

TESIS
340
R0103re
Ficha # 656



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y HUMANÍSTICAS

Carrera: Abogacía

TESIS DE GRADO

TEMA:

“REFLEXIONES EN TORNO A LA INVESTIGACIÓN DEL ORIGEN BIOLÓGICO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO”.

Tesis presentada previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

AUTORES:

JOSÉ MISAEL RODRÍGUEZ BALAREZO

SERGIO GEOVANNY RODRÍGUEZ BALAREZO

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Samuel Morales Castro

Latacunga – Ecuador

Noviembre - 2009



Opinión del Dr. Samuel Morales Castro, en su condición de tutor de la tesis de grado "Reflexiones en torno a la investigación del origen biológico: una aproximación desde el derecho comparado" de los estudiantes José Misael Rodríguez Balarezo y Sergio Geovanny Rodríguez Balarezo.

Corresponde según las normas establecidas a este tutor expresar su opinión acerca de la defensa de la tesis que se defiende, hecho que miramos con asombro, ya que se trata de un proyecto ambicioso de intercambio profesional entre las universidades de Pinar del Río hermanos Saíz Montes de Oca y la Técnica de Cotopaxi en Ecuador. En ese cauce nos hemos visto obligado a reforzar una serie de tareas que garanticen el éxito del objetivo planteado, pues nuestro Departamento de Derecho es joven en edad y también en preparación profesional y asumir con rigor la pasantía de estos estudiantes ha sido desde todo punto de vista renovador, obligándonos no solo a buscar en nuestras experiencias sociales y a transmitirías, sino también a aprender para contribuir a la formación del hombre nuevo: el que camina hoy por los senderos de una nuestra América.

Ciertamente el Derecho pone a prueba dentro de cualquier sociedad, aquellas expresiones de su Estado, de su gobierno, sintetizando una base y un sistema social encargado de conferirle el valor y el mérito que detenta dentro de cada una, así existen antagonismos en las normativas de ambos países, pero una base común, proveniente de Roma y del Código Civil francés los une y propicia el intento de conseguir estudiar, desde esa diversidad temática de importancia capital para nuestra región y para el desarrollo de su ciencia jurídica.

Trabajar con los estudiantes provenientes de Ecuador ha sido sobre todas las cosas una posibilidad de conseguirles un crecimiento profesional en el ámbito docente e investigativo, esfera en la que en nuestro país reina el más absoluto rigor para alcanzar con éxito la culminación de cualquier estudio de pregrado o postgrado. No se trata de una tarea simple para estudiantes extranjeros no acostumbrados a esta exigencia, que demanda un sedimento diario y sobre todo una visión práctica no demostrable en el escaso tiempo con que contaron para elaborar sus memorias investigativas; por eso trabajar con los hermanos Rodríguez Balarezo ha sido una experiencia invaluable, no solo por el aprendizaje logrado por ellos en la arista metodológica e investigativa, sino por su constancia, su dedicación y su respeto profesional y personal; supuestos todos que han garantizado el éxito de esta investigación.

Si tuviéramos que sintetizar en pocas palabras esta experiencia diríamos: que tienen muy definido los tesisistas su proyecto de vida, saben perfectamente sus objetivos profesionales y no se han dado por vencido ni un momento, ni han cejado en su empeño de lograr su entrada y permanecer en la vida profesional, méritos que no todas las personas alcanzan a tan corta edad.

Como investigadores de un tema complejo han sido perseverantes, discretos, entusiastas y han sabido limar aquellas asperezas o insuficiencias que no se consiguen en un escaso intervalo de tiempo; máxime cuando sabemos que es muy difícil para ellos y todos los estudiantes ecuatorianos partícipes de este intercambio equiparar a la labor de pesquisa y trabajo bibliográfico, los rudimentos de la metodología de la investigación, que dicho sea, en la carrera de Derecho de nuestra universidad también posee dificultades a erradicar en un futuro.

Los estudiantes con mucho apego a la bibliografía, mediante una búsqueda incesante consiguieron diseñar una investigación novedosa, compleja, que no se agota en esta primera investigación, sirviendo de antesala para futuros estudios de postgrados en los que han de profundar en la investigación del origen biológico; una de las temáticas más enrevesadas dentro de las investigaciones de los derechos de la personalidad y de su protección jurídica dentro del Derecho Comparado. La novedad del propio tema trabajado los ha llevado a la búsqueda y confrontación de materiales de difícil acceso, casi siempre situados en Internet o importados mediante familiares y amigos desde su país, convirtiendo la bibliografía que ha soportado la investigación en plural y los resultados alcanzados de un valor incalculable, debido a que no se trata de una simple tesis que descansa en el Derecho, cualquiera que sean las ramas de relevancia en el mismo, sino que transgrede el espacio de esta ciencia para adentrarse en disciplinas como la psicología, la historia, o la biología, al reforzar *per se* el mérito que ya detenta el estudio. Súmese a esto, el hecho de que ni Cuba, ni Ecuador poseen regulación sobre el tema y tampoco una jurisprudencia excelsa que permita soportar el diseño metodológico planteado, obligando por fuerza a abreviar dentro del Derecho Comparado, en aquellas fuentes provenientes de países donde este derecho de la personalidad ha sido reconocido, ha evolucionado, y se ha sometido a extensas interpretaciones jurisprudenciales.

En este momento es meritorio resaltar que para quien suscribe este informe ha sido profundamente humano trabajar con dos personas tan respetuosas, circunspectas, y educadas, en las que cualquier falla o dificultad profesional se eclipse ante un alarde de educación formal, algo que todavía debemos reforzar en nuestros educandos; la manera en que los estudiantes se han vinculado con nuestra realidad sobrepasando todas las dificultades que han de enfrentar nuestros estudiantes a diario para acceder al estudio y lograr pese a las dificultades económicas, logísticas, u otros, alcanzar el objetivo de arribar a la vida profesional con empuje y una preparación adecuada, es muestra de la renovación y de la fuerza de la educación cubana. Sea este un aparte, para advertir que nuestra carrera ha demostrado que está preparada, por intermedio de su joven colectivo, para enfrentar tareas de cualquier envergadura, puesto que la preparación de estos estudiantes defensores de su tesis de grado en

este acto, es una muestra de trabajo colectivo, de un desinteresado denuedo, que no corresponde a un tutor, a un oponente, o a un tribunal en específico, sino que es obra de un colectivo de trabajo.

Doy gracias por haber trabajado con los estudiantes ecuatorianos, porque me recuerda siempre que América es una sola y lo que hace diferente la vida en cualquier sitio son las personas.

Pinar del Río, 24 de julio de 2009.



Dr. Samuel Morales Castro.

Profesor Auxiliar de Derecho Civil y de Familia

Abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.



*“Una parte de cada vida, transcurre en
buscar las razones de ser, los puntos de partida, las fuentes”.*


Marguerite Yourcenar, Memorias de Adriano

Declaración de Autoría

José Misael Rodríguez Balarezo y Sergio Geovanny Rodríguez Balarezo declaramos que somos los únicos autores de la investigación titulada: "Reflexiones en torno a la investigación del origen biológico: una aproximación desde el derecho comparado". Y una vez aprobada la misma por el tribunal, cedo a la Universidad de Pinar del Río Hermanos Saiz Montes de Oca y a la Universidad Técnica de Cotopaxi, los derechos para ser utilizada con fines investigativos y académicos.



José Misael Rodríguez



Sergio Geovanny Rodríguez

AGRADECIMIENTOS

*Agradecemos en la elaboración de este trabajo investigativo a:
Dr. Samuel Morales Castro, por compartir sin vacilación su
experiencia profesional, académica y personal.*

*A toda nuestra familia, el apoyo incondicional de cada uno,
incentivándonos a la lucha incansable, camino que lleva a cultivar
grandes logros y alegrías.*

DEDICATORIA

A Nuestros padres Sergio Augusto y Transito Herminia, quienes han vencido todas las adversidades de la vida para que sus hijos puedan triunfar, convirtiéndose éste, en su mayor felicidad y anhelo, con la presente investigación culminamos y hacemos realidad uno de los objetivos principales de nuestras vidas en suelo de la hermana República de Cuba.

RESUMEN

La evolución histórica de la humanidad ha demostrado que para coexistir el hombre en la sociedad ha sido necesario le sean reconocidos y protegidos aquellos derechos que le son inherentes por el solo hecho de poseer la condición de seres humanos y que suelen por naturaleza extinguirse con la muerte, salvo las excepciones contempladas en la ley para garantizar el ejercicio de algunos de estos derechos, por otras personas que posean un interés legítimo; de tal suerte que bienes tan preciados con la vida y la dignidad sirven de fundamento al desarrollo de la personalidad individual, tutelada en la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos.

Para afianzar estos derechos ha sido necesario, como consecuencia de las necesidades de las personas proteger otros derechos de esa raigambre, que no se manifestaron al inicio, pero que la vida en relación compele a los sistemas normativos a tomarlos en consideración. En tal caso encontramos el derecho a conocer el propio origen biológico, que producto de un interés clasista del fascismo contribuyó, en sus orígenes, a fijar la filiación de las personas y que se transformó con el devenir del tiempo en una importante garantía para la determinación de la historia genética del ser humano y más que ello, propició el restablecimiento de su biografía personal, aun cuando en ocasiones no produzca los efectos legales deseados, contribuye por razones de humanidad y altruismo a la mejora de la calidad de vida del ser humano.

En estas circunstancias, vale aclarar, que ni el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ni el cubano regulan directamente el derecho a conocer el origen biológico, por lo cual es casi un imperativo legal, la toma de una decisión entorno a su inclusión en los sistemas normativos de ambos países, en aras de garantizar el disfrute de los derechos de la personalidad y de la realización individual de las personas.

INDICE

I- INTRODUCCIÓN

II- DESARROLLO

CAPITULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS-DOCTRINALES DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

- 1.1 Derechos de la personalidad: definición y características.
- 1.2 La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como sustento del derecho a conocer el origen biológico
- 1.3 Evolución histórica de derecho a conocer el propio origen biológico y su regulación dentro del sistema normativo ecuatoriano y cubano.
- 1.4 Los límites del derecho a conocer el origen biológico y su trascendencia en el proyecto de vida individual

CAPITULO II: LA REVELACIÓN DEL ORIGEN BIOLÓGICO INDIVIDUAL Y SU EXPRESIÓN EN LOS PROCESOS FILIATORIOS; CONSIDERACIONES DE *LEGE DATA Y LEGE FERENDA*.

- 2.1 Reglas generales de la filiación en derecho comparado
- 2.2 Acciones judiciales tendientes al establecimiento de la filiación. Aspectos doctrinales.
- 2.3 Modalidades filiatorias y origen biológico: Filiación matrimonial, extramatrimonial, y adoptiva.
- 2.4 Trascendencia ético-legal de la revelación del origen biológico

III- CONCLUSIONES

IV- RECOMENDACIONES

V- BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Los derechos de la personalidad se originan desde la condición humana de las personas, siendo estos un grupo de poderes, garantías prerrogativas que garantizan a las personas el disfrute de sus facultades corporales y espirituales, consagrados una parte de ellos en las constituciones, dotándolos de un rango de fundamentales y desarrollados en la legislación sustantiva de cada estado, para alcanzar su protección y la posibilidad de restablecer su quebrantamiento, cuando indebidamente se lesionan o son ejercitados de forma arbitraria, sin prever sus límites. Dentro de estos derechos que le asisten al ser humano por tener esa condición, existe un grupo que abrigados en el desarrollo de la ciencia y la tecnología irrumpieron a mediados del siglo pasado, alrededor de la década del cuarenta y el cincuenta, los denominados de la tercera generación. En ese momento se comenzó a hablar de identidad personal, de género, del honor en sus variantes, intimidad, privacidad, derecho a la imagen, a la protección de los datos personales y específicamente a conocer el propio origen biológico.

Fue Alemania, el contexto ideal para la aparición y ponderación del derecho a conocer el propio origen biológico, aunque de forma muy negativa, al aglutinar los intereses del nacionalsocialismo, o sea, del nazismo en el poder; así la filiación recibió un gran impulso y el influjo de una ideología racista que se empeñaba en indagar quien pertenecía o no, a la raza aria, con descanso en un procedimiento que investigaba y oponía la paternidad frente a todos. De tal suerte, que en fecha posterior se reconociera en la Constitución alemana y a partir de entonces, ha sido una preocupación perenne del Derecho Comparado incluirlo dentro de los diferentes sistemas normativos o en su defecto autointegrar normas para fundamentar sus diferentes peticiones, desarrollándose a la par una enjundiosa jurisprudencia, que viene dando respuesta a variantes filiatorias que era prácticamente incipientes o desconocidas en períodos anteriores y que ahora se han sublimado en atinencia al desarrollo científico.

Los Códigos Civiles decimonónicos, y sus herederos en el siglo pasado no contemplaron tales regulaciones y por decantación muchos menos lo hicieron las constituciones nacionales sancionadas en nuestro entorno hispanoamericano, por lo cual ha sido muy novedosa su presencia en nuestra

área geográfica, justificada por la existencia de realidades nacionales que no admiten su omisión, pues las coordenadas sociopolíticas de nuestro continente, plagado de tiranías, de autoritarismo, de asesinatos, masacres y desapariciones, por fuerza, determinaron que para restablecer la filiación, de acuerdo con sus variantes, este derecho se concediera con un amplio espectro de legitimación, como sucede en el caso argentino, donde se le ha permitido hasta a los hermanos revisar los fondos documentales militares, con esos propósitos.

En ese cauce, el novedoso derecho a conocer el origen biológico no ha sido contemplado ni en la legislación ecuatoriana, ni tampoco en la cubana, por lo que esta investigación tendrá el propósito de determinar los derroteros a seguir para su correcto manejo e interpretación tanto desde el punto de vista doctrinal, legal, o jurisprudencial; habida cuenta que al referirnos al origen biológico, definimos un derecho no tutelado directamente en la mayoría de los sistemas normativos dentro del Derecho Comparado, pero que esa exclusión no enerva el derecho a su ejercicio y su reiterada irrupción, al reconocerse que el Derecho aprehende aquellas conductas de trascendencia social insoslayable para vivir y fomentar una verdadera justicia, así como, las imprescindibles para el ejercicio y garantía de los derechos individuales.

Visto de esta forma, el origen biológico no solo le permite a la persona la reclamación de la filiación sin más, sino su derecho a reclamarla sin que proceda una ocultación o reserva de la misma cuando esta pueda ser conseguida, aunque como cualquier otro derecho protegido constitucionalmente, debe tolerar ciertas limitaciones. Y si bien es cierto que en un inicio se preconizaba a favor de la filiación extramatrimonial, o sea, de aquella prole habida fuera del matrimonio y que poseía filiación de un solo vínculo, o no poseía alguna biológica real, ahora en virtud del desarrollo científico se puede reclamar para quien ha nacido dentro del matrimonio, proviene de la adopción, o ha nacido en virtud de procedimientos filiatorios artificiales, con cada una de las peculiaridades que estos procedimientos revisten en el orden legal. Tanto da si el nacimiento se produjo con cualquiera de estas alternativas para lograr establecerlo. Por supuesto que no se trata de un camino simple o trillado, donde todo está resuelto, es un tema espinoso que engloba no solo el momento para hacerlo, las circunstancias legitimadoras, los

límites para su ejercicio, la diferencia entre conocerlo y poder forzosamente reconocer una filiación; pero sobre todo descansará en el estado de desarrollo de la legislación, en la interpretación jurisprudencial y en los niveles de garantías y aseguramiento que se le brinden a los derechos de la personalidad. Todas esas razones nos condujeron a plantearnos la siguiente investigación titulada: "Reflexiones en torno a la investigación del origen biológico: Una aproximación desde el Derecho Comparado". En consonancia con esto, partimos del siguiente:

PROBLEMA SOCIAL:

La incidencia del desarrollo científico en el Derecho Comparado actual, con especial énfasis en Ecuador y en Cuba, ha creado verdaderas preocupaciones para el establecimiento de la filiación individual, pues se originan múltiples variantes de estas, que requieren de una regulación constitucional y sustantiva del derecho a conocer el propio origen biológico en los seres humanos, capaz de brindar una certeza jurídica para su fijación en los diferentes momentos de la vida.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

La carencia de una regulación legal directa sobre el derecho a conocer el propio origen biológico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cubano repercute desfavorablemente en el reconocimiento de la filiación, al entrañar limitaciones en el ejercicio de algunos derechos civiles y en la realización del proyecto de vida personal individual.

PREGUNTAS CIENTÍFICAS:

1. ¿Puede incluirse el origen biológico dentro de los derechos reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia y los sistemas normativos como de la personalidad?
2. ¿Cuáles límites deberán considerarse en su correcto ejercicio?
3. ¿Deberá regularse de forma dual el derecho a conocer el propio origen biológico, tanto desde el punto de vista constitucional como en la legislación especial?
4. ¿Qué trascendencia ético-legal tiene el derecho a conocer el propio origen biológico en la determinación de la filiación y en la realización del proyecto de vida individual?

HIPOTESIS

La protección legal del derecho a conocer el origen biológico dentro del sistema normativo ecuatoriano y cubano coadyuvara al adecuado establecimiento de la filiación de las personas y a la realización de su proyecto existencial.

OBJETIVO GENERAL

Demostrar, utilizando como punto de partida los presupuestos sobre los que descansa el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cubano, la necesidad de una regulación del derecho personalísimo a conocer el origen biológico desde el prisma constitucional y en la legislación ordinaria.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- 1.- Analizar y determinar desde el punto de vista doctrinal, legal y jurisprudencial los fundamentos del origen biológico dentro del derecho comparado, enfatizando en el caso ecuatoriano y cubano.
- 2.- Explicar, partiendo de las diferentes variantes filiatorias, la trascendencia ético legal del derecho personalísimo a conocer el propio origen biológico.

CAMPO DE ACCION

Enmarca el ámbito de los derechos legales para el establecimiento de la filiación individual.

RESULTADOS ESPERADOS

- 1.- Aportar un material didáctico para estudiantes, juristas y demás personas interesadas, que contribuyan al conocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico.

En correspondencia con los presupuestos desarrollados en nuestro diseño metodológico, utilizaremos como soporte teórico para su consecución los siguientes métodos:

Teórico-jurídico: Que nos permitió tratar adecuadamente las definiciones doctrinales, legales y jurisprudenciales en torno al derecho a conocer el propio origen biológico, así como compararlos desde el punto de vista teórico con el conjunto de rasgos que distinguen a los derechos de la personalidad; logrando la relación necesaria entre conceptos y categorías enunciadas en el diseño de investigación, encaminados a la medición de los resultados investigativos.

Exegético-analítico: A través de su uso se pudo determinar el alcance y los fines de la legislación comparada respecto al origen biológico; ponderando la interpretación jurisprudencial respecto a este derecho, en su carácter de

complementadora de la norma ordinaria y de ente encargado de atemperar las regulaciones legales a las exigencias de la vida social cotidiana; buscando el origen del tema planteado tanto en el ordenamiento jurídico cubano como en el ecuatoriano.

De análisis histórico: Su uso garantizó la necesaria comparación entre la evolución del Derecho ecuatoriano, el cubano y el Derecho histórico, al contrastar las causas y circunstancias históricas que desembocaron en el estado de la legislación actual respecto a los derechos de la personalidad y sus fluctuaciones en relación con el desarrollo científico-técnico; premisas explicativas de las carencias normativas respecto al derecho a conocer el origen biológico, al tomarse en consideración la influencia de los códigos civiles decimonónicos en la legislación de igual rango en nuestro continente.

CAPITULO I: FUNDAMENTOS TEÓRICOS-DOCTRINALES DEL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO.

- 1.1 Derechos de la personalidad: definición y características.
- 1.2 La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como sustento del derecho a conocer el origen biológico
- 1.3 Evolución histórica de derecho a conocer el propio origen biológico y su regulación dentro del sistema normativo ecuatoriano y cubano.
- 1.4 Los límites del derecho a conocer el origen biológico y su trascendencia en el proyecto de vida individual

1.1 Los derechos de la personalidad: definición y características

La aceptación de los derechos de la personalidad y de aquellas teorías que lo defienden no ha sido ampliamente admitida en la doctrina civilista, logrando ser mayormente aceptada en forma reciente; luego entonces, el tratamiento legal que se ha brindado en los diferentes ordenamientos jurídicos ha sido dispar, heterogéneo e inacabado, pues el propio devenir de la vida diaria enriquece su tipología y la acomoda a nuevas circunstancias como pueden ser el desarrollo científico-tecnológico.

Los derechos de la personalidad se han debatido entre una teoría plural que admite la existencia y protección de derechos diferentes y otra unitaria, que reclama la existencia de un único derecho; así diferentes autores se pronunciaron al respecto entre los cuales resalta DÍEZ DÍAZ, quien apoyado en la tesis de GÓMEZ DE AMESCUA, DE CASTRO, dan crédito a los criterios de sus predecesores como COVIELLO, RAVA, AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI, BARBERO, DE CUPIS y ROTONDI, quienes rechazan de plano, cualquier intento moderno de justificar a ultranza esa teoría unilateral.¹

Superado este insoluble debate, el criterio preponderante en la doctrina para aceptar su existencia plural, descansa en que los derechos de la personalidad, están conectados con esta, de la que traen causa y nombre, pero poseyendo

¹ Vid. RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, "La protección civil de los bienes morales o derechos inherentes a la personalidad", en *Boletín electrónico de la ONBC No.46/2003*, tomado del sitio www.onbc.cu, consultado el 14-8-2008, 5:30 p.m, p.10.

un carácter autónomo, sin que ella pueda dar lugar a titularidad propia, sin que, como afirma BELTRÁN DE HEREDIA, signifique otra cosa que la posibilidad de ser persona en el mundo del Derecho.² De tal suerte que enfatiza el reconocido profesor que el “el objeto no es ya la propia persona, sino cualidades, partes, bienes, atributos de la misma, que adquieren propia autonomía, como consecuencia de la protección autónoma y separada del ordenamiento jurídico”.³ Lo que con ellos se tutela no son las cosas en su consideración física de objeto material, ni la utilidad o bien que las cosas o los objetos representen, sino el interés que pueda tener para el sujeto, siempre y cuando recave esa protección. Por lo cual se tendrán en cuenta unos bienes inmateriales, ideales, que no pueden valorarse económicamente, pero que son tan estimables como los materiales; pero el concepto de bien en tal caso a de ponerse en relación con la utilidad que algo representa para el sujeto, en cuanto sirve para satisfacer el deseo o estímulo de una necesidad, es incomprensible que pueda haber bienes mas codiciados que los conectados con la propia persona, como la vida o la integridad física, o moral o la intimidad, el honor y la libertad.⁴ Pero semejante a los derechos subjetivos, el bien solo el tutelable cuando representa un interés, supuesto que ha conducido a un sector doctrinal a reconocerle a estos derechos, la condición de verdaderos derechos subjetivos.

Sin embargo, no ha sido unánime esta postura, pues existen autores que la desdeñan cuales son los casos de DE CASTRO y BERCOVITZ, pues el primero enfatiza que “los derechos de la personalidad en su conjunto ofrecen un defecto radical: que materia y denominación no se compaginan; que el término derecho subjetivo, salvado de su variedad de sentidos y utilizado como concepto técnico, no se le puede aplicar a los llamados derechos de la personalidad.”⁵ Abundándose doctrinalmente que la especialidad del contenido de esos derechos, revela otras dificultades, pues el derecho subjetivo es un poder sobre algo atribuible a una persona y por tanto, separable de esta; se es titular conforme a un título y por alguna causa se puede perder; dicho de esta

² Vid. BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, José, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976, p.19 y s.s.

³ *Idem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Los llamados derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Facsículo II, 1991, Madrid, p.1248.

forma, la vida, el cuerpo, la libertad, están unidos a la persona desde su nacimiento hasta la muerte; en cambio, todos los derechos de la esfera de tener (*ius dominativum*) han de ser ejercitados por el sujeto, que ha de demostrar el título, son poseídos y de algún modo, su atribución depende de la conducta del propio sujeto y en suma, la lesión de los bienes personales origina la obligación de indemnizar; pero esa reparación no significa nada en pro de la propia existencia de un derecho lesionable. El deber de indemnizar supone la lesión de algo valioso, que puede ser un derecho subjetivo y que puede ser también otro bien protegido por el Derecho; habida cuenta, que el daño siempre origina "otro derecho", el de exigir que se reparen los daños y perjuicios.⁶

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO apuntó en otro sentido, cuando enfatizó en que mediante los derechos de la personalidad se contribuyó desde el Derecho Civil a defender aquellos bienes tan inherentes al ser humano que se pueden confundir con él, o sea, los descalifica como derechos, en tanto es imposible distinguir entre el objeto y el sujeto, su indisponibilidad más o menos relativa y su relación con el orden público.⁷

En medio de tantas disquisiciones no ha podido dejar de reconocerse la existencia autónoma de esos derechos, introduciendo en esa dinámica para su reconocimiento, especiales características que le son propias dentro del Derecho Civil, y que ha manejado con exactitud el profesor BELTRÁN DE HEREDIA:

- A) Esencialidad: Sin ellos la personalidad quedaría incompleta, o sea con esencia de esta.
- B) Originarios o innatos: Pues no necesitan ningún mecanismo de adquisición, si la personalidad se adquiere desde el nacimiento, ellos nacen con la persona.
- C) Inherencia: Son derechos inherentes a la persona, son personales en el más estricto sentido del término. De esta característica se derivan tres notas esenciales:

⁶ Vid. RODRÍGUEZ CORRÍA, R, "La protección civil...*cit.*", p.14

⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Derecho de la persona*, s.e, Madrid, 1976, p.198-199.

- Son derechos individuales: Pues pertenecen a cada persona de manera individualizada y tratan de asegurar ciertos bienes personales e individuales distintos de una persona a otra.
- Son derechos privados, entendido esto en un doble sentido. En primer lugar porque protegen al individuo “hacia dentro”, no en su actuación externa o pública. En segundo lugar porque a efectos de su protección son derechos privados, no públicos; buscan sancionar o impedir las intromisiones de los particulares en bienes estrictamente privados o particulares.
- Son derechos absolutos: Pueden ejercitarse contra todos “*erga omnes*”

D) Extrapatrimonialidad: Esta característica parte del hecho de que estos derechos se encuentran fuera del patrimonio de su titular y no son evaluables en dinero. Sin embargo, esto no obsta para que alguno de ellos tenga un substrato pecuniario, ni para que, en caso de violación, la reparación alcance a una indemnización pecuniaria, consistente en una compensación. Esta característica trae aparejado requisitos, establecidos en orden negativo; tales como:

- Su indisponibilidad: El titular carece de disposición sobre esos derechos, si se aceptara su disposición, se aceptaría la posibilidad de hacer dejación de la personalidad. Al ser indisponibles son además intransmisibles. Pero en este caso es necesario matizar, pues en la vida práctica se encuentran casos de disposición, como ocurre en los trasplantes de órganos.
- Irrenunciables: Se relaciona con la indisponibilidad, pues admitir la renuncia abdicativa del titular equivaldría a consentir la automutilación o el propio deshonor.
- Inexpropiables o inembargables: Porque le es ajena la institución de la expropiación forzosa y además por la falta de patrimonialidad y también por la imposibilidad de disponer de ellos, o de transmitirlos.

- Imprescriptibles: Dada su inherencia a la propia persona no se aplica a ellos la prescripción extintiva.

En relación con la forma en que se incorporan dentro del ordenamiento jurídico, existen esencialmente dos formas fundamentales, a través de los Códigos Civiles, o mediante leyes especiales; variante esta última que ofrece mayores ventajas técnicas y una regulación legal más completa y efectiva de los derechos de la personalidad; lo cual no excluye que en caso de violación no se apliquen las normas civiles, sobre todo las relativas a la responsabilidad extracontractual. Tómese de ejemplo la regulación establecida en el artículo 38 en relación con el artículo 8 del Código Civil cubano, sobre la transgresión de los derechos de la personalidad y la supletoriedad de las normas reguladas en ese cuerpo legal relativa a materias civiles u otras prefijadas en leyes especiales.

El caso español es típico de la regulación en una legislación especializada de los derechos de la personalidad, reflejado en la Ley Orgánica número 1 de 5 de mayo de 1982 "De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el caso ecuatoriano no aparecen regulado explícitamente estos derechos en la legislación civil, aunque de forma dispersa pueda hacerse una interrelación entre los preceptos y aquella regulación que de los derechos fundamentales se ha sancionado en la Constitución de 2008, Título II "Derechos", Capítulo VI "Derechos de libertad", artículo 66, numerales 1.2.3.5.18.19.20.28, mediante los cuales se reconocen el derecho a la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, el derecho a la integridad personal física. Psíquica, moral y sexual, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al honor y al buen nombre, el derecho a la protección de datos de carácter personal, derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la identidad personal y colectiva.

Quizás en el tema relacionado con la protección de estos derechos, la cuestión de perenne debate ha sido su denominación, ya que se refieren a los derechos de la personalidad con variadas denominaciones que pueden ir desde derechos fundamentales, libertades públicas, derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, garantías individuales. Lo realmente trascendente es que el reconocimiento constitucional

de estos derechos no riñe con la protección que se le brinda en la esfera privada, pues a decir de SEMPERE “nos encontramos ante una misma realidad objeto de tratamiento a dos niveles jurídicos distintos, y que, por tanto, implica también una tutela jurídica diversa”.⁸

En la doctrina civilista destaca el criterio del profesor de Ángel Yaguez, quien insiste en diferenciar, tanto como lo hace una mayoría doctrinal que existe una diferenciación entre estas categorías, que descansa en que los derechos fundamentales la protección es del ciudadano frente al Estado, mientras que en los derechos de la personalidad la cuestión se enfoca desde el ángulo del derecho privado, o sea, como relaciones entre particularidades; se trata de defender estos derechos no contra la acción de la autoridad, sino contra los atentados de otros particulares.⁹

En igual cauce pueden colocarse DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en soporte del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional español, en cuyo caso señalan que habría unos derechos del ciudadano frente al Estado (derechos fundamentales) y unos derechos de cada persona frente a las restantes (derechos inherentes a la personalidad); no excluyéndose las coincidencias entre el régimen jurídico de unos y otros.¹⁰ En el caso cubano puede verificarse, que en el plano legislativo existe una doble regulación, pues el artículo 38 del Código Civil cubano tutela como derechos inherentes a la personalidad los que estén consagrados en la Constitución; no así en el caso ecuatoriano donde el tratamiento es casi exclusivo del texto constitucional.

Formas de protección de los derechos de la personalidad conllevan a que sean las infracciones tipificadas como delitos en las leyes penales; de tal suerte, que el Código penal cubano lo ha previsto en el Título VIII, del libro II, tipifica los delitos contra la vida y la integridad corporal, así dentro del Título IX se regulan los delitos contra los derechos individuales y en el Título XII los delitos contra el honor; otra opción para su protección en caso de violación, es la utilización de la vía civil y una tercera forma estaría dada por la combinación utilizada en

⁸ Vid. SEMPERE, Carlos, “Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, tomo II, Madrid, 1984, p.431.

⁹ Vid. DE ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo, “Protección de la personalidad en el Derecho Privado”, en *RDN*, s.e, Madrid, 1974, p.12.

¹⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO, Luís y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema General de Derecho Civil*, volumen I, novena edición, editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 340.

España, que protege ante el Tribunal Constitucional y también ante los tribunales ordinarios, siempre reparando mediante la institución de la responsabilidad jurídica civil, el daño moral causado.

1.2 La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como sustento del derecho a conocer el origen biológico

El solo hecho de ser persona le aporta al ser humano, centro de todo el ordenamiento jurídico, un valor cual es la personalidad; que detenta una faceta estática, descansada en la dignidad, indicadora de la necesidad y obligación de que todo ser humano sea tratado con respeto y deferencia, con independencia de sus valores y desvalores, e incluso de su comportamiento a nivel social, de suerte que existen derechos como los conceptualizados y caracterizadas en el acápite previo, considerados indeclinables e inviolables, que le son inherentes. Por fuerza, el libre desarrollo de la personalidad, en cuanto a fase dinámica de la misma, lo alcanza la persona potenciando sus posibilidades de actuación, validando sus derechos, sobre todo estos inviolables, que no puede separarse de su sustancia racio-corpórea, sin olvidar que en su ejercicio a de respetarse la ley y los derechos de los demás, dada la alteridad de las elaciones sociales. En ambos derechos se ha sustentado la doctrina alemana, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, para cobijar el derecho al reconocimiento del verdadero origen biológico como verdadero derecho de la personalidad. En cuanto a la dignidad de la persona, constituye la esencia del ser humano y concentra, de un lado, aquello que es atributo propio de su propia existencia antropológica y le distingue de otros seres vivos y por otro lado, las cualidades que hacen diferente a un hombre o mujer de los demás, con trascendencia en el proyecto existencia individual de cada persona. Un ser humano, aisladamente considerado, se diferencia de otros por su estructura genética y los caracteres propios adquiridos durante el desarrollo, como reconoce Corona Quesada González: "su historia particular comienza con su generación a partir de la unión de los gametos de los progenitores, de ahí que sea esencial para el hombre reflexionar sobre su historia individual, y poder

hacerlo además sobre la procedencia de su constitución natural, sobre su filiación”.¹¹

En cuanto al libre desarrollo de la personalidad se hace efectivo, mientras cada persona consigue el respeto de los derechos inviolables reconocidos en los textos constitucionales y desarrollados en la legislación especial dentro del Derecho Comparado; ejemplo típico el del artículo 10 de la Constitución española y dentro de la dispersión de la Constitución cubana, los que aparecen reconocidos en el Capítulo I Fundamentos Políticos, sociales y económicos del Estado. Así Dogliotti, refiriéndose al ordenamiento jurídico italiano y las garantías del desarrollo de la personalidad que desarrolla los artículos 2 y 3 de la Constitución plantea que “constituyen el primer y más eficaz elemento de protección del individuo ... considerándose contradictorio e incoherente el fraccionamiento de una noción de la personalidad por su naturaleza única e indivisible, que los singulares derechos deberán entenderse referidos a particulares aspectos de un fenómeno más general, más allá de los cuales subsistirían posibilidades infinitas de manifestaciones concretas, seguramente garantizadas como facultad no solo de preconstituirse una serie de posiciones, sino también de afirmar una libre y activa autodeterminación y expansión.”¹²

La Constitución desde su óptica *ius* publicista, dedica dentro de varios ordenamientos jurídicos, gran atención a las persona, lo que demuestra que el interés de protección rebasa el ámbito estricto de lo privado. Evidenciándose que el ordenamiento jurídico es uno, que aúpa normas tanto de orden público como privado y tiende a proteger la personalidad de la forma más eficaz, global y unitaria, con independencia de sus variadas manifestaciones, al prescindir del hecho que solo algunos de los derechos de la personalidad estén expresamente estereotipados, teniendo siempre presente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad.

Habría que terminar diciendo que precisar las definiciones de todos y cada uno de los derechos de la personalidad entraría en conflicto con la personalidad como valor, mutable en consonancia con las exigencias de cada sociedad; de

¹¹ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, “El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, Facsículo II, abril- junio MCMXCIV, Madrid, 1994, pp.246-247.

¹² Vid. DOGLIOTTI, Másimo, “Los derechos de la personalidad:”, en *Raseg. Dir. Civ.*, s.e, 1982, p.672.

igual forma, una clasificación de los derechos de la personalidad terminaría agotándose en sí misma, pues pecaría de arbitraria e incompleta, por eso es más adecuado, evitar todo tipo de concreción, y sin perjuicio de que algunos de los derechos de la personalidad se halle regulados o se regulen en un futuro próximo, entender que bajo la denominación de estos derechos de la personalidad podrá y deberá entrar toda protección subjetiva dirigida a garantizar la conservación y desarrollo de la personalidad.¹³

1.3 Evolución histórica de derecho a conocer el propio origen biológico y su regulación dentro del sistema normativo ecuatoriano y cubano

El nacimiento del derecho a conocer el origen biológico se produjo en Alemania, marcado por los intereses del Derecho Público, especialmente por el influjo de la seguridad social y de la ideología racista del nacionalsocialismo; para poder distinguir a los sujetos de raza aria (*arier*) de los que no lo eran; fue entonces que se creyó conveniente que existiera un proceso de Estado en el que la paternidad pudiera ser declarada con efecto frente a todos, *erga omnes*, suceso que fue asumido por el Tribunal Supremo Alemán en 1939, aplicándose analógicamente las reglas de los procesos de estado a la acción de declaración de paternidad; así se comenzó a reconocer el derecho del hijo no matrimonial a la declaración de su filiación biológica.¹⁴

Una vez que cayó el fascismo se originó cierta inseguridad acerca de su destino y se sintió la necesidad de desvincular dicha acción de la ideología hasta entonces prevalente; un sector doctrinal entendió que este interés de un hijo extramatrimonial en determinar su filiación se abrigaba bajo un derecho general de la personalidad; en cambio el tribunal Supremo Alemán desvirtuó este parecer al argumentar ese interés individual, en la banal idea de evitar enfermedades hereditarias y relaciones incestuosas. Pero cualquier obstáculo que intentó desacreditar el fundamento de este derecho, fue revertido por el propio desarrollo de las pruebas biológicas, obligando no solo al alto foro a variar ese argumento sino admitiéndose la acción de estado declarativa de la filiación en 1961 y en la posterior reforma del derecho de filiación no matrimonial de 1969.

¹³ Vid. RODRÍGUEZ QUESADA, María Corona, "El derechos constitucional...", *cit.*, p.252.

¹⁴ *Idem*, p.239

En este marco se fue sedimentando en Alemania la idea de que la fijación de la propia filiación es un derecho de la personalidad aunque no estuviera regulado expresamente en la Constitución, ya que se argüía que todo hombre tiene derecho a saber quien era su padre, por tratarse de una cuestión íntima de su persona, con incidencia en su personalidad. De ahí que GUGGUMOS fundara su razonamiento en el artículo 100 de la Constitución Bávara de 1946, que contenía un precepto homólogo al contenido en el artículo I-1 de la Constitución alemana actual, en el que se reconoce la inviolabilidad de la dignidad de la persona. Por su parte NEUMANN DUESBERG, argumentó este derecho de la personalidad en la necesidad en la analogía presente entre el derecho al conocimiento de la filiación biológica y el derecho al nombre, por ser ambos distintivos individualizadores de la persona. Mas la mayoría de la doctrina lo incluye en lo que suelen denominar derecho general de la personalidad que fue articulado por la Constitución alemana como cláusula abierta, con descanso en los artículos 1.1 donde se prescribe el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad dentro del orden constitucional, de la ley moral y del respeto debido a los derechos de los demás, según el mandato del artículo 2.1 de la suprema ley germana.

Un fundamento de esa raigambre utilizó NIPPERDEY para sostener el hecho de que tanto los hijos como los progenitores tiene derecho a esclarecer la filiación, ya que se trata de una cuestión esencial para su personalidad, habida cuenta que de ese derecho de la personalidad surge el derecho de poder reclamar con eficacia frente a todos, por intermedio de la acción de estado, la declaración de la filiación genética, puesto que solo ella puede verificar el origen biológico.

El tema ha sido novedoso en la evolución de los ordenamientos jurídicos comparados, sin que haya estado despojado de disquisiciones y controversias en cuanto al entendimiento y reconocimiento de este derecho como un verdadero derecho de la personalidad; téngase en cuenta que cuando se fija la verdadera filiación biológica, se exige a los padres el cumplimiento de los deberes que tienen para con sus hijos, o sea, se impone el ejercicio adecuado de la patria potestad. Sería interesante valorar las posiciones asumidas en el Derecho Comparado, en un momento tan temprano como 1898, SÁNCHEZ ROMÁN espetó "se trata de un derecho del hijo, que pertenece a la esfera inmanente de todos los naturales propios de la personalidad, que la ley no

debe estorbar en su ejercicio, ni menos desconocer, para acreditar la cualidad de su filiación, que no puede depender de la voluntad exclusiva de los padres otorgarla o negarla".¹⁵

RIVERO por demás, enfatiza en el hecho de que esta es una cuestión que habría que llevar incluso al tema de los derechos de la personalidad y tener una protección y tratamiento a ese nivel, que es un derecho que a nadie le puede ser negado y concluye planteando que "el conceder a todo ser nacido el buscar y poder encontrar jurídicamente a sus padres es un derecho que a nadie le puede ser negado; eso debe ser un auténtico derecho de la personalidad, no solo por la proximidad al honor, sino *per se*, por el solo hecho de ser traído a este valle de lágrimas sin ser consultado".¹⁶

ROCA TRIAS también destaca que el derecho a conocer el origen biológico tiene ligámenes considerables con otros derechos fundamentales, con el derecho a la intimidad y con respecto a la dignidad de la persona, además de implicaciones sanitarias.¹⁷ Ergo, ha sido la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad la que ha levantado una fuerte polémica doctrinal, pues se ha tratado de encasillar esta figura en el marco de los derechos subjetivos, categoría jurídica, que como admite Rivero, fue creada para el ámbito del derecho patrimonial y para los poderes jurídicos de esta clase.¹⁸ Posición contraria asumen CASTÁN TOBEÑAS y DE CUPIS quienes no vacilan en considerarlos con aquella naturaleza; de tal suerte que cuando los derechos de la personalidad se regulan, ya no se intentan definir, así suele suceder con el honor, las legislaciones que lo regulan y enarbolan ya no lo suelen definir; supuesto que ha llevado a un sector doctrinal a considerarse a favor de una lista abierta de derechos de la personalidad, dentro de los que resalta CLAVERÍA GONZÁLEZ, para quien el derecho de la personalidad podría actuar como válvula de flexibilización; en similar sendero se mantuvo NIPPERDEY, quien no ha vacilado en plantear que estos derechos de acuerdo con sus características, se sustraen de una fijación típica, esquemática y casuística, tal y como sucede en

¹⁵ Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, "Derecho de Familia", en *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, volumen II, Madrid, 1998, p.999.

¹⁶ Vid. RIVERO, Francisco, "La familia en Cataluña en el momento actual" en *Temas de Derecho Civil Catalán, Cuadernos de Ciencias Sociales*, número 6, 1984, p.143.

¹⁷ Vid. ROCA TRIAS, Encarna, Comunicación presentada en la Reunión Internacional sobre Derecho ante el proyecto de genoma humano, Bilao 24-26 de mayo de 1993, (inédito)

¹⁸ Vid. RIVERO, F., La familia en... cit., p.142.

España donde se regularon mediante la Ley 1/1982, que supone el desarrollo del artículo 18 de la Constitución española.¹⁹

Por esas causas en la doctrina italiana PERLINGIERI rechaza cualquier taxatividad o tipicidad de estos derechos, al interpretar que los artículos 2, 3, 4 de la Constitución italiana en que se sustentan, una cláusula abierta.²⁰

De acuerdo con esta tesis no son ni el ordenamiento jurídico cubano, ni el ecuatoriano modelos a seguir al respecto, debido a que ninguno de los dos regula directamente el origen biológico como un derecho de la personalidad, y ni siquiera aparece desarrollado en la legislación especial. La propia dispersión existente en la máxima ley cubana, hace que por decantación pueda entenderse que basado en los postulados éticos y filosóficos que se invocan en el preámbulo de la Constitución cubana, en relación con lo prescrito en el artículo 37, que compromete al estado a garantizar aquellos procedimientos legales la determinación y el reconocimiento de la paternidad, sin que se haga referencia alguna a la maternidad, que sabemos en la actualidad esta cuestionada con las técnicas de reproducción asistidas y más que ello el principio sobre el que descansa que en los sistemas romano franceses se reputa siempre cierta.

En el caso ecuatoriano tampoco se regula directamente este derecho a conocer el propio origen biológico, aunque pueden hacerse algunas inferencias en relación con principios consagrados en el texto constitucional, véase de esta forma la regulación concebida por el legislador en sus artículos 66.1 se reconoce el derecho a la inviolabilidad de la vida; el apartado tercero a) que reconoce la integridad personal en relación con el apartado quinto que reconoce el libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás y sobre todo con el apartado 28 donde se reconoce el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener un 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

¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ QUESADA, María Corona, "El derechos constitucional...", *cit.*, p.251.

²⁰ Vid. PERLINGIERI, V., *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, 1984, p.335.

manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

De ahí que encontremos un soporte legal para argumentar el reclamo de ese derecho en sede judicial, sin que el legislador haya tenido la finalidad de advertirlo de esta forma, al momento de su redacción.

1.5 Los límites del derecho a conocer el origen biológico y su trascendencia en el proyecto de vida individual

Si bien es cierto que el origen de este derecho es especialmente germano, también en esa latitud se ha desarrollado una enjundiosa y relevante jurisprudencia entorno a su contenido y a sus límites. Un primer caso, cuya sentencia data de 18-1-1998 donde el alto tribunal determinó que el derecho del hijo no matrimonial a conocer a su padre halla protección en el ámbito del derecho general de la personalidad, pero consideró que el hijo no matrimonial tiene derecho a conocer a través de su madre, el nombre del padre, lo que implica posponer el derecho de intimidad de la madre, dando preferencia al derecho de la personalidad del hijo a conocer su verdadera filiación.

Una segunda sentencia de 31-1-1989, recayó en una litis donde un hijo matrimonial impugnó su filiación, sin encontrarse su situación subsumida en ninguna de las causales legalmente previstas para ejercitar la acción de impugnación; admitiéndola el alto foro por considerar que los supuestos que la norman son demasiado estrechos, constituyendo estrechos límites que provocan al hijo mayor de edad aclarar su procedencia solo en casos excepcionales; sin embargo, lo crucial en esta resolución judicial es la interpretación que el Tribunal Supremo alemán hace de cómo ha de entenderse el derecho a conocer el origen biológico, al considerar que el mismo no concede ningún derecho al suministro efectivo de conocimientos acerca de la propia filiación, sino que solo procura protección al interesado ante la retención de la información (por otras personas) susceptible de ser obtenida. Es decir que no es en virtud de este derecho que a la persona se le haya de proporcionar información sobre su filiación sin más, sino que tiene derecho a reclamarla sin que proceda una ocultación o reserva de la misma cuando esta puede ser conseguida; aserto que le permite al órgano jurisdiccional admitirlo no como un derecho absoluto a conocer la ascendencia biológica, sino que estima que este, como cualquier otro derecho protegido constitucionalmente,

debe tener ciertas limitaciones.²¹ El trasfondo común de ambas sentencias descansa en el hecho de que el tribunal reconociera por vez primera que todo hombre tiene derecho a conocer su procedencia biológica.

En tal caso han de tenerse en cuenta los deberes negativos y positivos de los estados para custodiar los derechos de la personalidad, debido a que no tienen alcances idénticos. Como ha resaltado el Tribunal Constitucional alemán, en su aspecto negativo, el estado tiene el deber de crear medios específicos y determinados contra las intervenciones ilegítimas de sus propios órganos. En cambio, en principio cumple su deber de protección positivo de modo indeterminado, en otros términos, la manera como cumple ese deber de protección deriva de una decisión que cae dentro de su propia responsabilidad y discrecionalidad. “No obstante, debe quedar claro que es función de los respectivos órganos estatales competentes ponderar los diferentes derechos fundamentales que se contraponen entre sí y atender a las consecuencias negativas que podría tener una determinada forma de cumplir con el deber de protección”.²²

Así, el derecho a conocer el origen biológico, se traduce como afirma MALAURIE en una filiación que va a develar más de una verdad, pues como afirman las expresiones populares, hay muchas verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados de la sangre); la sociológica (que genera la posesión del estado); la verdad de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la verdad del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivifica y refuerza el vínculo).²³

El tema nos remite nuevamente a los límites de los derechos fundamentales y específicamente, a los concernientes al derecho a conocer el propio origen biológico; ya que el método de enfrentar el derecho a la identidad con otros derechos con los que puede entrar en conflicto e intentar conciliarlos es correcto. En efecto, ningún derecho es absoluto y tampoco lo es el que venimos comentando, es menester recordar el artículo 7.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño cuando afirma: “*el niño será inscrito*

²¹ Vid. RODRÍGUEZ QUESADA, María Corona, “El derechos constitucional...”, *cit.*, p.244.

²² Vid. SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional alemán*, traducido por Marcela Anzola Gil, editorial Gustavo Ibañez-Asociación Konrad Adenauer, Bogotá, 2003, p.33.

²³ Vid. MALAURIE Philippe, “La cour Europeenne des droits de l’homme et le droit de connaître ses origins, L’affaire Odièvre”, en *La semaine juridique*, 26-3-2003, No.26, p.546.

inmediatamente después del nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; complementada esta normativa con el artículo 30 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, aprobado el 29-5-1993 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que enfatiza “*Las autoridades competentes de un estado asegurarán la conservación de la información de la que disponga relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres así como la historia médica del niño y su familia*” y termina sentenciando en su apartado segundo: “*dichas autoridades asegurarán el acceso con el debido asesoramiento del niño o de su representante a esta información en la medida que lo permita la ley de dicho estado*”.

Previamente valoramos la hipótesis de que este derecho encuentre su coto en el ejercicio de los derechos que conciernen a otras personas como descansa en el libre desarrollo de la personalidad, no a de olvidarse que en ese afán debe respetarse la ley, los derechos de los demás (principios negativos), dada la alteridad de las relaciones jurídicas; en cumplimiento de este objetivo, no podrán desligarse sus límites de su denominación y caracterización con un verdadero derecho de la personalidad, no solo porque le son de aplicación todas las características de aquellos, integrándose su contenido por un poder jurídico, pero también por deberes y por restricciones impuestos a su ejercicio. Si desligamos sus componentes el poder jurídico que enunciamos se traduce, en el que concierne a toda persona de acudir a los tribunales bien para reclamar su verdadera filiación, con el fin de que tras su averiguación quede determinada y puedan ser exigidos todos los efectos propios de la misma – personales y patrimoniales- constituyéndose una situación jurídica nueva; o bien, para impugnar la filiación que ostenta con la idea de investigar y determinar luego la verdadera y en segundo lugar también se integra su contenido por cierto límites, consistentes unas veces: unas veces en el deber de respetar derechos y posiciones jurídicas subjetivas de otras personas, como puede ser el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; y otras veces en la obligación de observar otros principios o mandatos legales como por ejemplo el de seguridad jurídica.

Por eso el reconocimiento de la verdadera filiación, entraña la realización de principios constitucionales fundamentales, puesto que dignifica a la persona y contribuye a lograr el libre desarrollo de la personalidad, normalmente desde una doble perspectiva: material y espiritual, en el primer caso porque averiguada la filiación en general podrá ser determinada y los padres obligados a atender las necesidades inmediatas, vitales y fisiológicas del hijo, y a proporcionarle la instrucción la base educacional que precise para que sepa desenvolverse en la vida y en el segundo caso se potencia el libre desarrollo de la personalidad del hijo con el apoyo y afecto del padre, tan importante en ciertas etapas de la vida. Además porque no solo el conocimiento del propio origen biológico es uno de los elementos más relevantes de identificación de la persona, no solo porque se puede individualizar a un sujeto sabiendo quienes son sus progenitores, lo cual comporta una carga genética determinada, sino sobre todo porque la constatación jurídica de la filiación implica la atribución de unos apellidos, que son un signo distintivo imprescindible para que a persona pueda moverse y operar en el tráfico jurídico y la manifestación más ostensible del derecho personalísimo a la identidad, a la que hay que añadir la eminente carga emotiva que conlleva el ser portador de los mismos apellidos que los padres, "porque supone la adscripción de una persona a una familia, a un concreto árbol genealógico revelador de la ascendencia".²⁴

Reafirmado en este criterio en la tesis de DE CUPIS que lo reconoce como un elemento útil para la identificación personal, pues está constituido por la descendencia natural del sujeto, de su generación por obra de determinados individuos, respectivamente madre y padre: relación que se concreta en ser hijos de estos y que encuentra su expresión en la individualización de los mismos como padre y madre del sujeto (paternidad y maternidad); tal indicación constituye la constatación de una fundamental relación natural, que sirve para circunscribir la posición social del sujeto y contribuye fuertemente a su identificación.²⁵

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos coloca en una balanza los intereses de los hijos, los padres y el resto de la familia biológica, los de los

²⁴ Vid. RODRÍGUEZ QUESADA, María Corona, "El derechos constitucional...", *cit.*, p.254.

²⁵ Vid. DE CUPIS, Adriano, "Derechos de la personalidad", en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Milano, 1982, p.85.

padres adoptantes, y los intereses públicos, haciendo valer los intereses de estos últimos sobre el derecho de la persona nacida a conocer su realidad biológica. Este método de enfrentar el derecho a la identidad con otros derechos con los que pudiera conflictuar y tratar de conciliarlos, es correcto, según KEMELMAJER DE CARLUCCI, pues considera que ningún derecho es absoluto y por ende tampoco lo es este que analizamos; muestra de ello es el artículo 7.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: *“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 a ser cuidados por ellos”*, interconectado con el artículo 30.1.2 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional aprobado el 29-5-1993 por la Conferencia de La Haya de derecho Internacional Privado: *“Las autoridades competentes de un Estado asegurarán la conservación de la información de la que disponga relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y su familia. Dichas autoridades asegurarán el acceso con el debido asesoramiento del niño o de su representante a esta información en la medida que lo permita la ley de dicho Estado”*.

Al utilizar estos argumentos en el caso *O'Dievre*, el alto foro supranacional, bajo la excusa de armonizar los intereses en juego niega un derecho fundamental: el derecho a recibir la información necesaria para saber quien soy, aunque sea referido a la arista biológica. La decisión ha propiciado un debate, entre quienes plantean que solo puede calificarse de “derecho” el de conocer el origen biológico. En cambio otros, con buena razón, plantean que el tribunal ha reconocido que existen derechos ineficaces, o sea derechos que no tienen efectos porque no pueden exigirse a otros.²⁶

Existen varios ángulos que desacreditan la decisión del mentado tribunal, primero no puede hacerse prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente (salvo en el caso de la mujer violada) sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no era su

²⁶ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derechos humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13/2/2003, en el caso *O'Dievre c/France*”, tomado del sitio www.dialnet.unirioja.es, consultado 10-8-2006, 11:15 a.m., p.7.

decisión nacer o no. La mujer que decide procrear, con fuerza en aquellos países donde el aborto es lícito de acuerdo con los requisitos prefijados en la ley, sabe que está generando un nuevo ser, una persona que nacida, tiene derechos inalienables que ella no puede eliminar, y entre ellos resalta el origen biológico. Realidad que desdice el criterio acordado por este propio órgano jurisdiccional en la sentencia de 1979 referida al caso *Marckx* contra Bélgica, en la cual proveyó de respeto a la vida familiar entendiendo que comprende un aspecto negativo, pues el Estado no debe invadir la, a través de acciones arbitrarias, la intimidad de la vida familiar, sino también un aspecto positivo, ya que el Estado no puede ignorar la existencia de los lazos familiares a los efectos de la concesión de ciertos derechos.²⁷

En tal derecho se involucran el derecho a saber (el del hijo) y un derecho a no saber (el de los progenitores); de lo cual se deriva que el derecho a no saber también tiene protección, el propio artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de Oviedo, 1997, dispone: "*Toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud. No obstante deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada*".

En la doctrina y la jurisprudencia estudiada, la propia autora precitada reconoce, que el derecho al conocimiento de la verdad biológica y el derecho al establecimiento de la filiación sobre bases biológicas están mucho más acendrados en los pueblos latinoamericanos que en los europeos. "Entre nosotros doctrina y jurisprudencia afirman enfáticamente, y sin discusión, la existencia de un verdadero derecho subjetivo a conocer la identidad biológica, que integra el núcleo duro de la personalidad, y que resulta exigible al Estado".²⁸

Dentro del panorama internacional podemos citar, que a fines del año 2002, la Corte Constitucional Italiana, declaró inconstitucional el artículo 278 del Código Civil por excluir la declaración judicial de paternidad y de la maternidad natural

²⁷ *Idem*, p.8. En el caso comentado el alto tribunal entendió que constituía una injerencia en la vida familiar el hecho de que el estado no reconociera vínculos legales a la relación biológica entre nieto y abuelo biológico natural; el estado debe justificar porque ese vínculo familiar (filiación) no está jurídicamente reconocido.

²⁸ *Ibidem*, p.13.

y la investigación de esa filiación en los casos en que el reconocimiento de los hijos incestuosos está prohibido. La norma permite que el hijo sea reconocido por uno solo de los progenitores, como si el valladar jurídico borrara las relaciones prohibidas que fructificaron en esa nueva persona. No obstante, este paso positivo, en fecha 17-36-2003, el Consejo de Estado, influido quizás por la decisión que comentáramos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, veto al hijo no reconocido el derecho al expediente relativo a su nacimiento para individualizar el nombre de la madre que no deseaba ser nombrada. En el caso como el hijo había nacido antes de la reforma de la ley de adopción 184/1983, según el tribunal, subsistía la prohibición de acceso a estos archivos. Sin embargo, una década atrás y con razones de inexcusable humanidad, el representante del Servicio Social de la provincia de Piacenza, se presentó al juzgado de menores para que lo autorizaran a brindar datos de la familia de origen de una persona; en tal caso estaba involucrado un joven de 25 años que necesitaba un trasplante de médula ósea; con tal fin le era necesario encontrar a su hermana de sangre que había sido adoptada por otra familia. Resolviendo el tribunal que siendo el peticionante mayor edad, nada tenía que decir al respecto, ni brindar autorización alguna, pues el servicio social debía ofrecer esa información.

Existen otros tribunales nacionales que avanzaron vertiginosamente como el Supremo español, que al declarar la inconstitucionalidad del artículo 47 de la Ley del Registro del Estado Civil de 8-7-1957 que permitía conservar el secreto de la paternidad homogeneizó la práctica judicial española y sentenció: "la coincidencia entre la filiación legal y la paternidad y maternidad biológica deben ser totales, por lo que la ocultación de la identidad de la madre biológica en el Registro Civil, por su propia decisión, contradice el principio constitucional de igualdad y sitúa a la madre biológica en situación relevante frente al padre e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad".²⁹

Como bien ha denunciado RIVERO HERNÁNDEZ al referirse a la filiación, estamos ante dos planos, el clásico enfrentamiento formalismo-realismo (omnipresente

²⁹ Vid. DOLZ LAGO, Manuel J., "Origen biológico y derecho a la herencia genética. Comentario de urgencia a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21-9-1999", en *Revista General de Derecho*, No.663, pp.14-217.

en el mundo del Derecho) y sin embargo, “desconocer el campo que es propio de cada uno de esos principios, su justificación en cada caso, las reglas respectivas y sus propias limitaciones, puede acarrear muy graves consecuencias y disfunciones en la adecuación de las instituciones jurídicas a la realidad humana a que pretende servir – pues es así, las instituciones jurídicas sirven a la vida social y no a la inversa”.³⁰

Júntese con esto el hecho de que perviven sobre la maternidad y la paternidad una serie de prejuicios heredados provenientes de una época y sociedad superada y la vigencia de preceptos jurídico-sociales que requieren de una interpretación cabal a la luz de nuestros días.

³⁰ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “*¿Mater semper certa est?* Problema de determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, en *Anuario de Derecho Civil español*, tomo L, Fascículo I, enero-marzo de 1997, pp.10-11.

CAPITULO II: LA REVELACIÓN DEL ORIGEN BIOLÓGICO INDIVIDUAL Y SU EXPRESIÓN EN LOS PROCESOS FILIATORIOS; CONSIDERACIONES DE *LEGE DATA Y LEGE FERENDA*.

2.1 Reglas generales de la filiación en derecho comparado

2.2 Acciones judiciales tendentes al establecimiento de la filiación. Aspectos doctrinales.

2.3 Modalidades filiatorias y origen biológico: Filiación matrimonial, extramatrimonial, y adoptiva.

2.4 Trascendencia ético-legal de la revelación del origen biológico

2.1 Reglas generales de la filiación en derecho comparado

Los estudios jurídicos tradicionales han enfrentado, con gran certeza, a los problemas relacionados con la paternidad, descuidándose un tanto la maternidad, que sustentada en el principio romano de su certeza (*mater in iure semper certa est*), el cual posee más de una interpretación, de alcances y sentidos dispares que entretengan un sendero en el que esa seguridad aparece desafiada por las condicionantes de la evolución social de la actualidad.

La relación de filiación no siempre dotada del necesario carácter bilateral (progenitor-progenitora; respecto del hijo/hija; respecto al padre/madre), pues jurídicamente sabemos que esa doble relación no se verifica, ni en el ámbito legal, ni en el fáctico, con el carácter inveterado que deseáramos, habida cuenta que no es igual la relación de los hijos y las hijas con el padre, y con la madre.

La relación madre-hijo/a es directa, inmediata y de "fácil" determinación biológica y jurídicamente, al derivar de un hecho común temporal, la gestación y el parto; en cambio, la relación padre-hijo es mediata, indirecta, "habida y conocida por conducto de la madre", prima facie, salvo en los casos de la reproducción asistida o el parto anónimo. Determinación jurídica que se alcanza por los procedimientos legales preestablecidos y medios indirectos relacionados con esa razón de conocimiento.

La determinación legal de la maternidad se suscribe a verificar hechos concretos, más o menos demostrables, mientras la determinación de la paternidad va a engendrar un sinnúmero de operaciones, de instrumentos jurídicos, lógicos-formales que guardan relación con el eslabón intermedio de la

maternidad por lo antes apuntado, emparentados con la incertidumbre de tal generación cuya realidad, *in limine*, nadie conoce. En cuanto a los instrumentos lógico-formales que se sostienen mediante las presunciones, la ley o el juez presumen que es padre el varón que ha tenido relaciones presuntas con la madre y pruebas menos confiables la del dicente que afirma haber tenido aquellas relaciones sexuales y en consonancia ser el padre del hijo gestado por determinada mujer, a cuya expresión formal el Derecho confiere gran relevancia.³¹

El diferente cáliz que enfrenta a la maternidad-paternidad va a determinar va a determinar en el orden jurídico una paralela oposición entre hecho natural e instrumento lógico-formal. En el plano intelectual y jurídico esto se traduce en la confrontación realismo-formalismo (y sus respectivos principios informantes y consecuencias inevitables. La historia jurídica de la filiación, específicamente la determinación de la paternidad y sus consecuencias se ha construido alrededor de esa idea de incertidumbre de la paternidad, que ha propiciado una larga evolución legislativa cargada de prejuicios e injusticias, y de complicadas construcciones doctrinales y de una realidad judicial de igual carácter. La incertidumbre y la probanza positiva o negativa de la paternidad es el núcleo de la presunción legal *pater is est*, en su impugnación, en la admisibilidad de presunciones legales y en el juego de las presunciones de hecho para la declaración de la paternidad no matrimonial en el régimen de reconocimiento y las muchas facilidades concedidas al reconocedor para determinarla voluntariamente.³²

Toda la certidumbre que venimos mencionando para el régimen de determinación de la paternidad, se ha generalizado a toda la filiación, trasladándose por transitividad a la determinación de la maternidad, acarreando en ese ámbito un innecesario formalismo solo justificado en los presupuestos de determinación de la paternidad; importándose además a la maternidad la doctrina y el régimen de reconocimiento que invaden el campo materno informado por una realidad prejurídica diferente, que no admite las dubitaciones relativas al reconocimiento y precisión de la paternidad.

³¹ *Idem*, p.7.

³² *Ibidem*, p.8.

Aquellas viejas trabas para la determinación de la paternidad han ido extinguiéndose, por cuanto la prueba de la paternidad no tiene el valor de otrora, puesto que hoy podemos comprobar la prueba su prueba o no, con unos márgenes inimaginables de certeza, lo cual conlleva a enrumbar el reconocimiento de la filiación hacia nuevos derroteros desprovistos de esos cimientos que hemos narrado.

Es el terreno prejurídico donde la maternidad y la paternidad son diferentes, opuestos binarios si se quiere, o sea, en el campo biológico, mas el derecho no se involucra exclusivamente con esta realidad, sino que suma a ella la realidad social, con presupuestos, valores metajurídicos, y exigencias sociales que puedan trascender al plano jurídico, a la determinación de la filiación que es nuestro objeto de estudio, al eliminar aquella distancia existente entre la maternidad y la paternidad.

Es necesario distinguir en medio de ese panorama, la existencia de dos variantes dentro de la filiación una que la doctrina ha denominado realista, presidida por el denominado principio de veracidad, que aún reconociendo que la filiación jurídica no es una mera relación biológica, facilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en la vía judicial y siempre que sea posible alcanzar aquella realidad biológica, así, abre las puertas a la investigación de la paternidad/maternidad tanto en el orden positivo (declararla cuando es jurídicamente desconocida), como en el negativo, (impugnación de la filiación no veraz) y permite en ese contexto la utilización de toda clase de pruebas; la otra variante, la formalista se despreocupa de la verdad y de la realidad biológica y sobrevalora otros elementos o valores (la paz familiar, la seguridad jurídica) o partiendo de la dificultad de prueba de la verdadera paternidad. Por esa causa fija unos esquemas de determinación de la filiación basado en voluntades unilaterales y en determinadas presunciones, dificultando a posteriori, el establecimiento de la relación de filiación al margen de esos esquemas legales o la prueba de la verdadera filiación biológica, cuando hay serias dudas de que la jurídica formal coincida con ella, pese a existir persona interesada en la determinación de la verdadera filiación.

En el orden de la filiación materna, otra dificultad para su precisión es la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial, pues esa distinción es artificial, jurídica; por ende la distinción maternidad/paternidad es real,

sustantiva, porque distinta es la relación social y biológica de la maternidad y de la relación madre-hijo de la realidad y de la relación padre-hijo. De esas discrepancias se desprenden importantes consecuencias como pueden ser: que no puede existir en la determinación de la maternidad diferencias entre la matrimonial y la no matrimonial, debido a que la naturaleza no obra de manera diferente en una y otra, ni se manejan criterios o pruebas distintas; la realidad es la misma, e inmutable se mantiene en cada caso la relación madre/hijo/hija. Pero en la determinación de la paternidad la diferencia que pueda y deba haber quedará vinculada y será resultante de la diferente realidad prejurídica que exista en uno u otro caso, relacionada con la cohabitación hombre/mujer, presumible o no. Este es un terreno fértil en muchos ordenamientos jurídicos, tal es el caso de España, artículos 68 y 69 del Código Civil y que conduce a que en ese terreno hay diferencia de trato en la determinación de la paternidad matrimonial o no, sin detrimento del principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución de ese Estado.³³

La filiación matrimonial se puede y se suele determinar mediante la presunción legal de paternidad, casi siempre o en virtud de sentencia firme, desconsiderando lo prescrito en el artículo 115.1 del Código Civil español, por la inscripción de nacimiento junto al matrimonio de los padres, ya que estas inscripciones solo aportan datos- sobre la maternidad, y el matrimonio de la madre- que fundamentan la pretensión *pater is est*, de la que en todo caso se deducirá la paternidad.

Durante muchos años no se prestó dentro del Derecho y la legislación comparada importancia alguna a la definición del término maternidad, por consiguiente en la actualidad, con la propia evolución tecnológica, es complejo determinar quien es madre. Se concluyó enfáticamente que madre es la que gesta y pare al hijo, sin desvirtuar tal afirmación como resultado de un proceso natural. Maternidad implicaba herencia genética y relación fisiológica del parto y el embarazo. Pero sin dudas, los derechos concedidos en ese entorno varían de una época histórica a otra, y en ese mismo sentido la identidad de la madre se asentaba sobre una seguridad que servía de base a notables estatutos

³³ *Ibidem*, pp.11-12.

jurídicos y étnicos de importancia capital en el estado de la legislación del universo.

Si nos transportamos en el tiempo, la maternidad y los derechos y deberes que de ella se derivan surgen como consecuencia de la certeza biológica de esa relación, que el Derecho tiene como inmutable y cierta; mientras que los efectos jurídicos que se derivan de la paternidad acusan un componente discrecional sin par. De ahí, que la maternidad se convierta en un derecho hacia el hijo y la paternidad en un derecho sobre el hijo y en consecuencia, las exigencias de la maternidad eran naturales; el rol jurídico y social de la paternidad tiene tintes más voluntaristas.

Todas estas afirmaciones entorno a la maternidad descansan en el consabido principio *mater semper certa est*, derivado de la tesis paulina, que ha tenido un funcionamiento casi simétrico dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y que se arraiga en aquel trasfondo histórico con diferentes intensidades, que no es menester juzgar en este aparte; mas si el alcance del alegado principio, si posee carácter absoluto, cuáles serán sus excepciones y su régimen.

Este planteamiento está gobernado por presupuestos de diferente índole, pues sabido es que aceptar el desafío tecnológico es contraponer sobre la realidad actual un conflicto, pues habrá ocasiones en que se encuentren divorciada la filiación biológica y la jurídica, la cual está acompañada además de por esta premisa naturista, por componentes voluntaristas, afectivos, sociales y normativos y que inciden sobre la institución filiatoria aquí en estudio. Por eso sigue latente la pregunta del inicio, ¿Qué es la maternidad y sobre qué presupuestos ha de articularse a la luz de la evolución científica alcanzada en la sociedades actuales? No cabe dudas que el ordenamiento jurídico español mediante la Ley de técnicas de reproducción asistidas, artículo 10.2, presume la maternidad por el parte y otro tanto fija la legislación cubana, con asiento en el artículo del Código de Familia y del semejante manera lo ha enarbola el legislador ecuatoriano en el artículo del Código Civil.

Esas regulaciones, es obvio, que nos conducen a determinados cuestionamientos imposibles de abarcar en un trabajo de esta naturaleza, pero que bien pueden esbozarse. De qué forma pueden hacer compatibles la conceptualización de maternidad presumida y fijada por el parto, sin preocupación

de la relación genética, y de la voluntad procreacional. No contrasta esto con la atribución directa de la paternidad al marido, compañero, o pareja de la mujer que ha decidido inseminarse con material genético donado por otro hombre. Igualmente contradice el hecho de que la voluntad de ese marido lo haga padre absoluto del hijo que a de nacer no engendrado por él y la nula trascendencia de la voluntad de la mujer con igual participación. Cuál sería el alcance de la verdad sociológica de nuestro sistema de filiación, al ignorar el papel de la mujer y a veces el de la pareja, que decide que el hijo nazca.³⁴

Enfrentando esa concepción biologicista de la maternidad parece que los conceptos maternidad y paternidad han encontrado un nuevo horizonte jurídico hacia la idea de la asunción del correspondiente rol y función social, irrumpiendo unas paternidades y maternidades denominadas sociales y formales, como la adoptiva o la derivada de las técnicas de reproducción asistidas sobre las que volveremos en un momento ulterior de este trabajo. La definición de la maternidad por el parto confirma y anida estas dudas que ya planteábamos, pues no coinciden la maternidad jurídica, la real y la fáctica; conducentes por un laberinto que ha de solucionarse mediante la utilización de un pensamiento que contemple nuevos conceptos, otras categorías jurídicas y terminologías idóneas para esta nuevas realidades sociales, a las que no se adaptan ya, sin desvirtuar los viejos conceptos de filiación, maternidad y paternidad elaborados hace más de veinte siglos, y con destino a otra realidad jurídico-social y de generación.

Lo relevante en estas cuestiones es la valoración jurídica que se haga de estas ideas, instinto, certeza frente a certidumbre, y parámetros jurídicos manejados, o sea, criterios y medios manejados para la determinación legal de la maternidad y la paternidad, facilidad frente a la dificultad probatoria, referidos a realidades naturales y sociales diferentes. Análisis jurídico que presupone ponderación de hechos y criterios de intereses individuales involucrados en una realidad compleja, tomándose en consideración los valores predominantes en la sociedad, en el lugar el momento correspondiente.

³⁴ *Ibidem*, pp.16-17.

2.2 Acciones judiciales tendentes al establecimiento de la filiación. Aspectos doctrinales.

La raigambre y génesis dentro de la doctrina alemana del derecho a conocer el origen biológico ha generado también polémica entorno a las acciones filiatorias encaminadas para llegar a esa verdad biológica y por fuerza social. En más de una oportunidad se ha planteado la doctrina si podría prosperar una acción dirigida única y exclusivamente a la existencia o no de una relación biológica, sin que su ejercicio produzca ningún otro efecto, con el fin de hacer valer con ella el derecho a conocer el origen biológico, cuando por ejemplo no procede incoar la acción de impugnación por impedimentos de tipo legal.

En la doctrina y la legislación hispana, en la catalana, en la cubana y en la ecuatoriana, objetos estas dos últimas del análisis bajo en cuestión no sería procedente tal presagio, pues admitir una acción de ese tipo, la desprovee del interés protegible con su ejercicio, ya que, como hemos visto, el derecho a conocer el propio origen biológico se puede hacer valer mediante los cauces legales que estos sistemas jurídicos franquean para determinar la verdadera filiación.

La excepción, que no hace otra mella que confirmar la regla recaería en el derecho español en el caso de la filiación incestuosa, regulada en el artículo 125 del Código Civil que prescribe que. Cuando los progenitores del menor o del incapaz fueran hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada respecto de otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz. Ha entendido la mayoría de la doctrina que esta filiación se determina tanto mediante reconocimiento, como a través de sentencia firme, porque el precepto no distingue y expone la tesis de la determinación legal de la filiación.³⁵

Pero esta no constituye una acción simple, debido a que para averiguar si la filiación es incestuosa y si, en consecuencia, es procedente su fijación o no, habrá que admitir la acción de reclamación dejando en suspenso cuáles serán sus efectos: si el padre presunto no es incestuoso, no es tal y la acción se

³⁵ Vid. DE QUIRÓS PEÑA, Bernaldo, *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia*, volumen I, s.e, Madrid, 1984, p.940.

desestima, quedará abierta la posibilidad de que el hijo haga valer su derecho a conocer su propio origen biológico reclamando la paternidad a otro varón; y si, por el contrario, resulta ser cierta la paternidad incestuosa controvertida, se determinará la filiación si conviene al menor o incapaz, o se declarará la paternidad incestuosa sin determinarla, por entender el juez, con criterio del Fiscal, que no le conviene al implicado su fijación, y la acción se reduciría a investigar la paternidad, que es el sentido que confieren la doctrina alemana a esta acción.

No parece que haya cabida para esta acción en el Derecho Catalán, y tampoco en la doctrina cubana que franquea el ejercicio de la acción para reclamar el reconocimiento de los hijos, a estos, al padre o la madre que los haya reconocido en relación con el que aun no lo ha hecho, en virtud del artículo 77 del Código de Familia.

Existe otro elemento que atenúa el ejercicio de las acciones para la ubicación del origen biológico de las personas, debido a que resulta evidente que el hijo/hija podrá sustanciar una acción de este tipo siempre que sepa quienes son sus progenitores o lo sospeche y exista algún indicio que lo pueda llevar a averiguar; en caso contrario se frustraría por razones fácticas no jurídicas.

Esta cuestión se ha discutido arduamente desde la década del sesenta en Alemania, el hecho de si la madre está obligada a revelar a su hijo la identidad del padre, debiendo postergarse su derecho a la intimidad ante el derecho a conocer el propio origen biológico de su hijo, en caso de considerarse este de mayor valor y pender su ejercicio de la confesión de la madre. Desde la entrada en vigor de la Constitución alemana ya era un tema debatido y de entrada la jurisprudencia germana rechazó esta posibilidad, que varió a socaire del nacionalsocialismo, que bajo pérfidos intereses, obligó a la madre a develar el nombre del padre de modo cuasi enfático. En esa disquisición lo que se negaba era la obligación jurídica de la madre de proceder afirmativamente, no su deber moral e actuar en beneficio de los intereses de la prole interesada.

Para solventar los intereses o derechos en juegos, es preciso analizar los motivos o causas por los que una mujer puede negarse a informar a su hijo o hija sobre la identidad de su padre: en ocasiones se niega a dar el nombre del padre porque no desea que se sepa quien es, tal es el caso de la relación

incestuosa, violatoria, o cuando el padre es un criminal o un demente; en otra ocasión teme porque ha tenido relación con varios hombres durante el período de gestación y prefiere callar pues no tiene certeza al respecto y en otras ocasiones lo que pretende la mujer al callar, es evitar perjudicar el matrimonio, el prestigio social y profesional del padre de su hijo, que de acceder a manifestarlo podrían menguarse o trastocarse; hay supuestos en los que esa actitud tiene un trasfondo económico, ya que el padre se encargaba desde la sombra de la manutención del hijo y eso para ella es suficiente; también por aspirar a casarse con ese hombre o por miedo que le arrebatase el hijo y también por una necesidad de autosuficiencia de criar ella sola al hijo impidiendo la influencia del padre, estrato que se encuentra en aumento en nuestros días, verificado en las llamadas producciones independientes.

De los narrados existen motivos que justifican la negación o el silencio ante la interrogación del hijo/hija al respecto. Pero otros motivos no son contundentes para solidarizarnos con esta posición de la madre, porque en apelación a su derecho a la intimidad la madre esconde, unas veces su temor que no tiene porque volverse contra el hijo; otras veces el interés del padre en que su carrera profesional no se vea truncada o su imagen social dañada y otras, el egoísmo de la madre que desea poseer en exclusivo a su hijo, sin pensar en lo más beneficioso para este.

La situación puede enrarecerse más si la madre muere prematuramente y la familia no puede ayudar al hijo o que sea el padre el que fallezca no pudiendo exigirse ningún derecho frente a los parientes o herederos de este; en todo caso si se dejara correr el tiempo, la acción casi estaría destinada al fracaso. Existe una posición extrema, son los casos de Noruega o Dinamarca donde constituye una obligación jurídica de la madre revelar el nombre del padre, so pena de serle aplicada una sanción pecuniaria. Todos los extremos son rechazables, tanto este apuntado como el de solo mantener una obligación moral de la madre de confesar ese pormenor determinante en la vida de su hijo, pues le obstruiría su derecho a conocer su procedencia biológica.

Un amplio sector de la doctrina alemana admite que cae presionar a la madre de forma mediata, para que revele el nombre del padre, no concediéndole la supresión de la curatela de oficio, institución tuitiva que entra en juego desde el nacimiento del hijo con el fin de salvaguardar sus intereses.

El tribunal en cuanto curador de oficio del hijo, ha de procurar que la madre revele el nombre del padre para incitar a este a que reconozca al hijo y en caso de no alcanzar éxito en su intento podrá ejercitar una acción reclamación contra él, derivado de la interpretación del Tribunal Constitucional alemán, en el que se hace valer el derecho a conocer el propio origen biológico del hijo. Tómese de ejemplo la muy relevante sentencia de 11 de noviembre de 1981, en la cual el alto foro reconoce el derecho del hijo a que su madre le proporcione información sobre su hijo, dando primacía al derecho a conocer el origen biológico sobre el derecho a la intimidad de la madre. Los estudiosos del tema han criticado la decisión judicial, en atención a que no especifica cuáles serán las consecuencias de ese incumplimiento, puesto que proporcionar información es un comportamiento no fungible, su ejecución forzosa tiene que estribar en sancionar a la madre con una multa o recluirla en prisión hasta que revele el nombre y el domicilio del hombre con quien hubo de conseguir a ese hijo ávido de conocer.

En el derecho catalán y en el común español debemos partir que la determinación de la maternidad en estos sistemas jurídicos es diferente de la existente en el Derecho alemán; mientras que en este último se da por presupuesto que la vinculación jurídica entre hijo y madre es inevitable, sin que sea necesario un especial acto jurídico, en los primeros la madre no matrimonial puede desconocer su maternidad. Si nos centramos exclusivamente en el derecho civil común, tendremos que relacionar los artículos 120-4 del Código Civil y el artículo 47 de la Ley del Registro del Estado Civil, al regular que la filiación materna no matrimonial queda determinada cuando se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de donde resulta que la maternidad puede determinarse extrajudicialmente sin necesidad de que medie un reconocimiento. Del artículo 47 de la Ley del Registro del Estado Civil se desprende que la madre pueda desconocer la maternidad, debiendo entonces suprimirse la mención de la misma en la inscripción de nacimiento del hijo; por ese sendero discurren los artículos 167 y 181 del Reglamento de la ley del Registro del Estado Civil del cual se colige que la madre puede oponerse a que en el parte facultativo del nacimiento conste su identidad, con lo que, en ese caso, ya no se hará

mención de la maternidad en la inscripción de nacimiento, ni habrá lugar por tanto, a su desconocimiento.

Respecto al Derecho civil catalán, el artículo de la Ley foral civil, no hace referencia alguna a la determinación de la maternidad; omisión que puede prestarse a tres consideraciones diferentes: 1. Entender que el legislador catalán pretenda instaurar un sistema como el alemán, dando por sobreentendida la vinculación jurídica de madre e hijo, sin posibilidad de desconocimiento de la maternidad; 2. Pensar que su intención era la de la maternidad no matrimonial quedara determinada, única y exclusivamente, en virtud de los mismos mecanismos jurídicos de la paternidad; 3. Considerar que no hizo el legislador alusión a la maternidad por hallarse regulada esta cuestión en la legislación registral, con lo que implícitamente acogía semejante solución a la del derecho civil común, aunque no se aplique supletoriamente el artículo 120.4 del Código Civil español.³⁶

De todas las soluciones la tercera reza como la más segura e idónea, porque optar por la primera implicaría admitir un sistema de determinación de la maternidad que nunca ha operado en la práctica en Cataluña y si fue la intención del legislador debió hacerlo expresamente. Escoger la segunda implicaría asumir la inoperancia de la legislación atinente al registro civil en esta región, sin fundamento legal suficiente y contrariaría la propia ley de filiaciones catalanas, pues esta remite en su artículo 4 a la legislación del registro del estado civil por lo que no excluye su aplicación en Cataluña.

Estas afirmaciones nos conducen a otra interpretación, si la madre no tiene la obligación jurídica de determinar su maternidad ni en el Derecho Civil común, ni en el catalán, porque se ofrece mayor interés en proteger su intimidad y honorabilidad que al hijo para ver fijada su verdadera filiación, a fortiori, tampoco tiene la madre la obligación jurídica de revelar el nombre del padre al hijo y agréguese que en uno u otro Derecho, se prohíbe que al reconocer se manifieste la identidad del otro progenitor si todavía no está determinada legalmente la filiación respecto a él, lo cual es un acicate que refuerza la teoría, de que prevalece el derecho a la intimidad de los progenitores si todavía no está determinada la filiación respecto a él, terminando por anteponer el derecho

³⁶ Vid. RODRÍGUEZ QUESADA, María Corona, "El derechos constitucional...", *cit.*, p.274.

a preservar la intimidad de los progenitores sobre el derecho a conocer el origen biológico del hijo o la hija. Tal y como ha de refrendarse en los artículos 122 del Código Civil español y artículo 4.2 de la Ley foral catalana.

Sin embargo, estas reflexiones erradamente podrían conducirnos a pensar que en una u otra legislación se ignora el derecho a conocer el origen biológico, ante el hecho de que la madre solo tenga una obligación moral, no jurídica, de revelar a su hijo quien es su padre, lo cual no implica vulneración o desconocimiento de este derecho cuando tantas concesiones se le hacen en otros aspectos sino que tan solo significa que en la ponderación de intereses en juegos que confluyen en este plano, el legislador ha considerado más valioso el derecho a la intimidad de la madre que el del hijo a conocer su ascendencia biológica.

Este derecho, como apuntáramos *supra* no es absoluto en los derechos hispanos en comento, constituyéndose como uno de sus más altas fronteras, el derecho de la madre a preservar su esfera íntima de la intromisión de su hijo/a encaminada a averiguar la identidad de su padre. Resulta impertinente que tanto el Derecho Civil común o el derecho foral catalán, alcance sin un texto legal que lo prevea, multar o recluir a la madre en prisión o privarla de la patria potestad, por no revelar la identidad del padre, máxime cuando sabemos que el silencio de la madre, en ocasiones está justificado y concuerda con el bienestar del hijo/a.

El caso francés es digno de mención y sin precedentes dentro de los sistemas normativos de base romano-francesa, pues es uno de los pocos países que conserva la figura del parto anónimo, que otorga a la mujer que ha dado a luz a un niño o niña el derecho a mantener en secreto su identidad, de modo que la persona que ella engendró está impedida no solo de iniciar una acción de filiación, sino de llegar a saber algún día quien fue su progenitora. Fácticamente la figura opera de la siguiente forma: el certificado de nacimiento incluye una línea de puntos donde se coloca el nombre de la madre, hasta hace algunos años en ese documento donde corresponde al nombre de la madre se colocaba una letra X, signo que habilitaba automáticamente que ese menor de edad estaba apto para ser adoptado; en la actualidad en esa casilla se escribe el nombre de la madre con tinta negra y se le tacha hasta convertirlo en ilegible. El dramático fundamento de esta institución se centra en el hecho

de que el secreto que guarda el anonimato protege tanto la vida y salud del niño cuanto la de la madre, la de la madre, pues no recurre al aborto o al parto clandestino, sino que se hace atender en centros hospitalarios, donde es cuidada la vida y la salud del niño, de otro modo su madre habría abortado y el no hubiese nacido o lo habría dejado tirado en un tacho de basura, o dejado nacer en situación de insalubridad.³⁷

Para algunos se trata de un derecho reservado a la madre extramatrimonial, al prever el artículo 341.1 del Código Civil francés e insertarlo en el capítulo relativo a la filiación natural. Este precepto normativo dispone: “al momento del parto, la madre puede pedir que el secreto de su identidad sea preservado, fuera del cuestionamiento de si esta restricción al hijo extramatrimonial es correcta o no, deben resaltarse las implicaciones jurídicas de esta regulación: a) negar jurídicamente un hecho acaecido (un niño ha nacido de una mujer perfectamente individualizada pero el derecho le oculta su identidad); b) hacer prácticamente imposible, materialmente hablando, el reconocimiento de la familia natural, la voluntad de la madre excluye al niño de su familia biológica; c) negar en un supuesto significativo la regla *mater semper certa est*, la madre es cierta porque el parto no ha sido un secreto para los profesionales de la salud que atendieron a la parturienta, pero ellos están obligados por el secreto profesional, por lo que para el hijo su madre no es cierta; d) eliminar no solo el derecho a establecer lazos filiatorios sino a conocer el origen biológico.³⁸

Sería trascendente comentar en este momento la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el caso O`Dievre c/ France, habida cuenta que las decisiones de este foro supranacional cuenta con una relevancia razonable, inclusive en aquellos países donde no son obligatorias (como sucede en nuestro continente); el caso en cuestión se remonta a la reclamación efectuada por la Sra. O`Dievre de alrededor de unos cuarenta años, que nació producto de este tipo de figura en análisis que regula la

³⁷ En este trabajo se aborda la cuestión jurídica esencialmente, lo que no significa desconocer las profundas secuelas psicológicas que entraña el parto anónimo tanto en el nacido como en la progenitora. A ese respecto en la ley gala considera el derecho a conocer el origen biológico como un derecho contingente, que depende del acuerdo de los padres de nacimiento. En orden a esa idea ha de señalarse la incongruencia del legislador, pues en épocas en las que, para luchar contra el tráfico preconiza se haga conocer el nombre de los padres de origen, para asegurar su consentimiento, la legislación interna insiste en condicionar el derecho a conocer el origen biológico.

³⁸ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derechos humano a conocer...”, *cit.*, p.1.

legislación francesa. Durante su infancia fue adoptada por una familia de igual nombre, que fue y sigue siendo su familia social y jurídicamente, pero desde hace algunos años se empeñó en conocer su familia biológica, instando a la autoridad administrativa para que le ofreciera información al respecto, la cual le brindó datos de la nacionalidad de sus progenitores, de que poseía dos hermanos biológicos, negándosele todo dato correspondiente a la identidad de esas personas. La demanda se sustentaba en la violación del artículo 8 de la Convención Europea de los derechos Humanos que dispone el derecho de toda persona al respeto de su vida familiar y privada; así como la no injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho. El tribunal no hizo lugar a la pretensión, pues considera que los aspectos que la demandante quiere conocer forman parte del derecho a la vida íntima, derecho que presenta un carácter complejo y delicado porque enfrenta intereses irreconciliables.³⁹

Después del análisis precedente y de los diferentes inconvenientes y enfrentamientos entre los derechos a conocer el origen biológico de los hijos y la reserva de la intimidad de los padres, es casi forzoso estudiar, la problemática que se presentaría en aquellos ordenamientos jurídicos donde esté permitido conocer este derecho bien sea porque aparezca regulado explícitamente o porque la interpretación jurisprudencial haya terminado franqueándolo, con el momento en que ha de comunicarse a los hijos/as legitimados para ello, habría que distinguir entre la minoría y la mayoría de edad sin que el proceso de maduración psicológico y biológico del ser humano se soslaye; pareciera que esta decisión posee escasamente matices psicopedagógicos, pero es evidente que esta cargada de un fuerte trasfondo legal. Ya acotábamos con precedencia que la legislación cubana y la ecuatoriana no tuvieron en consideración la posibilidad de revelar a los hijos e hijas el derecho a conocer su origen biológico, aun cuando debamos reconocer que los sistemas normativos no son estáticos, puesto que la reforma propuesta para el Código de Familia cubano, de 26 de mayo de 2008, contempla en su artículo 178 el derecho conferido al adoptado a conocer su realidad biológica y acceder a su expediente de adopción a partir de que alcance su plena capacidad jurídica; precepto que deviene estrecho pues debió contemplarse las

³⁹ Vid. MALAURIE, Philippe, "La Cour Européenne des droits...", *cit.*, p.546.

variadas e intrincadas variantes filiatorias que se generan con motivo de la aplicación de las técnicas de reproducción asistidas.⁴⁰

Dentro de nuestro continente si lo consiguió Argentina, pues su Código Civil a partir de los artículos 240 y subsiguientes franquea ese derecho a los hijos para establecer su verdadera filiación biológica, apoyado en la regulación general e imperativa del artículo 43 de la Constitución nacional. En aras de clarificar las verdaderas situaciones que pudieran presentarse la jurisprudencia argentina, con claridad meridiana, entendió al interpretar este derecho y basado en un contexto histórico atroz, que estarían legitimados los hermanos para tener acceso a los bancos de datos de las fuerzas armadas, a los fines de obtener información relativa a la desaparición de un miembro de la familia.

En sentido contrario se ha manifestado el ordenamiento jurídico español, que enarbola el principio *mater semper certa est*, del cual derivan de forma oblicua el derecho a conocer el propio origen, no preceptuado en la Constitución, en el Código Civil o en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuerpo legal este último que en su artículo 767.2 permite investigar la paternidad y la maternidad por diferentes clases de pruebas, pero no directamente autoriza a los hijos a investigar su origen biológico; ante estas carencias ha sido la jurisprudencia la encargada de interpretar y conceder este derecho, trascienden así las sentencias del Tribunal Constitucional No.7 de 17 de enero de 1994 y la del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 que ordenan en virtud del interés del menor de edad indagar en su origen biológico, tomándose en consideración que permitir a la madre ocultar la maternidad pugna con el principio de investigación de la paternidad proscrito en el artículo 39 de la Constitución española, con el de igualdad que enarbola el artículo 14; y con el artículo 21 de semejante norma, en cuanto a la prohibición de la indefensión.⁴¹

Dentro del derecho comparado contrastan las opiniones de dos voces autorizadas MALAURIE, quien no duda en advertir que "la filiación nos provee de varias verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados de la sangre; la sociológica (que genera la posesión del estado); la verdad de la voluntad individual (para ser padre o madre es

⁴⁰ Vid. MORALES CASTRO, Samuel, "Reasignación de sexo en los y las transexuales. Un enfoque desde el Derecho", *Tesis para optar por el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2008, p.124. (inérita)

⁴¹ *Idem*.

necesario quererlo); la verdad del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo)".⁴²

En la doctrina cubana se alza el criterio de MESA CASTILLO quien sin ambages rebasa el simple criterio de si quien busca fijar su origen biológico es un menor o un mayor de edad, para ubicarse en las verdaderas consecuencias que una decisión de esa índole pudiera causarle al legitimado para proceder, así advierte que se entremezclan "la salud psíquica del menor de edad, pues este va a conocer en su caso, los terribles detalles de su origen, que pueden consistir, en el conocimiento de infamantes delitos, como el incesto o la violación, o descubrir que fue encontrado en un basural o abandonado en el hospital de maternidad a horas de haber nacido".⁴³

Criterio con el que la excelsa investigadora cubana no enerva el derecho de los padres, tutores o representantes, o quienes los tengan bajo su custodia a ejercitar ese derecho de revelación del propio origen biológico, pero que lo sujeta a considerar el momento más oportuno para ello que requiere la opinión de un equipo multidisciplinario para determinarlo, no siendo necesario que el parámetro esencial sea la edad, pues ha de verse el daño psicológico que la puesta en conocimiento de un secreto como ese en un ser humano podría causarle.

2.3 Modalidades filiatorias y origen biológico: Filiación matrimonial, extramatrimonial, adopción y técnicas de reproducción asistidas

En sede de filiación matrimonial el alcance de la fijación del origen biológico importa no tanto cuando esta se determina, sino al pretender su impugnación, porque como afirma QUESADA GONZÁLEZ, "se pone traba a una acción interpuesta por el hijo con ese fin, se dificulta el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico al impedir que, tras las indagaciones pertinentes, se deshaga de una filiación jurídica falsa para adquirir la verdadera".⁴⁴ En este ejemplo de filiación matrimonial la delimitación del origen biológico no puede

⁴² Vid. MALAURIE, Philippe, "La Cour Européenne des..." cit..., p.546.

⁴³ Vid. MESA CASTILLO, Olga, "Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción", en *Encuentro iberoamericano de Derecho de Familia* (CD), Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1998, pp.9-10.

⁴⁴ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho ¿constitucional?... ", cit., p.257.

coartarse pues opera ipso facto la presunción pater is est, al concurrir los requisitos legales que la condicionan y la acción de reclamación puede intentarla el hijo durante toda su vida.

En el Código Civil español hay un límite de carácter temporal previsto para el supuesto de que haya posesión de estado, pues en otro caso, el hijo puede impugnar siempre la paternidad matrimonial; de tal suerte, que el artículo 137 prevé el término de caducidad de un año siguiente al de la filiación o desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal, si fuera menor o incapaz. Podría pensarse que el término concedido para esta acción sea demasiado breve, pero el propio legislador le confiere en su artículo 134 le confiere al hijo legitimado o al progenitor de por vida, la impugnación de la filiación contradictoria. Una restricción justa ha dominado esta acción a través de los años, si la filiación reclamable contradice otra alcanzada en virtud de sentencia firme, por razones de seguridad jurídica, según el artículo 9.3 de la Constitución española, no podrá prosperar dicha petición.

Para el caso de la filiación no matrimonial puede determinarse mediante reconocimiento, resolución recaída en procedimiento registral, o por sentencia firme, artículo 120 del Código Civil español; aunque es verídico el supuesto de que el reconocimiento en cuanto acto de manifestación de voluntad puede no responder a la verdadera filiación, si un varón reconoce a sabiendas, confuso o engañado, ser el padre cuando en realidad no lo es. De tal suerte, que el propio ordenamiento jurídico prefiera que la filiación matrimonial se determine mediante reconocimiento, de ahí que el artículo 120 se enumere como primer modo de determinación y que sea regulado antes que las acciones de filiación, porque lo lógico y práctico es propiciar la determinación extrajudicial de la filiación, pues por una parte la judicial es más contemplada y cara (en trámites, energías procesales y dinero) por lo que debe evitarse siempre que sea posible y por otra, cuando se suscita contienda ante los tribunales, las relaciones entre progenitor e hijo/a, por resultar forzadas, pierden espontaneidad, naturalidad y afecto, deviniendo estos factores importantes para el desarrollo de la personalidad del hijo.

Igual fundamentos condicionan a la filiación sobrevenida mediante una resolución que recae en expediente registral, según lo preceptuado en el artículo 49 de la ley del Registro del Estado Civil, debido a que este modo de

determinar la filiación no matrimonial, en cuanto depende de la voluntad del progenitor y en definitiva, de otros interesados, bien puede equipararse al reconocimiento aunque formalmente sean distintos.⁴⁵

Fundamentada la preferencia legal del reconocimiento como modo de determinar la filiación, ese planteamiento no a de llevarnos a que con tal acto se desconoce completamente el derecho a conocer el propio origen biológico, tratándose de compatibilizar ese derecho con el bien del hijo. Por eso si el hijo es mayor de edad se requiere su consentimiento para la eficacia del reconocimiento, artículo 123 del Código Civil español y en caso contrario si es menor de edad o incapaz el de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, según la letra del artículo 124 de aquel cuerpo legal.

Cuando se trata de un hijo mayor de edad, le asiste antes de consentir el reconocimiento el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico averiguando si quien pretende ser su progenitor lo es en realidad. En el caso del menor de edad tal situación descansa en una presunción judicial, pues el juez actuante debe haber llegado al convencimiento de que la filiación que está en juego es probablemente la verdadera, después de apreciar cada una de las circunstancias del caso. En este punto se suscitan dos cuestiones que afectan del derecho a conocer el propio origen biológico: ¿qué ocurriría si el juez no presta el consentimiento requerido para que el reconocimiento sea eficaz, aun siendo el peticionante el verdadero padre? ¿Si fuera consentido el reconocimiento pero no se corresponde la filiación determinada con la biológica? ¿Podría atacarse el reconocimiento para reclamar la auténtica filiación? En relación con la primera interrogante hay que aducir que el hijo podrá siempre reclamar su verdadera filiación, sin límite de tiempo, artículo 133 del cuerpo legal de mención; cuestión diferente es que el progenitor para ejercitar la acción de reclamación, debe tener posesión de estado, suceso que no ha reputado últimamente el Tribunal Supremo español al momento de exigir legitimación al padre.

Se complementan en este caso el conocimiento de la verdadera filiación por parte del hijo y el origen biológico, así las sentencias del Tribunal Supremo

⁴⁵ *Idem.*

español clarifican esta problemática, ejemplo de ello la de 10 de marzo de 1990 y 8 de julio de 1991, esta actuación judicial despoja de formalismos a una acción de las denominadas personalísimas, habida cuenta que el alto foro demuestra que su actuar permitirá que se determine la verdadera filiación, siempre que sea posible, prescindiendo incluso, con ese fin, de algún presupuesto legal, como es la posesión de estado, a efectos de admisión de la demanda interpuesta por el presunto reconocedor, jugando con la posibilidad de conocer el propio origen biológico.⁴⁶

En la segunda cuestión cabe la posibilidad de impugnar la filiación incorrectamente fijada por no corresponderse con la realidad; en cambio lo que varía son los presupuestos para el ejercicio de la acción de impugnación de reconocimiento por defecto de veracidad en función de lo que se pretenda. Si lo pretendido es impugnar el reconocimiento, existe un límite temporal cuando haya posesión de estado, caducando la acción impugnatoria pasados cuatro años desde que el hijo, una vez anotada la filiación, goce de la correspondiente posesión de estado, artículo 140; sin embargo, si lo que se desea es impugnar el reconocimiento para reclamar otra filiación, artículo 134, ningún límite temporal ha de impedir el ejercicio y la prosperidad de esas acciones de impugnación y de reclamación acumuladas.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo en algunas sentencias reconocen el derecho de cada persona a conocer su propio origen biológico, dos resoluciones son dignas de mención en pos de esa merecida y necesaria evolución, la de 25 de enero de 1992 que aduce: *“ el derecho a la intimidad, constitucional reconocido, no es determinante de no posibilitar la prestación de elementos probatorios que, de serlo, perjudicarían el derecho de otra persona, pues que ello, a parte de ir contra la lealtad procesal, alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine acertadamente su adscripción paterna”*.⁴⁷ En línea recta y con mayor precisión la sentencia de 26 de enero de 1993 afirma: *“en definitiva, debe tenerse presente que se está debatiendo sobre el derecho de la persona a conocer su verdadera filiación...”*

⁴⁶ *Ibidem*, p.261.

⁴⁷ *Vid.* “Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 25 de enero de 1992”, en *Boletín El Derecho* No. EDB 80224, mayo 1994.

lo que afecta su dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, derechos ambos fundamentales reconocidos en el artículo 10-1 de la Constitución".⁴⁸

El colofón jurisprudencial en el entorno español lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, que ha generado múltiples polémicas al respecto, en esta se declaró que es posible obligar a un demandado en proceso de reclamación de paternidad, mediante la resolución judicial, a someterse a la práctica de pruebas biológicas dirigidas a indagar en la verdadera filiación.⁴⁹

En el Derecho catalán ha constituido un principio típico la libre investigación de la paternidad, refrendado en la ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, esta moderna y atinada apreciación de la filiación no encuentra parangón en las raíces del Código Civil español en épocas pasadas, tomando en consideración que esta norma restringió enormemente la investigación de la paternidad y era declarada exclusivamente en dos circunstancias: cuando existía un escrito indubitado del padre reconociendo al hijo o la posesión del estado. No es extraño entonces que en el Derecho catalán, como en el alemán, las pruebas biológicas fueran admitidas tempranamente en los procesos de filiación y en el Derecho Civil común se tardaron hasta 1981, momento en que se modificó el Código Civil en materia de filiación mediante la Ley No. 11 de 13 de mayo 1981, y tuvo lugar su admisión expresa, en concordancia con el artículo 127.

Contumaz se torna lo dicho dentro del Derecho Catalán cuando de impugnar la paternidad matrimonial se trata, colocándose un listón mucho más alto que el existente en el Código Civil.

Las restricciones son temporales, pues caducara el ejercicio del derecho al año de haber alcanzado la mayoría de edad el hijo interesado en impugnar la paternidad, desechando que tenga posesión de estado o no, y sujetándose a circunstancias de antemano tasadas legalmente, entre las que se encuentran: que se haya suspendido la vida en común de los padres, o exista nulidad, o divorcio entre aquellos, artículo 12-2; con esta prescripción la ley catalana asienta el principio del *favor filii*, anudando la impugnación e la paternidad a

⁴⁸ Vid. "Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 26 de enero de 1993", en *Boletín El Derecho* No. EDB 82344, abril 1994.

⁴⁹ *Apud.* CHOCLÁN MONTALVO, I, "Sobre las relaciones entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional, en *Actualidad jurídica Arazandi*, No.37, 1994, p.1 ss; QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "De nuevo sobre las pruebas biológicas, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, en *RJC*, 1994, p.93 y ss.

estas situaciones concretas, ha opinado el legislador que se salvaguardan mejor los derechos del hijo, al procurársele al menos que tenga un padre jurídico.

Estos argumentos quedan sin efecto, si el hijo legitimado para el ejercicio de la acción, al hacerlo impugna la filiación y reclama otra, como aparece regulado en el propio Código Civil español, pues permite la acumulación de la acción de la filiación contradictoria, tal y como se desprende del artículo 17 de la Ley foral catalana; igualmente coarta ese derecho, cuando la filiación reclamada se contraponen a otra fijada mediante resolución judicial, según la letra del apartado segundo del artículo en comento.

Para la filiación no matrimonial la legislación catalana ha previsto que pueda determinarse por reconocimiento, resolución registral o por sentencia firme, en correspondencia con el artículo 4 de la ley examinada; amén de todas estas variantes se aprecia un favoritismo más prístino por el reconocimiento que en el derecho común, sin que se ignore el derecho a conocer el propio origen biológico, pues el legislador se ha preocupado de dotar de los medios para que la auténtica filiación sea determinada siempre que sea posible, respetándose, por tanto ese derecho. En concomitancia con lo precitado, el artículo 7, reconoce que la denegación del consentimiento del hijo mayor de edad al reconocimiento, no impide el ejercicio por el padre o la madre de la acción de filiación de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial que corresponda, sin perjuicios de que una vez determinada la filiación por esa vía, la misma no produzca los efectos jurídicos, salvo que el progenitor justifique el retraso en el reconocimiento. Solución que tiene matices loables pues fija el origen biológico, al evitar los reconocimientos de mala fe o con abuso de derecho, recogidos en el artículo 21 de la ley catalana, que justiprecia el suceso que un padre desee reconocer a un hijo interesadamente, cuando este es mayor de edad y tiene una posición económica sólida. El postulado del artículo 7 reafirma que la denegación de la aprobación judicial del reconocimiento de un menor de edad o incapacitado basado en la no paternidad o no maternidad no impide la acción de reclamación con el mismo

alcance (mera determinación de la filiación) que en el caso alegado de reconocimiento de un mayor de edad.⁵⁰

A diferencia del Código Civil español, la regulación catalana sobre filiación no se exige la presencia de la posesión de estado para conferir legitimación al progenitor, tomándose más en cuenta el principio de veracidad biológica. Sobre la impugnación del reconocimiento por defecto de veracidad, distíngase igual que en derecho común, el supuesto en que el hijo solo impugna la filiación para el que se franquea un año, partiéndose de la mayoría de edad, artículo 13 de la ley catalana, de aquel que reclama una filiación distinta que no posee límites temporales y si legales, cuando contradiga otra filiación dispuesta mediante sentencia firme, artículo 17 de la propia ley filiatoria. En cualquier caso el hijo siempre podrá reclamar su filiación si no se le ha dispuesto alguna, artículo 11, reafirmando el derecho a conocer el propio origen biológico en Cataluña con una fuerte proyección social.

Los casos cubanos y ecuatorianos son dignos de mención pues aun cuando los textos constitucionales no reconocen expresamente el derecho a conocer el propio origen biológico, indirectamente se deduce que sea posible, según la prescripción del artículo 37 del magno texto cubano que en su párrafo tercero autoriza la investigación de la paternidad mediante los procedimientos legales garantizados por el estado, con lo cual a la luz del desarrollo tecnológico sabemos que queda excluida la investigación de la maternidad que ya no es tan cierta, ni está exclusivamente asentada sobre ese principio romano.

Mas, también es meritorio reconocer que en Cuba en pos de reglado en el propio artículo constitucional todos los hijos son iguales, o sea, tienen iguales derechos sean habidos dentro o fuera del matrimonio; vincúlese ello, con lo prescrito por el artículo 65 del Código de Familia, que complementa y desarrolla la normativa primeramente citada, confiriéndole iguales deberes, con independencia del estado civil de sus progenitores, refiriéndose el texto legal en análisis al estado conyugal. Un precepto de tanta humanidad despeja muchos de los inconvenientes que pudieran presentarse al momento de fijar el origen biológico.

⁵⁰ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho ¿constitucional?... ", *cit.*, p.264.

Quizás, es meritorio analizar las formas en que puede lograrse la filiación dentro del ordenamiento jurídico cubano y sus dificultades. En principio para los hijos nacidos dentro del matrimonio podrán declarar la paternidad y las maternidad conjuntamente ambos progenitores, o en su defecto uno de ellos, o el representante legal, pero la mera declaración de uno de ellos surtirá efectos legales, a excepción de que sea impugnada la misma de acuerdo con el artículo 45 de la Ley del Registro del Estado Civil, en relación con el artículo 78 del Código de Familia, que concede acción para impugnar esta filiación aquel cónyuge que no hubiera concurrido al acto, dicha impugnación estará sedimentada en la imposibilidad del cónyuge para haber procreado al hijo y caducará a los seis meses tal y como establece el artículo 78 de la ley examinada.

Cuando la filiación esté referida a un hijo de padres no unidos en matrimonio formalizado o reconocido judicialmente la harán ambos conjuntamente o uno de ellos. De concurrir ambos la filiación seguirá iguales derroteros que la matrimonial. Si concurriera solamente la madre y esta declarara el nombre del padre, se citará a este para que concorra ante el Registrador, apercibido de que si dentro del término de noventa días no concurre a aceptar o negar la paternidad se inscribirá al hijo como suyo. Transcurrido dicho término, sin verificarse impugnación la inscripción se formalizará de acuerdo con el apercibimiento y solo podrá impugnarse, mediante el procedimiento judicial que corresponda, dentro del término de un año de practicada dicha inscripción.

Negada la paternidad dentro del término legal conferido se practicará la inscripción sin consignar el nombre y los apellidos del padre que la haya impugnado; en tal supuesto se inscribirá al menor con los dos apellidos maternos o con el único que tenga repetido.

En cualquier caso el padre podrá, si se encuentra impedido por justa causa de comparecer ante el Registrador, mediante Escritura Pública aceptar o negar la paternidad dentro del término de noventa días hábiles contados a partir de la citación; impugnada en estas circunstancias pero extemporáneo el documento en que conste, la inscripción solo podrá modificarse en virtud de ejecutoria del Tribunal competente. Igual lógica operará respecto a la madre en este procedimiento si fuera el padre quien hubiera declarado, tal y como norman los artículos 48 al 50 de la Ley 51/1985 del Registro del Estado Civil.

Si el padre que impugne la paternidad la reconociera posteriormente, se requerirá para su asiento en el registro, el consentimiento de aquel que haya inscrito al hijo, o del que lo represente legalmente y si no lo prestara podrá ejercitar la acción judicial correspondiente en virtud del artículo 81 del Código de Familia. Si el otro progenitor que ha reconocido accediera se anotará conforme a lo reglado en el artículo 45 de la Ley del Registro del Estado Civil.

En puridad, deberá reconocerse que en relación con el origen biológico la legislación cubana no ha puesto grandes obstáculos para su indagación y fijación; si no remitimos al artículo 80 y subsiguientes del Código de Familia podemos percatarnos que brinda la posibilidad al hijo reconocido durante la minoría de edad de impugnar ese reconocimiento dentro del término de un año contado a partir de que arribe a su mayoría de edad; pero faculta de igual forma a quien se considere con derecho a inscribir como suyo al hijo reconocido por otra persona, a ejercitar la acción conducente a este fin, por lo que estaríamos no solo en presencia de una filiación contradictoria, sino de una que contempla lo predicho y la fijación del verdadero origen biológico.

El párrafo segundo de ese artículo deja en manos del Fiscal la continuidad de esa acción, si la persona que se trata de reconocer fuera menor de edad, pues es el encargado de determinar si conviene o no la sustanciación del proceso antes de que arribe a la mayoría de edad, resultando el único vestigio legal dentro del ordenamiento jurídico cubano, que de forma indirecta se refiere al momento en que debe revelarse o posponerse el conocimiento del origen biológico.

Si fuera mayor de edad la persona que se pretende reconocer, se exige como requisito legal para la ejercitación de la acción, que concurren conjuntamente quien se considere con ese derecho y el hijo pretendido, tal y como evidencia el último párrafo del artículo 81 del Código de Familia.

En el caso ecuatoriano, la primera anotación que debe efectuársele al Código Civil en su Título VII de los hijos concebidos en el matrimonio es que su articulado continuamente hace referencia al término marido y no cónyuge o esposo, con lo cual se resalta el aspecto sexual y exclusivamente en la relación matrimonial, que la desprovee de la unión afectiva y de asistencia mutua sobre la que se sustentan las relaciones matrimoniales. Salta a la vista la regulación del artículo 233 que presume la paternidad del hijo que nace después de

expirados 180 días subsiguientes al matrimonio, pues se reputará concebido en este y tiene por padre al marido, con la excepción que concurra la circunstancia prevista en el artículo 62 de este cuerpo legal, de que hubiera tenido imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Se concede por demás acción al marido, cuando la mujer ha cometido adulterio, para probarlo e impugnar la paternidad, en caso contrario se deducirá la paternidad a favor de aquel. Llamativa resulta la letra del artículo 235, que veta la posibilidad de fijar el verdadero origen biológico, del hijo reconocido dentro del matrimonio por otra persona, a excepción del marido. En todas las oportunidades el ejercicio de este derecho, caducará dentro de los sesentas días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

Después de fallecimiento del marido, y antes del vencimiento del término que confiere la ley para declarar que no reconoce al hijo como suyo, podrán hacerlo, en los mismos términos los herederos del marido, y cualquier persona a quien la paternidad del hijo causara perjuicio actual. Cesara ese derecho, si el padre hubiera reconocido al hijo como suyo en testamento, o en otro instrumento público, derecho que no tiene franqueado el ordenamiento jurídico cubano, pero que si ha contemplado el artículos 86 en relación con el 106 del Anteproyecto de Código de Familia, versión de 26 de mayo de 2008, que franquea el derecho de inscribir en el Registro del Estado Civil, del hijo o hija que no siendo reconocido previamente, lo sea por testamento, y distingue entre la mayoría y la minoría de edad , y le incapacitado, en cuyo caso deberá tenerse el consentimiento de su representante legal, con audiencia del fiscal; si el dictamen fuera negativo, el Tribunal archivará las actuaciones; suceso que no veta el derecho del interesado, de una vez arribado a la mayoría de edad, reclamar en cualquier tiempo, su filiación, según la letra del artículo 107 del texto legal bajo examen.

Alarmante es la letra del artículo 238 que confiere una acción de no presunción de paternidad a cualquier persona que tenga interés en ello, para instar al juez a que declare que el hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, no tiene por padre al marido de la mujer. Las acciones conducentes a negar o afirmar la filiación son de carácter personalísimo, nacen y mueren con las personas, no deben franquearse a terceros u otras personas ajenas al matrimonio o a su "posible descendencia";

además no puede reputarse por el legislador de atemporal una acción con ese marcado fin de transgredir la seguridad jurídica. Aun cuando se refiera a causas como la imposibilidad de tener acceso a la mujer desde antes de la disolución del matrimonio, o la declaración de nulidad del matrimonio.

De igual forma la ley civil ecuatoriana comentada concede un plazo de sesenta días a los herederos y demás personas interesadas para impugnar la paternidad de un hijo que no tuvo por padre al marido de su madre, contados desde que tuvieron conocimiento de la muerte del padre, para el supuesto del artículo 237, o en que supieron del nacimiento del hijo en el caso del artículo 238. El propio artículo 239 penúltimo párrafo, desatiende el término franquizado en el párrafo primero, cuando los herederos hayan entrado en posesión de los bienes, sin contradicción del hijo pretendido; culminando el último párrafo de ese propio artículo con el caso de desaparición del marido, donde comenzará a contarse el plazo desde el primer decreto de posesión concedido a sus herederos presuntivos.

Sin lugar a dudas, que lo realmente alarmante dentro del Código Civil ecuatoriano es el tema de la legitimación para la reclamación y la impugnación de la paternidad que desata una gran polémica, pues los derechos relacionados con la determinación, impugnación de la filiación y del origen biológico, se fijan sobre la base del ejercicio de acciones de carácter personalísimas, en las no cualquier persona puede tener acceso a revertir la anotación original asentada en el Registro del Estado Civil correspondiente y más que esto a interponer demanda a esos efectos en los tribunales; las causas debemos buscarlas en las características que le asisten a los derechos de la personalidad, expuestas en el capítulo uno de la presente investigación.⁵¹ Ahora estaría bien analizar los requisitos para la admisión de la impugnación que prescribe la citada ley: en primer término hace referencia al tiempo hábil para ello, por lo que si no se ejercita ante el juez en ese período ese derecho caducará; la madre podrá ser citada pero no está obligada a comparecer en juicio y será inadmisibles en cualquier caso su testimonio cuando refiera que la concepción del hijo se hizo en adulterio.

⁵¹ *Vid. Supra*, Capítulo I.

Para la filiación no matrimonial, artículo 247, rige un principio de desigualdad, pues podrán ser reconocidos por uno o ambos padres y gozarán en ese sentido de los derechos que la ley le atribuye en relación con quien los haya reconocido, e inclusive ser reconocidos aquellos que estén en el vientre de la madre, y regirá para ello los derechos que emanan de la letra del artículo 63 en relación con el artículo 60 del Código Civil ecuatoriano, al hacer descansar los derechos del *nasciturus* en que nazca vivo y en tal sentido, se considerará ese momento a partir de que sea separado del claustro materno; en caso contrario sus derechos serán transmitidos a las personas que correspondan.

La propia ley declara que el reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce y establece en su artículo 249 como formas de hacerlo efectivo la escritura pública, ante juez y tres testigos, por acto testamentario, o por declaración personal en la inscripción de nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres; en contradicción con la lógica seguida, el artículo 250 obliga a notificarlo al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo y el artículo 251 vuelve a desvirtuar, el alcance de los derechos personalísimos para legitimar a toda persona que pruebe interés en impugnar dicho reconocimiento, pero tasa las circunstancias en que esa acción podrá fundarse: que el reconocido no haya podido tener por madre a la reconociente para el caso de los supuestos regulados en el Título X del Código Civil (maternidad disputada); que el reconocido no haya podido tener por padre al reconociente, según la regla del artículo 62, sobre el computo de la concepción; que no se haya hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley, lo cual se refiere a violaciones procedimentales.

Podrá igualmente ser declarada la paternidad o la maternidad judicialmente, según el artículo 252, será una acción ejercitada por el hijo que no ha sido reconocido voluntariamente por determinado padre o madre, hipótesis típicas de la determinación del origen biológico, fijándose en la ley diferentes circunstancias que hacen viable la acción, artículo 253: si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente; en los casos de raptó, violación, detención o secuestro personal arbitrario de la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro; y en los casos de seducción realizada con maniobras

dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio, en los casos donde el presunto padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y en el caso de que el supuesto padre ha provisto o participado en el sometimiento o educación del hijo, siempre que con audiencia de aquel, se probara que lo hizo en calidad de padre. La acción de reclamación judicial de la paternidad será rechazada, en los últimos cuatro supuestos del artículo en comento, si el juez posee pruebas de que la madre tuvo una conducta impropia, adultera.

Esta acción de reclamación de paternidad en sede judicial corresponderá al hijo, quien podrá ser representado por su madre siempre que sea incapaz la madre capaz, según el tipo legal del artículo 255, que se complementa con lo previsto en el siguiente artículo, que la extiende al tutor, curador especial o curador *ad-litem*.

El artículo 257 franquea como término de prescripción general para reclamar la maternidad y la paternidad, diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo; regulación en extremo contradictoria, pues es una acción que se ha venido confiriendo por igual desde la minoría de edad, sin que existan diferencias susceptibles entre un período de la evolución de la persona y otro.

La maternidad también puede ser probada judicialmente, y la acción corresponderá al hijo, si fuera incapaz, será representado por el padre, o por un guardador y encontrará sus límites, en la mujer casada, mientras el marido no haya obtenido sentencia que declare que el no es el padre. Elemento que ha de reputarse discriminatorio en honor a la obtención de la verdad biológica y a las condiciones de igualdad de los cónyuges que debe primar dentro del matrimonio.

Contempla en este sentido el Código Civil ecuatoriano la figura de la maternidad disputada, sobre la base de la falsedad de parto, o suplantación del hijo pretendido al verdadero y se inviste de tal derecho a: la que pasa por ser madre, o su marido para desconocer al presunto hijo; y, a los verdaderos padre o madre, para reconocer al hijo y conferirle a él o a sus descendientes, los derechos de familia en la suya. Nos inclinamos por pensar que esta es casi una figura obligada en el Derecho Comparado, pues las circunstancias que dominan las relaciones internacionales actuales en relación con los menores de edad, las características desiguales de la adopción y específicamente de la

adopción internacional y delitos tan repudiados como el tráfico de menores de edad, de órganos, justifican su prescripción legal.

Prescribe la acción para impugnar la maternidad a los diez años contados desde la fecha del parto; autorizando la resurrección de la acción por dos años más, si saliera a la luz algún hecho incompatible con la maternidad putativa, que se contarán desde su revelación justificada, de acuerdo con el mandato del artículo 262. Al igual que en las situaciones ya comentadas, extiende el ejercicio de esta acción, a aquellas personas a quienes la maternidad putativa pueda perjudicar en derechos vinculados con la herencia testada o intestada, de los supuestos padre o madre. Acción que prescribirá, a partir de los sesenta días en que se haya sabido del fallecimiento de dicho padre o madre.

Nos hemos propuesto analizar además el origen biológico en la filiación adoptiva, pues aun en estas circunstancias de parentesco no pasa desapercibido el anhelo de estos hijos por conocer a sus progenitores biológicos. Un antecedente que reafirma esta idea es la creación en Estados Unidos de la denominada *Adoptee's Liberty Movement Association* (A.L.M.A), que constituye una asociación cuya finalidad es defender los intereses de los adoptados, con énfasis, en el reencuentro con sus verdaderos padres que un día consintieron en la adopción.

Ahora bien, la apreciación de este derecho en el ámbito adoptivo debe advertirse desde dos perspectivas diferentes: en primer término examinando la posibilidad de que los hijos adoptados consulten el Registro Civil con el fin de averiguar quienes son sus padres biológicos y en segundo término, estudiando la posibilidad de que ejerciten una acción judicial tendente a investigar su ascendencia biológica.

La primera posibilidad esta colocada sobre la voluntad de los padres adoptivos, siendo un criterio doctrinal consolidado que los padres adoptivos revelen a los hijos adoptados su condición, porque el secreto no absoluto, no puede garantizarse tal cosa y una revelación tardía o hecha por un de forma extemporánea podría causar daños psíquicos.⁵² Lo que si ha dejado a discreción de los padres adoptivos, es el como y el cuando, pues no prevé, ni es recomendable ningún ordenamiento jurídico comparado, es una

⁵² Vid. ROCA TRIAS, E., "Adopción y datos biogenéticos" ... *cit.*, p.4 y s.s.

comunicación de oficio en el Registro del Estado Civil dándole a conocer su origen a quien fue adoptado; bien diferente es la cuestión de si los hijos adoptados pueden tener acceso a la información sobre su procedencia biológica y en caso afirmativo, a partir de que edad o en qué momento. En el Derecho Comparado se distinguen dos tendencias⁵³:

1. En unos países se tiende a impedir que tengan acceso libre a los registros donde consta su nacimiento y filiación con la idea de que, manteniendo el anonimato de los padres biológicos, se fortalece el vínculo adoptivo; transcurre así en la mayoría de los estados norteamericanos, donde los tribunales han enfrentado frecuentemente la necesidad de fundar una justa causa para quebrantar el secreto, considerando que la misma existe cuando el desconocimiento de la filiación biológica provoca un desequilibrio grave en el requirente, no si se actúa por mera curiosidad, o cuando es conveniente conocer la historia clínica o la herencia genética del adoptado. En Suiza por ejemplo el artículo 268 b) dispone que los progenitores biológicos no pueden conocer la identidad de los padres adoptivos sin el consentimiento de estos, precepto que restringe cualquier interferencia en las relaciones padres adoptivos-hijos y en su integración a su nueva familia, por parte de los padres biológicos. Sin embargo no previó el Código Civil suizo, que el hijo adoptivo conozca la identidad de los padres genéticos. Al parecer en el país helvético, cuando un hijo adoptivo desea conocer su verdadera filiación, se ponderan los intereses en juego y en concordancia con ello, se le concede el derecho a ver los autos o archivos donde figuran los autos relativos a la adopción; en caso de duda prevalecen los intereses del hijo.

En cualquier caso deberá tenerse presente también los intereses de los padres biológicos, pues si se revela su identidad al hijo adoptado por otros, ello puede suponer una grave injerencia en su vida privada. Si existe consentimiento de los afectados no hay ningún conflicto de intereses y nada debe impedir dar al hijo información sobre su origen. La

⁵³ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho ¿constitucional?... ", *cit.*, p.277. En tal sentido, véase el pronunciamiento del Código Civil argentino, tratado en el epígrafe anterior, a modo de contraste.

autoridad competente en Suiza ha de mediar entre el hijo adoptivo y los padres biológicos, advirtiéndolo al hijo de las posibles consecuencias de sus averiguaciones del riesgo de un desengaño con la forma de contacto (rechazo de los padres reales, relaciones de conflicto). Si los padres reales no quieren que el hijo adoptivo conozca su identidad, esta autoridad pondrá en conocimiento este pormenor y si este persistiera, solo se puede compeler a la autoridad a proporcionar al hijo los datos que desea saber acerca de su filiación en el momento de la adopción, por vía judicial.⁵⁴

Análisis contrario ha efectuado el Código Civil de Quebec de 1991 (que entró en vigor el 1ero de enero de 1994) cuyo artículo 583 prevé que el adoptado mayor de edad, o el menor de 14 años o más, tiene el derecho de obtener las indicaciones que le permitan encontrar a sus padres, si estos últimos han consentido previamente.

2. En otros países la tendencia es la de no obstaculizar, ni impedir que el hijo consulte los registros donde consten las circunstancias de la adopción y la identidad de los padres biológicos, no protegiéndose el anonimato de los progenitores y evitando las reclamaciones de esa naturaleza de hijos adoptivos ante los tribunales.

El caso alemán es meritorio de examinar, pues el artículo 61, apartado segundo de su Código Civil contempla el derecho del adoptado, mayor de dieciséis años, a consultar directamente el libro del Registro Civil

En Inglaterra, hasta 1975, los hijos adoptados se encontraban con muchas dificultades para obtener licencia judicial para consultar los registros. La *Children Act* de 1975 confirió autorización para que los adoptados mayores

⁵⁴ Vid. GUINAND, L., "La verdad en los derechos de las personas: nuevos aspectos", en *Jornadas canadienses de la asociación Henri Capitant*, volumen XXXVIII, Paris, 1987, p.197 y ss. Esta solución suiza emerge de la sentencia del Tribunal Federal Suizo de 5 de febrero de 1986, que ha fijado la obligación de existir un interés legítimo para acceder a revelar la identidad de los padres biológicos. De lo cual se desprende que en Suiza el derecho a conocer el origen biológico parte de la Constitución, pero con ciertos límites, según Comer, criterio que desafía el autor citado, al reconocer expresamente que la resolución judicial comentada no reconoce en este derecho a un derecho fundamental.

La propia sentencia afirma que la libertad personal protege como derecho a la libertad principal, no solo a la libertad de acción y a la integridad corporal, sino a todas las libertades que representan elementos decisivos del desarrollo de la personalidad.

de edad pudieran obtener información; contrapuesto a ello, Escocia permite consultar los registros desde 1930.

En España, el artículo 21 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil permite informar acerca de la adopción, afirmándose que no se dará publicidad sin autorización especial de la filiación adoptiva, la cual descansa en el juez encargado y estará fundada en interés legítimo y razón fundada. El primero de los requisitos referido al interés legítimo, lo tiene siempre el hijo adoptivo por ese carácter; mientras que la razón fundada que justifica la petición de información sobre la filiación adoptiva, debe demostrarla quien pueda tener un interés legítimo.

La sentencia del Tribunal Supremo español de 20 de febrero de 1989 y del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1991, ventilan la cuestión de si es admisible desde un punto de vista constitucional la revelación del origen biológico de un hijo adoptado, este último foro adujo: *“desde esta perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo”*. Interpretándose de la letra de la resolución judicial, que el derecho a conocer y a dar a conocer el origen biológico, en cuanto afecta el derecho a la intimidad personal, forma parte de la dignidad humana.

La ley catalana en su artículo 28 permite que el adoptado, a partir de la mayoría de edad, pueda ejercitar las acciones conducentes a averiguar quienes han sido sus progenitores biológicos, lo cual no afecta la filiación adoptiva; esa generalidad que permea la norma, al referirse a acciones, ha de contemplar todas las posibilidades o medios existentes en derecho positivo de averiguar el verdadero origen biológico; siendo de esta forma, el único obstáculo esta referido a la mayoría de edad, y nos atrevemos a asegurar que también estará contemplada esta posibilidad al menor de edad emancipado, tomando en consideración el artículo 323 del Código Civil, ya que la emancipación lo habilita para regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad y no podrá considerarse el ejercicio del derecho a conocer la filiación verdadera, teniendo acceso a los libros del registro civil, como un acto para el que el menor emancipado requiera la anuencia de sus padres; máxime cuando

sabemos que las normas de emancipación del Código Civil, son aplicables supletoriamente en Cataluña.⁵⁵

Sería interesante que nos planteáramos si es procedente el ejercicio de una acción judicial encaminada a averiguar y declarar la filiación de los hijos adoptivos. El tema conlleva a matizar diferentes perspectivas, existen un grupo de países donde se concentran dos formas de adopción: la simple y la plena, con diferentes consecuencias legales, la primera no entraña una ruptura con la familia de origen y la segunda quiebra totalmente el vínculo. Esta gama variopinta de posibilidades trae consigo, que en el caso de la modalidad simple se pueda sustanciar judicialmente la acción destinada a determinar la filiación paterna real del adoptado, que no repercutirá para nada en la validez y los efectos de dicha adopción; por el contrario, si la adopción es plena no se permite la determinación de la filiación biológica del adoptado. Ejemplos clásicos, los sistemas normativos francés y portugués que combinan ambas posibilidades. El criterio de DE OLIVERA repudia esta actitud del legislador: "La prohibición de establecer en juicio la ascendencia, que sienta el segundo párrafo del artículo 1987 del Código Civil lusitano, disminuye considerablemente la tutela global de la personalidad en una cultura como la nuestra, en la que a pesar de la atención dispensada a la relación adoptiva, el parentesco deriva fundamentalmente de la vinculación biológica. Mas, también reconozco el valor de las razones que pueden haber llevado a la prohibición: proteger y promover la relación adoptiva, que según un juicio fundado y cuidadoso, satisface mejor el interés del hijo. Defender la tranquilidad de la adopción constituida, es defender la familia que conviene al menor. En estas condiciones, tengo que reconocer que el derecho a la identidad y a la integridad moral debe sufrir las restricciones necesarias, de tal modo que no se preste un servicio al propio titular".⁵⁶

En Alemania, conforme a la Constitución, la adopción de un menor quiebra los lazos de familia con la familia biológica y genera una nueva familia, en una dicotomía pueden resumirse las dos posturas de la doctrina en cuanto al derecho del hijo adoptado a promover una acción para investigar su ascendencia biológica; parece predominar la opinión de aquellos autores que

⁵⁵ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho ¿constitucional?...", *cit.*, p.280.

⁵⁶ Vid. De Olivera, C., *El derechos de filiación en la jurisprudencia moderna. Estudios de homenaje al profesor Doctor J.J Texeiro Ribeiro*, Coimbra, 1983, p.492.

aprueban esta idea, postura fundamentada en el derecho al conocimiento e la auténtica filiación y también en una razón de orden práctico, el hecho de que la adopción pueda extinguirse y el adoptado querer determinar su verdadera filiación; el caso suizo es ejemplo del criterio negativo argüido, puesto que con la adopción plena se extinguen los lazos consanguíneos.

Con anterioridad a que el legislador español aprobara la Ley No.11 de 13 de mayo de 1981, que modificó la adopción en España, era criterio sostenido doctrinalmente que no había un fundamento impeditivo para que un hijo adoptado fuese reconocido por sus progenitores genéticos, ni para que determinase judicialmente su filiación biológica; posibilidad que estuvo abrigada, después de la modificación apuntada, por el artículo 177-2 del Código Civil, que reza como sigue: *“la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado, no afecta a la adopción”*; igual sendero recorrió la norma que la modificó, la Ley No.2 de 1ero de noviembre de 1987, que implícitamente permite a los hijos adoptivos reclamar judicialmente su filiación biológica, la cual quedará determinada sin que ello incida para nada en la adopción, cuyos efectos se producirán sin sufrir alteración alguna.⁵⁷

En la norma catalana, la Ley 37 de 30 de diciembre de 1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, congenia de forma equilibrada el secreto a la reserva de la información, actuaciones y trámites relativos a la adopción y el respeto a conocer el propio origen biológico, que reputa su artículo 30. No es iluso pensar que en Cataluña existiendo el principio de libre determinación de la paternidad, se podrá hacer valer el derecho a conocer el propio origen biológico, en ejercicio de una acción filiatoria, sin perjudicar la adopción, en orden a lo estipulado en el artículo 21 de ese cuerpo normativo ya subrayado. Así el legislador solo le ha conferido legitimación al hijo adoptivo, mediante la letra del artículo 28, a partir del momento en que de forma autónoma el hijo puede ejercitar la acción de reclamación. Se puede concluir que el legislador catalán tuvo en mente el derecho a conocer el origen biológico.

⁵⁷ Vid. “Sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de junio de 1987 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987”, *cit. pos.*, QUESADA GONZÁLEZ, M. C., “El derecho ¿constitucional?...”, *cit.*, p.283.

En el caso cubano ya hemos apuntado que no aparece regulado el derecho a conocer el propio origen biológico en el texto constitucional y para el caso de la adopción el Código de Familia ha previsto la plena, según lo preceptuado en el artículo 99, a excepción de la figura regulada en el artículo 101 que permite la adopción de hijo de un cónyuge por el otro, si el padre o madre del menor que se pretende adoptar consintiera, hubiera fallecido, hubiera sido privado de la patria potestad o fuera desconocido, que constituye un indicio de adopción simple, aunque en una modalidad verdaderamente extraordinaria. No existe vestigio alguno, de forma expresa, a la investigación de la paternidad o la maternidad genética de los hijos adoptivos, mas es de suponer que rija el tipo legal establecido en el artículo 65, pues el hecho de considerarse todos los hijos iguales, le permite al adoptado gozar de todos los derechos que de esa relaciones paterno y materno filiales se derivan.

Ni aparece en la legislación cubana una prohibición expresa, ni tampoco una regulación directa que faculte al hijo adoptado a reclamar y establecer su origen biológico, puesto que tampoco sería procedente lo primero, o sea, una acción destinada a reclamar una filiación distinta a la adoptiva, pero si estaría en condiciones de averiguar su origen biológico, sin que ello mengue los efectos legales concernientes a la adopción. La idea no es desatinada si nos remitimos al artículo 178 del Anteproyecto de Código de Familia cubano de 26 de mayo de 2008, que regula la pertinencia de que el adoptado tenga derecho a conocer su origen biológico y de acceso al expediente de adopción, a partir de que adquiera plena capacidad jurídica, poniéndose a tono la legislación cubana con la Convención de los Derechos del Niño y con la favorable evolución que ha existido en el Derecho Comparado a ese respecto.

Llamativa resulta la formulación legal para la filiación adoptiva, pues en ese afán, el legislador ecuatoriano ha desplazado la plena capacidad jurídica desde los 18 años, hasta los 21 años, tal y como regula el artículo 314 del Código Civil como edad límite para ser adoptado; sin embargo, no es la adopción en nuestro ordenamiento jurídico, aquella institución social destinada a la asistencia de menores de edad sin amparo o desprotegidos, si tomamos en consideración que el legislador previó en el artículo 315 que al llegar a la mayoría de edad el adoptado podrá tomar los apellidos de sus padres naturales, lo cual será declarado ante el juez que resolvió la adopción, quien dispondrá la anotación

correspondiente al margen de la partida de adopción. En cuanto a las relaciones adoptante-adoptado y familia de origen, se evidencia una gran precariedad en la ley ecuatoriana, por una parte expone el artículo 325 que el adoptado continúa perteneciendo a su familia natural, donde conserva todos sus derechos, pero los padres que consiente la adopción pierden la patria potestad y la guarda y cuidado, y en suma dispone el artículo 327 que la adopción no confiere derechos hereditarios ni al adoptante respecto al adoptado, ni de los parientes de este, ni al adoptado respecto a los parientes del adoptante. Regulación con la cual el adoptado queda dentro del terreno patrimonial y sucesorio en un terreno baldío, cuasi desprotegido y sin derechos; conflictuando la normativa con la esencia de la institución, que es proteger a menores de edad desvalidos y sin amparo filial, encontrándoles una familia donde el alcancen los fines que se atribuyen a esa institución, siempre basados en el principio *imitatio naturae*, es decir, reproducir con la filiación adoptiva los lazos creados por la naturaleza.

En cuanto al derecho a conocer el propio origen biológico está latente la idea de que la falta de una regulación expresa de aquel, no impide que el menor de edad adoptado, al arribar a la mayoría de edad conozca su filiación biológica, habida cuenta que podrá retomar los apellidos de sus padres biológicos; desvirtuándose con ese proceder legal la irrevocabilidad de la filiación adoptiva reputada en el artículo 329 del cuerpo normativo en estudio. Dándose por sentado que con la terminación de la adopción se reintegrará a su familia natural, con todos sus derechos y obligaciones, y a falta de esta, será colocado en un hogar adecuado o en una de las instituciones de protección de menores. Sin dudas, se reputa contradictoria esta institución en nuestro ordenamiento legal, aun cuando se haya fijado la edad máxima para adoptar los 21 años, ya que a los 18 años se es mayor de edad en la legislación civil ecuatoriana, suponiendo extinción de patria potestad, plena capacidad jurídica de la persona, derecho a conocer todo el historial personal que pueda estar guardado o archivado en las oficinas correspondientes. Creemos que no se ha puesto coto en este caso a la libertad para conocer la verdadera filiación de las personas, pero en el logro de ese fin no se ha discernido el momento en que el adoptado conocerá su verdadero origen, pues del último párrafo del artículo 315 se

deduce que terminada la adopción podrá volver a usar los apellidos que le correspondían de origen.

2.4 Trascendencia ético-legal de la revelación del origen biológico

En la doctrina el tema de la determinación de la filiación, las acciones encaminadas para ello, las diferentes maneras en que puede lograrse y los efectos legales que de aquella se derivan, no constituyen temáticas desapercibidas, más bien han sido tratadas con reiteración, plasmándose casi siempre, encumbradas dificultades que preocupan tanto a los investigadores como a los operadores del Derecho, cuando de aplicar la ley sobre el tema a un asunto en específico se trata.

No es ocioso reiterar que los efectos básicos de la filiación se concentran en el derecho a los apellidos, a los alimentos y a suceder; la prueba para filiar puede acreditar por varios medios: la inscripción en el Registro Civil, la sentencia que la determine, la presunción de paternidad matrimonial, y la posesión constante del título de estado de hijo. Esta última supone portar tres elementos: *nomen* (llevar los apellidos); *tractatus*, (la forma de ser tratada una persona), según se tratan padres e hijos; fama, (opinión generalizada que reconoce al hijo como de un determinado padre).⁵⁸

Con ese ánimo la doctrina ha precisado, según la opinión autorizada de CASTÁN TOBEÑAS, que ese acto posee una naturaleza unilateral, pues aunque sea realizado por ambos padres cada quien deberá prestar su consentimiento de forma individual y a partir de ese momento surgen las relaciones paterno y materno filiales y en tal supuesto estarán diferenciadas las acciones de filiación, no admite determinaciones accesorias, condición, término y modo, es irrevocable, lo que no entraña, que no pueda impugnarse cuando no esté viciada la voluntad; es formal o solemne, conforma el *status* de hijo, inclusive con efectos retroactivos.⁵⁹

Las acciones filiatorias son acciones de estado, y el mismo no es otra cosa que el lugar que ocupa una persona dentro de la familia; ahora bien, las personas son emplazadas dentro de determinado estado de familia, de ese modo se crean los emplazamientos en los estados matrimonial, filial, adoptivo y de

⁵⁸ Vid. DIEZ-PICAZO, L. y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, "Sistema General de...", *cit.*, p.68.

⁵⁹ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V, volumen 2, 9na edición, REUS, Madrid, 1985, pág. 123

divorcio. Dicho esto, el título de ese estado, a decir de DÍAZ DE GUIJARRO, “es un atributo de la personalidad y constituye una situación formal que se crea dentro del estado, frente a este y dentro de la familia. A su vez, el estado se acredita, a través de medio idóneo e indubitable, cual es el título de estado, que producirá los efectos válidos hasta tanto no se modifique el estado de emplazamiento respectivo”.⁶⁰

Por ello se le atribuyen determinadas características como son: personalísimas, al ser la filiación un componente del estado civil y como regla general su ejercicio corresponde a las personas que participan de las relaciones paternofiliales, y por excepción a otras que demuestren tener interés legítimo; sin poder nadie subrogarse en ese sentido; son a decir del profesor RODRÍGUEZ CORRÍA intransmisibles *inter vivos*, al ser la filiación una cualidad indisponible. En cuanto a su posibilidad de transmisibilidad *mortis causa*, es admitida pero con carácter limitado, en cuanto a la facultad de los herederos de continuar la acción o de instar una nueva si el causante no la hubiera ejercitado; son además irrenunciables, en tanto no inciden solo en la persona que los ejercita sino que trasciende al hijo, unido al interés social en la protección de la relación paterno-filial y la figura del menor.

Son imprescriptibles, pues el estado civil es cualidad de orden público, irrenunciable en el orden sustantivo. Sin embargo, están sujetas en ocasiones a plazos de caducidad, encaminados a evitar una indefinida indeterminación de la situación de las personas, en aras de la seguridad jurídica y en interés de la paz y la estabilidad familiar y de la consideración social. Obviamente, la caducidad, basada en el dato objetivo del transcurso del tiempo, opera *ope legis*, es apreciable *ex officio* por el Juzgador, no admite causas de interrupción, y tiene alcance preclusivo.⁶¹

Es común en la doctrina encontrar, esencialmente dos clasificaciones en relación con la filiación:

acciones de reclamación, encaminadas a la afirmación de la filiación, que a su vez pueden ser: a) meramente declarativas, cuando pretenden constatar la

⁶⁰ Vid. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, p.50.

⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, “Las Acciones de filiación en la doctrina y el ordenamiento jurídico cubano”, en *Boletín electrónico de la ONBC*, marzo de 2007, p.63.

existencia y eficacia de una filiación preexistente, y proclamar la coincidencia entre una filiación aparente como situación fáctica y una filiación real como relación jurídica; b) de reclamación *strictu sensu*, cuando persiguen establecer una filiación concreta, hasta ese momento no determinada formalmente; acciones de impugnación, ordenadas a la destrucción de una filiación formalmente existente.

Por su parte, la acción mixta de reclamación e impugnación, orientada a conseguir un pronunciamiento que declare inexistente una filiación y que afirme y determine otra relación paterno-filial, no constituye un "*tertius genus*", sino el ejercicio acumulado de ambas, necesario cuando se reclame una filiación que contradiga otra acreditada y que es preciso impugnar, pues no es eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria. En este caso, la acción de impugnación tiene carácter accesorio respecto de la acción de reclamación (SSTSE de 10 de marzo de 1988, 3 junio 1988, 23 febrero 1990, 8 de julio de 1991, 20 diciembre 1991 y 28 noviembre 1992). Ya que, como afirman los autores citados, la finalidad que el actor persigue es la determinación de la filiación auténtica (acción principal), que conlleva la declaración de la inexactitud de la filiación aparente (acción subordinada).⁶²

Todas estas acciones filiatorias, sin lugar a dudas, establecen el origen biológico de las personas, en algunos casos determinan la paternidad o la maternidad de quienes muestren interés, con sus matices legales, sin que se desconozca la trascendencia de ellas. Este derecho contribuye también al desarrollo de la personalidad, en cuanto puede ayudar a quien se encuentra en ese estado a superar una posible crisis de identidad, así como a evitar los perjuicios psicológicos que de la misma deriven, causados por la ignorancia de su raíz genética.

Este conocimiento del código genético y en sentido general la posibilidad de saber el historial clínico de los progenitores, fuera de los vínculos legales de filiación, coadyuvan a facilitar el diagnóstico de enfermedades y a poder corregir anomalías hereditarias; y que encuentran consagración en la mayoría de los ordenamientos legales cuando protegen la vida y la integridad psíquica y física.

⁶² *Idem.*

Pero lo acotado es insuficiente para los propósitos altruistas que se persiguen al normar el derecho a conocer el propio origen biológico; piénsese por ejemplo en quien necesita un trasplante de médula que haya de provenir de su progenitor biológico, amén de que el mero conocimiento de unos datos científicos escritos en un papel no arreglarían los serios trastornos psíquicos que puede sufrir el hijo a causa de un desarraigo identitario. Habría que resaltar para clarificar esta situación las tesis de RIVERO y de COESTER- WALTJEN cuando apuntan: "la preocupación de toda persona por su origen-que no es desde ahora, y de la que hay rastros en la literatura universal y reflejo en todos los Derechos- no queda satisfecha con saber únicamente que lleva genes de hombre blanco, alto, rubio, con Rh positivo y sano, pero depresivo. Hay muchos otros datos que interesan menos a los médicos y más a las personas, como son los caracteriológicos y demás (por ejemplo, si su padre es un hombre bien plantado o no, y cómo envejece, y muchas otras cosas que con un poco de imaginación cabe adivinar) datos que, como el de la propia identidad de la persona, no veo razón suficiente para serle negados a quien los va a arrastrar toda su vida sin haberlos elegidos".⁶³ De ideas similares se apropió el autor alemán, al plantearse si es suficiente con que el hijo conozca el código genético de su auténtico padre para curar enfermedades e impedir el incesto, y enfatiza, esto no le basta con seguridad al hijo en la búsqueda de la identidad, pues este no necesita ninguna fórmula química, sino por lo menos la presentación de un hombre con un nombre.⁶⁴

Sería oportuno en este momento considerar ciertas objeciones al derecho a conocer el origen biológico: en primer término se acusa de que su valor como fenómeno genético es insignificante, a causa del misterio y la complicación del proceso de procreación, solo cognoscible y descifrable por especialistas en la materia y de escasa o nula repercusión en las relaciones padre e hijo; afirmación rebatida con el solo hecho de poder en un momento de la vida curar enfermedades y evitar el incesto; en segundo término se plantea que este derecho no puede hacerse efectivo en numerosas ocasiones por existir impedimentos fácticos (la madre no dice al hijo quien es su padre, o si los

⁶³ Vid. RIVERO, Francisco, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", en *BIMJ*, s.e, Cataluña, 1989, p.565.

⁶⁴ Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho ¿constitucional?...". *cit.*, p.292.

padres adoptivos no le revelan su condición de adoptado), hecho que no deviene novedoso que determinados derechos no puedan hacerse efectivos en la realidad; más no es correcto advertir que para la existencia de un derecho y su tutela legal, el éxito de su ejercicio deba estar garantizado siempre por anticipado; ni siquiera es necesario que el mismo llegue a ejercitarse efectivamente algún día, basta con que se franquee esa posibilidad.

En tercer lugar la averiguación de la propia ascendencia biológica puede ser una experiencia negativa (si se ha idealizado a los padres biológicos), que produzca desilusión, desengaño; pero el ejercicio de este derecho no ha de sujetarse a la condición de que los antepasados sean personas cuyo comportamiento sea un modelo a seguir; no es un secreto para nadie que las experiencias relativas al libre desarrollo de la personalidad son formativas (ejemplo de ello es que un hijo adoptivo reciba un gran desengaño al conocer a sus padres biológicos, esto puede ayudarle más a acercarse a sus padres adoptivos); en cuarto lugar se puede oponer en contra del derecho a conocer el origen biológico, que en ciertas situaciones (legalmente consideradas) se pospone a otros derechos o se restringe su alcance; objeción que no impide su consagración constitucional, el que la ley solo permita su ejecución parcial y fragmentada, debido a que como cualquier otro derecho este no es absoluto e ilimitado. La Constitución, como ha dicho Quesada González, "hace de la persona el centro de todo lo jurídico, pero sin olvidar que vive en sociedad y que por ello ha de tolerar, inevitablemente, ciertas limitaciones impuestas a sus derechos cuando estos colisionan con otros, para poder convivir en paz y armonía".⁶⁵

De ahí, que en cada uno de los ordenamientos jurídicos hispanoamericanos el tratamiento de este derecho varíe, en función de la ponderación que se haga de cada uno de los intereses en juego, en aras de recuperar la verdadera identidad que consiste como ha contemplado la sentencia de la Corte Federal Argentina de 30 de septiembre de 2003, "*simplemente en ser y el ser no puede ser negado. Presentar un papel que diga cómo nos llamamos y dónde y cuándo nacimos es tanto una obligación legal como una necesidad social*".⁶⁶

⁶⁵ *Idem*, p.302.

⁶⁶ *Vid.* "Sentencia de la Corte Federal Argentina de 30/9/2003 *in re* Vázquez Ferra", *cit.pos*, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derecho humano a...", *cit.*, p.12.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Que el derecho a conocer el origen biológico se encuentra enmarcado dentro de los derechos de la personalidad reconocidos dentro de la tercera generación por el Derecho Comparado, pese a acompañar al ser humano desde su origen en respaldo de esa condición, irrumpió en un contexto histórico para responder a intereses clasistas del fascismo, transformándose en beneficio de la colectividad al fijar los derechos filiatorios y los trazos genéticos individuales.

SEGUNDA: La carencia de una regulación legal directa del derecho a conocer el origen biológico, tanto en el ordenamiento jurídico cubano como en el ecuatoriano ha propiciado la interpretación jurisdiccional de este derecho, asociado a otros de igual rango como la intimidad o la información, que restringen u obstaculizan su ejercicio, pero que no modifican su esencia, ni enervan la posibilidad de que el legislador le conceda una regulación dual, de rango constitucional y especial, con vistas a salvaguardar la realización del proyecto de vida individual.

TERCERA: El derecho a conocer el origen biológico entraña una posibilidad personal de rescatar la filiación biológica del ser humano, de fijar el origen de la vida, de establecer vínculos de sangre que puedan contribuir a mejorar la existencia de cada persona; entrañando en el orden legal diferentes efectos que pueden ir desde el simple mérito biológico, hasta el establecimiento de una filiación, o su contraposición con la existente, hasta provocar consecuencias psicológicas lacerantes a quienes intenten rescatar sus coordenadas genéticas sin reservas.

CUARTA: La regulación legal del derecho a conocer el propio origen biológico preverá los intereses en conflicto, los presupuestos éticos que gobiernan las relaciones paternos filiales, el momento en que se efectuará esa revelación, mas no podrá ponderar, aun sin ánimos de filiación, el derecho a la intimidad de los progenitores, por encima de la posibilidad de saber del individuo, de su constante inquietud por ubicar la fuente de su existencia, y de encontrar un soporte biogenético que respalde su vida en situaciones extremas.

RECOMENDACIONES

A la Comisión de asuntos jurídicos y constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba y a la Asamblea ecuatoriana:

PRIMERA: Incluir en ambos textos constitucionales un artículo destinado a la protección del derecho a conocer el origen biológico, tomándose en consideración los presupuestos éticos, legales y biogenéticos que determinan el ejercicio de una prerrogativa de esa naturaleza.

SEGUNDA: Que se desarrolle un precepto en la legislación ordinaria ecuatoriana y cubana, asentado en el Código Civil y ubicado en las secciones correspondientes a los derechos de la personalidad, donde se regule el concepto, los requisitos, límites y efectos legales para el ejercicio del derecho a conocer el propio origen biológico.

A los profesores e investigadores de las universidades y centros de investigación ecuatorianos y cubanos:

PRIMERA: Que se profundicen los estudios relativos a la determinación del origen biológico, sus fines, las diferencias que se levantan tras la gama de filiaciones que pueden apreciarse en la vida diaria, con especial interés en la filiaciones provocadas con motivo del uso de aquellas vías sustentadas por el desarrollo de la ciencia y la tecnología como pueden ser las técnicas de reproducción asistidas, no tratadas en esta investigación, de acuerdo con sus presupuestos formales y metodológicos.

BIBLIOGRAFIA

I FUENTES DOCTRINALES

- 1- RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, "La protección civil de los bienes morales o derechos inherentes a la personalidad", en *Boletín electrónico de la ONBC No.46/2003*, tomado del sitio www.onbc.cu, consultado el 14-8-2008, 5:30 p.m.
- 2- BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, José, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976.
- 3- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Los llamados derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, Facsículo II, 1991, Madrid.
- 4- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Derecho de la persona*, s.e, Madrid, 1976.
- 5- SEMPERE, Carlos, "Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, tomo II, Madrid, 1984.
- 6- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, "Protección de la personalidad en el Derecho Privado", en *RDN*, s.e, Madrid, 1974.
- 7- DÍEZ-PICAZO, Luís y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema General de Derecho Civil*, volumen I, novena edición, editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- 8- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona, "El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, Facsículo II, abril- junio MCMXCIV, Madrid, 1994.
- 9- DOGLIOTTI, Máximo, "Los derechos de la personalidad:", en *Raseg. Dir. Civ.*, s.e, 1982.
- 10-SÁNCHEZ ROMÁN, "Derecho de Familia", en *Estudios de Derecho Civil*, tomo IV, volumen II, Madrid, 1998.
- 11-RIVERO, Francisco, "La familia en Cataluña en el momento actual" en *Temas de Derecho Civil Catalán, Cuadernos de Ciencias Sociales*, número 6, 1984.
- 12-ROCA TRIAS, Encarna, Comunicación presentada en la Reunión Internacional sobre Derecho ante el proyecto de genoma humano, Bilao 24-26 de mayo de 1993, (inédito)
- 13- PERLINGIERI, V., *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, 1984.
- 14- SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional alemán*, traducido por Marcela Anzola Gil, editorial Gustavo Ibañez-Asociación Konrad Adenauer, Bogotá, 2003.
- 15- MALAURIE Philippe, "La cour Europeenne des droits de l'homme et le droit de connaitre ses origins, L'affaire Odièvre", en *La semaine juridique*, 26-3-2003.
- 16- DE CUPIS, Adriano, "Derechos de la personalidad", en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Milano, 1982.
- 17-KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El derechos humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13/2/2003, en el caso O`Dievre c/France", tomado del sitio www.dialnet.unirioja.es, consultado 10-8-2006, 11:15 a.m.

- 18- DOLZ LAGO, Manuel J., "Origen biológico y derecho a la herencia genética. Comentario de urgencia a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21-9-1999", en *Revista General de Derecho*, No.663.
- 19- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "¿*Mater semper certa est?* Problema de determinación de la maternidad en el ordenamiento español", en *Anuario de Derecho Civil español*, tomo L, Fascículo I, enero-marzo de 1997.
- 20- DE QUIRÓS PEÑA, Bernaldo, *Comentarios a la reforma del Derecho de Familia*, volumen I, s.e, Madrid, 1984.
- 21- MORALES CASTRO, Samuel, "Reasignación de sexo en los y las transexuales. Un enfoque desde el Derecho", *Tesis para optar por el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2008.
- 22- MESA CASTILLO, Olga, "Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción", en *Encuentro iberoamericano de Derecho de Familia* (CD), Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1998.
- 23- "Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 25 de enero de 1992", en *Boletín El Derecho* No. EDB 80224, mayo 1994.
- 24- "Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 26 de enero de 1993", en *Boletín El Derecho* No. EDB 82344, abril 1994.
- 25- CHOCLÁN MONTALVO, I, "Sobre las relaciones entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional, en *Actualidad jurídica Arazandi*, No.37, 1994.
- 26- GUINAND, L., "La verdad en los derechos de las personas: nuevos aspectos", en *Jornadas canadienses de la asociación Henri Capitant*, volumen XXXVIII, Paris, 1987.
- 27- De Olivera, C., *El derechos de filiación en la jurisprudencia moderna. Estudios de homenaje al profesor Doctor J.J Texeiro Ribeiro*, Coímbra, 1983.
- 28- "Sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de junio de 1987 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987", *cit. pos.*, QUESADA GONZÁLEZ, M. C., "El derecho ¿constitucional?"
- 29- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, tomo V, volumen 2, 9na edición, REUS, Madrid, 1985.
- 30- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.
- 31- RODRÍGUEZ CORRÍA, Reinerio, "Las Acciones de filiación en la doctrina y el ordenamiento jurídico cubano", en *Boletín electrónico de la ONBC*, marzo de 2007.
- 32- RIVERO, Francisco, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", en *BIMJ*, s.e, Cataluña, 1989.
- 33- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen (Coordinadora), *et al.*, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

