quito, Agosto, 2009.

157 ABARCA GALEAS, Luis Humberto, El Estado constitucional de Derechos y Justicia Social, San Francisco de Quito. 2009.

158 Texto original presentado en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público que se llevó a cabo en Viena el 23 y 24 de abril de 1082. Traducido al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán, y publicado en el Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), correspondiente a su primer número publicado en 1974.



Son mecanismos o herramientas que la constitución concede a las personas, colectivas, pueblos o nacionalidades u a la naturaleza con la finalidad de:

- 1.- Prevenir la vulneración de sus derechos.
- 2.- Repararlos cuando han sido violentados.
- 3.- Exigir el cumplimiento efectivo de sus derechos.
- 4.- Ejercer su protección frente a las omisiones del poder.
- 5.- Tener asistencia de una autoridad competente para su defensa.

También debemos manifestar que en el Estado constitucional de derechos, la tutela jurídica constitucional se realizará en una triple dimensión:

- a) Dentro de los procesos ordinarios.- Cualquiera que fuere la naturaleza, el Juez deberá primero juzgar constitucionalmente la causa, es decir excluir todos los actos inconstitucionales.
- b) La tutela Jurídica mediante proceso Constitucional.- Cuando los ciudadanos deducen sus acciones ante el órgano jurisdiccional constitucional, cuando sus derechos han sido violentados.
- c) La tutela jurídica contra resoluciones judiciales.- Siempre que éstas hayan sido expedidas con violación a los derechos y garantías reconocidas por la Constitución¹⁵⁹.

En cada uno de los convenios internacionales sobre derechos humanos, el Ecuador, adquiere la obligación de adecuar su legislación interna para la protección de los derechos, es decir que las normas del país nunca deben estar en contradicción con los convenios ratificados por nuestro país.

Debemos tener en claro que las garantías constitucionales de los derechos no solo son reactivas sino que preventivas, pues los ciudadanos al tener la noción de que sin garantías no existe seguridad jurídica alguna, entonces si

¹⁵⁹ ABARCA GALEAS, Luis Humberto, El Estado constitucional de Derechos y Justicia Social, San Francisco de Quito. 2009.



no hay una garantía y mecanismo de protección al derecho a la Identidad, difícilmente se podría concebir dicho derecho, al igual forma que una vez que se ha violentado este derecho existen mecanismos para reactivarlo inmediatamente al ser considerado un derecho humano, para este fin tenemos la Corte Constitucional como órgano superior de control de la constitucionalidad, al respecto el PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, se pronuncia sobre el análisis QUE DEBEN REALIZAR JUEZAS Y JUECES CONSTITUCIONALES EN LA SUSTANCIACIÓN DE ACCIONES DE PROTECCIÓN:

"Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido"¹⁶⁰.

En el caso de que los jueces encontraran que las resoluciones judiciales se encuentran dictadas con inconstitucionalidad, deberán declararlos sin valor, entendiendo que la Justicia Constitucional no resuelve el caso concreto objeto del proceso, sino que una vez declarada la inconstitucionalidad, es la justicia ordinaria quien reiniciará el proceso a partir desde donde se produjo la inconstitucionalidad, en caso de que se haya iniciado desde el principio, se empezará un nuevo proceso, es esta virtud se demuestra que la justicia constitucional se encarga de verificar objetivamente el proceso con observancia a los Derechos Humanos, y a la Constitución, sin invadir ni desconocer el ámbito, autonomía e independencia de la justicia ordinaria.

160 Corte Constitucional del Ecuador, Novedades Jurisprudenciales de la Corte Constitucional, Viernes, 15 Abril 2016 11:14, <https://www.corteconstitucional.gob.ec>, 19 de abril de 2016. .



Todos los derechos en su primera dimensión, consisten en la facultad que tiene el titular para exigir su respeto a los demás ciudadanos y al mismo Estado, y es por tal razón que nace la importancia de saber, conocer cuáles son nuestros derechos, y cuáles son los derechos de los demás, para de ese modo poder exigir que nuestros derechos se cumplan, y poder respetar los derechos correlativos de cada persona; además es responsabilidad del Estado la reparación del daño causado al titular del derecho violentado, o desconocido, más adelante veremos las situaciones que el Estado debe intervenir con el objetivo de reconocer el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes que por diversos motivos carecen de identidad, así como sancionar a los funcionarios o cualquier otra persona que sea responsable por tal omisión, buscando poner fin a la impunidad judicial y administrativa por las violaciones a los Derechos Humanos.

El Estado Constitucional se caracteriza por:

- a) El Estado tiene como finalidad la garantía efectiva de los derechos de las personas.
- b) La Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento¹⁶¹,
- c) La Constitución es norma jurídica directamente aplicable.

En lo que atañe a la finalidad del Estado vincula a la garantía efectiva de los derechos de las personas siendo este un elemento primordial que le da sustento y permite desarrollar el concepto de democracia, pues vale la pena repetirlo sin derecho no hay garantías y sin garantías es difícil hablar de derechos.

Es así que como aspecto relevante de nuestra Constitución, es el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución, como lo ha dicho la Corte Constitucional en su sentencia Interpretativa (R.O. N. 451

¹⁶¹ Los que implica que la legalidad se transforma en un mero componente de la constitucionalidad. A partir de la aparición del Estado Constitucional, la Asamblea Nacional, no podrán extender sus competencias en detrimento del poder constituyente ni restringirlas en beneficio del poder reglamentario que tiene el ejecutivo.



del 23 de octubre de 2008), “la constitución de 2008 establece: 1.- una nueva forma de Estado Constitucional de Derechos y justicia, 2.- Aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y 3.- Reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho”¹⁶².

Implicando de esta manera la supremacía del poder de los ciudadanos sobre el poder de los legisladores, y del mismo modo al ser Ecuador un estado garantista de la constitución, constituye sobre los derechos fundamentales de las personas rechazando al ejercicio del poder arbitrario.

3.2. MECANISMOS DE GARANTÍAS NORMATIVAS.-

Son aquellas reglas que aseguran el carácter normativo de los derechos fundamentales, limitando al máximo sus restricciones y asegurando su reparación cuando la vulneración se ha producido¹⁶³.

Son mecanismos, preceptos que buscan garantizar el carácter normativo de la Constitución y particularmente de los derechos y con ello asegurar que:

- 1.- Toda norma inferior a la Constitución, (ley, reglamento, ordenanza) respete los mandatos constitucionales.
- 2.- Se garanticen y respeten los derechos establecidos en la Constitución.
- 3.- No se altere el contenido e identidad de la Constitución.

Estas garantías las encontramos definidas en el art. 84 de la Constitución¹⁶⁴.

3.2.1. Ley de Registro Civil y Cédulación.-

La inscripción en el Registro Civil al momento de nacer se convierte en el primer reconocimiento legal por parte del Estado hacia la persona ya que la

162 ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre neo constitucionalismo. 2009.

163 UMBRAL, Revista de Derecho Constitucional. N. 3 ene-jun 2013. Quito.

164 Constitución de la República del Ecuador. Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.



inscripción demuestra que un niño o una niña están vivos y marca su ciudadanía, y es la clave para la vida de una persona, convirtiéndose sobre todo en titular de derechos¹⁶⁵.

Son varias las causas de la NO INSCRIPCION, como ignorancia de la población, desinterés de los padres en el Ecuador y deficiencia del Estado en promover los procesos de inscripción e incluso podemos manifestar que la oficina de Registro Civil más próxima se encuentra alejada y la persona no posee el tiempo, ni los recursos económicos necesarios para trasportarse hasta donde ésta se encuentra¹⁶⁶.

De acuerdo a la encuesta Nacional de la Niñez y Adolescencia¹⁶⁷, realizada por el Fondo Internacional de las Naciones Unidas para Emergencias de la Infancia y el Observatorio de la Niñez y la Adolescencia en el 2010, uno de cada diez niños y niñas menores de 5 años en el Ecuador no están registrados y por ende no ejercen sus derechos al nombre, la identidad y la nacionalidad, e incluso se puede apreciar en esta encuesta que comunidades de la Amazonía de nuestro país no sienten la necesidad ni entienden la lógica del registro, tenemos por ejemplo comunidades como los Huaorans, Tagaeris y Taromenanes¹⁶⁸, quienes rechazan absoluta y abiertamente la inscripción, pues argumentan que nunca les ha sido necesario¹⁶⁹ e igual criterio comparten

165 The International Observatory on Stateless, Birth Registration. Ver en <http://www.nationalityforall.org/birth-registration>, revisado 23 de abril de 2016.

166 Juan Villalobos, entrevista realizada por Claudia Cadena, en el Servicio Jesuita a Migrantes y Refugiados, el 9 de Junio, 2011.

167 Encuesta Nacional NNA, siglo XXI, http://www.unicef.org/ecuador/Encuesta_nacional_NNA_siglo_XXI_2_Parte3.pdf revisado 23 de abril de 2016.

168 Pueblos aislados y originarios que han optado por vivir en un aislamiento voluntario, rechazando cualquier contacto con representantes del gobierno, empresas de extracción de recursos naturales, colonos y representantes de grupos religiosos que operan en proximidad de sus territorios ancestrales.

La mayoría de los pueblos indígenas ven a las compañías petroleras y de gas, leñadores, mineros y empresarios como "fantasmas de la muerte", debido a los daños que causan en su hábitat, contaminando ríos, devastando la flora y fauna, única fuente de vida conocida por todos.

La mayoría de estos grupos, por ejemplo los que habitan en la zona amazónica de Ecuador, Perú, Brasil y Bolivia, son poco conocidos, cuentan con pocos individuos, y están en peligro inminente de extinción.

169 Evelio Gende, miembro de la comunidad CONAIE, fue lo manifestado por el en la entrevista realizada por Claudia Cadena, en la CONAIE, el 9 de Junio, 2011.



comunidades afrodescendientes, donde cerca de doce mil niños no están debidamente inscritos¹⁷⁰, aunque subsanando este error, entraría en práctica el reconocimiento tardío por parte de los padres, debido a que la mayoría de estos niños sobrepasan del mes de nacido

Es entonces cuando se requiere que el Estado debe garantizar procedimientos adecuados y estrategias que motiven a los pueblos frente a esta realidad¹⁷¹, evitando al máximo que sea un proceso embrolloso y estresante, amparando a los niños, niñas y adolescentes de ser vulnerables al tráfico como a la trata de personas, mientras no sean registradas, están expuestos a este tipo de abusos¹⁷².

ART. 28 de la Ley de Registro Civil.- En el registro de nacimientos se inscribirán:

- 1.- Ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar de nacimiento, los ocurridos en el territorio de la República.
- 2.- Ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar del destino final, los ocurridos en viaje dentro de la República, si no se hubiere efectuado la inscripción en el lugar de nacimiento.
- 3.- Ante el agente diplomático o consular respectivo, el de los hijos de padre o madre ecuatorianos nacidos en el extranjero; y,

170 País. Seres que no existen. http://lahora.com.ec/index.php/noticias/show/411932-1/Seres_que_no_%E2%80%98existen%E2%80%99.htm#.Vx51WPnhDIU Revisado 23 de abril de 2016.

171 Constitución de la República del Ecuador, art. 1.-“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada (...)

172 Ed. Couldrey y Maurice Herson, Migraciones Forzadas Revista: Apatridas: Sin identidad legal, Escasos Derechos, Escondidos de la Sociedad, Olvidados. No. 32, Junio 2009, p. 2.



4.- Ante el capitán de la nave o aeronave, los ocurridos a bordo de una nave o de una aeronave ecuatorianos fuera del mar territorial o del espacio aéreo nacional¹⁷³.

El registro y cedulación de toda niña, niño y adolescente es un derecho y al mismo tiempo un requisito y una necesidad para acceder a una vida plena llena de oportunidades, dado que la cédula de identidad es la llave que abre la puerta a todos los demás derechos: escuela, servicios de salud, protección, alimentación y programas sociales. Es además un medio efectivo para combatir el tráfico de personas y de órganos.

El derecho a la identificación forma parte del derecho a la identidad, pues uno de los elementos de la identidad es el nombre. a través de la identificación se especifica la individualidad de la persona y como elemento complementario son los apellidos.

Al respecto tenemos el art. 35.- Derecho a la identificación.- Los niños, 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 identidad¹⁷⁴.

En base a lo manifestado y conforme a lo establecido en dicha ley, el Estado ha buscado ir implementando y mejorando el servicio de registro y cedulación, brindando una mejor atención a los usuarios, con un servicio de calidez, preferencia a grupos vulnerables, en miras a la satisfacción del usuario, con personal capacitado y motivado en ejercicio de sus funciones, manteniendo en claro un código de Ética, es decir con un conjunto de principios y valores que guían el quehacer diario de funcionarios, empleados y trabajadores, es así como en la actualidad podemos observar que la Dirección de Gestión

173 LEY DE REGISTRO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, Quito 2012.

174 LEY DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN (Decreto Supremo No. 278).



Tecnológica¹⁷⁵, lidera varios proyectos con el objetivo de dotar a las instituciones de infraestructura, sistemas, seguridades y servicios informáticos con tecnología de punta, para apoyar una gestión encaminada a garantizar la entrega de servicios de calidad a la ciudadanía. El Registro Civil, cuenta con un servidor propio para almacenar la base de datos institucional, que cuenta con un sistema de gestión de la identidad. Ahora el proceso de enrolamiento ciudadano se hace biométricamente a través del sistema AFIS (Automated Fingerprint Identification System) que garantiza la seguridad de cada individuo haciendo único su registro de datos. Debido a esto se incorporan mayores características tanto de tipo visible e invisible, de seguridad en el nuevo documento de identidad, así evitar la falsificación, imitaciones, producción o alteraciones de la cédula. Este documento contiene un chip en donde almacena la información de los ciudadanos.

El sistema de cómputo de la institución es de última generación y opera con el moderno sistema de gestión de la identidad denominado Magna¹⁷⁶, además

175 <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/direccion-desarrollo-tecnologico-estadistico/> La Dirección de Tecnologías de la Información y Comunicación es responsable del macro-proceso de Tecnologías de Información y Comunicación- TIC's, que se estructura con los procesos de Investigación de TIC's; Desarrollo y Administración de Sistemas Informáticos; Administración de Servicios Tecnológicos; y Soporte Tecnológico – atención de requerimientos (instalaciones, ubicación de nuevo funcionarios, resolución de incidentes tecnológicos) y, mantenimiento correctivo, preventivo y predictivo de los equipos tecnológicos.

Misión:

Apoyar y asesorar en el desarrollo de los productos y servicios de los macro-procesos del INEC, proveyendo oportunamente de Tecnologías de Información y Comunicación actualizadas y operativas, que alineadas de manera estructural y unificada al modelo de gestión del INEC permitan automatizar los Sistemas Integrales de Gestión en dirección de la optimización y mejora de procesos, buscando satisfacer los requerimientos de clientes internos y externos.

176 Publicado el 2013/04/21 por AGN: La Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación alcanza un nuevo hito dentro de proceso de modernización institucional. El primero de abril inició la instalación de equipos con el nuevo sistema Magna en 52 cantones del país; esto posibilitará entregar la cédula con chip en dichas jurisdicciones. Como consecuencia de ello, el 9 de abril dejó de operar en el país el sistema AS400 y concluyó la producción de la cédula de papel cubierta con una lámina de seguridad.

Este proceso busca asegurar la identidad del ciudadano; ampliar la cedulación con el nuevo sistema, que incluye seguridades biométricas y producir de acuerdo a la capacidad instalada en cada provincia. Para cumplir con este objetivo, en cada agencia cantonal funcionarán centros focalizados de atención ciudadana, denominados "centrodes".

El sistema Magna garantiza la inviolabilidad de los datos del usuario, pues tanto la firma, la foto y la huella son ingresados de manera digital y almacenados en el chip interno de la cédula, que posee 21 niveles de seguridad. De igual manera, el sistema de validación de la información del usuario, paso previo a la cedulación, contribuye a depurar la base de datos institucional y a asegurar la identidad del ciudadano mediante el ingreso y actualización de sus datos.



este sistema permite la posibilidad de ingresar la firma digital, la misma que quedará registrada en el documento de identidad; que la toma de huellas digitales también se realiza a través de este sistema brindando seguridad a la identidad, el proceso de cedulación concluye con la activación del chip interno y la entrega del documento.

Así las primeras cédulas que se emitían se entregaban de acuerdo con la clase social de los ecuatorianos y tenían una clara diferencia socio-económica, ya que se emitían cédulas cubiertas con cuero repujado por un valor de cinco sures, otras elaboradas en cartulina simple por un valor de tres sures y otras en papel simple que se entregaban sin costo, contaba con las impresiones dactilares del dedo pulgar derecho, del jefe de oficina de seguridad, con su firma y caligrafía, además contenía la firma de Policía, y número de cédula. En 1044, se añaden timbres fiscales y firma y sello del Secretario General de Seguridad, y además se añaden las impresiones dactilares de los dedos índices, medio y anular de la mano derecha. En 1945 se emite un nuevo documento en donde ya se incorporaba color y textura aunque no se había superado las diferencias de clases pues se entregaba verde para los ciudadanos y amarillo para los no ciudadanos y analfabetos. En 1950 contenían además sellos de la oficina de Identificación, timbres fiscales. En 1956 fueron ya especies valoradas, lámina plástica, sellos de seguridad, huella del pulgar derecho y número de cédula en la parte superior de la fotografía, tomada por la propia oficina. El 1977, se incorpora un dígito adicional que corresponde al dígito verificados. En 1978, se incorpora al documento de identidad la fotografía con fondo rojo para los ciudadanos y verde para los menores de edad, amarillo para los infantes y analfabetos y celeste para los extranjeros. En el 2009 gracias al plan de modernización contamos con un documento nuevo, que posee como ya lo manifestamos un chip inteligente que brindará seguridad bajo los más altos estándares

Se trata de un cambio histórico que deja atrás el pasado del Registro Civil, asociado a mal servicio, inseguridad y tramitadores, para dar paso a la modernidad, a la seguridad en la información del usuario, a un sistema de gestión de la identidad que ha sido reconocido internamente y que es mirado en el exterior como ejemplo.



internacionales inclusive tendrá información a futuro de la persona, como el tipo de sangre entre otros¹⁷⁷.

Podemos observar nuestro panorama de la realidad, y darnos en cuenta que el derecho procura regular la división entre los menores de edad y a quienes la ley considera que han llegado a su madurez biológica y psicológica; en la sociedad actual los menores son llamados a participar en relaciones jurídicas y sociales, en donde la familia y el Estado buscan ir mejorando, incrementando y protegiendo los derechos de ésta parte vulnerable de la sociedad, más aun por ser consideradas personas en proceso formativo, motivo por el cual hace que nuestro ordenamiento jurídico contemple de forma particular y especial la regulación de normas que tienen como sujeto al menor edad, con miras a tutelar y protegerlos¹⁷⁸.

Iniciemos analizando las acciones de estado, que según Meza Barros, considera el estado como “la situación permanente que el hombre tiene en relación con la sociedad política o con el grupo familiar que forma parte, generadora de derechos y obligaciones”¹⁷⁹.

Si bien recordamos las clases de derecho romano, en que el estado o status, era un presupuesto de la personalidad, es decir que para ser considerada persona se requería el status libertatis, civitatis, familiae, es decir ser libre, ciudadano y jefe de familia, pero en el derecho moderno, y con la abolición de la esclavitud, estos requisitos ya no son necesarios para ser considerados personas.

El código Civil ecuatoriano, en el art. 60 considera legalmente reconocida como tal, comienza con el nacimiento, por lo tanto se entenderá que está persona

177 Registro Civil, Identificación y Cedulación, del Ecuador. IDENTIDAD, Gestión de Labores. 2011

178 D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Menores, 4° Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

179 MEZA BARROS, Ramos, Manual de derecho de familia II, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976. Pág. 479.



existe o ha nacido viva desde que es separada completamente de su madre¹⁸⁰, y por lo que el primer paso para la identidad de una persona, después de su nacimiento es la debida inscripción en el Registro Civil, pues si el nombre de las personas constituye una manifestación de su identidad¹⁸¹, este es el carácter dinámico de la vida humana, pues genera también el derecho a cambiar de nombre, así como también como el derecho a cambiar de religión, de nacionalidad, temas que se vuelve critico en algunos temas como lo hemos revisado en el capítulo anterior el tema de identidad de género¹⁸²; a continuación veamos las formas y requisitos que existen para el trámite de inscripción:

3.2.2. INSCRIPCIONES OPORTUNAS.-

Esto es hasta los 30 días de nacido el menor y se requiere:

- 1.- Formulario original del INEC (Estadístico de Nacido Vivo), si el nacimiento fue asistido con atención médica profesional, documento en el cual deberá contener firma y sello del profesional que atendió el parto y nombre del establecimiento de salud; en caso de no haber sido asistida con atención médica en el parto se requiere la declaración del solicitante y de dos testigos, quienes darán fe del acontecimiento, indicando el lugar donde ocurrió, y la fecha del parto.
- 2.- Documento de identificación de la madre obligatorio.
- 3.- Documento de identificación del padre en caso de que quiera reconocer al menor.
- 4.- Comparecencia de los padres, sino estuvieren casados entre sí.
- 5.- Declaración juramentada conferida ante autoridad competente si tuviese Unión de Hecho, en conformidad con el artículo 222 del Código Civil.
- 6.- Documento de identificación del solicitante de la inscripción, si no fuera hecha por los padres o por sus mandatarios (poder especial)¹⁸³.

¹⁸⁰ Dra. TANDAZO VALAREZO, Sara Salomé, Derecho Civil I, personas y Familia, guía didáctica, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, primera edición, Loja – Ecuador, 2011.

¹⁸¹ Artículo 24 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁸² JUVENTUD E IDENTIDAD, III Congreso Internacional 20 años de lucha de Abuelas de Plaza de Mayo. Editorial Espacio. Buenos Aires. 2001.

¹⁸³ Registro Civil del Ecuador. <http://www.registrocivil.gob.ec>



Recordemos algunas teorías sobre la naturaleza jurídica del nombre:

- a.- Es un derecho de propiedad del cual es titular la persona que lo lleva, efecto el nombre de las personas es inmaterial, por tanto fuera del comercio; es inalienable e imprescritible; le falta contenido económico característica esencial de los derechos patrimoniales y de propiedad.
- b.- Otros consideran que el nombre es un derecho de la personalidad e intimamente ligado a su honor.
- c.- Para otros consideran que se trata de Policía Civil, porque sirve solo para la identificación de las personas.

Según el Dr. Guillermo Borda, la naturaleza jurídica del nombre es que es a la vez un derecho de la personalidad y una institución de Policía Civil¹⁸⁴.

3.2.3. INSCRIPCIONES TARDÍAS.-

Este tipo de inscripción surge a partir de los 31 días posteriores al nacimiento del menor hasta los 17 años de edad, y requiere.-

- 1.- Razón de no inscripción.
- 2.- Se solicitarán los mismos requisitos de la inscripción oportuna.

3.2.4. INSCRIPCIONES A PARTIR DE LA EDAD DE 18 AÑOS EN ADELANTE.-

- 1.- Comprobante de pago correspondiente a la tarifa vigente.
- 2.- Razón de no inscripción.
- 3.- Declaración del solicitante y de dos testigos idóneos, sobre el hecho, con la cual será llenado el Informe Estadístico de Nacido Vivo (INEC) por el delegado del Registro.
- 4.- Certificado de estudios otorgado por el establecimiento educativo correspondiente, si estuviese estudiando¹⁸⁵.

¹⁸⁴ MORALES ALVAREZ, Jorge. Derecho Civil de las Personas. Universidad del Azuay. Talleres Gráficos UDA. Cuenca- Ecuador 1992.

¹⁸⁵ Registro Civil del Ecuador. <http://www.registrocivil.gob.ec>



3.2.5. INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO POR ADOPCIÓN.-

- 1.- Comprobante de pago correspondiente a la tarifa vigente.
- 2.- Verificación en el sistema SATJE la sentencia ejecutoriada de la adopción, o solicitar dos copias certificadas de la sentencia con la razón de ejecutoria de la misma, y en el caso de que fuese la adopción realizada en el exterior se requiere la sentencia debidamente apostillada, legalizada y traducida.
- 3.- Documento de identificación de quien solicita la inscripción de adopción.

Una vez inscrito el niño, niña o adolescente, y declarado ya la maternidad por su madre, valga la rebundancia, entra en juego la necesidad de establecer la filiación paternal del mismo, lo cual se consigue con el acto de reconocimiento mediante el cual un hombre, de manera libre, expresa o voluntaria; por orden judicial; o mediante testamento, asume la paternidad de un hijo o hija. Como se manifiesta el reconocimiento puede ser voluntario o por sentencia, resolución o acto notarial¹⁸⁶.

3.2.6. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE PATERNIDAD O MATERNIDAD.-

Este proceso generalmente se da en los nacimientos de menores extramatrimoniales. En el caso de la maternidad se encuentra exteriorizada en el acta de nacimiento del niño o niña, haciendo constar los nombres de la mujer que dio a luz, y el reconocimiento de la maternidad se da cuando en dicha acta no se hace constar este particular.

Es decir los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y gozarán de los derechos establecidos en la ley, esta figura se fundamenta en que es un acto libre y voluntario.

¹⁸⁶ Junta Central Electoral. Garantía de Identidad y Democracia, Viernes, 2007. <http://soporte.jce.gob.do/PreguntasFrecuentes/Detalle/tabid/64/ArticleId/7/%C2%BFQue-es-el-Reconocimiento-y-cual-es-su-procedimiento.aspx> 20 de abril de 2016.



Además pueden ser reconocidos los hijos que se encuentran en el vientre materno y surtirá efectos según el art. 63 del Código Civil¹⁸⁷.

Cuando los hijos extramatrimoniales que llevaban el apellido materno, al ser reconocidos por el padre, será el apellido de éste primero y segundo el apellido.

El reconocimiento voluntario tiene estas características:

1.- DECLARATIVO: Sus efectos son retroactivos al día de la concepción, por esto también se hace posible reconocer a un hijo antes de haber nacido, pero la declaración queda subordinada a que el concebido nazca con vida, caso contrario no tiene efecto¹⁸⁸, y también se puede hacer la declaratoria de paternidad o maternidad después de haber muerto el hijo¹⁸⁹.

2.- PERSONALISIMO: El reconocimiento de paternidad o maternidad no puede hacerlo otra persona sino el propio padre o madre en forma personal, pero también lo puede hacer por intermedio de un apoderado especial para dicha diligencia¹⁹⁰.

3.- ES IRREVOCABLE.- Una vez se haya reconocido la paternidad no existe forma la posibilidad de revocarla, bajo ninguna circunstancia o motivo.

187 Código Civil, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, Art. 63.- Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

188 Código Civil, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, actualizado a julio de 2015, Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.

Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.

189 Código Civil, Corporaciones de Estudios y Publicaciones, actualizado a julio de 2015, Art. 64.- La persona termina con la muerte.

190 Valencia Zea. Ob. cit. Pág. 537.



4.- UNILATERAL: El padre o madre pueden efectuar el reconocimiento, sin que esté presente el hijo o hija, no es necesaria la aceptación por parte del reconocido.

5.- FORMAL: La declaración de la paternidad deberá cumplir con los requisitos y formalidades exigidas por la ley.

6.- PURO Y SIMPLE: La voluntad de reconocer a alguien como hijo suyo no puede quedar subordinada a condición o término¹⁹¹.

Requisitos.-

- 1.- Comprobante de pago correspondiente a la tarifa fijada.
- 2.- Documentos de identificación y presencia de la persona que vaya a reconocer el acto y dos testigos idóneos.
- 3.- Certificación integra de nacimiento de quien va a ser reconocido¹⁹².

3.2.7. RECONOCIMIENTO POR SENTENCIA JUDICIAL, RESOLUCIÓN JUDICIAL Y OTORGADA POR NOTARÍA.-

Requisitos.-

- 1.- Comprobante de pago correspondiente a la tarifa fijada.
- 2.- Sentencia judicial, acta notariales o resolución judicial donde se ordene el reconocimiento.
- 3.- Se procederá a la sub inscripción o marginación de la partida de nacimiento, haciendo constar dicho acto¹⁹³.

Refiriéndonos al reconocimiento judicial, el art. 252 del Código Civil establece que: “El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez declare hijo de determinados padre o madre.”

191 <https://sites.google.com/site/filiacionfamiliar/caracteristicas-del-reconocimiento-voluntario>

192 <http://www.registrocivil.gob.ec>

193 <http://www.registrocivil.gob.ec>



A manera de ejemplo tenemos la siguiente sentencia, en donde por orden judicial se declara la paternidad del demandado con el compareciente y se ordena la correspondiente marginación en el Registro Civil, una vez que con las pruebas de ADN se ha demostrado la relación parento- filial.-

JUICIO NRO.-0000-2014. Encontrándose la causa en estado de emitir sentencia se considera: La comparecencia de NNN, quien manifiesta que es hijo de madre soltera y que hace unos meses me ha enterado que su padre biológico es el señor NNN, y que es su deseo que NNN lo reconozca como su hijo biológico; dentro de sus generales de ley indica que posee la edad de veinte y siete años de edad; y demanda la paternidad del Sr. NNN. Considerando que de conformidad al Art. 255 del C. Sustantivo Civil, en lo referente: Titular de la acción de investigación de paternidad “La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz” en la presente acción comparece por sus propios derechos el Sr. NNN, pues en la actualidad cuenta con la mayoría de edad, Art. 257 de la ley Ibídem, Prescripción de la acción de paternidad “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”, y en la actual Constitución de la República, señala en el Art. 66 “Se reconoce y garantizará a las personas: ...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”; 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". En la etapa de pruebas solicita el examen de ADN entre el compareciente, el demandado y su madre la Sra. NNN; concluyendo con determinación de la paternidad entre el Sr. NNN y el accionante NNN, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad 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.".- Por lo expuesto, en sentencia se acepta la demanda y se declara la paternidad de NNN, respecto del actor y se dispone su marginación en la partida de nacimiento.

El problema de determinar la paternidad, se encuentra científicamente resuelto en cuanto al problema de determinación de la paternidad, ya que por medio de exámenes biológicos, brindan una seguridad prácticamente absoluta¹⁹⁴. Es por esa razón que todos los trámites judiciales tanto para reclamar la paternidad como para impugnarla, tienen como prueba fundamental los exámenes de ADN. Claro es que también existe la posibilidad de oposición al examen biológico ordenado judicialmente, en otros países como Alemania, Austria¹⁹⁵, se hacen cumplir coercitivamente, pero en el caso de nuestro país, basta la inexistencia del requerido para dicho examen, y se presume afirmativamente la paternidad de esté con el que lo solicita.

Todos estos tipos de reconocimientos con el fin de establecer la filiación de los menores con sus padres, ya sea filiación legítima, extramatrimonial o adoptiva, recordemos que el derecho no crea la filiación sino que simplemente le

194 HARLEY, David. "Médico Legal – Determinación." New York. London, 1940.

195 GESCHE BEHN, Bernardo, Investigación de la Paternidad Illegitima, Departamento de divulgación de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Concepción, 1967.



reconoce y protege, constituyendo jurídicamente el lazo paterno filial con proyecciones jurídicas¹⁹⁶.

Es así que las políticas públicas adoptadas en función de la niñez y adolescencia deben estar dirigidas hacia el desarrollo de la plenitud de la personalidad de niños, niñas y adolescentes a fin que estas puedan contar con el sustento necesario para labrar y edificar, su propio plan de vida, sin que ello fuese un menoscabo a sus necesidades e intereses presentes y futuras.

El establecimiento o reconocimiento de un derecho en nuestra Constitución, no significa que esté garantizado su cumplimiento, como lo explica Riccardo Guastini “un derecho constitucional puede ser conferido o atribuido, pero no conlleve que esté garantizado, protegido o tutelado”¹⁹⁷. Es por tal razón que se hace necesario establecer mecanismos que garanticen los derechos, o tratando netamente del tema, es establecer mecanismos de garantía y protección al derecho a la Identidad, pues un Estado constitucional de derechos no se puede comprender sin garantías de esos derechos.

3.2.8. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.-

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.

La moderna doctrina enseña que el apellido es un derecho de la personalidad, y que por lo tanto se encuentra fuera del comercio, al respecto A. VON TUHR, manifiesta “que el nombre y apellido deben colocarse al lado de los derechos

196 D'ANTONIO, Derecho de Menores, primera edición, Buenos Aires, pág. 150

197 GASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. México, 2001, pág. 233



de autor o inventor”¹⁹⁸. Es un derecho de la personalidad como lo es el derecho a la vida, al honor, etc., y representa un poder de nuestra propia persona y la obligación para los demás de designarlos por tal nombre y apellido, los mismos que puede hacerse valer contra terceros que se nieguen a dar a una persona su apellido, alegando que no tiene derecho a usarlo, así por ejemplo el hijo extramatrimonial reconocido por su padre tiene derecho a usar su apellido y a oponerse eficazmente a la impugnación que contra él hagan los hijos matrimoniales del mismo padre¹⁹⁹.

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. 36.- Normas para la identificación.- En la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida. En casos de inscripción tardía se deberá registrar en la fecha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente.

Cuando se desconozca la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho a obtener posteriormente el reconocimiento legal del otro progenitor.

Si se desconoce la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente se inscribirá por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país. Se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su opinión cuando sea posible. La

198 Derecho Civil, pág. 99. SPOTA, declara que el nombre y el apellido constituyen un trasunto de la personalidad moral, intelectual, económica de la persona. Es un verdadero derecho subjetivo sobre un objeto inmaterial y extra patrimonial.

199 VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, TEMIS, Décimo séptima edición. Bogotá Colombia 2011.



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

Comprobada y resuelta por la autoridad judicial o administrativa competente la sustitución, confusión o privación de identidad o de alguno de sus elementos, el Registro Civil iniciará de inmediato los procedimientos idóneos para restablecerla sin costo alguno para el afectado.

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

3.3. MECANISMOS DE GARANTÍAS DE POLÍTICAS Y SERVICIOS PÚBLICOS.-

Son mecanismos que obligan a que todas las autoridades, personas y actividades deban sujetarse a lo que diga la Constitución, especialmente obligando a las autoridades a desarrollar planes, programas dirigidos al cumplimiento de los derechos constitucionales²⁰⁰.

En el capítulo anterior analizamos el tema de los apátridas, y como se manifestó no existe en nuestro país normas que regulen esta situación, por ende tampoco existen políticas públicas específicas para controlar, reducir e incluso prevenir esta situación, a mas que algunas personas que no creen que sea necesarios crear una política pública para tratar el tema de la apatriadía, argumentando que sería un gasto en vano, pues dicho tema ya se trata a

200 Constitución de la República del Ecuador. Corporaciones de Estudios y Publicaciones. Enero 2013.



través del refugio²⁰¹. Así como no existen políticas públicas referentes a la apatridia, ni para garantizar la protección de la nacionalidad, se evidencia que tampoco existen estadísticas nacionales sobre casos y situaciones que se hubiesen dado²⁰².

Fue hasta 1998 que Ecuador expidió Plan Nacional de Derechos Humanos el cual se reconocía el tema de la apatridia, empezando por realizar “realizar un diagnóstico de la legislación migratoria en cuanto a la Ley de Extranjería, Migración, Naturalización, normativa para refugiados y apátridas”²⁰³, desarrollando principios y normas establecidos en los instrumentos internacionales en la legislación nacional, pero esta idea solo quedó en teoría, por tal en la actualidad no existe, más que acuerdos ministeriales en los cuales se establecen la obligación de expedir “pasaportes azules” para aquellas personas apátridas²⁰⁴.

Tanto funcionarios públicos relacionan al tema de los apátridas con lo relacionado al refugio, también autoridades administrativas del Registro Civil, creen que no se hace indispensable una política pública, es por eso que al dictar sus resoluciones se contradicen a los principios y derechos previstos en nuestra Constitución y en la normativa internacional relativa al tema, pues exigen documentos que poco o nada vinculan al tema, dejando de lado en concepto de apátridas y vuelven a caer en asimilarla con el refugio como lo hacen los demás autoridades.

Se recomendaría la creación de políticas específicas para la protección del derecho a la nacionalidad y garantizar los derechos de aquellas personas que

201 Andrés Aguirre y Christian Paula, entrevista realizada por Claudia Cadena, en el Ministerio del Interior, Dirección de Protección de Derechos, el 10 de Junio, 2011

202 Pre diagnóstico sobre la apatridia en Ecuador, Programa Andino de Derechos Humanos (PADH) Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Julio 2011.

203 Plan Operativo del Ecuador de Derechos Humanos de 1999 A 2003: Capítulo sobre Derechos Humanos de los Extranjeros, Migrantes y Refugiados.

204 Ver Anexo 2 para más información sobre acuerdos ministeriales.



se encuentren en esta situación de apátridas, e incorporar en los censos información sobre registros sobre la población apátrida²⁰⁵.

Se puede argumentar que en los últimos años el Ecuador ha dado un gran paso para terminar con este tipo de apatriadía. Por lo dispuesto en la Constitución del 2008, el Ecuador otorga automáticamente la nacionalidad a todas las personas nacidas en su territorio, a todos los hijos e hijas de ecuatorianos y ecuatorianas nacidos en el extranjero y a todos los pueblos y nacionalidades que se encuentran dentro de las fronteras del país²⁰⁶.

Se encuentran definidas en el art. 85 de la Constitución²⁰⁷, y vinculan los derechos y su efectividad a las políticas públicas a través de la obligación que tienen los responsables de la política pública de construirla, ejecutarla, evaluarla y control de las políticas públicas y servicios públicos en función de su dependencia con la eficacia real de los derechos constitucionales y derechos establecidos en demás cuerpos legales²⁰⁸ garantizando en especial la eficacia de los derechos del buen vivir, en base a la distribución equitativa de bienes y servicios públicos y la participación de las personas.

La participación ciudadana es el envolvimiento e incidencia de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones, en diferentes esferas concernientes al desarrollo económico, político y social, e igualmente su intervención en importante en la ejecución de esas decisiones y así llegue a convertirse en

205 El adherirse a la Convención de 1961 conllevaría para el estado ecuatoriano la obligación de adoptar políticas públicas, a fin de prevenir y reducir casos y situaciones de apatriadía y resolverlos cuando se presenten.

206 Constitución del Ecuador, art. 7.

207 Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

208 UMBRAL, Revista de Derecho Constitucional. N. 3 ene-jun 2013. Quito.



política pública²⁰⁹, y lograr propugnar una igualdad de oportunidades para los ciudadanos, principalmente enfocada a la protección y garantía de derechos de los grupos vulnerables, priorizando sus programas y proyectos, así tenemos por ejemplo el Programa al Ecuador Ponle Tu nombre, q fue creado, planificado y que busca garantizar el derecho a la Identidad de niños, niñas y adolescentes en nuestro país.

3.3.1. PROGRAMA AL ECUADOR PONLE TU NOMBRE.-

Este es un programa puesto en marcha con el fin de garantizar el derecho a la identidad, buscando acercarse a las personas con el objetivo de lograr y garantizar el acceso al nombre, nacionalidad y al documento de identidad, se conoce tambien como el Programa Nacional de Registro y Cedulación que en los últimos cinco años ha cedulado de forma gratuita a más de 400.000 personas, gracias a la cooperación de UNICEF y a la coordinación interinstitucional con el Instituto de la Niñez y la Familia (MIES-INFA), la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, la Secretaría de los Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, el Ministerio de Turismo, el Ministerio de Salud Pública, y el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

Este programa inicio con brigadas móviles de registro y cedulación. En 2011, UNICEF brindó apoyo a la apertura de nuevas Agencias de Registro Civil en Establecimientos de Salud, llamadas ARCES, que hacen posible la inscripción inmediata del recién nacido y, hasta los cinco meses de vida, sin ningún tipo de costo y en el mismo lugar de nacimiento. Hasta la fecha, Ecuador cuenta con 28 ARCES en funcionamiento en los hospitales públicos de 16 provincias del país.

Los logros del proyecto se han traducido en una reducción de las inequidades existentes entre las zonas rurales y urbanas del país. El Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en su publicación Los niños y niñas del

209 PEREZ ORDOÑEZ, Demetrio A. Políticas Públicas, poder local y participación ciudadana en el Sistema de Desarrollo Urbano y Rural.



Ecuador a inicios del siglo XXI, muestra que, en 2010, un 92 % de las niñas y niños hasta cinco años que viven en las áreas rurales del país se encontraban inscritos en el registro civil, frente a un 89% de las niñas y niños de las áreas urbanas.

A todo ello se une otro avance del Ministerio de Salud Pública en convenio con el Registro Civil. A partir de este año, el número de cédula de identidad corresponderá con el número de historia clínica a nivel nacional, es decir, un solo número para mejorar la atención a todos los ciudadanos.

Sin embargo, el gran reto se encuentra en dar un paso más y lograr que todas las niñas, niños y adolescentes cuenten con su cédula de identidad, ya que el porcentaje de niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años cedulados en Ecuador es tan sólo de un 37%, siendo mayor entre la niñez y adolescencia de las zonas rurales, donde un 42% cuenta con cédula de identidad, y descendiendo el porcentaje a un 34% en áreas urbanas²¹⁰.

Siendo este un programa a través del cual el Estado adoptó medidas para garantizar el registro de las personas al momento de nacer, se puede afirmar que se ha dado un claro avance a nivel de normativa constitucional, a partir del 2008, pues se otorga la nacionalidad ecuatoriana a todos los niños nacidos en suelo ecuatoriano, a todos los hijos de ecuatorianos nacidos en el extranjero y a todos los pueblos y nacionalidades que se encuentran dentro de los límites del país²¹¹.

3.4. MECANISMOS DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES.-

Las garantías jurisdiccionales tienen su origen en el interdicto romano de HOMINE LIBER EXHIBENDO, el cual se constituía en una especie de acción popular con el propósito de tutelar la libertad de cualquier ciudadano privado

210 http://www.unicef.org/ecuador/policy_rights_20954.htm

211 Ciudadanía informada. http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-ciudadania-ecuador0/noticiasciudadania-ecuador/browse/105/ir_a/ciudadania/article//ecuador-ponle-tu-nombre-una-masivaacogida-en-el-primer-dia-de-campana.html, revisado 15 de julio de 2011.



dolosamente de ella²¹², en la actualidad conocida como HABEAS CORPUS, siendo ésta la primera de las garantías instauradas en América Latina²¹³, y que fue pensado para proteger y tutelar la libertad personal en contra de detenciones arbitrarias, aunque anteriormente en sistemas jurídicos como el argentino, peruano²¹⁴, o bolivariano²¹⁵, en donde a falta de una figura jurídica especializada tradicionalmente, se utilizó el Hábeas corpus para proteger todos los derechos constitucionales.

La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, es considerado como el origen y pilar central del sistema de garantías propio de cualquier Estado de Derecho.

Estas garantías nos conducen a ejercitar el derecho de acción para lograr una tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces, ya que los jueces son los principales protectores de los derechos reconocidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales de derechos Humanos. Para hacer efectiva esta protección, verifican que los actos del Estado o los particulares se ajusten a la Constitución y lo hacen tramitando y decidiendo las acciones de garantía, el juez ya no es más la boca muda de la ley, sino que se convierte en protagonista de la acción del Estado²¹⁶.

Se encuentran contempladas en el art. 86 de la Constitución²¹⁷.

212 Sentencia Tribunal Constitucional de Perú, 3509-2009. Fundamento Jurídico 2. Específicamente el art. 39 de la Carta decía: Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

213 UMBRAL, Revista de Derecho Constitucional. N. 3 ene-jun 2013. Quito.

214 En Perú la Constitución de 1933 en el art. 69 establecía la procedencia del hábeas corpus para la defensa de los derechos individuales. Esta situación se mantuvo hasta 1969 cuando se separa al hábeas corpus del proceso de amparo.

215 En Bolivia el hábeas corpus sirvió para la defensa judicial de todos los derechos hasta 1976. Posteriormente en la Constitución de 1967 se creó un recurso parecido al amparo mexicano y se distinguió este del hábeas corpus que quedó limitado a la defensa de la libertad personal.

216 UMBRAL, Revista de Derecho Constitucional. N. 3 ene-jun 2013. Quito.

217 Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución. 2. Será competente la jueza o juez



La finalidad de estas garantías es la protección eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la prevención de violaciones a los derechos y la reparación integral e inmediata cuando dichos derechos han sido violentados²¹⁸.

Tenemos así la ACCION DE PROTECIÓN, siendo la que analizaremos dentro de este trabajo, se encuentra consagrada en el Art. 88 de nuestra actual Constitución, que busca el amparo de los derechos reconocidos en nuestra Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos²¹⁹, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus²²⁰, acceso a la

del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos. 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse. 4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidores o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley. 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.

218 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. Del Arco Ediciones. Registro oficial N. 52-segundo suplemento- jueves 22 de octubre de 2009. Art. 6. Cuenca-Ecuador.

219 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. Del Arco Ediciones. Registro oficial N. 52-segundo suplemento- jueves 22 de octubre de 2009. Art. 39. Cuenca-Ecuador.

220 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. ART. 43 Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: 1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia; 2. A no ser exiliada forzosamente, desterrada o expatriada del territorio nacional; 3. A no ser desaparecida forzosamente; 4. A no ser torturada, tratada en forma cruel, inhumana o degradante; 5. A que, en caso de ser una persona extranjera, incluso antes de haber solicitado refugio o asilo político, no ser expulsada y devuelta al país donde teme persecución o donde peligre su vida, su libertad, su integridad y su seguridad; 6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias; 7. A la inmediata excarcelación de la persona procesada o condenada, cuya libertad haya sido ordenada por una jueza o juez; 8. A la inmediata excarcelación de la persona procesada cuando haya caducado la prisión preventiva por haber transcurrido seis meses en los delitos sancionados con prisión y de un año en los delitos sancionados con reclusión; 9. A no ser incomunicada, o sometida a tratamientos vejatorios de su dignidad humana; 10. A ser puesta a



información pública²²¹, hábeas data²²², por incumplimiento²²³, extraordinaria de protección²²⁴ y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena²²⁵, esta acción se podrá presentar cuando exista violación de un derecho constitucional, y sobre todo cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial para proteger el derecho violado, pues su finalidad es remediar

disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

221 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. ART. 47.- Objeto y ámbito de protección.- Esta acción tiene por objeto garantizar el acceso a la información pública, cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, cuando se creyere que la información proporcionada no es completa o ha sido alterada o cuando se ha negado al acceso físico a las fuentes de información. También procederá la acción cuando la denegación de información se sustente en el carácter secreto o reservado de la misma. Se considerará información pública toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público o entidades privadas que, para el tema materia de la información, tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste. No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas.

222 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. ART. 49.- Objeto.- La acción de hábeas data tiene por objeto garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo, toda persona tiene derecho a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. El titular de los datos podrá solicitar al responsable del archivo o banco de datos, el acceso sin costo a la información antes referida, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. No podrá solicitarse la eliminación de datos personales que por disposición de la ley deban mantenerse en archivos públicos. Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales únicamente podrán difundir la información archivada con autorización del titular o de la ley.

223 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. ART. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

224 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. ART. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

225 LEY ORGÁNICA DDE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTRO CONSTITUCIONAL. ART. 65.- Ámbito.- La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido. Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley



de manera urgente aquel derecho, sobre todo es un trámite preferente, sencillo y breve.

La acción de protección surge como una reacción contra el abuso del poder, creado por el Estado moderno para controlar el ejercicio abusivo e incluso en ocasiones ejercicio corrupto del poder.

Dicho de otra forma la acción de protección, la podemos considerar como una mecanismo de garantía del derecho interno y reconocido internacionalmente, “que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que le ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la Ley”²²⁶.

A continuación analicemos una acción de protección, planteada en el Juzgado de lo penal de la ciudad de Bolívar, con la finalidad de que se reconozca el derecho a la identidad de un menor.

Esta acción de protección se presentó a la negativa del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Guaranda, sobre la inscripción de un menor por cuanto se argumentaba que no cumplía con los requisitos necesarios para la misma, es decir la comparecencia del padre para realizar la inscripción por cuanto los padres no estuvieron legalmente casados, y para empeorar la situación, el padre había fallecido dos días antes del nacimiento del menor.

El contenido de la acción de protección manifestaba: Que con fecha 13 de octubre de 2011, en el sector Tambo Real, tuvo lugar el nacimiento del niño NNNN, cuyos padres responden a los nombres de NN y su conviviente SN, quien fallece el 11 de octubre de 2011, la madre del menor luego de dar sepultura a SN, acude a las oficinas del Registro Civil, con el objeto de inscribir el nacimiento del menor, donde sus funcionarios le explican que no es posible por cuanto debe estar presente el padre, y pese a explicar que el padre ha fallecido y por tanto es imposible su presencia física, se niegan a la inscripción.

²²⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.



Entonces la madre del menor en fecha 25 de enero de 2012, presenta la acción de protección, por cuanto se estaba violentando el derecho constitucional del menor a la identidad.

Para analizar este punto es necesario hacer una diferencia entre declaración y reconocimiento.

La declaración, es el establecimiento de un asunto, en este caso es el establecimiento de que tal acto corresponde a un derecho de la persona; el reconocimiento por su parte, si bien puede tomarse como un sinónimo, va más bien dirigido al aspecto de protección de un derecho ya establecido y del cual se exige su cumplimiento.

En el caso que estamos analizando, nos ocupa el derecho a la identidad como tal se encuentra debidamente vigente a través de una declaración constitucional, entonces podemos identificar la declaración como vigencia del derecho a la identidad en el art. 66 numeral 28 de la Constitución y el reconocimiento o en el caso que tratamos sería la falta de reconocimiento en la negativa administrativa del Registro Civil, de proceder a la inscripción del menor por no constar la presencia del padre o por no poder evidenciar la institución del matrimonio o de la unión de hecho debidamente reconocida o notarizada.

En sentencia, se acepta la Acción de Protección, en base a las pruebas actuadas, entre ellas la prueba de ADN que se realizó con partes del cadáver del hasta entonces presunto padre, con la cual se corrobora que efectivamente es el padre biológico del menor y se ordena que el Registro Civil Identificación y Cedulación de Bolívar, inmediatamente inscriba en el registro correspondiente de nacimientos al menor NNN²²⁷.

Podemos observar que se ha declarado lo correspondiente al derecho a la identidad, así como también su reconocimiento, pues la acción de protección pretende el reconocimiento eficaz en el ejercicio del derecho a la identidad,

227 Ver Anexo 3.



en el caso analizado a pesar de la negativa a la solicitud de inscripción del nacimiento del menor, por parte del Registro Civil, ya que bien sabemos que su finalidad es la protección y la reparación de los derechos constitucionales.

ANEXOS

Anexo 1.-

JUICIO NRO.-0000-2014 Cuenca, 03 de octubre del 2014, las 15h00.- VISTOS: Encontrándose la causa en estado de emitir sentencia se considera.- PRIMERO.- El señor NNN, comparece a fs. tres exponiendo: De la documentación adjunta vendrá a su conocimiento que soy hijo de madre soltera de la NNN, recién hace unos meses me he enterado que mi padre biológico es el señor NNN, que nunca se ha querido reconocerme voluntariamente es mi deseo que el NNN me reconozca como su hijo biológico; dentro de sus generales de ley indica que posee la edad de veinte y siete años de edad; amparado en lo dispuesto en los numerales 252 y siguientes del C. Civil demanda la paternidad del Sr. NNN, para que en sentencia se ordene y subinscriba en mi partida de nacimiento como su hijo; se procede a citar al demandado por intermedio de la prensa; transcurrido en su integridad el término concedido por la ley para la contestación a la demanda, se determina que se ha citado en legal forma al demandado, sin que el demando en uso de lo ordenado comparezca al proceso a presentar excepciones por consiguiente se ha trabado la litis y se convoca a junta de conciliación la misma que se desarrolla en rebeldía, del accionado conforme se le acusa; se apertura el término probatorio el cual ha fenecido, compareciendo el demandado a fojas 18 señalando casilla y dirección electrónica por intermedio de Procurador Judicial.- SEGUNDO.- Se ha dado a la acción el trámite pertinente, en la vía ordinaria; sin incurrir en omisión de solemnidad sustancial alguna que vicie de nulidad lo actuado, por lo que se declara su validez; verificados además los principios de especificidad y transcendencia en materia.- TERCERO: El sistema procesal es un medio para la realizaron de la justicia, las normas procesales consagraran los principios de simplificación uniformidad, eficacia inmediación oralidad dispositivo y celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del



debido proceso, no se sacrificara la justicia por la sola omisión de formalidades.- CUARTO.- *El Art. 255 del C. Sustantivo Civil, en lo referente: Titular de la acción de investigación de paternidad* “La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz” en la presente acción comparece por sus propios derechos el Sr. NNN, pues en la actualidad cuenta con la mayoría de edad, quien está en capacidad de comparecer ya que a la presente fecha cuenta con la edad de veinte y siete años de edad, el **Art. 257 de la ley Ibídem**, Prescripción de la acción de paternidad “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”, el Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios 1.- Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”, pues en la actual Constitución de la República, señala en el Art. 66 “Se reconoce y garantizará a las personas: ...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**”; lo que guarda relación con los Arts. 32 y 78 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación; la doctrina internacional referente conforme indica el tratadista italiano De Cupis, quien fue el primero que sistematizó y distinguió el bien de la identidad de las personas, al señalar 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”, siendo este un derecho del accionante que reviste las características de **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, (Obra *Los juicios por las acciones de investigación y de impugnación de la paternidad y maternidad en la legislación Ecuatoriana; y la Filiación y el Derecho Constitucional a la Identidad*, José García Falconí). El Art. 97 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cédulación, 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”. QUINTO.- Con la partida de nacimiento que acompaña el accionante, obrante a fs. 1, ha justificado que únicamente fue reconocido por su madre de padre desconocido.; reproduce lo favorable e impugna lo adverso y, solicita se practique la prueba pericial del ADN entre el compareciente, el demandado y su madre la Sra. NNN; practicada dicha experticia previa las formalidades de ley, respectiva rectificación del nombre del demandado quien también compareció a la práctica ordenada se concluye que la probabilidad de paternidad entre el Sr. NNN y el accionante NNN es 99,999999999%, sin existir impugnación a la experticia médica, se declara concluido el término probatorio. SEXTO.- De las pruebas actuadas la experticia bio medica es contundente a determinar la relación parento filial existente, el demandado Sr. NNN, quien al comparecer al proceso no ha expuesto expresión alguna en desacuerdo con respecto a dicho medio probatorio, al contrario ha presentado todas las facilidades del caso para la práctica de la prueba científica del ADN, cuyo resultado es positivo; aplicando la leyes orgánicas en orden jerárquico el Art. innumerado 10 del C. O. Niñez y Adolescencia, indica con claridad en el letra 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.”.- Por lo expuesto, sin la existencia de otro medio de prueba que valorar este Juez de la Unidad Judicial G de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del



*Cantón Cuenca, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta la demanda y se declara la paternidad de NNN, ecuatoriano, soltero, mayor de edad y empleado privado, portador de la cédula de identidad 0000000000, respecto del actor NNN portador de la cédula de identidad 0000000000, por lo que se dispone su **marginación en la partida de nacimiento**, correspondiente al año 0000, constante en el Tomo X- Página X Acta X, en el cantón XX, Provincia del XX, de NNN, quien tendrá como padre a NNN, una vez ejecutoriada la presente confiérase por duplicado las copias de ley.*

Anexo 2.-

Acuerdos Ministeriales..-

Acuerdo Ministerial 140, Registró Oficial 181, 11 de Octubre del 2000.

Artículo 1: Fijar, como valor de comercialización de los pasaportes para apátridas el de sesenta dólares de los Estados Unidos de América.

Arancel Consular (Acuerdo ministerial 343), Registro Oficial 224, 14 de Diciembre del 2000.

CAPITULO III: ACTOS ADMINISTRATIVOS

12. Documentos de Viaje

12.4. Revalidación de pasaporte azul para apátridas y refugiados – previa autorización de Cancillería \$ 60,00

CAPITULO IV: ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ECUADOR

16.9. Valor del libretín y otorgamiento de pasaportes para apátridas o refugiados 60,00

Reglamento para la Expedición de Pasaportes (Acuerdo Ministerial 38)
Registro Oficial 121, 12 de Marzo de 1997.



6.- Las posteriores entrega - recepción de los Documentos de Viaje (Pasaportes: Especiales, Oficiales, Diplomáticos y Azules o Apátridas) y Formularios de Pago por Compra de Pasaportes, canalizará directamente la División de Especies Fiscales del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, a la Dirección de Asuntos Consulares y Pasaportes del Ministerio de Relaciones Exteriores bajo el sistema de fondo rotativo, las reposiciones se las realizarán dependiendo de la necesidad o en forma mensual previo el informe de la Dirección de Asuntos Consulares y Pasaportes que deberá elaborar y presentar en forma manual o magnética para el efecto.

7.- En razón de que el Banco Nacional de Fomento mantiene cobertura a nivel nacional, la comercialización de Documentos de Viaje y Formularios de Pago por Compra de Pasaportes realizará esta institución bancaria según el siguiente procedimiento.

b) La recaudación de Pasaportes Azules o Apátridas se realizará en dólares americanos, sucretizándose de conformidad con la cotización de venta que en ese momento esté determinada por el Banco Central del Ecuador.

Anexo 3.-

SENTENCIA ART. 86 NEMRAL 3 CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

VISTOS.- Que, el abogado XX, comisionado de la Defensoría del Pueblo de Bolívar comparece por petición de NN, con la acción constitucional de protección de derechos, en contra del Ing. RC, director Provincial del Registro Civil, Identificación y Cedulación de la provincia de Bolívar, que en lo principal, se desprende: Que con fecha, 13 de octubre de 2011, en el sector Tambo Real, tuvo lugar el nacimiento del niño NNN, cuyos padres responden a los nombres de NN y SN, quien fallece el 10 de octubre del 2011, según la partida de Defunción adjunta, y para acreditar el nacimiento se anexa el informe



estadístico vivo del mencionado menor; que la madre del menor NN, luego de dar sepultura a SN; acude a las oficinas del Registro Civil, de esta ciudad de Guaranda, con el objeto de inscribir el nacimiento del menor, donde los servidores públicos le expresan que no es posible inscribir porque debe concurrir el padre, y que mejor le reconozca el abuelo paterno, no proceden con la solicitud, pese a explicar que el padre ha fallecido y que es imposible su presencia física, en tal virtud concurren a la Defensoría del Pueblo, de donde se emite un oficio N.....0000 de fecha noviembre 14-2011, dando a conocer los hechos precedentes y requiriendo se ordene a quien corresponda se proceda con la inscripción del menor, a lo cual la institución requerida, contesta mediante oficio N. 0001 de fecha 22 de noviembre de 2011, en los siguientes términos: “Dando contestación a su oficio, debo indicar que en relación a la inscripción de nacimiento del menor NNN, no se le ha negado la inscripción, únicamente se le pidió los requisitos necesarios para la misma, además el documento en donde certifique que existió unión de hecho entre los padres del menor, conforme lo establece el artículo 247 y siguientes de la Codificación del Código Civil, en donde se habla de las inscripciones de padres solteros.- **FALTA DE MOTIVACION DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.**- El oficio remitido conculca el derecho a la motivación de los actos administrativos y resoluciones de los poderes públicos, conforme el literal I), numeral 7) del artículo 76 de la Carta Magna; derecho a la identidad personal.- El numeral 28 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, 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, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.- Al proceder con la negativa de inscripción de la dirección de Registro Civil de Bolívar, de inscribir al menor se conculca el derecho del niño a saber su procedencia o descendencia familiar en especial de su padre quien no podía comparecer al reconocimiento voluntario por haber fallecido antes de que el menor naciera, e incluso resulta necesario para la determinación genética; el art. 45 , inciso 2 del cuerpo legal antes citado dice: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho



– a su identidad. Art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del niño: *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; y art. 6.1.- Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996, publicado en el registro Oficial N. 101, de 24 de enero de 1996. En igual forma se pronuncia el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en R.O N. 101, de 24 de Enero de 1969. La Convención Americana de Derechos Humanos, art. 17.5 que dice: La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo; y el art. 18.- Tómese en cuenta el art. 247 Del código Civil, que los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres..., Sí SN, fallece el 10 de octubre de 2011, como puede comparecer al Registro Civil a exteriorizar su voluntad si su hijo nace dos días después de su muerte, algo inaudito e inverosímil, ya que el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. PETICION.- Sobre la base de lo expuesto se presenta la acción de protección invocada a fin de que mediante sentencia y una vez demostrado fehacientemente la vulneración de los derechos constitucionales, se ordene en forma inmediata la inscripción del nacimiento del menor NNN, procreado por sus padres NN y SN (fallecido).- TRAMITE.- es el previsto en el artículo 10, 13, 14, y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como el artículo 86 de la Constitución, de la República del Ecuador; declara también, que no ha presentado otra demanda constitucional por los mismos actos u omisiones; que el derecho en torno al cual se produce la conculcación resulta ser el derecho a la igualdad formal y material y la no discriminación, que consagra la Constitución, en el art. 66. 4, derecho que se origina en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclama: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley; Principio de igualdad que proclama la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que encontramos en los artículos 341 y 391 de la Constitución, así como en los art. 11.3 y 229, inciso 2*



ibidem.- Por sorteo correspondió a este juzgado el conocimiento de la causa y, por encontrarse reunidos los requisitos, se lo aceptó a trámite, conforme lo disponen los artículos 86, 88, de la Constitución de la República del Ecuador, y en todo cuanto haya lugar en derecho, siendo demandado el señor XX, en su calidad de Director Provincial del Registro Civil, Identificación y Cedulación de la Provincia del Bolívar, y notificado que fue, así como los señores Contralor y Procurador General del Estado, y de igual manera, convocadas las partes que fueron a la Audiencia Pública, iniciada la diligencia, se concede la palabra a la parte accionante, quien dice: Sobre la base del principio del interés superior de la niñez y del sistema de protección integral, así como la progresividad de los derechos y la directa e inmediata aplicación de las normas constitucionales; en virtud de haberse efectuado la diligencia o práctica forense de ADN, por parte del Laboratorio Genético de la Fiscalía General del Estado que en I principal en el punto 4 al hablar de interpretación del estado y conclusiones se determina contundentemente: “El perfil genético obtenido de la medula ósea del fémur tomado de SN, no se excluye se pertenecer al padre biológico del menor que tiene una probabilidad de paternidad de 99,999999% de lo que se colige que el extinto SN, es el padre del menor NNN, y por tanto se debe decretar la inscripción en la Dirección Provincial del Registro Civil Identificación y Cedulación de Bolívar, con los apellidos paternos.- Con lo expuesto se corrió traslado a la parte demandada quien dice: En mérito de lo actuado y expuesto en el proceso solicito se dicte sentencia...! Concluido el trámite de la presente causa se encuentra en estado de resolver y para hacerlos e considera: PRIMERO.- Que, el suscrito Juez del Juzgado Segundo de Garantías Penales de Bolívar, es competente, para conocer la causa, de acuerdo al sorteo correspondiente y lo dispuesto en el art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador; 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por no existir violación u omisión de solemnidad sustancial que anule, consecuentemente el proceso es válido en concordancia con lo previsto en las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional.- SEGUNDON: Que la accionante para justificar los fundamentos de su acción, constan: 1.- a fs. 5, consta el Informe estadístico de nacido vivo: 2.- A fs. 6 consta la Inscripción de



Defunción del extinto SN. : 3.- A fs. 41, 42, 43, consta el Informe Genético Forense del que se desprende que la muestras que se obtuvo del fallecido SN; y que las mismas dan como resultado o conclusiones es que tiene una probabilidad de paternidad de 99.99999% de ser el padre del menor NNN.- EN SUMA.- Haciendo una evaluación de todo lo actuado, y previo a análisis y reflexiones legales, se concluye.- Que conforme el artículo 88 de la constitución de la República del Ecuador, dispone que: “ La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública o judicial, contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.- Que, sobre lo solicitado en la acción de protección, cabe citar el art. 173 de la Constitución, que dispone: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como en los correspondientes órganos de la Función Judicial; que, la ley de Registro Civil, Identificación y Cédulación, en su título II, capítulo III, artículos, 28 a 36, y más pertinentes, trata de la inscripción del nacimiento, de la prueba sobre el nacimiento, de la obligación de inscribir e informar; datos de la inscripción, prueba de filiación, reconocimiento, poder y plazo para inscribir, y el trámite administrativo por negativa a inscribir, entonces para conocer y resolver, incluso las resoluciones emitida por el Director del Registro Civil, Identificación y Cédulación, de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Ley, y las demás previstas de la materia; y, en la presente causa, el menor mencionado, que se hace referencia, exige un derecho que se encuentra consagrado en la Constitución de la República; en tal virtud, sin que sea necesario otras consideraciones, por el contenido de la presente acción de protección, y de lo actuado, conforme los artículos referidos de la Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN EL NOMBRE DEL



PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", se acepta la Acción de Protección de derechos constitucionales, propuesta por el NN, y se ordena que el Registro Civil, Identificación y Cedulación de Bolívar, inmediatamente INSCRIBA en el registro correspondiente de nacimientos al menor NNN. Además, oficie a la Fiscalía General del Estado, Departamento de Genética, a fin de que se proceda con la devolución de las partes del cuerpo del fallecido que sirvieron para tomar las muestras y realizar la prueba genética. En cumplimiento al numeral 5 del art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador, una vez ejecutoriada ésta sentencia, se remitirá una copia certificada a la Corte Constitucional; téngase en cuenta el casillero N.222, del Director regional de la Procuraduría General del Estado. Secretario. Cúmplase. Hágase saber.



CONCLUSIONES.-

Con el reconocimiento de que la Identidad, es un derecho humano, es entonces que las instituciones públicas como organizaciones de la sociedad y los particulares tienen la corresponsabilidad en impulsar éstos derechos y su práctica, es así que su obligación recae en garantizar el Derecho a la Identidad, identidad que se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quien y que es una persona, el cual se hace efectivo con un nombre y un apellido, una identificación y una nacionalidad, pues todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser él ser que auténticamente es, hecho que se materializa a través del registro de nacimiento del niño o niña; a su vez, tiene un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales dentro de un Estado.

El certificado de registro o inscripción de nacimiento es el documento oficial que acredita la existencia e identidad del niño, niña o adolescente, estableciendo al mismo tiempo su filiación, y en caso de que el niño, niña o adolescente sea privado de este derecho se los estaría colocando en un estado de vulnerabilidad y de desprotección por parte del Estado.

El derecho a la Identidad, se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador, así como también se encuentra regulado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, como un derecho para las personas y como una garantía que debe tutelar el Estado ecuatoriano.

El Registro Civil, es la institución del Estado encargada del derecho a la identidad, pues a través del documento emitido por dicha institución se acredita la identidad jurídica de las personas e identidad personal del ciudadano, por tal razón en que es fundamental el promover el fortalecimiento de los sistemas de registro civil para lograr los objetivos y mejorar cada una de sus funciones,



siendo obligación del Estado garantizar este derecho con trámites más fáciles, rápidos, sin discriminación y hasta gratuitos, para los ciudadanos.

El derecho de identidad personal no solo es un acto entre vivos, sino que la persona goza de este derecho aunque el progenitor hubiese fallecido, porque la demanda puede plantearse a los herederos e incluso la ley permite la exhumación de cadáveres para realizar el examen de ADN.

El derecho de identidad personal, es un derecho personal e imprescriptible, conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador, derecho que debe ser reconocido, garantizado y respetado por cada uno de quienes formamos el Estado.



RECOMENDACIONES.-

El Estado debe mejorar la legislación en cuanto a las normas que regulan el Derecho a la Identidad, con el fin de protegerlo, para que de esta manera todo niño, niña y adolescente goce de nombres y apellidos que les corresponden, es decir los marcos normativos de los sistemas de registro de nacimientos, elaborar, aprobar y actualizar leyes pertinentes, sencillas y flexibles que permitan la regulación y adecuada asignación presupuestaria para la inscripción de todos los niños que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado, exigiendo inscripción de nacimientos sea obligatoria y gratuita para todos los niños y niñas mediante la eliminación de tarifas de registro oficiales y “extra-oficiales”, así como la eliminación de multas por inscripción tardía.

Deberían existir normas de carácter penal para que la persona que a sabiendas que ese niño, niña o adolescente es su hijo, y no trate de reconocerlo como tal, sea enjuiciada penalmente. O bien promover el reconocimiento voluntario de los niños y niñas de paternidad no reconocida dentro del marco de las leyes de paternidad responsable.

Para alcanzar el registro universal, gratuito y oportuno, la institución del Registro Civil, cuente con el presupuesto considerado para brindar este servicio, sin tener inconvenientes ni que persona alguna se vea privada de este derecho fundamental. Que esta institución cuente con la actualización de la tecnología de información y la dotación de equipos adecuados que garanticen la precisión y confidencialidad del registro, así como también capacitación del personal en todos los niveles en todo lo referente al registro o inscripción de una persona, ampliando la cobertura de registro a la población, por medio de una adecuada distribución geográfica de las oficinas de registro o unidades móviles de registro de nacimiento de manera que se facilite el acceso de las comunidades más excluidas.

Apoyar la coordinación eficaz entre las instituciones de gobierno implicadas en el registro de nacimiento a todos los niveles, sobre todo los servicios locales de



iniciación de nacimiento para que sean integrados a una base de datos central y unificada que garantice su registro y archivo adecuados al igual que la privacidad de dicha información.

Se deben promover iniciativas que vinculen el registro civil de nacimiento con otros servicios sociales, tales como educación, salud, así como promover campañas de sensibilización sobre el valor de la inscripción de nacimientos a niños, niñas y adolescentes en zonas rurales, remotas y aisladas, especialmente en áreas fronterizas y en comunidades indígenas y afrodescendientes, que incentiven a los padres y madres a que ejerzan el derecho y deber de registrar el nacimiento de sus hijos e hijas.

Además se debería adecuar la normativa tanto constitucional como secundaria nacional a los estándares internacionales en materia de apatridia.



BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.

CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

CÓDIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

MEDINA MEJIA, Ximena. Viva la identidad, identificación y solución de la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes institucionalizado, Defensa de los niños internacional. DNI – Cuenca, 2008.

TOBAR RUBIO, Mónica. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PRESENTES EN LA NUEVA CONSTITUCION. Boletín N. 4 del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia. Cuenca, 2000.

AYAVA MORA, Enrique. ECUADOR PATRIA DE TODOS. Corporación Editora Nacional. Quito, 1996.

CHARVET, Erika. Identidad y ciudadanía de las mujeres, Ediciones Abya-Yala. Quito, 2004.

CABANELAS DE TORRES, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL. Tomo 4, Editorial Heliasta. Buenos Aires- Argentina, 2006.

BONNECASE, Julien. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. Editorial Harla S.A. México 1993.

ALBAN ESCOBAR, Fernando. DERECHO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. OFIGRAF. Quito, 2012.

Derecho a la identidad, Biblioteca (en línea), Actualizada el 21 de Julio de 2015 (Fecha de consulta el 21 de julio de 2015), disponible en <http://www.humanium.org/es/derecho-identidad>

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Paris, 29 de agosto de 1789.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Concepto y concepción de los derechos Humanos”.

PLESIOLOGOS, Comunidad de Investigación filosófica, Definición de Derechos Humanos.



BADENI, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, La Ley. Tercera Edición, Editorial Cevallos, Buenos Aires-2010.

CASTAN TOBEÑAS, José, "Los derechos del Hombre", cuarta edición por María Luisa Marín Castán, Reus S.A, Madrid.

Cursos Abiertos de la UNED, Tema 11.- Derecho Subjetivo y Deber Jurídico, 2012. Recuperado de:http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-11_derecho_subjetivo-y-deber-juridico.

VILLAN DURAN, Carlos; Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Trotta, 2002.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo 3, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 2001.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo II. Buenos Aires-2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona. Ed. Civitas. Madrid, 1986.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, "Filosofía política de la Constitución española", Revista de Ciencias Sociales, N.4, 1991.

CÓDIGO INTEGRAL PENAL, Quito-Ecuador, 2014.

REGIMEN CONSTITUCIONAL, Editorial Jurídica El Forum, Quito- Ecuador, 2012.

CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Del Arco Ediciones, Cuenca- Ecuador, 2009.

GARCÍA FALCONÍ, José, El Derecho Constitucional a la Identidad, artículo publicado en <http://www.derechoecuador.com>.

CONVENIO DE LA HAYA, de 5 de octubre de 1961, sobre protección de menores.

ZUMAQUERO GIL, Laura, El interés del menor en los tribunales españoles, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid 2010.

BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, Universidad Autónoma de México, 1993.



LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA en su obra DERECHO DE FAMILIA. Véase también <http://ley.se-todo.com/law/5108/index.html?page=66>

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho de Familia, Infancia y adolescencia, Editorial ABC, Décima Tercera Edición, Colombia 2011.

FERANDEZ DELPECH Horacio, Derecho a la Intimidad y Protección de Datos Personales. Heliasta S.R.L, Argentina 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta, Madrid, 1996.

PEÑA, Ángel Miguel, La garantía en el Estado Constitucional de Derecho. Trotta, Madrid, 1997.

CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo; SALGADO PESANTES, Hernán, Derechos Fundamentales en la constitución ecuatoriana. ILDIS, noviembre 1995.

CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo, La acción de amparo y habeas data. ILDIS, Quito, Agosto, 2009.

ABARCA GALEAS, Luis Humberto, El Estado constitucional de Derechos y Justicia Social, San Francisco de Quito. 2009.

ZAVALA EGAS, Jorge, Apuntes sobre neo constitucionalismo. 2009.

UMBRAL, Revista de Derecho Constitucional. N. 3 ene-jun 2013. Quito.

MORALES ALVAREZ, Jorge. Derecho Civil de las Personas. Universidad del Azuay. Talleres Gráficos UDA. Cuenca- Ecuador 1992.