

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 131
NUMERAL 2 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA
NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA.”**

TESIS PREVIA A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR

AUTOR:

MARCO ANTONIO VIÑÁN ROBLES.

DIRECTOR:

Dr. LUIS TORRES JIMÉNEZ.

Loja – Ecuador

2015

CERTIFICACIÓN

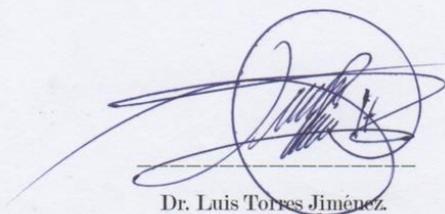
Dr. Luis Torres Jiménez.

CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que la presente tesis titulada **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 131 NUMERAL 2 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA"** desarrollada por el señor Marco Antonio Viñan Robles, ha sido dirigida y revisada prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas y reglamentos vigentes de la Universidad Nacional de Loja; por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, mayo del 2014



Dr. Luis Torres Jiménez.

DIRECTOR DE TESIS.

I

I

AUTORÍA

Yo, MARCO ANTONIO VIÑÁN ROBLES declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: MARCO ANTONIO VIÑÁN ROBLES

FIRMA:.....


CÉDULA: 1103626030

FECHA: Loja, julio de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

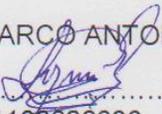
Yo, MARCO ANTONIO VIÑÁN ROBLES declaro ser autor de la Tesis titulada: **NECESIDAD DE REFORMAR EL ART.131 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA**” Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 10 días del mes de julio del dos mil quince, firma el autor:

AUTOR: MARCO ANTONIO VIÑÁN ROBLES

FIRMA:.....

CÉDULA: 1103626030

DIRECCIÓN: Loja, Av. Eduardo Kingman, Barrio Cruz de Yaguarcuna

CORREO ELECTRÓNICO: marcoantony_2008@@hotmail.es

TELÉFONO: 2710475 **CÉLULAR:** 097955222

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Luis torres Jiménez Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Leandro R. Peña Merino **(Presidente)**

Dr. Mg. Yandry Patricio Chávez Córdova **(Vocal)**

Dr. Mg. Mario Enrique Sánchez Armijos **(Vocal)**

AGRADECIMIENTO

Son muchas las personas que han formado parte de mi vida estudiantil a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida. Algunas están aquí conmigo y otras en mis recuerdos y en mi corazón, sin importar en donde estén quiero darles las gracias por formar parte de mí, por todo lo que me han brindado y por todas sus bendiciones.

Dejo constancia de mi gratitud perenne a la Universidad Nacional de Loja, especialmente al Área Jurídica, Social y Administrativa y a la Carrera de Derecho, en la persona de sus dignísimas autoridades.

De igual manera manifiesto mi imperecedero agradecimiento a todos los renombrados docentes que con generosidad y sapiencia me han brindado sus conocimientos a lo largo de mi formación profesional en el amplio campo del Derecho, de manera especial dejo sentada mi gratitud al Dr. Luis Torres Jiménez; quien con sabiduría y evidente generosidad orienta la dirección de esta tesis.

Por último, mi sentimiento de gratitud para todas las personas que de una u otra forma contribuyeron para el desarrollo del presente trabajo investigativo.

A todos ellos, desde siempre grato.

Loja, mayo de 2014.

El Autor

DEDICATORIA

A MIS PADRES

Autores y guías de mis días, Dr. José Antonio Viñan Montaña y Dolores Francisca Robles Herrera, quienes con su imperecedero sacrificio y ejemplo, han permitido una exitosa culminación de una etapa más de mi vida.

A MIS HERMANAS Y HERMANOS

Marco Augusto, Germánico Jacinto, Jenny del Rocío, Diego Fernando y Patricia Elizabeth, quienes me han alentado a seguir adelante en todo momento y proyecto planteado en mi vida.

A MIS FAMILIARES

Que son el motivo que me ha llevado a seguir superándome día a día para alcanzar mis apreciados ideales de superación, ellos fueron quienes en los momentos más difíciles me dieron su amor y comprensión para poderlos superar.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS

A todas y todos ellos, amigos de la vida, compañeros y compañeras que quedan de la larga travesía estudiantil, así como a mis sabios maestros de Escuela, Colegio y Universidad.

A todos y todas ellas con AMOR Y GRATITUD.

Marco Antonio Viñan Robles

ESQUEMA DE CONTENIDOS

Certificación.

Autoría.

Agradecimiento.

Dedicatoria.

1. TÍTULO

2. Resumen.

3. Introducción.

4. REVISION DE LITERATURA:

4.1.- MARCO CONCEPTUAL:

CAPITULO I

4.1.1. La Prueba.

4.1.2. Reseña histórica de la Prueba.

4.1.3. La Prueba Judicial en General.

4.1.4. Objetivo de la Prueba.

4.1.5. Clasificación de la Prueba.

4.1.6. Carga de la Prueba

4.1.7. Principios de la Prueba Judicial.

4.2.- MARCO JURÍDICO:

CAPITULO II

4.2.1. Acceso Gratuito a la Justicia en la Constitución de la República de Ecuador.

4.2.2. Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales del Código Orgánico de la Función Judicial.

4.2.3. Régimen Legal de los Presuntos Progenitores.

4.2.4. Derecho de la personas a Alimentos.

4.2.5. La Prueba del ADN en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia.

4.3.- MARCO DOCTRINARIO:

CAPITULO III

4.3.1. De la Prueba de ADN, en el Derecho Comparado.

4.3.2. Uruguay.

4.3.3. Costa Rica.

4.3.4. Colombia.

4.3.5. Perú.

4.3.6. Venezuela.

4.3.7. España.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS:

5.1. Materiales utilizados.

5.2. Métodos.

5.3. Procedimientos y técnicas.

6.- RESULTADOS:

6.1. Presentación, análisis e interpretación de la información obtenida mediante la encuesta.

6.2. Presentación y análisis de los resultados obtenidos mediante la entrevista.

6.3. Estudio de casos.

7.- DISCUSIÓN:

7.1. Verificación de Objetivos.

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentos jurídicos, doctrinarios y empíricos en los que se sustenta la propuesta de reformas.

SEGUNDA SECCIÓN.

8.- CONCLUSIONES.

9.- RECOMENDACIONES:

9.1. PROPUESTA DE REFORMAS.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

11.- ANEXOS.

ÍNDICE.

1. TÍTULO

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 131
NUMERAL 2 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA
NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA”**

2. RESUMEN.

Todos los individuos de la especie humana, tienen derecho a la identidad después de su nacimiento y conocer a sus progenitores como un requisito para consagrar la dignidad humana a efecto de lograr su autodeterminación vinculada a la libertad de ahí que cuando estos derechos garantizados por nuestra Carta Magna se ven afectados por la declaratoria de una paternidad determinada con la concurrencia de vacíos legales o vicios de procedimiento se hace necesaria la aplicación del principio universal de justicia como es el de impugnar las resoluciones de los jueces dictadas en ese orden por falta de conocimiento, preparación o aplicación de normas claras que permitan lograr la certeza en la declaración de paternidad.

El derecho puede concebirse como el conjunto de normas que regulan las relaciones de los hombres que viven en sociedad. El derecho de alimentos se ubica dentro del Derecho Civil y dentro de éste el Derecho de Familia. Los alimentos en Derecho de Familia, son todos aquellos medios que son indispensables para que una persona pueda satisfacer todas sus necesidades básicas, según la posición social de la familia. Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Según el Art. 129 del Código de la Orgánico de la Niñez y Adolescencia: “Están obligados a la prestación de alimentos (...); El padre y la madre; los hermanos que hayan cumplido dieciocho años; los abuelos y los tíos”.

En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su Principio 2, establece: “...al promulgar leyes...la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” entendido éste como uno de los ejes rectores para que los derechos, deberes y garantías sean de inmediata aplicación, para alcanzar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo a las necesidades inherentes de éstos, teniendo como única finalidad proporcionar al niño, niña y adolescente alcanzar una vida digna, bajo la responsabilidad del Estado, la Sociedad y la Familia, dentro de nuestra legislación interna se encuentra estipulado al principio del Interés Superior del Niño, como un principio de aplicación inmediata sin dilaciones y bajo supuestos de responsabilidad hacia aquellas personas o instituciones que no respeten este principio: El Art. 44 de la Constitución

de la República del Ecuador; y, en el Art 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece el propósito al manifestar que “el interés del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” ,y este derecho es responsabilidad de los padres o quienes legalmente actúan como sus representantes. Las autoridades públicas, por su parte, se esforzarán en promover el goce de este derecho.

Así como también la Declaración de los derechos Humanos en su Art. 1, en la cual determina que todos los seres humanos nacen libres en dignidad y derechos, por lo cual considerando que las nuevas reformas al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y Familia, en el que se establece que los gastos para la realización de la prueba de ADN, serán sufragado por el presunto progenitor y que de salir el resultado positivo, el Juez en la misma resolución mandará a inscribir al niño, niña o adolescente; pero en el caso de que el resultado fuere negativo, el citado Código en forma muy escueta se limitar a determinar que los gastos sufragados por el presunto padre serán devuelto, pero no de una manera imperativo, si no que este a su vez por la vía judicial tendrá que seguir otro proceso para recuperar el dinero gastado en dicho prueba. Por lo que a mi entender existen un vacío legal en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, pues creo necesario y pertinente reformar dicho cuerpo legal para que vaya a la par con lo que sucede en nuestra realidad social y más aún en una Ley tan especial donde se deberían garantizar tanto los derechos de los niños, niñas y adolescentes como también los de los presuntos progenitores, para así ninguna de las partes que en estado de indefensión por vacíos legales existentes en las normas que rigen nuestro país.

Por toda lo manifestado considera que se debería realizar una reforma al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, para que se establezca de una forma clara y precisa que los gastos sufragados por el presunto padre sean devueltos a más tardar en las siguiente 24 horas y que se califique a la demanda de maliciosa y temeraria, porque no puede ser que personas sin escrúpulos demanden sin saber a ciencia cierta quien es el padre, para quien se reclama alimentos y vulneren el buen nombre, la honra, el honor y la dignidad de las personas inmersas en este tipo de juicios y se imponga una sanción ejemplarizadora por el bien de la justicia y la sociedad.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente investigación jurídica titulada: “ **NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 131 NUMERAL 2 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA**” por la relevancia e importancia que conlleva, pues al tratarse de un tema de trascendental importancia para el desarrollo de los derechos que les asisten a las personas en general y es especial aquellas que se encuentran dentro de un juicio por presunta paternidad, con la finalidad de regular y desarrollar estos derechos desde la sociedad para con los individuos que por estar inmiscuidos en un proceso judicial por presunta paternidad se le determine una pensión provisional y que luego de las etapas del juicio y con todas las pruebas aportadas dentro del mismo se establezca que no es el padre para quien se reclama alimentos .

Así pues cada uno de los derechos que constan en la Constitución de la República, deben ser otorgados a cada uno de los ecuatorianos, por lo cual se debe proteger a las personas en general, al individuo en particular, a los grupos de atención prioritaria y a quienes permanecen en la dura situación de doble vulnerabilidad.

De lo señalado me he decidido por escoger como temática para estudio los derechos que se deben desarrollar en las leyes correspondientes, este tema ya señalado ha sido un tema escogido minuciosamente pues representa un problema jurídico, el hecho que aún no se establecen normas que regulen sobre el tema de la prueba de ADN, cuando el resultado es negativo en una demanda de presunción de paternidad para que personas que se encuentran inmersos en estos problemas de tipo jurídico puedan tener un medio para su defensa, más aun cuando han sido demandados por un supuesto no consentido.

Es necesario entonces precisar lo concerniente a la estructura del trabajo investigativo desarrollado, mediante un desglose informativo de los temas tratados a lo largo de la misma, que la he dividido en dos partes que son los referentes teóricos y los referentes prácticos empíricos, realizado mediante la aplicación de métodos y técnicas en el desempeño de la misma, como lo es el bibliográfico, la aplicación de técnicas como la encuesta y entrevista, entre otras.

Para la realización del presente trabajo de investigación fue necesaria la revisión del ordenamiento jurídico que regula la Prueba de ADN en la Presunción de la Paternidad tanto nacional, internacional y a nivel de convenciones mundiales.

Para conseguir un desarrollo satisfactorio y adecuado de esta investigación jurídica, he estructurado el presente informe final apegándome a la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, en lo referente a los procesos de investigación, por lo cual se encontrarán en el mismo los siguientes componentes:

En la **PRIMERA SECCIÓN**, en la cual encontraremos el cuerpo mismo del informe final, puesto que contendrá la **Revisión de Literatura**, fundamental para el estudio de la problemática planteada, aquí reuniremos lo referente a la Prueba, la Reseña Histórica, la Prueba Judicial en General, los Objetivos de la Prueba, Clasificación de la Prueba, Carga de la Prueba, así como los Principios de la Prueba Judicial; a este compendio denominamos **marco conceptual**.

Posteriormente presentaremos un **marco jurídico**, mediante el cual se realizó un análisis de la normativa que rige el Acceso Gratuito a la Justicia, en la Constitución de la República de Ecuador; Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales en el Código Orgánico de la Función Judicial; Presuntos Progenitores; el Derecho de las Personas a Alimentos; y, La Prueba de ADN, en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia.

En el **marco doctrinario**, en este realizaremos un análisis comparativo de los Códigos de la Niñez y Adolescencia de distintos países: Uruguay; Costa Rica; Colombia; Perú; Venezuela; y, España; así mismo reúne los criterios de reconocidos tratadistas así como los criterios propios del autor con respecto a los temas referentes a la práctica de la prueba de ADN en la presunción de la paternidad cuando el resultado es negativo y que resulta un trámite sumamente tedioso para recuperar los gastos realizados por el presunto padre o madre dentro de un juicio para quien se reclama alimentos.

De igual manera encontraremos la enunciación de los **MATERIALES Y MÉTODOS**, que fueron utilizados para la culminación del presente trabajo, así como los procedimientos y técnicas que fueron necesarias para recabar la información requerida.

Con respecto a la investigación de campo la presento en el acápite de **RESULTADOS**, realizando un análisis e interpretación de los resultados obtenidos de las encuestas y de las entrevistas aplicadas con la finalidad de obtener datos empíricos sobre el tema desarrollado; adicionalmente presento los casos reales de personas que han tenido un juicio de presunción de la paternidad o maternidad en la Corte Provincial de Loja, en el ítem de Estudio de Casos.

La realización de la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis, y el análisis jurídico de la problemática, se las presenta en el ítem denominado **DISCUSIÓN**.

La **SECCIÓN SEGUNDA** contiene las conclusiones a las que he podido llegar luego del análisis del contenido de este informe final, con la intención de expresar las respectivas recomendaciones, para finalizar construyendo una propuesta jurídica ante el problema que he podido evidenciar cuando la prueba de ADN sale negativa y los trámites que se debe realizar para recuperar los gastos sufragados por el presunto padre o madre.

Analizando estas dos partes podemos decir que, la primera que conforma el referente teórico a partir de la recolección bibliográfica de datos doctrinarios y la segunda que conforma la investigación propiamente dicha, a través de la recopilación de datos empíricos verificables.

Es necesario mencionar que el objetivo primordial de esta investigación es el de brindar mi aporte personal a nuestra sociedad y de esta manera contribuir a la consecución de una sociedad justa y equitativa en un marco de seguridad jurídica que nos dé una estabilidad en todos los ámbitos, de nuestra vida y de quienes más lo necesitan.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

Descripción de la Problemática:

Este trabajo investigativo está dirigido y hace alusión a la práctica de la prueba de ADN en el presunto padre o madre, cuando la prueba sale negativa ya que no existe un artículo, numeral o inciso donde se establezca en forma explícita lo que se tiene que realizar para la devolución de gastos ocasionados en la práctica de esta prueba y solo hay un inciso que se refiere a establecer que cuando no es padre o la madre estos gastos serán devueltos pero no explica lo forma ni el procedimiento que se debe seguir en este tipo de casos dejando a estas personas inmersas en estos casos en una acefalia jurídica; porque aparte que los obligaron a litigar por un supuesto no consentido y haber realizado gastos adicionales, tendrán que seguir otro trámite para poder recuperar los gastos que les ocasionó la práctica de la prueba del ADN, perjudicándose tanto en su tiempo como en el aspecto económico.

La aprobación y vigencia del nuevo Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia en el año 2011 en nuestro país implicó numerosos cambios en las distintas estructuras, instituciones y el nacimiento de nuevas tendencias en cuanto a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, a su vez en la actualidad también implica un reajuste en el ámbito legal de las distintas normas anteriores a la Constitución del 2008, pues según señala el principio de supremacía de la Constitución, esta es norma suprema y prevalece ante cualquier otra norma, y en cuanto a su jerarquía radica en la aplicación de las normas en la que inicia desde la Constitución y luego el resto de normas; finalmente es bien sabido la conformidad que deben guardar el resto de normas respecto de la Constitución.

De entre los medios de prueba que existen en el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, determinado en el Art. 131, numeral 2; para demostrar la paternidad, el Juez a petición de parte podrá disponer el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada , pues en caso de que salga positivo la prueba el Juez en la misma resolución que fije la prestación alimenticia declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá su respectiva inscripción en el Registro Civil; pero que sucede cuando la prueba de (ADN) da negativo, se cae en un vacío

legal que vulnera los derechos del demandado o la demandada y que perjudica de manera económica al o a la demandada ya que el Código no determina la devolución de los gastos generados por la exigida prueba para demostrar la paternidad lo que genera perjuicio al o la demandada, de ahí que la reforma al citado artículo es un medio de solución ante este tipo de situaciones.

Como quedo señalado en un principio, con este trabajo de investigación me centraré a tratar los problemas concernientes al vacío legal que existe en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, en lo relacionada a la prueba de ADN, cuando esta ha sido practicada y el resultado es negativo, como producto de una demanda de paternidad y por consiguiente la prestación de alimentos, pues considero que se debería regular de mejor manera estos juicios de la paternidad o maternidad para no caer en este tipo de situaciones que a la final los únicos perjudicados en estos juicios son el o la demandada pues ellos quieran o no tendrán que litigar hasta la culminación del juicio donde recién se demostrará si son o no los padres o madres de los menores para quien se reclama una identidad y por supuesto alimentos; ya que por todos es conocido que un menor no puede quedar desamparado bajo ningún punto de vista pues para ellos prima el principio de interés superior, pero considero que en este tipo de juicio de presunta paternidad deberían existir otros requisitos o excepciones que acompañen a esta demanda para que sea aceptada a trámite y no caer en este vacío legal ya que el perjudicado sería el o la demandada; así pues el Art. 131, numeral 2 del Código Orgánico del Niñez, Adolescencia y la Familia, establece que sin perjuicio de cualquier otros medios de prueba el Juez a petición de parte dispondrá el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo en la misma resolución que fija la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil, pero no hay una norma que contemple el resultado negativo de la prueba de ADN, pues solo se limita la norma a cuando la prueba de ADN sale positiva.

Pues si consideramos que en este tipo de procesos se busca comprobar la paternidad o maternidad lo más lógico sería que exista tanto norma para la prueba de ADN, cuando sale positiva, y para la negativa, ya que existe un vacío legal porque vulnera derechos y perjudica de

forma económica a las personas demandados por presunta paternidad y que dentro de las etapas del juicio se comprueba que no tiene ningún vínculo que le una al menor para quién se reclama una identidad y alimentos lo más sano y conveniente sería que en la misma resolución definitiva el juez ordene que se devuelvan los gastos sufragados por el o la demandada y que se le dé un término de 24 horas a la demandante para que devuelva dichos valores económicos, porque no puede ser posible que luego de culminar un proceso judicial tenga que seguir otro para recién poder recuperar los valores gastadas en la prueba de ADN, e inclusive debería existir una sanción ejemplarizadora para este tipo de personas que se burlan de la justicia.

CAPITULO I

4.1. Marco Conceptual.

4.1.1. La Prueba.

Para empezar con la presente investigación, daré el significado etimológico de la palabra prueba: I.- del latín *probo*, bueno, honesto y *probandum*, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe. II.- En sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos, discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso. En ese sentido, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hechos expresadas por las partes. En sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la obtención del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles. Por último, por extensión también se suele denominar pruebas a los medios, instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende lograr la verificación de las afirmaciones de hecho. Así se habla de la prueba confesional, testimonial, ofrecimiento de las pruebas, etc.

Luego continuaré con algunas definiciones de prueba:

Definiciones de Prueba:

Prueba.- “Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.”¹

“Es un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho”²

“Es todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”³.

Faltaría añadir a este concepto que se tiene una limitación por la pertinencia legal de la prueba y la forma de ser obtenida.

¹CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo VI, Buenos Aires, Argentina, 1984, pág 497.

²BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicos Europa-América, 1959.

³CARRARA, Francesco: *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Sección III, Volumen III, Bogotá, Editorial Temis, 1993.

“La prueba es un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos”⁴

“Es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimiento aceptados por la ley, para llevarle al Juez el convencimiento o la certeza de los hechos”⁵

Sentis Melendo, la palabra prueba, deriva del término latin probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno, por tanto lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.⁶

Díaz De León, señala que la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso.⁷

Couture afirma que la prueba en su acepción común, equivale tanto a la operación tendiente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto.⁸

Luego de haber revisado las definiciones transcritas en los párrafos precedentes, podemos señalar que los autores coinciden, en el sentido de que la prueba es el medio que lleva al Juez al convencimiento de la verdad.

Por lo expuesto podemos afirmar que la prueba al hacer fe, es el medio más idóneo y legalmente aceptado, para llevar al juez a la certeza de la verdad, ya que mediante la prueba vamos a lograr que el juez se enfrente a la realidad de los hechos, que la conozca para que pueda hacer justicia, corresponde exclusivamente al Juez realizar esta actividad de verificación mediante comparación, por lo que las partes deberán colaborar en la actividad, proponiendo medios de prueba, aportando prueba al proceso e interviniendo en su práctica. Sin la prueba el Juez no tendría los suficientes elementos de convicción para resolver una causa.

Podemos determinar que la prueba es una actividad procesal encaminada a la demostración de un hecho o de un acto, o de su inexistencia. Así pues podemos decir que la acción de probar es aquella por medio de la cual se produce un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho determinado.

⁴GUASP, Jaime: *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

⁵DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá 1978.

⁶SENTIS MELENDO, Santiago “*Que es la Prueba*” (Naturaleza de la prueba) Revista derecho Procesal Iberoamericana 1973.

⁷DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio: *Tratado Sobre las Pruebas Penales*.

⁸COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, cit.

La prueba, en Derecho, es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley.

La prueba recae sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo. Peirano, sostiene que la prueba recae sobre ambas partes, se trate o no de un hecho positivo si no, puede recaer sobre quien esté en mejores condiciones de probar. Aquí se produce una distribución de la carga de la prueba.

En síntesis, la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso. Cada una de ellas deberá probar los hechos sobre los que funda su defensa.

La prueba puede concebirse desde ángulos diversos. Puede considerarse como una actividad lógica y material orientada en el mismo sentido de la realidad que se trata de averiguar, esto es, como operación y esfuerzo amparados en una verdad: es la prueba fin. Pero también puede valorarse como el conjunto particular de recursos que pueden utilizarse para obtener aquella demostración: es la prueba medio. Aquí interesa la prueba como medio.

Ya desde el Derecho romano existe una elaborada doctrina, recibida en la legislación, acerca de los medios de prueba, que se ha circunscrito a la clasificación de los medios en cuatro grandes grupos: la confesión del adversario; la prueba de testigos, la prueba conjetural o por presunciones, y la prueba documental. Esta última es la que interesa ahora, por referirse a ella el Código Civil, no solamente en su aspecto procesal (propiamente tratado en la legislación ritual), sino, lo que más nos importa, en su carácter de documentación y por referencia a sus requisitos y alcance sustantivos.

La expresión tiene, ciertamente, un significado amplísimo, que en el texto del precepto identifica y abarca tanto los documentos públicos como los privados, ya que, técnicamente, el instrumento va referido solamente a la escritura autorizada por notario, sentido que no es recogido en el Código, que alude en los artículos 191 y ss., a los documentos privados.

A los documentos públicos se refiere el artículo 164, concibiéndolos como «los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley». De aquí surgen como características:

- a) La intervención de notario o funcionario autorizado competente, que permite diferenciar los documentos notariales, judiciales y administrativos.
- b) La competencia del funcionario, que surge del cumplimiento de las solemnidades legales, no referidas únicamente a la forma externa del acto.⁹
- c) La forma debida con la que y en la que debe expedirse el documento.

El tema al cual se hace referencia con el derecho a la prueba es de la prueba judicial. Por ello, es imprescindible expresar el concepto del cual se parte para efectos de delimitar de mejor manera el objeto de este derecho. La prueba judicial puede entenderse como los argumentos o motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos.

En este concepto se reúnen las tres acepciones como puede ser entendida la prueba judicial: como argumentos sobre la existencia de los hechos, como instrumentos que contienen tales argumentos y como convicción del juez sobre los hechos que se forman a partir de los argumentos.¹⁰ La prueba como instrumento hay que entenderla como fuente o como medio; el uno y el otro son el mismo pero en momentos diferentes; la fuente es el momento principalmente sensible y el medio es esencialmente la formalización legal.

Al referirnos a la prueba, ésta contiene varios significados, por ejemplo podría tratarse del examen que se realiza a una determinada cosa para conocer si se encuentra en aceptables condiciones, o para determinar su estado o condición.

Cuando se trata de lo jurídico, es todo acontecimiento que conlleva la realización de acto por el ser humano y este acto se encuentra perfectamente determinado en el ordenamiento jurídico.

⁹ Wikipedia: La prueba en Derecho; es.wikipedia.org/wiki/Prueba_ (Derecho).

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Teoría general...*Op. Cit.* T.I. p. 28.

Prueba, actividad que se lleva a cabo en los procesos judiciales con la finalidad de proporcionar al juez o tribunal (y en su caso, al jurado, en los procedimientos en que éste se encuentra llamado a intervenir según la legislación de cada país) el convencimiento necesario para tomar una decisión acerca del litigio. Como es natural, el juez no puede sentenciar si no dispone de una serie de datos lógicos, convincentes en cuanto a su exactitud y certeza, que inspiren el sentido de su resolución. No le pueden bastar las alegaciones de las partes. Tales alegaciones, unidas a esta actividad probatoria que las complementa, integran lo que en Derecho procesal se denomina instrucción procesal. La prueba procesal se dirige, pues, a lograr la convicción psicológica del juez en una determinada dirección.

No toda prueba propuesta por cada una de las partes va a ser tomada en consideración. Por lo pronto, las leyes de procedimiento establecen los medios de prueba admisibles según el Derecho. Pero, incluso dentro de este catálogo de medios de pruebas admisibles, puede suceder que de las pruebas propuestas por las partes con frecuencia haya una o varias que no sean admitidas. Cabe distinguir así, si tomamos como modelo el proceso civil: la petición genérica de la prueba, por medio de la cual los litigantes solicitan (es habitual que lo hagan en el propio escrito de demanda y en el de contestación) que haya, en general, pruebas en el proceso; el recibimiento a prueba, acto por el que el juez, si se cumplen los requisitos marcados por la ley, decide si van a existir, en general, pruebas en el proceso; la petición específica de prueba (o proposición de prueba) acto por el que los litigantes solicitan, no ya que haya pruebas en general, sino que se acuda a un determinado medio de prueba (testigos, peritos, prueba documental, por ejemplo); la admisión específica de la prueba, a través de la cual el juez admite o rechaza que se practiquen en el proceso los específicos medios de prueba propuestos; la práctica de la prueba, actos por los que se verifican o comprueban cada una de las pruebas solicitadas y admitidas (interrogatorio de los testigos y peritos, examen de los documentos, entre otras); y, por fin, la apreciación a prueba, actividad por medio de la cual el juez valora y fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados Eduardo Couture, señala que la prueba “[...] es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Mirada desde el punto de vista de las partes es, además una forma de crear la convicción del magistrado”¹¹. Por su parte

Víctor Lloré Mosquera, citando a Laurent, expresa: “Prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho o también el medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutido”¹².

En cambio Hernando Devis Echandia, sostiene que: Desde el punto de vista rigurosamente procesal; probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la Ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportada al proceso por los medios y procedimiento aceptados en la Ley, para llevarle al Juez al convencimiento o la certeza sobre los hechos¹³.

El Estado en su ordenamiento normativo cuenta con los medios de prueba a efecto de demostrar los aspectos que se afirman y que se contradicen por parte de los sujetos procesales y que permiten a los órganos de la función judicial administrar justicia. Carnelutti dice: “En el lenguaje común se usa como comprobación de la verdad de una proposición, sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar”¹⁴.

Francesco Carnelutti, al hacer una distinción un poco más amplia sobre este tema sostiene que: “Desde el primer intento se comprendió la necesidad y, al mismo tiempo, la importancia de distinguir entre prueba histórica y prueba crítica; pero la ratio decidiéndose ha aclarado sólo últimamente, después de haber meditado bastante sobre aquella relación entre prueba y juicio que constituye ciertamente la clave del problema”¹⁵.

En las definiciones de los autores citados que son abstractas, se encuentra en común, que la prueba es un proceso a través del cual se adquiere conocimiento; ya en un sentido estrictamente jurídico, estaría pensado en el medio o medios preordenados por la ley, sometidos a criterio del juez mediante los cuales obtiene certeza acerca de hechos o circunstancias que debe conocer para

¹¹ COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Roque Desalma Editor, 1958, p.217.

¹² LLORE MOSQUERA, Víctor: *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, Cuenca, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1979, p, 131.

¹³ DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría General de la Prueba Judicial*, Buenos Aires, Víctor DeZavalla Editor, 1970, p.34.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco: *La Prueba Civil*, Buenos Aires, ediciones Arayú, 1955, p.38.

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco: *Derecho Procesal Penal*, Oxford, Editorial Oxford University Press, Reproflo, 1999, p.102.

aplicar correctamente la ley. El Estado en su ordenamiento normativo cuenta con los medios de prueba a efectos de demostrar los aspectos que se afirman y que se contradicen por parte de los sujetos procesales y que permiten a los órganos de la administración de justicia resolver.

En el proceso penal no basta probar el delito, sino, quien es el responsable de ese delito, y el fiscal a través de los medios de prueba debe demostrar estos presupuestos a efecto que el tribunal de garantías penales dicte la sentencia condenatoria; y en el evento que en la audiencia del juicio no produzca la prueba pertinente, resulta obvio que la sentencia será absolutoria. Mientras que el proceso civil si el actor no justifica su pretensión, su demanda será declarada sin lugar. La producción de la prueba en materia civil es escrita y la presentación de la prueba en lo penal se realiza en la audiencia pública oral de juzgamiento. La diferencia entre el régimen procesal civil y el régimen procesal penal se da en lo que tiene relación a la prueba, debido que en el ámbito procesal civil hay una fuerte capacidad dispositiva de las partes, que limita y condiciona al juez respecto a la prueba; es decir, en el proceso civil la actividad probatoria es una necesidad de las partes y no del juez; mientras que en el proceso penal el juez es garantista y su deber es hacer justicia buscando la verdad de los hechos.

Sin embargo, con el nuevo ordenamiento jurídico vigente, la diferencia estriba en que el proceso civil todavía es escrito, a pesar de la disposición contenida en el numeral 6 del Art. 168 de la Constitución, mientras que el proceso penal es oral y se desarrolla por audiencias. Cabe anotar que en el campo civil, el juez por igual es garantista de los derechos constitucionales, y debe administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. (Art.172 de la Constitución).

Para la operatividad o judicialidad de la prueba, es necesario la existencia de elementos fácticos que deben debatirse en un proceso. Y desde este punto de vista la relación existente entre prueba y juicio se vuelve indispensable y básica en el derecho procesal penal, con la finalidad de expedir la sentencia respectiva.

Nuestra Constitución¹⁶ eleva a rango constitucional el derecho a la prueba; toda vez que, aquella obtenida o actuada con violación de la Constitución o la ley no tendrá validez alguna y carecerá de eficacia probatoria. El juez debe interpretar el derecho desde el punto de vista de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales de derechos humanos, que se hayan reconocidos de manera directa e indirectamente en el texto constitucional como derechos subjetivos, inherentes a la persona y de aplicación inmediata, como es el caso el derecho a la libertad y del derecho a la víctima que se le haga justicia.

De acuerdo al derecho procesal penal las pruebas se clasifican en: materiales, testimoniales y documentales, y para su introducción en el sistema acusatorio en el Ecuador, éstas deben ser producidas en la audiencia pública del juicio, mediante el relato del testigo, o a través de la lectura de los documentos que se incorporan como prueba instrumental debiendo ser leídos sólo en su parte relevante¹⁷, y en aplicación a los principios: de intermediación y contradicción se la realiza frente a los jueces de garantías del tribunal penal. La prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió, todo lo cual deber ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales. La prueba testimonial por su parte se clasifica en testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del procesado; y la prueba documental constituida por documentos públicos o privados.

La prueba de cargo y de descargo, que le corresponde presentar a los sujetos procesales, esta generada por destrezas que tienen que ver con el examen y contra-examen del testigo, donde fundamentalmente opera el principio a la contradicción de las pruebas que “exige técnicas y destrezas muy especiales, cuyas posibilidades deben ser salvaguardadas a nivel normativo”¹⁸; sin embargo, hemos observado que la falta de destreza de los sujetos procesales, impide ejercer correctamente el principio de contradicción, a efectos de contradecir la información que en el juicio aporta el testigo, para conocimiento de los jueces y poder desacreditar al testigo por falta de conocimiento en el hecho o en la experticia practicada. Por lo que, se torna indispensable

¹⁶ Constitución: Registro Oficial No. 449, Quito, 20 Oct. Del 2008, pp.20-21.

¹⁷ Código de Procedimiento Penal: Registro Oficial No. 555: Quito, 24-mar-2009, p.15.

¹⁸ BAYTELMAN, Andrés y Duce Mauricio: *Litigación Penal y Juicio Oral*, Quito, Imprenta Noción, 2004, p.22.

interrelacionar el principio dispositivo, con los principios de justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, con el único propósito de que las juezas y los jueces¹⁹, mediante el sistema procesal se constituyan en el medio para la realización de la justicia que demanda nuestra sociedad.

La Constitución en su Art. 425 establece el orden jerárquico de las normas, precisando el siguiente orden: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Orden jerárquico que las juezas y los jueces deben de tener presente en la aplicación de la norma para el caso concreto.

En el Código de Procedimiento Civil se establece: Art. 117.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Art. 118.- Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.

Art. 119.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

¹⁹ "El sistema procesal es medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediatez, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso." Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial No. 544, Marzo 2009, p.5.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.

Art. 120.- Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio.

Art. 121.- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

Art. 122.- Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.

Art. 123.- El juez, dentro del término respectivo, mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria.

Para la práctica de la información sumaria o de nudo hecho, en los casos del número 4 del Art. 64, no es necesaria citación previa.

Art. 124.- Toda prueba es pública, y las partes tienen derecho de concurrir a su actuación.

Art. 125.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras.

Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema²⁰.

4.1.2. Reseña histórica de la Prueba.

En Grecia

- Aristóteles: encuentra una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos
- Impero la oralidad en el proceso civil y el proceso penal
- Por regla general opero el poder dispositivo que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba y solo en casos especiales el juez podía decretarlas y practicarlas de oficio
- Los medios principales de prueba eran:
 - los testimonios: existía restricción hacia las mujeres, niños y esclavos, excepcionalmente los esclavos comerciantes podían rendir testimonio en procesos mercantiles y las mujeres de forma voluntaria
 - documentales: tenían especial consideración en materia mercantil. Algunos documentos tenían merito ejecutivo directo (valor de prueba)
- juramentos

En Roma

a) Fase del Antiguo Proceso Romano “Per Legis Actiones”

- El juez tenía carácter de árbitro con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes

²⁰ CÒDIGO CIVIL; Arts. 117-125.

- El testimonio fue inicialmente la prueba exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, juramentos, reconocimiento personal por el juez, indicios.
- En los tiempos de la República el pueblo juzgaba reunido en centurias o por tribus lo que impedía el establecimiento de reglas especiales.

b) Fase del Procedimiento “Extra Ordinem”

- Aparece durante el imperio
- El juez pasa a representar al estado en la función de administrar justicia, tuvo mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba.
- Luego el juez pierde facultades en la valoración de la prueba porque fueron fijados los temas de prueba que debían ser considerados como demostrados sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones)
- Como medios de prueba tenían: documentos, indicios, reconocimientos, pero se restringió la prueba testimonial y la documental tuvo más importancia
- Los jueces podían seguir sus convicciones mientras los emperadores no les impusieran reglas especiales como la declaración de ciertas personas.
- La carga de la prueba estaba en principio sobre el demandante pero la prueba de las excepciones correspondía al demandado

c) Periodo Justiniano

- Tenían un sistema mixto porque se crearon diversos textos legales que regulaban la prueba, pero al mismo tiempo habían otros textos que favorecían la apreciación del juez.
- Los medios probatorios eran: el testimonio, documentos, juramentos, pero se excluyó el testimonio de la mujer, del impúber y del loco.

- Se conoció el principio del contradictorio como en interrogación de testigos que debía ser conocido por ambas partes

Europa (Posterior al Imperio Romano)

a) Fase Étnica o Primitiva

- Propio de las sociedades en formación
- Sistema procesal rudimentario porque abandonaba la prueba a las impresiones personales
- Se llama a esta fase étnica porque presentaba características diferentes según el lugar

b) Fase Religiosa o Mística

1. Antiguo Derecho Germano

- la prueba conducía a fijar la sentencia que el juez apenas adoptaba
- No se perseguía la verdad sino un convencimiento formal que resultaba de un proceso basado en la intervención divina o justicia de Dios.

2. Influjo del Derecho Canónico.- Los jueces eclesiásticos son verdaderos magistrados, ya no rige su libre convicción sino una verdadera apreciación jurídica de la prueba sujeta a reglas

c) Fase Legal

- Se trató de darle base jurídica al proceso y la ignorancia de los jueces hizo necesario establecer un sistema probatorio
- Los papas dan instrucciones para el proceso canónico y los canonistas elaboran reglas sobre pruebas basándose en el método escolástico y la prueba
- Surge el proceso inquisitorio dándole al juez facultades para procurar la confesión surge así el tormento judicial como práctica.

- Luis vives (s. XVI) y el padre Feijoo (s XVIII) a pesar de tener facultades inquisitivas se opusieron a este medio probatorio.

- En la constitución de 1812 queda abolida la inquisición

d) Fase Sentimental o de Convicción Moral

- Se originó en la revolución francesa

- Montesquieu, Voltaire y sus seguidores se pronunciaron en la constituyente de 1790 en contra de las pruebas formales y a favor de la convicción íntima de los jueces. Fue sancionado en la leyes del 18 de enero de 1791 y del 29 de septiembre del mismo año.

- Se llamó a esta fase sentimental porque se basa en la ilusoria creencia de la infabilidad de la razón humana y del instinto natural

- En materia civil continuo rigiendo el sistema de tarifa legal de pruebas, la corriente sentimental se limitaba a lo penal.

Concepto de Prueba Judicial en el Derecho Clásico y Moderno

1) Concepto Clásico

Características:

* La prueba se utiliza como argumento

* La actividad probatoria dominada por la lógica, la ética y la teoría de formación de cuestiones

* El sistema probatorio se basa en el principio de la carga de la prueba y en la identificación de lo probable con lo éticamente preferible, no sobre la realidad o lo que comúnmente sucede

* Se limita al campo de la investigación a lo más importante o relevante en virtud de la teoría de las exclusiones

SIGLO XIII: aparece el concepto de lo probable sobre bases objetivas, es decir de acuerdo con lo que comúnmente sucede en la realidad, y se considera la reconstrucción del hecho como objeto de la investigación.

SIGLO XVI: pierde prestigio la prueba testimonial, se le da mayor intervención al estado con el desarrollo de la prueba documental por medio de los funcionarios como al juez mediante poderes investigativos especialmente en lo penal

2) Derecho Moderno

- El concepto de prueba se basa en la lógica inductiva y en la experiencia (noción de probabilidad objetiva e investigación de los hechos)

- Actualmente la investigación del juez se compara con la del historiador éste no sea violentado en su conciencia, ni siquiera por lo que, al hablar del convencimiento, hemos llamado influjo legal. Pero su valoración no debe ser expresión de una simple creencia subjetiva del Juez, sino tal “que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al Juez. Esto es lo que denominamos carácter social del convencimiento”. Puede aplicarse a la prueba el criterio que para la interpretación de la Ley recomiendan algunos modernos filósofos del Derecho, de que resulte multi-personal u objetiva, y no meramente subjetiva del Juzgador, es decir, que se acomode a la realidad social y a los que lógicamente pueda entender cualquier persona de cultura similar. Esta función es quizás la más delicada del proceso, especialmente para el Juez a quien está encomendada, porque las partes son al respecto simples colaboradoras. La suerte de la Justicia depende del acierto o del error en la apreciación de la prueba, en la mayoría de los casos.

4.1.3. La Prueba Judicial en General.

La prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.

Devis Echandía define las pruebas judiciales como: “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”

Este concepto se complementaría con la capacidad legal que tiene el juez o tribunal para solicitar pruebas de oficio.

Sentiz Melendo señala la necesidad que las partes tienen que presentar las pruebas, así sostiene “sin la prueba el juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocésal, así resulta difícil imaginar un proceso en el cual no se haya realizado algún tipo de actividad probatoria, por lo que se ha llegado a afirmar que sin la prueba no hay proceso”²¹.

De otro lado se afirma que la “prueba en materia jurídica es aquella en la cual los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria en el seno de un proceso, vienen determinados y regulados por leyes”²². Este criterio señala que la prueba debe cumplirse en determinado tiempo y de cierta forma y no está sujeta al arbitrio de las partes.

Francisco Ramos pretende resumir el objetivo de la prueba señalando que, “En pocas palabras la prueba procesal aspira a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes, siendo que las afirmaciones fácticas aparecen siempre mediatizadas por el propio lenguaje y por los juicios de valor que vierten las partes litigantes al realizarlas”²³.

De los conceptos expuestos en los párrafos precedentes, se puede indicar que se entiende por prueba judicial, al proceso de justificación de los hechos controvertidos existentes en una litis, regulados a través de un conjunto de normas jurídicas, ya que la prueba es una parte integrante de un proceso que tiene como finalidad la reconstrucción de los hechos o actos que propiciaron el problema a efectos de determinar de una manera clara y precisa si el actor tiene razón al ejercitar las acciones materia del juicio, y hasta qué punto tiene el demandado razón al oponer sus excepciones, ya que para lograr efectivamente la defensa judicial de un derecho, no basta

²¹ SENTIZ MELENDO, Santiago: Introducción al Derecho Probatorio.

²² DE LA PLAZA, Manuel: Derecho Procesal Civil, Vol. I, 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1985, pág. 747.

²³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco; Derecho Procesal Civil, Tomo I cit., pág. 540.

provocar con la demanda la actividad del órgano juzgador, sino que es necesario rendir la prueba de la existencia del derecho cuya protección sea ilícita.

La simple afirmación hecha por una persona, en interés propio no puede considerarse como una verdad plena por lo que es necesario que las afirmaciones estén respaldadas por todas las pruebas pertinentes conforme lo señala la Constitución y las leyes. Por lo que se puede decir que un derecho, aunque realmente exista, si no es posible probarse, es como si en realidad no existiera, y por consiguiente, si el actor no prueba el fundamento de su acción, se declarara absuelto al demandado y viceversa, si el demandado no prueba el fundamento de sus excepciones, se le condenara al cumplimiento de las obligaciones nacidas del ejercicio de la acción promovida por el actor en el supuesto caso de que previamente este haya probado los fundamentos de su acción.

En derecho respecto de las pruebas, el juzgador debe atenerse a la prueba de los hechos alegados y prescindir del conocimiento personal que pudiere tener de los mismos. De esta manera no puede el órgano jurisdiccional desechar pruebas fundamentando tener conocimiento de los hechos de manera extrajudicial. Sin embargo de lo señalado en nuestro sistema de justicia contamos con el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que: “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no pueden ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.” Conforme lo estipulado en esta norma, los jueces pueden ordenar la prueba de oficio, no obstante en nuestro sistema de justicia por regir el principio dispositivo, los jueces omiten esta disposición o la aplican contadas ocasiones, por temor de caer en prevaricato.

4.1.4. Objetivo de la Prueba.

“Por Objeto de la prueba se entiende lo que se puede probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba; de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, se extiende a todos los campos de la actividad humana.

El objeto de la prueba tanto en general como procesal, son los hechos, esto es, todo lo que representa una conducta humana, los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; las cosas u objetos materiales; la persona física humana, los estados y hechos síquicos o internos del hombre”²⁴.

“Por Objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de la prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual”²⁵.

Los Autores Cabrera Benigno y Devis Echandía, al referirse al objeto de la prueba, concuerdan al empezar sus definiciones señalando que por Objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre que puede recaer la prueba, concluyendo en términos generales que el objeto de la prueba es todo lo que puede ser susceptible de demostración, es decir son las realidades que pueden ser probadas.

A nuestro criterio el objeto de la prueba, es probar los hechos constitutivos propuestos en una demanda o en la contestación de la misma. Entendemos que la persona que ofrece una prueba, lo hace con la finalidad de establecer la verdad de sus aseveraciones. La prueba debe ser considerada como el medio que conduce a lograr un convencimiento del juzgador en relación con los hechos a que se refiere la prueba. Es decir lo que pretende cada una de las partes al concurrir

²⁴ CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: Teoría General del Proceso y de la Prueba, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Sexta Edición.

²⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando: Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal- Culzoni.

ante el juzgador es aportar un medio de prueba, con la finalidad de demostrar “su verdad” aun cuando esta no concuerde en ningún aspecto con la realidad de los hechos.

El objeto de la prueba lo constituyen los hechos que no son otra cosa que los sucesos que acontecen en la realidad, los mismos que son introducidos al proceso por las partes. Mediante la prueba se trata de verificar la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes procesales.

Por lo expuesto podemos señalar que la prueba procesal aspira a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes.

4.1.5. Clasificación de las Pruebas.

Respecto de la clasificación de las pruebas, realizaremos una síntesis, de cada una de las pruebas; para lo que tomaremos como referencia la clasificación realizada por Devis Echandia, por considerarla manejable y completa, quien las clasifica de la siguiente manera: prueba según su objeto, su grado o categoría, su forma, su estructura o naturaleza, su función, su finalidad, su resultado, origen, sus aspectos, su oportunidad o sea el momento en que se producen, su utilidad y sus relaciones con otras pruebas.

Según su objeto: (Pruebas directas e indirectas). **Pruebas Directas.**- Son las pruebas que ponen en contacto al juez con el hecho que se trata de probar, las que permiten a éste conocerlo a través de sus propios sentidos, es decir, por percepción, desde luego sometidas a las formalidades que la ley exige, el juez llega al conocimiento del hecho de probar de manera directa e inmediata, como ya lo indicamos, mediante su percepción. Un ejemplo de esta clase de prueba es la inspección judicial.

Pruebas Indirectas.- Son aquellas por las que el juez no percibe directamente la realidad del hecho que se trata de demostrar, por ser un hecho ya sucedido, sino la comunicación o el informe que de la percepción de ese hecho tuvo otra persona. Estas son mediatas porque el juez no percibe el hecho por probar sino la comunicación o el informe que la percepción de ese hecho tuvo otra persona. Ejemplo: Peritaje.

Pruebas según el grado o categoría: en principales y accesorias o secundarias.

Pruebas Principales.- Son Aquellas que tienen por objeto el hecho que se pretende demostrar, sea directamente o a través de otro hecho. Es decir, cuando el hecho al cual se refieren forma parte del fundamento fáctico y la pretensión o excepción, en cuyo caso la prueba es indispensable. Por ejemplo: para la interdicción por demencia, es imperativo que a la demanda se acompañe un certificado médico sobre el estado de salud del presunto interdicto.

Las pruebas Secundarias.-Devis Echandia señala que son aquellas que tienen por objeto otra prueba, es decir cuando con ellas se pretende probar otra prueba. Por lo que podemos deducir que son aquellas que están apenas indirectamente relacionadas con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que su prueba tiene menor importancia.

Ejemplo: la fotocopia de un documento que establece la existencia de una prueba.

Según su forma las pruebas pueden ser: (pruebas escritas y orales)

Pruebas Escritas.- Como su nombre lo indica deben ser escritas, es decir deben tener una formalidad, es así como tenemos de esta clase, los documentos públicos y privados.

La importancia de este tipo de pruebas es que la ley puede tener como requisito indispensable que se realice mediante instrumento público so pena de no tener el valor jurídico deseado, ejemplo la escritura pública de compra venta de un bien inmueble, si consta en un documento privado esta prueba no tendría valor dentro de una contienda judicial, a efectos de demostrar la propiedad del mismo.

Pruebas Orales.- Son aquellas que se presentan de forma verbal, como por Ejemplo: la confesión judicial, los testimonios rendidos ante un Tribunal Penal. En nuestra legislación penal por los principios de inmediación y contradicción el testimonio debe ser rendido con las formalidades del caso ante el Tribunal Penal, solo así es considerado como prueba legalmente actuada. Vale tener en cuenta que según nuestra legislación este tipo de pruebas testimoniales tienen una obligación legal de decir la verdad con exactitud so pena de cometer un delito. El Art. 354 del código penal señala "Hay falso testimonio punible cuando al declarar, confesar, o informar ante la autoridad pública, sea el informante persona particular o autoridad, se falta a sabiendas a la verdad; y perjurio, cuando se lo hace con juramento.

Según su estructura o naturaleza las pruebas son: (pruebas personales y reales o materiales)

Pruebas Personales.- Son aquellas que son suministradas por personas. Ejemplos: los testimonios, la confesión judicial.

Pruebas Reales o Materiales.- Se tratan de cosas, como documentos, planos, dibujos, fotografías, etc.

Según su función las pruebas son: (pruebas históricas y críticas o lógicas)

La Prueba Histórica.- Es la que tiene una función representativa del hecho por probar.

Es decir es aquella que representa claramente el hecho sucedido que se trata de demostrar. Ejemplo: una fotografía, este medio de prueba le suministra al Juez una imagen del hecho por probar, y éste aprecia la verdad del hecho a través de su representación sin esfuerzo mental alguno.

Las Pruebas Críticas o Lógicas.- Son aquellas que carecen de función representativa y no despierta en la mente del Juez ninguna imagen distinta de la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para el resultado probatorio mediante juicio o razonamiento. Tal es el caso de los indicios y la inspección. Ejemplos: las huellas dejadas en un robo.

Según su finalidad la prueba es: (Prueba de cargo y de descargo; pruebas formales y sustanciales).

Pruebas de Cargo y Descargo.- En esta clase debemos tener en cuenta, la parte que suministra la prueba puede perseguir una de dos finalidades: cuando la parte satisface la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte. En el primer caso podemos denominarla de cargo y en el segundo de descargo o contraprueba.

Pruebas Formales y Sustanciales.- Son formales las que poseen un valor simplemente ad probationem, ósea que tienen una función exclusivamente procesal; la de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos del proceso, lo son casi todas las pruebas. Son sustanciales las que poseen un valor ad substantiamactus, es decir tienen un valor material o sustancial, puesto

que son condiciones para la existencia o la validez de un acto jurídico material. Ejemplo una escritura pública.

Según su resultado las pruebas son: (Pruebas plenas, perfectas o completas y pruebas imperfectas o incompletas también llamadas semiplenas).

Prueba plena.- Es aquella que además de ser completa, se debe presentar al juez como cierta e indudable la existencia de un hecho o de un acto jurídico, es decir que mediante esta prueba se le da al juez la convicción de los hechos.

En el derecho moderno no se admiten las pruebas secretas; para que una prueba pueda producir la certeza en el juez sobre la verdad del hecho litigioso, se requiere que haya cumplido con los requisitos llamados de publicidad y posibilidad de contradicción que la parte contra la cual se aduce haya desarrollado los principios indicados. Entendiéndose por principio de publicidad el dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial, es decir que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el Juez en el proceso. Y por principio de contradicción se entiende que las partes del proceso, tengan la oportunidad de conocer y contradecir las pruebas presentadas, este principio se presenta en los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso.

Pruebas Imperfectas o Incompletas.- Son aquellas pruebas semiplenas, puesto que son aquellos elementos o motivos que llegan a la prueba con el auxilio de otros medios, que la complementan.

Según los sujetos proponentes de la prueba: (Pruebas de oficio y de parte)

La Prueba de Oficio.- Es aquella en la que el juez debe o puede, según la respectiva legislación, acordar pruebas por su propia iniciativa, dentro de los límites del proceso y en cualquier momento. Pero esto no significa que las partes queden liberadas de la carga de la prueba. En nuestra legislación contamos con el Art. 118 del Código de Procedimiento Civil, el cual faculta a nuestros jueces practicar la prueba de oficio.

Señalando que: “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase

la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero si podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.

Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.”

Como vemos la ley prevé el tiempo, forma y limitaciones a la actuación del juzgador.

Las Pruebas a Petición de Parte.- Son aquellas que son practicadas, a petición justamente de las partes. Es decir las partes tienen la carga de probar los hechos que afirman en un proceso, es obvio que tengan el derecho probatorio de pedir las pruebas tendientes a demostrarlas. Ese derecho está sujeto a que se ejercite dentro de las oportunidades y con las formalidades que al efecto establece la ley, las cuales, tienden a que la contraparte pueda conocer las pruebas y ejercer su facultad de controvertirlas.

Según la oportunidad o el momento en que se produce: (En proceso y extra proceso; pre constituidas y causales; judiciales y extrajudiciales).

Pruebas en Procesos.- son aquellas que se practican, aducen y tienden a demostrar los hechos litigiosos en un proceso. Las pruebas judiciales, son las que se han producido ante el Juez en ejercicio de sus funciones, y cumpliendo con el principio de la inmediación.

Pruebas Extra proceso.- son aquellas que tienen origen fuera del proceso. Ejemplo: El documento público y privado en que consten actos no procesales. La prueba extrajudicial no ha tenido concurrencia ante el juez, la prueba es obtenida fuera del proceso y sin la intervención de dicho funcionario, esta es precaria y debe acreditarse o mostrarse dentro de la actuación judicial.

Las Pruebas Preconstituidas o Causales.- Según el destino para que son creadas, si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extraprocesales y ocasionalmente son llevadas a un proceso. Las pre constituidas tienen la intención de acreditar en el futuro un hecho, estas llevan la intención preconstituyente o jurídicamente dispositiva y probatoria.

Según su contradicción: (sumarias y controvertidas)

La Pruebas Sumarias.- Con independencia del poder demostrativo que pueda tener, es aquella que no ha sido conocida por la parte contra la cual se presenta, y que por tanto no ha tenido oportunidad de controvertir. En principio, esta prueba carece de valor procesal, sin embargo, excepcionalmente el legislador les otorga méritos a pruebas que no han sido tomadas con audiencia de la parte contraria, quien tampoco ha dispuesto de autoridad procesal para discutir las. Ejemplo: Las declaraciones extra proceso.

Las Pruebas Controvertidas.- Son aquellas que han sido presentadas a la contraparte justamente para ser controvertidas. Por tanto si estas no han sido debidamente controvertidas por ejemplo en el proceso penal, no se podrá dictar resolución de acusación ni sentencia condenatoria, ya que se estaría actuando en forma contraria al derecho de defensa y el debido proceso.

Según su licitud e ilicitud: (pruebas lícitas e ilícitas)

Prueba Lícita.- Es aquella obtenida acorde con la moral, las buenas costumbres, y la ley, por esta razón cuando la obtención de esta sea violadora de estos argumentos válidos, debe ser rechazada por el funcionario judicial. Nuestra Constitución en su Art. 76, numeral 4 dispone que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Pruebas Ilícitas.- Son aquellas obtenidas de manera ilegal, contra la moral y buenas costumbres, sin embargo en la mayoría de veces la ilicitud de las pruebas no es causa de nulidad. Generalmente el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad o la ineficacia de la prueba, si por error fue practicada; tal es el caso de la prueba tomada a pesar de existir prohibición legal, pero sin vicios de procedimiento, sin embargo, cuando la ilicitud consiste en el empleo de la violación física, moral o sicología para la obtención de la prueba, se produce su nulidad inmediata.

Según su utilidad: (pruebas pertinentes e impertinentes y posibles e imposibles)

Pruebas Pertinentes.- Solo serán pertinentes los medios de convicción que se invoquen para demostrarla. Para ser catalogada como prueba pertinente, debe cumplir ciertas características concretas para que el juzgador pueda decretar la admisibilidad de la prueba propuesta al

respecto. No todo medio probatorio, por el hecho de proponerse debe ser automáticamente admitido, razón por la cual, nuestras normas procesales requieren para dicha admisión que la prueba, sea pertinente. Nuestro Código de Procedimiento Civil, en su Art. 116 señala textualmente que “Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos a juicio.”

Pruebas Impertinentes.- A diferencia de las pertinentes, son las pruebas que pretendan demostrar hechos diferentes a los que se debaten en el litigio o que no hayan sido afirmadas por las partes, serán impertinentes, y si la impertinencia es notoria, de bulto, ósea que se presenta a la mente del Juez sin esfuerzo alguno, este deberá rechazarlas cuando se le pidan. Además se las cataloga de impertinentes cuando existen vicios del objeto probatorio.

Pruebas Posibles.- son todas las que físicamente pueden practicarse; pruebas imposibles, las que no pueden ser practicadas en el caso concreto, aún cuando estén autorizadas.

Según sus relaciones con otras pruebas: (pruebas simples y compuestas o complejas, concurrentes y contrapuestas)

Prueba Simple.- Cuando tiene una existencia autónoma para llevarle al Juez por si sola la convicción sobre el hecho por demostrar, ejemplo: la inspección judicial sobre el hecho mismo, la confesión en materias civiles cuando no existe norma legal que la excluya y reúna los otros requisitos para su validez y eficacia.

Prueba Compuesta o Compleja.- Cuando esa convicción se obtiene de varios medios.

Ejemplo: indicios complementados con otras pruebas.

Según la forma como obra en el proceso: (prueba trasladada o prestada y originaria o independiente)

La prueba Traslada.- Es la que se lleva a un proceso tomándola de otro simultaneo o anterior.

Para el traslado de la prueba se requiere reunir los siguientes requisitos:

- Que en el primer proceso se hayan practicado válidamente.

- Que el traslado al segundo proceso sea pedido y solicitado en tiempo oportuno.

Sea expedida en copia autentica.

- Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

La Prueba Prestada.- Es aquella en la que el juez, conserva la facultad de apreciarla, valorarla y darle el mérito probatorio que en su juicio merezca.

La Prueba Originaria o Independiente.- Es la que se practica y se hace valer en el mismo proceso, que es la regla general.

4.1.6. Carga de la Prueba.

“Carga de la prueba quiere decir, en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos.

La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. Textos expresos señalan al actor y al demandado las circunstancias que han de probar, teniendo en consideración sus diversas proposiciones formuladas en el juicio”²⁶.

Según Micheli, el fenómeno de la carga consiste en que "la ley en determinados casos atribuye al sujeto el poder de dar vida a la condición (necesaria y suficiente) para la obtención de un efecto jurídico considerado favorable para dicho sujeto”²⁷.

De las dos concepciones transcritas, se puede verificar que la carga de la prueba puede recaer en el actor o en el demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.

Cabe señalar que en tiempos pasados era común escuchar que la carga de la prueba recaía sobre quien afirmaba un hecho y no sobre quien lo negaba. Hoy se sostiene que la carga de la prueba

²⁶ COUTURE, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal, Ediciones Desalma, Buenos Aires 1964.

²⁷ MICHELI, Gian Antonio: La Carga de la Prueba, Buenos Aires, Editorial EJEA, 1961.

no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer un litigio, pudiéndose hablar con asidero del riesgo de la prueba antes que de su carga, pues el precio de no probar es perder el litigio. Por lo que la carga de la prueba puede recaer en el actor o en el demandado. Es decir la carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba.

Debiendo indicar que la mejor capacidad probatoria de una de las partes o la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar.

En nuestra legislación respecto de la carga de la prueba contamos con los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, mismos que señalan textualmente lo siguiente: Art. 113 “Es obligación del Actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Art. 114 “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”

De conformidad con lo establecido por los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, incumbe al actor la carga de la prueba de las afirmaciones contenidas en su demanda, y que hayan sido negadas por el demandado al tiempo de contestarla. A su vez, al demandado le incumbe la carga de la prueba de los hechos alegados en la contestación a la demanda. No es menos cierto el hecho de que es obligación del demandado al contestar la demanda, pronunciarse expresamente sobre las pretensiones del actor y los documentos adjuntos a la demanda, con

indicación categórica de lo que admite y lo que niega, según el Art. 102 del mencionado código procesal.

De conformidad con la carga de la prueba impuesta por el Art. 113 del Código de Procedimiento Civil, le incumbe al actor demostrar los presupuestos fácticos puntualizados por la norma positiva anteriormente transcrita - Actor probatactionem. En otras palabras, son los actores quienes deben suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos afirmados en la demanda. Sin embargo según esta misma norma, si el demandado se limita a negar los hechos alegados por el demandante, sin aportar otros, no tendrá que probar nada, aun cuando puede realizar contraprueba. Consecuencia de todo ello será que si el actor demuestra dichos hechos sus pretensiones serán estimadas, en caso contrario el demandado será absuelto. Debiendo señalar también que según esta misma norma el demandado deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa alegada.

En conclusión podríamos señalar, que la carga de la prueba determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en ese proceso, necesita cada uno que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten²⁸.

4.1.7. Principios de la Prueba Judicial.

Existen principios generales aplicables a la prueba civil, penal, laboral y administrativa, por lo que a continuación enunciaremos algunos de estos principios, conforme al criterio del maestro Davis Echandia; y, a la vez analizaremos aquellos recogidos en nuestra Constitución y legislación.

a) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.- Se refiere a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera

²⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Pdf. Pág. 20.

de los interesados o por el juez, si este tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.

Este principio representa una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisadas por el superior.

b) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.- Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados.

Nuestra Constitución, en el Art. 169 recoge este principio al señalar que: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. A este principio constitucional corrobora lo tipificado en el Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial al señalar textualmente lo dispuesto en el referido Art. de la Constitución.

En términos generales la eficacia, es la capacidad para obrar o para conseguir un resultado determinado, aplicado a la prueba, es conseguir dilucidar la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por la partes. Es decir la eficacia tiene que ver con resultados, está relacionada con lograr los objetivos.

c) Principio del interés público de la función de la prueba.- Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable a pesar de que cada parte persiga con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción. Es decir, con la prueba sucede lo mismo que con la acción, primordialmente ambas protegen el interés público y general (interés del estado) en la declaración o realización de los derechos o su satisfacción coactiva por la vía jurisdiccional del proceso, y cuando existe litigio, en la debida y legal composición del mismo; solo secundariamente o en forma mediata persiguen la protección del interés privado de la parte en obtener la declaración, la realización o la satisfacción coactiva de su derecho, es decir, el éxito de su pretensión o su excepción. Idéntica situación existe respecto del fin propio del derecho de recurrir: primordialmente persigue que se corrijan los errores de las providencias judiciales, para ajustarlas a la ley y a derecho, fin que es indudablemente de interés público, pero secundariamente persigue la defensa de los intereses del recurrente, quien los considera vulnerados ilegalmente por la providencia recurrida.

d) Principio dispositivo y el Principio de aportación de parte.- El principio dispositivo presupone que la iniciación del proceso se produce a instancia de la parte que pretende obtener una resolución dentro de un proceso. El objeto del proceso es determinado por las partes, de forma que el juez deberá ser coherente con las peticiones de las partes al dictar sentencia. Las partes pueden decidir en cualquier momento del juicio la finalización del proceso.

El Principio de aportación de parte, es confundido frecuentemente con el principio dispositivo, aunque ambos son autónomos. El principio dispositivo regula la tutela judicial, y el principio de aportación de parte, establece cómo debe entrar en el proceso el material de hecho necesario para la conocimiento del juez. En función de estos dos principios, las partes son las que tienen la carga de probar los hechos alegados. Sobre ellas recae la carga de la prueba, es decir recae la carga de probar la existencia de estos hechos, de convencer al juez de su realidad o de fijarlos conforme a las normas legales de valoración.

La Constitución de nuestro país en el Art. 168 numeral 6, establece “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los

siguientes principios: La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo²⁹. Lo expuesto en éste Art. tiene relación con lo estipulado en el Código Orgánico de la Función Judicial, el cual en el Art. 19 señala “Principios dispositivo, de inmediación y concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley”³⁰.

Conforme a nuestra constitución y legislación en nuestro país opera el principio dispositivo, pues son las partes el sujeto activo del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo, mientras que el juez es quien dirige el debate y decide la controversia.

e) Principio de la contradicción de la prueba.- Significa que la parte contra quien se presenta una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla.

Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería la que no fue previamente decretada en el procedimiento escrito, e incluso, el dictamen de peritos oportunamente ordenado, o al menos simultáneamente en el oral, pero que no fue puesto en conocimiento de las partes para que estas ejercitaran su derecho de solicitar aclaraciones o ampliaciones.

²⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. PDF. PÁG. 68.

³⁰ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. PDF. PÁG. 9.

En nuestra Constitución, se encuentra tipificado este principio, pues el Art. 168 numeral 6, dispone que “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

Confirma lo dispuesto, con lo estipulado en el Art. 76 literal h) cuando manifiesta: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

La finalidad del principio de contradicción, es evitar desconfianzas sobre las proposiciones de las partes.

f) Principio de publicidad de la prueba.- Consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial. Es decir debe permitirse a las partes conocerlas e intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que les corresponde. Tanto penalistas como civilistas exigen la publicidad de la prueba como un requisito fundamental para su valor y eficacia.

El principio de publicidad se puede distinguir desde dos puntos de vista, desde punto interno y externo.

La Publicidad Interna, se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Ejemplo, la notificación del auto que admite una demanda.

La Publicidad Externa, se traduce en la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento, en materia penal.

El Art. 168, numeral 5 de nuestra Constitución, recoge el principio de publicidad, al señalar que “En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley.” Lo expuesto corrobora el Art. 76, literal d), de la misma Constitución al manifestar que: “Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.”

Respecto de este tema, la Ley de Casación, en el Art. 19 señala: “Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Nacional de Justicia...”

Respecto a los casos en los que no opera el principio de publicidad, el Código de Procedimiento Penal, establece en el Art. 255.- (Reformado por la Disposición Reformativa Tercera, numeral 1, de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009; y, por la Disposición General Sexta de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009), que: La audiencia del tribunal de garantías penales será pública; pero será reservada cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los Títulos I y VIII del Libro Segundo del Código Penal, y se realizará con la sola presencia del acusado, del acusador particular si lo hubiere, de los defensores, del Fiscal, y del secretario, y si fuere del caso, de los peritos y de los testigos, sin que pueda violarse la reserva, durante o después de la audiencia”³¹. No se admitirá la transmisión de la audiencia, a través de los medios de comunicación. En ningún caso, la jueza o juez o magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, ni antes ni después del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con su destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubieren.” Lo manifestado colige el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 13, al manifestar que: “Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.....”

³¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Pdf. Pág. 75.

En conclusión, en nuestro país las actuaciones y diligencias judiciales son públicas, salvo los casos en que la ley prescribe que sean reservadas.

g) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba.- Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Es el complemento indispensable de los cuatro anteriores y rige por igual en los procesos civil, penal y de cualquiera otra naturaleza.

Las formalidades son de tiempo, modo y lugar, y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno. El segundo aspecto consiste, como dice SILVA MELERO, en que debe obtenerse la prueba "por los modos legítimos y las vías derechas", excluyendo las calificadas de "fuentes impuras de prueba"; se contempla la moralidad, la licitud y la procedencia de la prueba.

Este principio implica que la prueba esté revestida de requisitos extrínsecos o intrínsecos.

Los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; los segundos contemplan principalmente la ausencia de vicios, como dolo, error, violencia, y de inmoralidad en el medio mismo, como sería la reconstrucción total de un delito sexual o de una unión extramatrimonial para establecer la concepción; procuran que con ella se busque en realidad el convencimiento del juez sobre hechos que interesan al proceso, y no lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocurriría con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada influyan sobre el litigio.

Respecto de éste tema la Constitución de nuestro país en al Art. 76, numeral 4 establece lo siguiente: "Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria." Lo cual, enmarca lo dispuesto en los siguientes cuerpos legales: El Código de Procedimiento Civil Art. 117, señala: "Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio." Código de Procedimiento Penal Art. 80: "Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso,

no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.” El Código de Procedimiento Penal Art. 83, manifiesta que: “La prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad.

Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.”

h) Principio de la legitimación para la prueba.- Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla. No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que quien la aduzca tenga la legitimación abstracta para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya practicado en tiempo oportuno, en la forma y en el lugar adecuados; en esto último se incluye la consideración de que la prueba se haya practicado para efectos del juicio, o, exclusivamente, de un incidente del mismo, pues en el último caso no podrá servir para efectos de la sentencia, a menos que la ley procesal lo autorice, o el juez de oficio la decrete como tal.

i) Principio de la preclusión de la prueba.- Se trata de una formalidad de tiempo u oportunidad para su práctica y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar su defensa. Es una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso, también denominado de la eventualidad, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito. La preclusión es común tanto en los sistemas escritos como en los orales; sin embargo, que en los escritos hay mayor rigidez en la observancia de las fases o períodos de un proceso y en los orales hay mayor flexibilidad. La aplicación del principio de la preclusión mira a la necesidad de que el proceso avance, en forma ordenada y sistemática.

La preclusión probatoria se relaciona con la carga de la prueba, en cuanto impone a la parte interesada en suministrarla, la necesidad de hacerlo en la etapa pertinente del proceso y en nada afecta a quien no necesitaba aducir pruebas distintas de las ya existentes. En lo penal existen

situaciones que dejan en manos del acusado o de la parte civil la posibilidad de alegar la prueba que le resulte favorable.

En definitiva, la preclusión produce la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal no ejercitada a tiempo.

j) Principio de la intermediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.- Para la eficacia de la prueba, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y su contradicción efectiva, es indispensable que el Juez sea quien de manera inmediata la dirija, resolviendo primero sobre su admisibilidad e interviniendo luego en su práctica. Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. De lo contrario, el debate probatorio se convertiría en una lucha privada, y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público.

La intermediación es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal. En los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas por las partes u ordenadas por el juez oficiosamente, se cumple mejor la intermediación; en los escritos debe, sin embargo, aplicarse, salvo cuando, por ocurrir su práctica fuera de la circunscripción territorial donde puede ejercer jurisdicción el funcionario, se hace indispensable comisionar al de otro lugar.

La intermediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios, inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios a las partes y a los peritos.

Pero significa también este principio que el juez no debe permanecer inactivo, ni hacer el papel de simple órgano receptor de la prueba, sino que debe estar provisto de facultades para intervenir activamente en las pedidas por las partes (preguntas propias a testigos, a peritos y a las mismas partes; ampliación de las inspecciones judiciales; adición de copias de documentos, etc.), y para ordenar oficiosamente otras. Solo así puede decirse que el juez es el director del debate probatorio.

En los procesos penal y laboral de la generalidad de los países, se consagra satisfactoriamente el principio de la dirección del debate probatorio por el juez.

k) Principio de la imparcialidad del juez en la dirección y apreciación de la prueba.- La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusación, en cuyo caso su competencia subjetiva y moral para el proceso, no solo para las pruebas, lo obliga a dejar su conocimiento voluntariamente, o lo somete a que sea separado por otro juez.

En relación a este tema, la Constitución de nuestro país en el Art. 75, establece que "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley." Lo expuesto es corroborado por lo dispuesto en el Art. 76, literal k del mismo cuerpo legal al manifestar que: "Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto."

l) Principio de la concentración de la prueba.- Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso, pues, según concepto de Schönke, la practicada por partes o repetida, "pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad" impide el debido cotejo, la mejor apreciación.

Justifica este principio que se procure la práctica de la prueba en primera instancia, restringiéndola en segunda a cuando no ha sido posible en aquella o se trate de hechos ocurridos con posterioridad o fue denegada por el juez injustificadamente y cuando el juez o tribunal la considere útil para la verificación de los hechos.

La Constitución en el Art. 168 numeral 6 al referirse a éste principio señala lo siguiente: "La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo."

En conclusión, el principio de concentración tiene como fin, conocer y valorar la prueba en una sola instancia, a efectos de evitar dilaciones injustificadas del proceso, con el objeto de alcanzar un grado de continuidad, permitiéndole al juzgador, a la hora de tomar una decisión, tener una idea global de la argumentación presentada durante el debate probatorio.

ll) Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba.- Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario, pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no debe perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

Es necesario, sin embargo, no confundir la pertinencia de la prueba con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio, por ejemplo, cuando no obstante referirse el testimonio a los hechos discutidos, su contenido carezca de mérito porque nada le consta al declarante o no suministre razón alguna de su dicho. Tampoco puede identificarse la idoneidad del medio con el valor de convicción de este, para el caso concreto, pues mientras la primera indica que la ley permite probar con ese medio el hecho a que se pretende aplicar, por ejemplo, con testimonios o confesión, el segundo, si bien depende en parte de esa idoneidad, porque si falta esta, ningún mérito probatorio puede tener la prueba, exige algo más, que mira al contenido intrínseco y particular del medio en cada caso. De esta suerte es posible que, no obstante existir idoneidad, el juez no resulte convencido por la prueba (el testimonio puede ser idóneo o conducente para probar un contrato y, sin embargo, por deficiencias del contenido de las declaraciones, puede ocurrir que no haya mérito de convicción alguno en las varias recibidas). Como se ve, son dos requisitos complementarios e intrínsecos de la prueba.

m) Principio de la evaluación o apreciación de la prueba.- Cualquiera que sea el sistema legislativo que rijan y la naturaleza civil o penal del proceso, la prueba debe ser objeto de

valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al juez, sobre los hechos que interesan al proceso.

La valoración de la prueba no debe ser expresión de una simple creencia subjetiva del juez, sino tal "que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron al juez. Esto es lo que denominamos carácter social del convencimiento". Esta función es quizá la más delicada del proceso, especialmente para el juez a quien está encomendada, porque las partes son al respecto simples colaboradoras. La suerte de la justicia depende del acierto o del error en la apreciación de la prueba, en la mayoría de los casos.

En nuestra legislación respecto de la valoración o apreciación de la prueba, contamos con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, (Reformado por la Disposición Reformativa segunda, num. 3 de la Ley s/n, R.O. 544-S, 9-III-2009), el cual señala que "La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La jueza o el juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas." Lo referido es concordante con lo dispuesto en el Art. 207 del mismo cuerpo legal que manifiesta: "Las juezas y jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la razón que éstos hayan dado de sus dichos y las circunstancias que en ellos concurran." Y de igual forma en concordancia con el Art. 86 del Código de Procedimiento Penal que dispone: "Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo".

En síntesis como valoración de la prueba debe entenderse, la operación mental que hace el juez para determinar si los hechos se encuentran demostrados por los medios probatorios realizados con este objeto. Conforme la normativa vigente en nuestro país referente a la valoración de la prueba, esta debe de ser valorado en conjunto, y enunciadas cada una de ellas en las resoluciones judiciales, conforme a la Sana Crítica.

n) Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.- La igualdad de oportunidades en materia de pruebas no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca a su favor, o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad, o porque es una negación indefinida. De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, en virtud de la cual puede fallar de fondo cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar. Por otra parte, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados por el contrario, pueden perjudicarlas; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo.

ñ) Principio de la oralidad en la práctica de la prueba.- En el proceso penal prevalece la forma oral y en el civil la escrita, con algunas excepciones en los códigos más modernos y en los sistemas norteamericano e inglés.

Pero lo ideal es la oralidad en ambos, lo mismo que en el laboral, fiscal y contencioso administrativo, en la práctica de las pruebas, sin que esto excluya la aportación de documentos, ni el dejar actas escritas de los testimonios, declaraciones de partes y exposiciones de peritos.

En nuestro país, la Constitución en el Art. 168, numeral 6 manda que: “La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.” Lo cual es corroborado con lo tipificado en los Arts. 5.3 y 258 del Código de Procedimiento Penal que disponen: Art. ... (3).- Oralidad.- (Agregado por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009) “En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio.

Queda prohibida la utilización por parte de los juzgadores de elementos de convicción producidos fuera de la audiencia o contenidos en documentos distintos a los anotados en el inciso anterior, salvo las excepciones establecidas en este Código”.

Art. 258.- “El juicio es oral; bajo esa forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos de los abogados, serán igualmente orales.

Las resoluciones interlocutorias deben pronunciarse verbalmente, pero debe dejarse constancia de ellas en el acta del juicio”.

Respecto a la oralidad de los procesos, el Código Orgánico de la Función Judicial estipula en el Art. 18 lo siguiente: Sistema-medio de administración de justicia.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”³².

Es decir, en nuestra legislación la sustanciación de los procesos se debe realizar mediante el sistema Oral, sin embargo del mandato Constitucional, sólo en materia penal, y de cierta forma en materia laboral se ha introducido la oralidad, no así en las otras materias.

o) Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.- Es consecuencia de los anteriores. Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez. Claro es que la lealtad y la probidad no rigen solo para la prueba, sino para el proceso en general, y deben reflejarse en la demanda, en las excepciones, en los recursos y en toda clase de actos procesales. Pero en la prueba tiene particular importancia. Esta última exigencia puede resultar excesiva y contraria a la manera como naturalmente ocurre la actividad probatoria de las partes, pues inevitablemente pensarán más en su interés privado que en el público de que haya justicia, por lo cual no hace falta exigirles que subordinen su interés

³² CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. pdf. Pág. 9.

individual a esta; pero es indiscutible que la persecución de ese interés egoísta, no excluye el deber que tienen de obrar con probidad y lealtad en su actividad probatoria.

Una cosa es tratar de defender los propios derechos, y otra muy diferente poder hacerlo con mala fe y deslealtad.

En resumen todos los sujetos procesales están llamados a actuar en principio de buena fe y con lealtad, principio que lamentablemente y en la práctica procesal no son usados con frecuencia, hay mala fe y deslealtad con el uso de prácticas dilatorias o solicitud de pruebas innecesaria. Las partes tienen derechos subjetivos procesales muy importantes, como los de acción y contradicción, de recurrir y de probar; gozan también de libertad para utilizarlos y de igualdad de oportunidades para su defensa, pero, como sucede también en las actividades extraprocesales, esos derechos y esas libertades deben ser ejercidos con lealtad, probidad y buena fe. Si en derecho civil se exige la buena fe contractual y extracontractual, y se sanciona la mala fe y el abuso del derecho, con mayor razón debe suceder esto en los actos procesales. El principio de lealtad y probidad se refiere a la conducta de las partes, y su objetivo es obtener la recta administración de justicia. El principio se concreta a que las partes no utilicen el proceso judicial para lograr fines engañosos o dolosos, alegar hechos contrarios a la realidad, o emplear medios que tiendan a dificultar la buena marcha del procedimiento.

CAPITULO II

4.2. Marco Jurídico

4.2.1. El Acceso gratuito a la Justicia en la Constitución de la República del Ecuador.

Considerando que nuestra Carta Magna determina que el Ecuador es, un estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Basados en estos enunciados es imprescindible que el Estado busque crear un cúmulo de principios que conduzcan su destino; es la población quizás, el elemento más importante, pues es obligación del Estado Constitucional de Derecho y justicia social el satisfacer, o por lo menos proporcionar los medios necesarios y suficientes para satisfacer las necesidades que la justicia requiere para la administración de la justicia.

Si la Constitución protege los derechos de las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en vulneración de sus derechos, es deber y obligación del estado por intermedio de la personas que administran justicia, garantizar de manera íntegra los derechos de estas personas, pues se deberá llevar un proceso judicial justo y equilibrado acorde con la constitución, las leyes y por supuesto los cambios que se van observando con el transcurso del tiempo y sobre todo de nuestra realidad social en cuanto tiene que ver a la transformación de las leyes para una mejor prestación de servicios a la sociedad en cuanto tiene que ver con la administración de la justicia, garantizando la gratuidad y el debido proceso.

Ese postulado de la gratuidad de la justicia que es requisito indispensable para alcanzar una eficaz administración de la justicia en su Art. 75 de la actual Constitución de la República, en los derechos de las personas a la gratuidad de la justicia, donde textualmente manifiesta: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”³³.

³³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008. PÁG. 9.

Analizando el texto transcrito, encontraremos que el estado por intermedio de las personas que administran justicia, de manera primordial garantiza el acceso a la gratuidad de la justicia en todas las materia e instancias en que se encuentre un juicio para de esta manera precautelar los derechos de las personas inmersas en procesos judiciales y que requieren una eficiente y eficaz administración de la justicia sin vulnerar los derechos expresados en nuestra Carta Magna.

La sola aplicación del referido Art. 75 de la Constitución, significaría un avance gigantesco, en un país en el cual, por la injusticia imperante, vulnerando de esta manera los principios básicos que debe tener la administración justicia para todas la personas que buscan de ella un resarcimiento de algún derechos violado, cuando en estricta justicia y acogíendose a las disposiciones Constitucionales esto debería ser sinónimo de la presentación de un nuevo panorama de quienes se encuentran en esta situación y mucho más primordial de quienes están inmersos dentro de un proceso judicial.

Así también la Constitución de la República, en su Art. 76 establece: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.

No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

4.2.2. Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales del Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial, establece de una forma clara y precisa los principios y las disposiciones fundamentales para que las autoridades administrativas, servidores públicos y los jueces puedan administrar justicia de una manera ecuaníme y justa para todas las personas y que en sus artículos pertinentes establece lo siguiente:

Art. 4.- Principio de Supremacía Constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los

instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

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

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

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

Art. 5.- Principio de Aplicabilidad Directa e Inmediata de la Norma Constitucional.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

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

Art. 6.- Interpretación Integral de la Norma Constitucional.- Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Art. 7.- Principios de Legalidad, Jurisdicción y Competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

Art. 8.- Principio de Independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

Art. 9.- Principio de Imparcialidad.- La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley.

En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los

instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley.

Art. 10.- Principios de Unidad Jurisdiccional y Gradualidad.- De conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

La administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados.

La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia.

Art. 11.- Principio de Especialidad.- La potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares con escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código.

Este principio no se contrapone al principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 25.

Las decisiones definitivas de las juezas y jueces deberán ser ejecutadas en la instancia determinada por la ley.

Art. 12.- Principio de Gratuidad.- El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia.

La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna.

Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa.

Estas disposiciones no serán aplicables a los servicios de índole administrativa que preste la Función Judicial, ni a los servicios notariales.

Art. 13.- Principio de Publicidad.- Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.

No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales.

Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

Art. 14.- Principio de Autonomía Económica, Financiera y Administrativa.- La Función Judicial goza de autonomía económica, financiera y administrativa. Administrativamente se rige por su propia ley, reglamentos y resoluciones, bajo los criterios de descentralización y desconcentración.

El Estado tendrá la obligación de entregar los recursos suficientes para satisfacer las necesidades del servicio judicial que garantice la seguridad jurídica.

El incumplimiento de esta disposición será considerado como obstrucción a la administración de justicia.

Art. 15.- Principio de Responsabilidad.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.

En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.

Art. 16.- Principio de Dedicación Exclusiva.- El ejercicio de cualquier servicio permanente o de período en la Función Judicial, remunerado presupuestariamente o por derechos fijados por las leyes, es incompatible con el desempeño libre de la profesión de abogado o de otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria, que la podrán ejercer únicamente fuera de horario de trabajo. Las labores de dirección o administración en las universidades y otros centros de docencia superior está prohibida por no constituir ejercicio de la docencia universitaria. Tampoco se podrá desempeñar varios cargos titulares en la Función Judicial. Todo encargo será temporal, salvo los casos determinados por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces no podrán ejercer funciones de dirección en los partidos y movimientos políticos, ni participar como candidatos en procesos de elección popular, salvo que hayan renunciado a sus funciones seis meses antes de la fecha señalada para la elección; ni realizar actividades de proselitismo político o religioso.

Art. 17.- Principio de Servicio a la Comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.

Art. 18.- Sistema-Medio de Administración de Justicia.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Art. 19.- Principios Dispositivo, de Inmediación y Concentración.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Art. 20.- Principio de Celeridad.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

Art. 21.- Principio de Probidad.- La Función Judicial tiene la misión sustancial de conservar y recuperar la paz social; garantizar la ética laica y social como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; y, lograr la plena eficacia y acatamiento del ordenamiento jurídico vigente.

Toda servidora y servidor de la Función Judicial en el desempeño de sus funciones observará una conducta diligente, recta, honrada e imparcial.

Art. 22.- Principio de Acceso a la Justicia.- Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.

Art. 23.- Principio de Tutela Judicial Efectiva de los Derechos.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido.

Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

Art. 24.- Principio de Interculturalidad.- En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

Art. 25.- Principio de Seguridad Jurídica.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

Art. 26.- Principio de Buena Fe y Lealtad Procesal.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

Art. 27.- Principio de la Verdad Procesal.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.

Art. 28.- Principio de la Obligatoriedad de Administrar Justicia.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

Art. 29.- Interpretación de Normas Procesales.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

Art. 30.- Principio de Colaboración con la Función Judicial.- Las Funciones Legislativa, Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, con sus organismos y dependencias, los gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, y más instituciones del Estado, así como las funcionarias y funcionarios, empleadas y empleados y más servidoras y servidores que los integran, están obligados a colaborar con la Función Judicial y cumplir sus providencias.

La Policía Nacional tiene como deber inmediato, auxiliar y ayudar a las juezas y jueces, y ejecutar pronto y eficazmente sus decisiones o resoluciones cuando así se lo requiera.

Las juezas y jueces también tienen el deber de cooperar con los otros órganos de la Función Judicial, cuando están ejerciendo la facultad jurisdiccional, a fin de que se cumplan los principios que orientan la administración de justicia.

Las instituciones del sector privado y toda persona tienen el deber legal de prestar auxilio a las juezas y jueces y cumplir sus mandatos dictados en la tramitación y resolución de los procesos.

Las personas que, estando obligadas a dar su colaboración, auxilio y ayuda a los órganos de la Función Judicial, no lo hicieran sin justa causa, incurrirán en delito de desacato.

Art. 31.- Principio de Impugnabilidad en Sede Judicial de los Actos Administrativos.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional³⁴.

4.2.3. Presunto Progenitores.

Cuando los supuestos padres se nieguen a reconocer voluntariamente a sus hijos extramatrimoniales, es que se debe acudir a la función judicial a presentar la demanda para la declaración judicial de filiación o paternidad; si bien resulta oneroso en tiempo y dinero seguir el trámite en la vía procedimental de conocimiento, lo que nos llevaría a pensar en la necesidad

³⁴ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. PDF. PÁGS. 3-13.

de un proceso más rápido y efectivo, ello podría ser siempre y cuando no se afecten los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa.

La declaración judicial de paternidad y maternidad va íntimamente ligada a un examen comparativo de ADN y nada más, la celeridad procesal como principio jurídico garantizado en nuestra Constitución permite vislumbrar la necesidad imperante de una reforma al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia y la Familia, ya que las disposiciones legales en él contempladas no establecen de forma precisa el procedimiento a seguir para el resultado negativo de la prueba de ADN.

Las normas nacionales e internacionales señalan claramente el derecho al nombre como uno de los primeros derechos a que deben acceder las personas al nacer, su importancia no solo radica en el hecho de ser un componente importante en la identidad de las personas, ya que les dota de existencia legal y les permite el ejercicio de sus otros derechos; sino que además, permite a las autoridades de un país conocer en términos reales cuantas personas lo integran y por tanto podrán planificar e implementar adecuadamente sus políticas públicas y de desarrollo.

Los preceptos legales por un lado, y la ciencia por otro, han convertido en obsoletas las reglas rígidas para la declaración judicial de la paternidad y maternidad del Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; los códigos modernos de otros países que contenían normas iguales o similares al nuestro, las han modificado radicalmente, es hora de que nuestra legislación siga esa corriente y establezca reglas actualizadas y precisas para el efecto, por lo mismo las acciones de investigación de maternidad y paternidad permiten consolidar al derecho fundamental a la identidad, derecho por el cual un ser humano por cualquiera que hayan sido sus circunstancias al no ser reconocido como hijo de tal padre o madre, tenga la potestad de reclamar por justo un derecho reconocido con la respectiva celeridad y agilización judicial que requiere el caso.

La identificación del padre e hijo de mujer soltera, viuda, divorciada, ha sido un tema de difícil solución, así hasta principio del siglo XX, en la práctica se prohibía la investigación de paternidad y solo se permitía en casos excepcionales.

La investigación de la paternidad y maternidad tiene toda una evolución y, aun, no avizoramos su puerto final. Antiguamente, no solo fue vedada desde el punto de vista social sino que daba derecho a condena en la legislación clásica, anunciada por la francesa, limito y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que estaba conformada. Por todos conocida, la vergonzosa calificación de los hijos legítimos e ilegítimos, es más de los naturales y los no naturales y de la diversificación de estos últimos, hundía sus raíces en la limitación de los derechos de la descendencia no nacida bajo el manto matrimonial. Mientras más pecaminosa era la relación, la condición de los hijos se relajaba, corriendo una suerte de apartado legal. Lo enredado de su probanza influenció de sobremanera en el afianzamiento del sistema presuncional (vestigio romano impercedero). Luego, la diferenciación va sensibilizándose y se liberalizan los procedimientos de investigación. Existe una fuerte y arcada tendencia a un tratamiento univoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial como es el caso del sistema brasilero que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento. A la fecha, el tema no es del todo claro por la indefinición de las normas. Mañana tengámoslo por seguro, será la complejidad de las relaciones procreativas la que oriente una nueva formulación en los vínculos paterno filiales. La filiación es sinónimo de incertidumbre a pesar de que la genética nos brinda una solución para su esclarecimiento.

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de Familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de las normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil; implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

Lo normado en su oportunidad en el Código Civil Ecuatoriano, más que obsoleto y mantenido por tanto tiempo vigente representa una muestra de lo poco efectivo y anacrónico de muchas instituciones jurídicas. Años de trabajo en la formulación de sinnúmero de proyectos de ley en materia filial, la velada esperanza de que la jurisprudencia en familia tome un nuevo rumbo en

pro de la filiación, los procesos de paternidad y maternidad incrementándose día a día, sin encontrar solución, generan como consecuencia lógica y necesaria un proceso especial para investigar la paternidad y maternidad. Normativa que tiene que ir de la mano con la urgente actualización que requieren nuestras leyes en materia de familia, descubrimientos que conducen a la necesidad de generar principios y preceptos jurídicos claros a las nuevas problemáticas.

La filiación amerita ser analizada y regulada con un criterio real, con una tendencia vanguardista propia del pensamiento post moderno. Debe validarse la realidad frente a la formalidad; claro, sin aplastar la esencia de su contenido. Lo que no puede seguir sucediendo es dar la espalda al tecnicismo que es una herramienta maestra en los actuales problemas de orden filial, sobre todo los extramatrimoniales que entrañan uno de los problemas más ardorosos en los más variados planos del pensamiento humano que impone la biología en la naturaleza humana.

El tema de la investigación de la filiación biológica en el campo jurídico, necesariamente se liga al examen de ADN en el juicio de investigación de la paternidad o maternidad, que reafirma el derecho constitucional a la IDENTIDAD que tienen todas las personas.

La posibilidad de investigar la paternidad resulta positiva y coherente don el sistema de reconocimiento de la igualdad de todos los hijos, y su derecho de reconocer su origen biológico, ósea que la posibilidad de investigar la paternidad y maternidad, constituyen un elemento positivo de la protección del hijo, no solo en los aspectos tendientes a su reconocimiento y asistencia, sino también en otros casos en los que tal conocimiento de sus orígenes puede ser de vital importancia y con sus importantes consecuencias de carácter afectivo, familiar, social, psicológico y cultural³⁵.

4.2.4. Derecho de las Personas a Alimentos.

Derecho de alimentos en el Ecuador.

En nuestro país, el derecho de alimentos se contempló como un título, dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, expedido mediante Ley No. 100, y publicado en el Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003, y puesto en vigencia seis meses después de su publicación. Vino a remplazar

³⁵ Wikipedia: Declaración Judicial de la Maternidad y Paternidad; es.wikipedia.org/wiki/Derecho.

el anterior Código de Menores, expedido mediante Ley No. 170 y publicado en el Registro Oficial Suplemento 995, de 7 de Agosto de 1992 que también determinaba el juicio de alimentos a partir de su Art. 66.

Históricamente la legislación ecuatoriana ha generado los Códigos de Menores de 1938, 1944, 1960, 1969, 1976, y 1992, y luego el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003 ahora ya con su primera reforma.

En torno a una mayor celeridad procesal y para responder a las necesidades sociales y el clamor de los/as usuarios/as, en el año 2009 se reformó el CNA sobre el procedimiento de alimentos, por uno más expedito contenido en la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Sin embargo de que mi investigación gira en torno al resultado negativo en la práctica de la prueba de ADN, es importante destacar que en Ecuador, nuestro Código Civil en su Art. 367 determina por ley a quienes se deben alimentos:

“1. Al cónyuge; 2. A los hijos; 3. A los descendientes; 4. A los padres; 5. A los ascendientes; 6. A los hermanos; y, 7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

En lo no previsto en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales”.

Así pues la norma especial, esto es el Código de la Niñez y Adolescencia viene a desarrollar la prestación alimenticia a los hijos, sean estos niños, adolescentes e incluso adultos hasta los 21 años, en caso de estudiar o hijos con discapacidad a quienes se les debe suministrar la pensión de por vida”³⁶.

³⁶ CÓDIGO CIVIL. pdf. Pág. 56.

Contenido del derecho de alimentos.

El Art. 2 de la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CNA) señala la inclusión de varios elementos que vienen a constituir el derecho de alimento y que los definimos escuetamente:

a) **Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente.**- Considerada como una necesidad básica para la vida y consistente en la ingesta de productos sólidos o líquidos sanos, a fin de generar un equilibrio del organismo.

b) **Salud integral.**-Prevención, atención médica y provisión de medicinas.- Para una perfecta armonía y buena condición tanto física como psicológica del alimentario. La Organización Mundial de la Salud la define como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En nuestro país la salud constituye un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible.

c) **Educación.**- Que es la sólida formación que recibimos del saber y de los valores, tanto en instituciones públicas o privadas, formales o no formales, o en el propio hogar, a fin de llegar al conocimiento y entendimiento de las cosas.

d) **Cuidado.**- Entendido como la asistencia y protección que se brinda a una persona, a fin de impedir cualquier tipo de inconveniencia o contingencia, o evitando el sufrimiento de algún perjuicio.

e) **Vestuario adecuado.**- Definido como todo traje o indumentaria que nos permite cubrir nuestra desnudez y así desarrollar nuestra vida diaria ante la sociedad.

f) **Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.**- Conceptualizada como el lugar o espacio físico en que vivimos en forma regular, habitamos, descansamos, pernoctamos, el cual debe estar provisto de servicios tales como agua potable, luz eléctrica, alcantarillado, comunicación, etc.

g) **Transporte.**- Es todo medio que nos permite trasladarnos de un sitio a otro, pudiendo ser propio o suministrado por un tercero, como un servicio público que utilizamos.

h) Cultura, recreación y deportes.- Siendo las manifestaciones que complementan el libre desarrollo de la personalidad de los alimentarios, generando espacios de distracción, diversión, esparcimiento; desarrollando actividades físicas o mentales para la salud.

i) Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.- Para el caso de personas que necesiten desarrollar su independencia mediante procesos de terapias o tratamientos, o mediante la ayuda de aparatos que permitan suplir las limitaciones funcionales que se tengan. El derecho de alimentos debe cubrir y proveer estas vicisitudes que se generen para que el alimentario pueda desenvolverse plenamente.

Este contenido del derecho de alimentos previsto en la ley, cubre ampliamente las múltiples necesidades de un alimentario, y que como vemos, no son pocas, debe entenderse como enunciativo más no taxativo, pues en la diversidad de situaciones que pueden presentarse en la vida, se requerirá el cubrir otras necesidades específicas que se generen, por ejemplo se me ocurre en caso de alimentos congruos el acceso a nuevas tecnologías, necesidades de calidad de vida y desarrollo integral como ayudas arquitectónicas en la vivienda en el caso de alimentarios discapacitados, servicios de seguridad personal, o servicios de enfermeras constantes, materiales o herramientas para aprendizaje de un arte u oficio, pago a terceros por cubrir préstamos que sirvieron precisamente para cubrir los alimentos, viajes de intercambio, etc. Algunos tratadistas incluso mencionan dentro de los alimentos los gastos de sepelio³⁷.

Características del derecho de alimentos.

Constitucionalmente es un deber de los ecuatorianos alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos conforme el artículo 83 numeral 16 de la Carta Magna, deber que posee un plus de protección por cuanto la pensión de alimentos puede ser cobrada incluso con el apremio del alimentante, como más adelante analizaremos. Otras características se encuentran plasmadas en nuestra propia Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. Innumerado 3, entre las cuales tenemos:

³⁷ LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA. Pdf. Pág. 2.

Intransferible.- Es decir, el derecho a alimentos no puede ser sujeto de enajenación ni a título oneroso ni a título gratuito por ser personalísimos cuyo interés además es de orden público familiar.

Intransmisible.- El derecho de alimentos no es susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte, ya que por ser de naturaleza pública familiar y ser un derecho personalísimo, con la muerte del titular se extingue este derecho. El Art. 362 del Código Civil prescribe que: “El derecho a pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”.

Irrenunciable.- Es decir queda prohibido merced a este principio que el niño, niña o adolescente renuncie al derecho de alimentos. Los progenitores, tutores, parientes o terceras personas bajo las cuales se halle su cuidado, no deben ni pueden renunciar a este derecho.

Cualquier estipulación que signifique renuncia se tendrá por no existente o será de nulidad absoluta.

Imprescriptible.- Esto es, que el derecho a pedir alimentos no se lo pierde por prescripción. La prestación de alimentos por ser de naturaleza pública-familiar no está sujeta al recurrir de un período de tiempo determinado para que se extinga. No se debe confundir la prescripción de la pensión de alimentos que anteriormente haya sido fijada, en cuyo caso sí será motivo de prescripción [...]

No admite compensación.- El derecho a alimentos a través de la compensación no extingue la prestación. La compensación como una forma de extinguir la obligación, según el Art. 1583 del Código Civil está prohibida por la naturaleza jurídica y carácter de este derecho. La existencia de la deuda recíproca entre alimentante y alimentado, no es condición permitida para renunciar a pedir alimentos. La compensación no es sino la extinción de la deuda con otra, entre dos personas que se deben en forma recíproca.

No se admite reembolso de lo pagado.- Cuando se haya fijado una pensión alimenticia provisional y posteriormente se lo deje sin efecto aún por orden judicial o voluntariamente, el

alimentado no está obligado de devolver el dinero recibido por este concepto. Es decir no está permitido ni cobro por parte del alimentante ni pago de lo recibido por el alimentado.

Inembargable.- El derecho de alimentos no puede ser sujeto de embargo, ya que su finalidad es la subsistencia del alimentario, es decir se fundamenta en el derecho a la vida y a su conservación, por tanto no puede ser sujeto a imposición de gravamen alguno ³⁸.

Esta inembargabilidad se encuentra respaldada en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 1661 del Código Civil que señala que no son embargables, entre otros: numeral 9: los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación; numeral 12: Los demás bienes que leyes especiales declaren inembargables. Huelga decir que el derecho de alimentos es de ejercicio personalísimo, y además la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, lo declara inembargable, por tanto posee una doble protección en torno a su carácter de no ser sujeto de embargo.

Materia no susceptible de arbitraje.- En razón de su interés social o de orden público, no pueden ser sometidos a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos [...]

Nadie duda que las cuestiones sobre alimentos legales futuros escapen al arbitraje [...] La prohibición al árbitro para conocer y decidir sobre el derecho de alimentos o pensiones futuras ha sido aplicada reiteradamente por los tribunales. Así, por ejemplo, en el curso de la liquidación de una sociedad conyugal y partición de bienes se presentó el problema de si la madre estaba obligada a alimentar a sus hijos con bienes propios; el árbitro de la especie resolvió que ese problema no era de su competencia y tocaba dilucidarlo a la justicia ordinaria. En otro caso, la Corte Suprema afirmó que el partidor de una herencia carece de facultades para declarar si la obligación de dar alimentos, reconocida anteriormente por la justicia ordinaria, continúa vigente o se ha extinguido.

Sobre este punto polémico, como criterio de interpretación, la doctrina ha señalado que no son susceptibles de juicio arbitral, los litigios en que está prohibido el contrato de transacción.

³⁸ IBIDEM.

Ahondando el tema, Gonzalo Uribarri en su libro “El arbitraje en México” menciona que resulta admisible y comprensible que los derechos de alimentos no sean sujetos a comprometer en árbitros, pues a simple vista es un derecho fundamental del individuo que es la subsistencia. Por ende, la materia del divorcio tampoco podría ser materia del arbitraje, si bien la legislación civil sustantiva prevé que, cuando se inicia un divorcio voluntario, el juez tendrá la obligación de señalar dentro del procedimiento la celebración de dos juntas de avenencia a fin de conminar a los divorciantes a que desistan de su intención de separarse, desde luego, no podrá admitirse que si las partes desean continuar el procedimiento, se turne el caso a un árbitro, dada la condición especial y delicada que amerita el proceso de divorcio, de evidente interés público por las consecuencias familiares y sociales implicadas.

Necesita de aprobación judicial para ser transigido.- El Art. 2372 del Código Civil ecuatoriano señala que la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Es una forma pronta de dar por finiquitado un inconveniente presente, ahorrando dinero, tiempo y esfuerzos, y consiguiendo un resultado satisfactorio. En materia de alimentos, cabe la transacción pero de manera restringida, siempre y cuando se respeten los lineamientos legales y no se proponga renuncia de algún beneficio legal. Así, el Art. 2377 del Código Sustantivo Civil señala que la transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 380 y 381, artículos que refieren a la que no puede transmitirse, ni renunciarse, ni transferirse, y menos compensarse, particular que deberá ser observado minuciosamente por el Juez de Niñez y Adolescencia quien al aprobar judicialmente la transacción, le da a ésta la eficacia necesaria para ser ejecutada. Por tanto la transacción en alimentos queda reducida a unos pocos asuntos: la fijación del monto, el cual no deberá ser inferior al establecido en las tablas de pensiones; la forma de pago de la liquidación que se genere, la compensación de valores cancelados en especie, el reconocimiento de haber recibido montos atrasados.

Constituye un derecho especial y de prevalencia.- La peculiaridad de estas reglas que, como ya dije concretan un deber que va más allá de la justicia y llega hasta la caridad, origina esta

característica por la cual las normas sobre alimentos son especiales y por lo mismo prevalecen sobre otras disposiciones de índole más genérica.

Este derecho especial se encuentra regido por su normativa independiente, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, e incluso es administrado por una justicia especializada.

Adicionalmente la Ley reformativa al Código de Niñez en forma expresa otorga prevalencia de sus normas por sobre las de lo civil, por ser las primeras las competentes, las de mayor jerarquía, y ser especiales, lo cual nos sirve para resolver los conflictos que se presenten entre reglas de una y otra materia.

Es un derecho preferente.- Preferencia que se deriva del carácter prioritario y de sobrevivencia que implican para quien tiene derecho a recibirlos, por lo que serán cobrados en primer término, antes que cualquier otro tipo de créditos. El numeral 6 del artículo 2398 del Código Civil señala el privilegio de preferencia para cobro de los alimentos a favor de menores”³⁹.

También hay norma constitucional (Art. 44) que declara la preferencia de derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los demás.

Es continuo.- Mientras no desaparezcan las condiciones por las cuales se encuentra establecido, por ejemplo la edad del alimentario, continuidad que también persiste, pese a no ser pagado o cancelado por el deudor alimenticio, pues tal hecho no significa que el derecho a recibir los alimentos deba cesar.

Algunos autores señalan como características del derecho de alimentos el ser de orden público porque la familia es la base de la sociedad, y ser personal por el carácter de inherente a su titular, pero estos elementos pertenecen más que a una característica, a su naturaleza jurídica, es decir, a su esencia. Otros señalan el carácter de reciprocidad del derecho de alimentos, lo cual tiene valía en nuestro Código Civil, cuerpo normativo que se encarga de los alimentos que se deben a los padres, y éstos a sus hijos.

³⁹ CÓDIGO CIVIL. Pdf. Pág. 305.

Asimismo, hay autores que señalan como característica del derecho de alimentos su divisibilidad, en torno al hecho de que si son varios quienes deben, el importe será repartido entre todos; o al hecho de la forma de pago de la pensión, es decir en forma quincenal o mensual; o de acuerdo con el número de beneficiarios de la pensión, individualizando y dividiendo la proporción que le corresponde a cada uno de ellos. Empero, pienso que más bien estos factores corresponden a las características de la pensión alimenticia, y no al derecho de alimentos, pues lo que se divide a varios obligados es el monto de la pensión, no el derecho de alimentos; lo que se paga en forma mensual, quincenal, semestral, es el importe de la pensión, no así el derecho; y, por último, cada beneficiario ejerce personalmente su derecho de alimentos y lo que se divide a cada uno de ellos es su monto, no así su derecho.

Titulares del derecho de alimentos.

En líneas anteriores ya adelantamos quienes son los titulares del derecho de alimentos; en nuestro país, según el art. innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, tienen derecho a reclamar alimentos:

- 1.** Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;
- 2.** Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,
- 3.** Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse⁴⁰.

Esto de la titularidad no es nada más que reconocer a los niños, niñas y adolescentes –en adelante NNA– como plenos sujetos de derechos, con capacidad y aptitud de ejercerlos por sí

⁴⁰ LEY ROFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADLESCENCIA Y LA FAMILIA. pdf. Pág. 3.

mismos, o a través de un representante; y con plena participación en los aspectos que afectan su vida y su desarrollo integral, a fin de conseguir sus legítimas aspiraciones. Bajo esa nueva óptica, se tiene la relación directa entre la existencia del derecho y la existencia de un titular (sujeto de los mismos). Tanto la Constitución de la República del Ecuador (artículo 45), como el Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 15), y su ley reformativa (Arts. 1 y 4) reconocen a los NNA como sujetos de derecho y no como objetos del mismo, pasando de la doctrina de la situación irregular a la de protección integral, demostrando así, la esencia sobre la titularidad de derechos que ellos poseen.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los Niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño”.

Varios Estados incluyen entre sus acciones el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos a través de actos administrativos tales como autorizarlos a iniciar acciones judiciales, solicitar protección, denunciar situaciones de maltrato o abuso, tramitar documentación. Si bien estos pueden considerarse pasos significativos en el reconocimiento del niño como actor social, resulta discutible su inclusión dentro de las prácticas participativas.

En resumen, la Constitución ecuatoriana del 2008 reitera lo establecido en la Convención sobre los derechos del Niño: reconoce de manera expresa que los niños, niñas y adolescentes son sujetos

plenos de derechos, titulares de todos los derechos además de los específicos de su edad, que requieren una protección especial de parte del Estado, la sociedad y la familia, pero que pueden ejercer de manera progresiva los derechos a ellos reconocidos. Por tanto, son titulares de todas las garantías establecidas en la Constitución para protegerse, individual o colectivamente, de las omisiones o acciones que amenacen o vulneren sus derechos.

¿Qué sucede con la capacidad para poder demandar los alimentos? En torno al tema, debemos hacer un paréntesis. Analicemos lo estipulado en el Art. Innumerado 6 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y la Adolescencia, referente a la legitimación procesal, esta legislación menciona que estarán legitimados para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor (subrayado propio) de un niño, niña o adolescente o de las personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental que les impida hacerlo por sí mismas:

1. La madre o el padre bajo cuyo cuidado se encuentre el hijo o hija y, a falta de ellos, la persona que ejerza su representación legal o quien esté a cargo de su cuidado; y,

2. Los y las adolescentes mayores de 15 años.

Al parecer este articulado nos haría entender que los niños, así como los adolescentes entre doce y quince años, no son sujetos de derechos, sino solo sus padres, quienes demandan alimentos para favorecer a sus hijos, lo cual es totalmente equívoco, pues una cosa es la falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente y otra muy distinta el ser titular de derechos. Es necesario distinguir entre legitimación, capacidad y ser sujeto de derechos. El siguiente párrafo trata el tema:

El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La Corte lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que “la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y de realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su

defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”⁴¹.

Obligados a la prestación de Alimentos.

En Ecuador “los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad. En caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega se obliga en su orden a los abuelos, a los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y a los tíos/as.

Señala además que la autoridad competente, entendida como el Juez, “en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultáneo y con base en sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en su totalidad, según el caso”.

También otorga la oportunidad de que los parientes que hubieren realizado el pago puedan ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre. Manda a que los jueces apliquen de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y que dispongan todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión.

Del articulado podemos analizar inquietudes presentadas, pues el tema de los obligados subsidiarios se ha tornado álgido, presentándose muchas tensiones:

a) Los progenitores tienen la obligación tanto moral como legal de proporcionar alimentos.

Que efectivamente aunque se encuentre afectada de alguna forma la patria potestad de ellos sobre sus hijos, no es excusa para no aportar la pensión alimenticia, pues tarde o temprano esa patria potestad puede recuperarse o ser restituida.

⁴¹ IBIDEM.

b) Que tanto el anterior 130 del Código de la Niñez y la Adolescencia y ahora el actual innumerado 7 de su Ley Reformatoria, aluden que la pensión de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo.

c) Que la imposición de los obligados subsidiarios a pasar alimentos, no es de reciente data ni apareció con la ley reformativa del año 2009, sino que dicha subsidiariedad ya existió con el Código de 2003, solamente que el orden era distinto, así el Art. 129 ya reformado decía que después del padre y la madre, venían los hermanos del alimentario que hayan cumplido dieciocho años, los abuelos y por último los tíos. Aún más, el mismo Código de Menores del año 1992 señalaba el origen y el orden de los obligados subsidiarios indicando textualmente que “A falta o por impedimento de los padres, estarán obligados a suministrar alimentos al menor, en su orden, sus ascendientes, sus hermanos y sus tíos”.

d) Para aplicar la demanda a los subsidiarios, ¿qué deberíamos entender por ausencia? Es la pregunta que muchos se formulan.

En derecho, ausencia es la situación de quien se encuentra fuera del lugar de su domicilio, sin que se sepa su paradero, sin constar además si vive o ha muerto, y sin haber dejado representante.

En su concepto simple y elemental, la palabra ausencia es la falta de una persona, es la circunstancia de no estar alguien presente. Por tanto, y al aplicar el Art. 18 del Código Civil sobre la interpretación de la ley, en su numeral 2 nos señala que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Entonces, debe juzgarse como presupuesto para demandar a los subsidiarios, la ausencia tanto temporal como definitiva de los obligados principales.

Avalando este hecho, el sentido común nos señala que si por ausencia total o definitiva se puede demandar a los subsidiarios (por ejemplo la muerte del obligado principal); con mayor razón se lo puede hacer cuando la ausencia es temporal, (casos en que el obligado principal se encuentra en el extranjero). Así damos aplicación a la máxima latina del derecho a maiori ad minus, (quien puede lo más puede lo menos).

Una reciente consultoría solicitada por el Ministerio de Inclusión Económica y Social, cuyo objetivo era medir el impacto de la tabla de pensiones alimenticias mínimas (creación de reciente data, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia el 25 de septiembre del 2009, para ser reformadas en dos ocasiones, y cuyo objetivo es fijar el piso de las pensiones alimenticias), nos llamó la atención en torno a los obligados subsidiarios, colocamos un extracto de lo mencionado:

Se conoce que en las judicaturas es alto el índice de demandas rechazadas si no se justifica primero la imposibilidad de contactar al obligado principal. “Es casi imposible demandar a un subsidiario porque para probar la ausencia del principal el juez exige publicación en un diario nacional y el costo es demasiado alto, no amerita ese gasto cuando las pensiones son tan bajas”. Por otro lado, se cuestiona que en estos casos los jueces no siempre aplican los distintos niveles de la tabla pues solo se aplica el nivel más bajo aunque los ingresos sean superiores. Algunos de los jueces mencionan que siempre existió la responsabilidad de los alimentantes subsidiarios, solo que ahora se facilitó la prueba pues se ampliaron las posibilidades para “saltarse” al principal. Desde los abogados patrocinadores, se menciona que los jueces aceptan demandas solo si se justifica plenamente la ausencia del principal, no aceptan declaraciones juramentadas como prueba pero tampoco han exigido publicaciones en la prensa. Destacan que es más fácil probar cuando el padre ha migrado porque solo se pide el movimiento migratorio.

De estos criterios recogidos que determinan que en caso de ausencia temporal del obligado principal, debería demandárselo a éste con publicaciones por la prensa en caso de que se desconozca su domicilio o individualidad, posición que es clara y que no la rebatimos, siempre y cuando se demande al principal únicamente; pero esto en nada obstruye el hecho de que el accionante prefiera demandar a los obligados subsidiarios, señalando y comprobando esta ausencia del principal, mediante otros medios, y así proseguir la causa, lo cual no significa “saltarse” al principal sino ampararse en la ley para demandar pensión alimenticia a los subsidiarios obligados.

Importante es destacar el criterio de Farith Simon, quien nos ayuda sobre el particular: la obligación se transfiere o se comparte con el siguiente grupo cuando se da alguna de las

condiciones señaladas en la norma: falta (entendida como ausencia temporal o definitiva de la persona obligada); impedimento (debe entenderse que es un impedimento de hecho, por ejemplo una enfermedad por la que no pueda asumir la obligación, la privación de la libertad, o un impedimento legal como la interdicción por demencia, etc.); e insuficiencia de recursos (que no permita cubrir las necesidades del menor de edad).

Entonces, para que opere la demanda en contra de los subsidiarios se requiere: comprobar fehacientemente la ausencia o los otros hechos enunciados en la ley, del obligado principal. Esta comprobación debe hacerse al momento de presentar la demanda, no después, ni en la audiencia única. En parte es sano fijar desde un inicio esta prueba, para que la demanda contra los subsidiarios pueda prosperar, porque llegar a la audiencia única y no demostrar la ausencia, impedimento, insuficiencia o discapacidad del obligado principal, haría inoficiosa toda la demanda, provocando un desgaste innecesario en la utilización de la administración de justicia. El Capítulo I, literal b) del Acuerdo Nacional de Buenas Prácticas para la aplicación de la Ley Reformatoria al Título V, libro Segundo, “del derecho a alimentos”, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, aprobado por el Pleno del Consejo de la Judicatura y creado como una guía para viabilizar la Ley Reformatoria, confirma nuestra posición:

b) En cuanto al inciso segundo del Art. innumerado 5, se estima que la actora con la presentación del formulario, deberá dar estricto cumplimiento a la comprobación (ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad del padre o madre demandado-a), utilizando para ello los medios probatorios previstos en el Código Adjetivo Civil y/o Ley Notarial (Información Sumaria, Declaración Juramentada, movimiento migratorio, etc.), a fin de viabilizar que la prestación de alimentos sea pagada o completada por los obligados subsidiarios, bajo prevenciones de abstención y/o archivo.

De otro lado se debe tomar en cuenta que, si la actora al presentar el formulario de demanda no reclama en sus pretensiones a los obligados subsidiarios ni pide se los cite, no procede que éstos sean los que cumplan con el pago de los alimentos, atento lo dispuesto en el Art. innumerado 22.

Reafirmando lo dicho en líneas precedentes: se debe probar primero la situación de los obligados principales, bajo prevención de abstención o archivo de la causa; sólo así se puede accionar a los

subsidiarios; de igual manera se debe solicitar y consignar en el formulario la citación de los subsidiarios para que ejerzan su derecho a la defensa. Dicho requisito se correlaciona con el Art. Innumerado 23 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y la Adolescencia, que ordena que para otorgar el apremio personal de los obligados subsidiarios, debe habérselos citado primeramente con la demanda de alimentos”⁴².

De los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas Personas

Art. 367.- Se deben alimentos:

1o.- Al cónyuge;

2o.- A los hijos;

3o.- A los descendientes;

4o.- A los padres;

5o.- A los ascendientes;

6o.- A los hermanos;

7o.- Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.

Art. 368.- Las reglas generales a que está sujeta la prestación de alimentos, son las siguientes, sin perjuicio de las disposiciones especiales que contiene este Código, respecto de ciertas personas.

Art. 369.- Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.

Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social.

Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida.

⁴² IBIDEM.

Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria.

Art. 370.- Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los cuatro primeros numerales y en el último del Art. 367, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia, y generalmente en los casos en que el alimentario se haya hecho culpado de injuria grave contra la persona que le debía alimentos.

En caso de injuria atroz cesará enteramente la obligación de prestar alimentos.

Art. 371.- Los incapaces de ejercer el derecho de propiedad no lo son para recibir alimentos.

Art. 372.- El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los enumerados en el Art. 367, solo podrá hacer uso de uno de ellos, prefiriendo, en primer lugar, al que tenga según los numerales 1o. y 7o;

En segundo lugar, al que tenga según los numerales 4o. y 5o;

En tercer lugar, el de los numerales 2o. y 3o;

El del numeral 6o. no tendrá lugar sino a falta de todos los demás.

Entre varios ascendientes o descendientes debe recurrirse a los de próximo grado.

Solo en caso de insuficiencia del título preferente, podrá recurrirse a otros.

Art. 373.- Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento razonable; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria.

Cesa este derecho a la restitución contra el que, de buena fe y con algún fundamento razonable, haya intentado la demanda.

Nota: Aparentemente se cambia la jurisdicción del Juez de lo Civil por la del Tribunal de Menores, según el artículo 78 del Código de Menores.

Art. 374.- En el caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en el dolo.

Art. 375.- En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.

Art. 376.- Tanto los alimentos congruos, como los necesarios, no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, o para sustentar la vida.

Art. 377.- Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas.

No se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado, por haber fallecido.

Art. 378.- Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

Con todo, ningún varón de aquellos a quienes solo se deben alimentos necesarios, podrá pedirlos después que haya cumplido dieciocho años, salvo que por algún impedimento corporal o mental, se haya inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle.

Art. 379.- El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne, a este efecto, en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o sus herederos, luego que cese la obligación.

Art. 380.- El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.

Nota: Aparentemente reformado por el artículo 73 del Código de Menores.

Art. 381.- El que debe alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba a él.

Art. 382.- No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor.

Art. 383.- Las disposiciones anteriores, de este Título, no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.

Art. 384.- Las asignaciones alimenticias en favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Y si las que se hacen a personas que por ley no tengan derecho a alimentos, fueren más cuantiosas de lo que corresponda según las circunstancias, el exceso se imputará a la misma porción de bienes⁴³.

Art. 126.- Ámbito y relación con las normas de otros cuerpos legales. – El presente Código regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos que se señalan en el artículo 128. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.

Art. 127.- Naturaleza y caracteres. - Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago.

⁴³ CÓDIGO CIVIL. Pdf. Págs. 56-58

Lo anterior no se aplica a las pensiones de alimentos que han sido fijadas y se encuentran adeudadas, las que podrán compensarse, se transmiten activa y pasivamente a los herederos, y la acción para demandar su pago prescribe según lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil.

Art. 128.- Titulares de este derecho.- Tienen derecho a reclamar alimentos:

1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados;
2. Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y,
3. Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos.

Art. 129.- Obligados a la prestación de alimentos. - Están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en el artículo anterior, en su orden:

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;
2. Los hermanos que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;
3. Los abuelos; y,
4. Los tíos.

Si hay más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el Juez regulará la contribución de cada una en proporción a sus recursos. Solamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso.

Art. 130.- Procedencia del derecho aun en el caso de que el derechohabiente y el obligado no estén separados.- La prestación de alimentos procede aun en los casos en que el derechohabiente y el obligado convivan bajo el mismo techo⁴⁴.

4.2.5. La Prueba de ADN.

Hasta hace algunos años, legislaciones como la Inglesa, Española y Francesa, imposibilitan el reconocimiento de los hijos naturales; hoy en día se puede afirmar que todos permiten, que se reconozcan los hijos extramatrimoniales, al establecer, por una parte, la posibilidad que se investigue la maternidad o paternidad, y por otra, el que se pueda impugnar la una o la otra, cuando se establece a quién se le imputó un hijo fecundado por él, no es realmente quien lo engendró.

El derecho a conocer la verdadera filiación, es el derecho a conocer la identidad de la persona humana; en la actualidad y gracias a la ciencia el concepto jurídico de la filiación legítima, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se encuentra ligado y al alcance de la verdadera y única realidad biológica.

El establecimiento con certeza de una paternidad o una maternidad, ante las instancias judiciales, reclama la existencia de normas que permita que todo individuo sea tenido como hijo de quien biológicamente lo procreó o fecundo. En este orden de ideas, todo ordenamiento legal que obstruya a la verdad en los asuntos de filiación, atenta contra los derechos constitucionales. Conocer la verdad biológica ante una supuesta paternidad o maternidad, es un derecho y para ello se debe acudir al estudio científico que permita despejar toda duda con certeza absoluta.

Por ser la familia la institución base de nuestra sociedad, los asuntos de filiación (como son la investigación de la paternidad o la maternidad y su impugnación) solo pueden ventilarse y fallarse en aras a la verdad biológica, excepción hecha de actos de voluntad que se escapan a esa realidad biológica, como es el caso de los procesos de adopción. Hoy en día, el derecho a conocer la verdadera identidad de la persona reclama normas que permitan y agilicen este tipo de

⁴⁴ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA Niñez, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA. Pdf. Pág. 31.

procesos; todo ser humano tiene derecho a ser tenido como hijo de quien biológicamente lo procreó.

Evolución Histórica.

El problema de la determinación de la paternidad es tan antiguo como de la humanidad y, hasta 1900 el único criterio que permitía establecerla o negarla era el parecido físico, a todas luces un medio poco idóneo y totalmente arbitrario, que conducía a resultados subjetivos carentes de fiabilidad, y de todo fundamento legal y fáctico.

Posteriormente, se abrió un nuevo sendero en la práctica de pruebas biológicas, acerca de las cuales no entraré en detalles, ya que sus connotaciones y particularidades corresponden a la rama de la medicina. No obstante, a grandes rasgos y de manera histórica:

En el año de 1900 Karl Landsteiner descubrió el sistema de los grupos sanguíneos, mediante los antígenos tipo A o tipo B que podían estar o no asociados a los glóbulos rojos, sistema éste que se conoce como ABO y que fue reconocido por la comunidad científica hacia el año de 1915 y dilucidado como patrón de herencia en el año 1924 por Félix Bernstein.

El sistema ABO se utilizó legalmente por primera vez y con gran eco en 1924, en Alemania; pero su utilización procedía de las justicias Italianas, Escandinava y Austriaca. En los Estados Unidos de Norteamérica, la asociación médica aprobó el uso de esta técnica en 1937.

Los resultados obtenidos con el sistema ABO dependían de la preponderancia de los grupos sanguíneos y de las similitudes étnicas de la población: en los casos de poblaciones diversas, la paternidad queda descartada y su probabilidad, totalmente descartada, esto es, arrojaba como resultado de paternidad del 0%, pero en los casos de similitud de grupos sanguíneos y etnia el resultado era el de la probabilidad de la paternidad biológica sin establecer un índice de certeza; pero entre más común era el grupo sanguíneo, menor era la probabilidad de paternidad.

Cabe mencionar que no obstante las investigaciones realizadas con el sistema ABO, en 1927 se descubrieron las técnicas MNss y P.

En 1940 Levine y Stetson descubrieron el sistema Rh y se empezaron a describir nuevos subgrupos; sin embargo, con este sistema al igual que con el anterior, lo único que podía establecer con el 100% de certeza era la exclusión de la paternidad, es decir, cuando el pretendido progenitor no era el procreador biológico.

El descubrimiento de los antígenos, asociados a los glóbulos blancos, conocido como sistema HLA, también permite establecer la paternidad mediante patrones hereditarios pero de una manera más sofisticada. Cuando se empezó a utilizar la técnica del ADN, aplicada a los antígenos HLA, se llegó a resultados de paternidad probables con índices de certeza al 80% valor que aún era insuficiente para designa inequívocamente al verdadero padre biológico.

En 1985, se descubrió por primera vez el uso de la técnica RFLP en la que se utilizan enzimas llamadas de restricción, para cortar el ADN mediante electroforesis en gel, en sitios conocidos por su gran variabilidad en la búsqueda de una secuencia específica, que varía de una persona a otra.

Con los avances a los que ha permitido llegar a la ciencia, la técnica de ADN se utilizó por primera vez en 1987, en los Estado Unidos de Norteamérica, por un Tribunal de la Florida. Esta técnica consiste en un estudio molecular que permite generar perfiles genéricos para así establecer si el presunto padre o madre debe ser incluido o excluido. La exclusión de la paternidad o maternidad mediante la técnica ADN es irrefutable.

Desde mediados de la década de los noventa esta técnica se encuentra catalogada como tecnología de punta, ya que ofrece certeza, permite establecer la verdad y descartar todo posibilidad de duda, el ácido desoxirribonucleico ADN, está formado por azúcar (2-desoxi-D-ribosa), por ácido fosfórico y por bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y timina). La estructura del ADN es de doble hélice y se encuentra en las bases nitrogenadas (adenina con timina y guanina con citosina), en el interior de la molécula, y los grupos fosfatos en el exterior.

Las dos hebras que forman las cadenas del ADN presentan orientaciones opuestas y pueden separarse mediante la acción del calor o de determinadas sustancias químicas, hecho que da lugar al proceso de desnaturalización, el cual es reversible. El ADN es el soporte físico que contiene toda la información genética y se define como gen cada una de las porciones de su

molécula que se pueden traducir en una proteína. El ADN que determina el código genético se encuentra físicamente en el núcleo de las células en distintos sectores que forman los cromosomas. Las diferencias entre el ADN de los individuos se halla en la porción y en el orden como se suceden los pares de bases púricas y pirimidínicas que son las que establecen la especificidad y la diferencia para cada individuo.

Definición de la Prueba Técnica de ADN en los Procesos sobre Filiación.

La prueba de paternidad o maternidad basada en el ácido desoxirribonucleico ADN es la técnica médica, biológica y científica que permite establecer la identidad genética (huella genética única que permite conocer la verdad biológica sin lugar a equívocos) y la relación filial legítima respecto de quien engendró o procreó. El ADN es el material genético que se encuentra en las células del cuerpo por eso es el medio más idóneo en materia de identificación, es la huella genética de cada ser humano, es vida.

Cada célula contiene 46 cromosomas, a excepción de los espermatozoides y de los óvulos, que tan solo tienen, 23 cromosomas cada uno, por ende es necesario la unión de estos dos (espermatozoide y óvulo), que suman 46 cromosomas para procrear una persona. Se observa así que cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica. Los cromosomas son las estructuras del núcleo de la célula eucariota que consiste en moléculas de ADN que contienen genes y proteínas; genotipo es el conjunto de genes de un individuo o de una especie (son los genes los que contienen la información genética hereditaria), y los alelos son las formas alternativas de cada gen que se heredan del padre o de la madre, los cuales controlan cada rasgo o carácter.

La prueba de ADN es la prueba más precisa para determinar la paternidad o maternidad, según el caso; cuando el hijo no contiene dos o más de los marcadores genéticos del supuesto padre o madre, significa que biológicamente él o ella no es el padre o la madre; queda así, gracias a la ciencia, excluida la paternidad o maternidad, en un 100% es decir, con una certeza total, que se traduce en una paternidad o maternidad del 0%⁴⁵.

⁴⁵ Wikipedia. La prueba de ADN; es.wikipedia.org/wiki/prueba.Derecho.

El Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, en su Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada;

2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil;

3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen;

4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el Juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado, el Juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del Sistema que cubra el costo del examen.

Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior;

5. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales, incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad o maternidad; y,

6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco⁴⁶.

De lo establecido en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, se puede determinar que solo regula la práctica de la prueba de ADN, cuando el resultado de la prueba es positivo; y establece en forma muy clara y concisa los pasos a seguir dentro de un juicio de paternidad o maternidad; pero en cuanto tiene que ver al resultado negativo de la antes referida prueba el Código se limita a tener un mero enunciado en la que manifiesta que se deberá rembolsar los gastos sufragados por el presunto padre y la presunta madre pero en ningún momento establece las reglas o pasos a seguir a la personas que se encuentran inmersas en este tipo de juicios y que a mi parecer se los está dejando en estado de indefensión, porque se supone que así como hay reglas para la prueba es positiva , debería también establecer reglas o normas para el resultado negativo de dicha prueba.

De lo manifestado en líneas anteriores me pare que el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia necesita de manera urgente una reforma, principalmente en lo que tiene que ver a los resultados de la prueba de ADN, tanto para el resultado positivo así como también para el resultado negativo y se esté acorde con la que prescribe nuestra Carta Magna sobre la igualdad de los derechos para todas las personas dentro de todas la ramas del derecho.

Pues no considero justo que personas inescrupulosas amparadas en lo que dispone el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, se sirvan de artimañas para conseguir una pensión alimenticia y el reconocimiento de la identidad de un niño, niña o adolescente; dejando a estas

⁴⁶ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA. Pdf. Págs. 31-32.

persona que se encuentran inmersas en este tipo de juicio en acefalia jurídica y sin pensar en las consecuencia que le podrían acarrear, es más y por hacerlos litigar en contra de su voluntad no solo perjudicándolos de manera económica, moral, poniendo en tela de juicio su dignidad y su buen nombre, considero necesario que el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia debería tener reglas muy especiales y específicas para este tipo de juicios que no vulneren los derechos de ninguna de las dos partes; puesto que así como reza el mencionado Código se vulneran muchos derechos que la Constitución garantiza a todas las personas dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia social.

En conclusión considero necesario una reforma al anterior Art. 131 numeral 2 del Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, hoy Art. Innumerado 10 literal b), en la que se establezca de forma definitivas las reglas a seguir cuando el resultado de la prueba de ADN, es negativo considerando la mala fe con la que actúan las persona y que dentro de la misma resolución se le dé un término de 24 horas a que reembolsen los gastos sufragados por el presunto padre y que se califique a esta acción como maliciosa y temeraria, y de oficio se les siga un juicio penal por obrar de mala fe, por querer destruir la dignidad, la honra y buen nombre de las personas inmiscuidas en este tipo de procesos; y que a mí criterio muy personal el mencionado Código debería contemplar una sanción que aquellas personas que pretendan conseguir una paternidad e incluso un pensión de alimentos, para un niño, niña o adolescente, empleando artificios o mala fe para conseguir de la justicia una resolución o sentencia a su favor.

CAPITULO III

4.3. Marco Doctrinario.

4.3.1. De la Prueba de ADN, en el Derecho Comparado.

El fundamento de fondo para un análisis sobre la primacía de la protección integral de la niñez, la maternidad, la paternidad y la familia, debe descansar en gran medida en el examen de los vínculos filiales y del parentesco; cuyas características son la certeza y la inalterabilidad. Si bien el procedimiento es de contenido exclusivamente civil, la materia que se aborda y los derechos que en ella se discuten permiten claramente un análisis desde la perspectiva constitucional, tomando en consideración principalmente los siguientes puntos en debate:

- La filiación, como derecho social.
- El derecho a la identidad y su relación con la filiación.
- El derecho a la investigación de la paternidad
- El derecho a conocer el propio origen biológico
- La legalidad constitucional de la aplicación de pruebas biogenéticas para verificar una relación filial y su contraposición con los derechos fundamentales de la persona.

La filiación, como relación jurídica familiar y primordial, tiene un sustento legal muy rico.

De inicio podemos citar la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, y la cual establece de manera genérica en su principio VI, el derecho que tiene el niño a desarrollarse en un ambiente pleno y armonioso con amor y comprensión, al amparo y responsabilidad de sus padres.

Continuando con ello, tenemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre 11 de 1966; y el cual proclama en su artículo 24 el derecho que tiene todo niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere y otorgadas por su familia, al cual le va seguidos, la sociedad y el Estado.

Este principio de igual forma es recogido por la Convención americana de derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica, el 28 de noviembre de 1969, en su artículo 19, y por el protocolo adicional a dicha Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales, suscrito en el Salvador el 17 de noviembre de 1988.

Además, podemos señalar la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada en la convención de Nueva York, EUA, el 20 de noviembre de 1989; la cual, le otorga la protección de la identidad en sus artículos 7.1 y 8; los cuales exigen mediante el compromiso de los Estados partes, a incorporar en sus sistemas legales, el derecho que tiene el menor a ser inscrito en un registro a su nacimiento, tener un nombre, nacionalidad y conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, así como de gran importancia, el respeto por los Estados al derecho del niño a su identidad lo cual supone vincularlo a sus padres, a las relaciones familiares y en caso de ser privados de lesa identidad, a prestar asistencia y protección apropiada para restablecerla.

En el caso europeo, no se puede dejar de mencionar el caso de la Carta europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de julio de 1992, en la cual se reconoce en su punto 7.11, la existencia del derecho a la protección de la identidad, partiendo de una concepción básicamente biológica del mismo y estableciendo que todo niño tiene derecho a la protección de su identidad, facultándolo a conocer las circunstancias necesarias para saber su origen biológico.

Estas normas internacionales tienen jerarquía constitucional al ser tratados relativos a derechos humanos. Son entonces, normas constitucionales que priman sobre las ordinarias en el sentido de que debe prevalecer el establecimiento de una filiación por sobre cualquier otro interés.

De esta manera se debe entender el derecho supremo del menor frente al derecho de sus progenitores, aun sabiendo que nos representará un conflicto de intereses, pero debemos aplicar la máxima jurídica de *in dubio pro filii* (en caso de duda ha de estarse al interés preponderante de los hijos), entendido como un axioma del antiguo *in dubio contra libero naturales* y el *in dubio pro liberis naturalibus*, dando como se ha mencionado una protección mayor a los hijos, sea cual fuere su origen, y reconociéndoles el derecho a saber su identidad. Desde la perspectiva procesal debemos recordar, en este sentido, que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley.

En América podemos señalar las constituciones de Bolivia de 1954, Venezuela de 1961, Panamá 1946 y Cuba de 1992, las cuales han regulado el presente aspecto, orientando su rumbo hacia el descubrimiento de la verdad de la filiación a través de todos los medios probatorios posibles.

Por lo antes citado es que podemos considerar que la investigación de la paternidad es un derecho y a la vez un deber implícitamente reconocido, ya que, aunque no existe norma expresa, todo individuo tiene derechos fundamentales implícitos, y por lo regular incluidos en un marco constitucional, en un Estado democrático y que contiene derechos representados en un conjunto de principios y valores humanos; así es como el derecho a indagar la filiación, el derecho a la identidad personal y el estado civil de familia, que se conecta íntimamente al anterior, el derecho a integrar una familia y a gozar de su protección, son derechos que deben estar debidamente protegidos a toda persona.

En este punto, es de considerar que la lucha jurídica más difícil y larga ha sido la encaminada a lograr que en el proceso de filiación se permita la libre investigación de la paternidad y de la maternidad en los códigos civiles o familiares, para lo cual, además de otros factores, han servido eficazmente los últimos avances científicos referidos a las pruebas biológicas de la filiación.

Pero el derecho de conocer los orígenes, desde otro punto de vista, puede ser igualmente exigido por los progenitores, quienes por cualquier causa que pudiera originar el alejamiento entre ellos y sus hijos, siempre tendrán el derecho de saber cuál es su descendencia para poder así unificar los lazos filiales que le unan con otros individuos, por tal razón, en materia internacional, los gobiernos de los diversos países tendrían que unificar las formas por las que los ciudadanos podrían llegar a conocer esta verdad filial, como se ha hecho en un primer momento mediante tratados internacionales; pero en un segundo momento, se ha planteado la exigencia de la creación de leyes nacionales que contengan en forma igual a otras, el ejercicio de estos derechos.

Por lo que me encuentro en la necesidad de comparar el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia del Ecuador con algunos otros cuerpos legales sobre si alguno tiene una norma clara y precisa para regular la prueba de ADN con el resultado de la misma es negativo:

4.3.2. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay.

El Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay en su capítulo XV, que versa sobre la investigación de la paternidad o maternidad en su articulado establece en el Art. 197. **(Principio general)**: “Las acciones de investigación de la paternidad o maternidad se regularán exclusivamente por las disposiciones contenidas en este Capítulo.

La paternidad o maternidad declaradas asegurarán al niño y adolescente todos los derechos correspondientes a la filiación natural, en especial, los derechos hereditarios inherentes a la misma, así como los alimentos necesarios para su desarrollo y bienestar y el derecho a llevar los apellidos de quienes resulten declarados como sus padres”.

En lo principal y concerniente al tipo de pruebas que admite el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay para determinar la maternidad o paternidad el Art. 204. **(Admisión de pruebas)**, determina lo siguiente: “En esta clase de juicios serán admisibles todas las clases de prueba. La no colaboración para su diligenciamiento sin causa justificada, será tenida como una presunción simple en su contra.

La excepción de mala conducta no tiene eficacia perentoria.

Deberá oírse preceptivamente al Ministerio Público.

En definitiva el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay establece la acción a seguir cuando se ha actuado con engaño o en forma maliciosa en su Art. 205 determinando lo siguiente: **“(Maniobras artificiosas).- Cuando de la denuncia sobre paternidad o maternidad, resultase el empleo de maniobras artificiosas, se pasarán los antecedentes al Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal”⁴⁷.**

Análisis e interpretación de autor

De lo establecido en cuanto se relaciona a la investigación de la paternidad o maternidad dentro del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay este determina de una manera muy general que acepta todas las pruebas que este código le permite para que se pueda demostrar la

⁴⁷ CÓDIGO DE LA NIÑEZ DE URUGUAY. Pdf. Págs. 70, 72.

paternidad o maternidad dejando al libre albedrío a las partes litigantes inmersas en estos procesos para que presenten todo tipo de prueba para poder probar o negar la paternidad o maternidad; comparado con el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador existe una gran diferencia en cuanto al tipo de pruebas y como se las deben realizar, los términos en las que se pueden realizar y sobre todo en especial y cuanto tiene que ver a la práctica de la prueba del ADN, se determina de forma muy clara cuando, como y donde se la debe realizar.

Además que existe una regla muy clara para el resultado de la prueba de ADN es positiva, y todos los pasos a seguir dentro de este procedimiento; lo que si establece de forma concisa el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, que quien demanda la investigación de paternidad o maternidad de forma mal intencionada o con maniobras artificiosas el proceso, pasarán los antecedentes al Juzgado Letrado de Primera Instancia de lo Penal de turno en la fecha que se invocó el engaño; entendiéndose que este juzgado actuará de oficio para procesar a la persona que obró de mala fe en este tipo de procesos.

En conclusión el Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay, determina en forma clara y precisa la medios de prueba existente para establecer la paternidad o maternidad dentro de un proceso de la investigación de la paternidad pero así también como ya lo en mencionado en líneas anteriores existe una regla muy concisa y determinante para aquellas personas que actúen u obran de mala fe dentro de un proceso judicial tan delicado como es la investigación de la paternidad e identidad de un niño, niña o adolescente y que a mi modesto criterio me parece una manera acertada y equilibrada de impartir justicia para cualquiera de las partes que intervengan en este tipo de procesos.

4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica.- En el Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica en su Capítulo III se establece el derecho a la vida familiar y a percibir alimentos cuyos artículos pertinentes con la investigación que estoy realizando versan lo siguiente:

Artículo 29°-Derecho integral. El padre, la madre o la persona encargada están obligados a velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años.

Artículo 38°-Subsidio supletorio. Si el obligado preferente se ausentare, presentare incapacidad temporal o imposibilidad de hecho para cumplir con el deber de brindar alimentos a una persona menor de edad o una embarazada, el Estado le brindará supletoriamente los alimentos por medio de la incorporación de estas familias a procesos de promoción social y desarrollo humano, mediante programas interinstitucionales en los que, de acuerdo con su situación particular, intervendrán el Instituto Mixto de Ayuda Social, el Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Salud o cualquier otro necesario para garantizar un tratamiento integró a la familia con el apoyo de las redes de la sociedad civil organizada, establecidas para tal fin. Las embarazadas tendrán derecho al subsidio únicamente durante el período prenatal y de lactancia. Cuando los alimentos son reclamados en sede judicial y se constate que ocurre alguna de esas circunstancias, el juez gestionará el subsidio ante el Instituto Mixto de Ayuda Social.

Artículo 39°-Acuerdos sobre alimentos. Los acuerdos sobre alimentos pactados entre las partes tendrán carácter de sentencia ejecutoria, siempre que se homologuen ante la autoridad judicial competente. La suma cobrada podrá deducirse directamente del salario o según las formas establecidas por ley.

Cuando se incumpla el acuerdo de alimentos, la parte interesada acudirá a la autoridad competente y pedirá la ejecución de lo acordado sin necesidad de plantear el proceso de alimentos. La solicitud de ejecución podrá ser verbal⁴⁸.

Por otra parte en el Código de la Familia de Costa Rica establece de forma clara y precisa en su Capítulo V la Declaración de la Paternidad o Maternidad los cuales versan:

Artículo 91: Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y la maternidad.

Artículo 92: La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba.

⁴⁸ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE COSTA RICA. pdf. Págs. 9, 12, 13.

Se presume la paternidad del hombre que, durante el periodo de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código. (Adicionado este párrafo por el artículo 2 de la ley N°7532 del 8 de agosto de 1995).

Artículo 94: Es permitida la investigación de paternidad del hijo por nacer.

Artículo 95: La investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento.

Si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años.

Sin embargo, en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados. Ley N° 5.476. Código de Familia Page 16 of 50http://www.iin.oea.org/badaj_v/docs/lcofcr74.htm 10/14/2011| Lo dispuesto en este artículo ha de entenderse sin perjuicio de las reglas generales sobre prescripción de bienes.

Artículo 96: Cuando el Tribunal acoja la acción de declaración de paternidad podrá en la sentencia condenar al padre o reembolsar a la madre según principios de equidad, los gastos de maternidad y los alimentos del hijo durante los tres meses que han seguido al nacimiento.

Artículo 97: Por el reconocimiento o declaración de paternidad o maternidad, el hijo entra jurídicamente a formar parte de las familias consanguíneas de sus progenitores, para todo efecto.

Artículo 98: En todo juicio de investigación o de impugnación de paternidad, es admisible la prueba de los grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos, con el objeto de probar la no paternidad y siempre que ésta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia.

La parte que sin fundamento razonable se niegue a someterse a la práctica de esa prueba dispuesta por el Tribunal, podrá ser tenida como procediendo con malicia. Además, esa circunstancia podrá ser tenida como indicio de la veracidad de lo que se pretende demostrar con dicha prueba. (Reformado por el artículo 1° de la ley N° 5895 de 23 de marzo de 1976).

Artículo 99: No se admitirá la acción de investigación cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado.”⁴⁹

Análisis e Interpretación del autor.

En definitiva el Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica establece de forma clara los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes tanto a percibir alimentos como a gozar del seno de su familia y que por algunas excepciones este mismo Código establece a que institución del estado deben acudir para que les presten la ayuda necesaria para el menor a quien se le están vulnerando sus derechos determinados en este Código.

Por otro lado este mismo código establece la forma en que se puede llegar a acuerdo tanto la madre con el padre para la prestación de alimentos y que asimismo existen reglas a las que están sometidas las partes, y en caso de incumplimiento estas estarán sujetas a las disposiciones que establezcan los jueces competentes en la materia.

En conclusión el Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica versa sobre los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes para percibir alimentos, asimismo las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de estos derechos y de brindar las debidas garantías y protección que necesitan.

En cambio el Código de la Familia de Costa Rica, tiene determinadas las normas en su capítulo V, para la declaración de la paternidad o maternidad y que se acepta la prueba de los grupos sanguíneos y otros grupos genéticos con el objeto de probar la no paternidad y siempre que esta sea evacuada por el Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia; en fin puedo manifestar que tanto el Código de la Niñez y Adolescencia, Código de la Familia de

⁴⁹ CÓDIGO DE LA FAMILIA DE COSTA RICA. Pdf. Págs. 16, 17.

Costa Rica; y, el Código Orgánica de la Niñez y Adolescencia de nuestro país tienen mucha similitud, salvo en algunas cosas que por ejemplo nuestro código no establece como la práctica de la prueba en las niñas que están por nacer y la creación de algunas instituciones destinadas a colaborar tanto con subsidios como con la ayuda necesaria para los padres que no tienen trabajo para reinsertarlos en el campo laboral; pero en lo que tienen mucha coincidencia es que ninguno de los códigos tanto los de Costa Rica como el de Ecuador no tienen establecido ninguna norma o regla que verse sobre los resultados negativos de la práctica de la prueba de ADN, para saber qué tipo de sanción merecen las personas que inician un proceso de la declaración de la paternidad cuando intervienen con mala fe, que difaman e injurian al honra de las personas e incluso que las obligan a litigar sin querer.

4.3.4. Código de la Niñez y Adolescencia de Colombia.-El Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia se limita a establecer las reglas a seguir para la reclamación de alimentos, las medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria, sobre las prohibiciones en relación con los alimentos, la prelación de los créditos por alimentos etc.

Pero en cambio en la República de Colombia, para demandar o impugnar la maternidad o paternidad se ha creado la Ley 721 del 2001 (24 de diciembre), en la que se encuentra contemplados algunos artículos que versan sobre la práctica de la prueba de ADN:

Artículo 7o.- En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

PARÁGRAFO 1o.- Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos esperticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

PARÁGRAFO 2o.- Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

PARÁGRAFO 3o.- El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;

b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;

c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;

d) Frecuencias poblacionales utilizadas;

e) Descripción del control de calidad del laboratorio.

ARTÍCULO 2o.- En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad.

En aquellos casos en donde no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

ARTÍCULO 3o.- Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

ARTÍCULO 4o.- Del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN se correrá traslado a las partes por tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación u objeción conforme lo establece el artículo [238](#) del Código de Procedimiento Civil.

La persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos; en caso de no asumirlo no se decretará la prueba.

ARTÍCULO 5o.- En caso de adulteración o manipulación del resultado de la prueba, quienes participen se harán acreedores a las sanciones penales correspondientes.

ARTÍCULO 6o.- En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, solo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba.

PARÁGRAFO 1o.- El Gobierno Nacional mediante reglamentación determinará la entidad que asumirá los costos.

PARÁGRAFO 2o.- La manifestación bajo la gravedad de juramento, será suficiente para que se admita el amparo de pobreza.

PARÁGRAFO 3o.- Cuando mediante sentencia se establezca la paternidad o maternidad en los procesos de qué trata esta ley, el juez en la misma sentencia que prestará mérito ejecutivo dispondrá la obligación para quien haya sido encontrado padre o madre, de reembolsar los gastos en que hubiere incurrido la entidad determinada por el Gobierno Nacional para asumir los costos de la prueba correspondiente.

PARÁGRAFO 4o.- La disposición contenida en el párrafo anterior se aplicará sin perjuicio de las obligaciones surgidas del reconocimiento judicial de la paternidad o la maternidad a favor de menores de edad.

ARTÍCULO 7o.- El artículo 11 de la Ley 75 de 1968, quedará así:

En todos los juicios de filiación de paternidad o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procedimiento especial preferente.

ARTÍCULO 8o.- El artículo 14 de la Ley 75 de 1968, quedará así:

PARÁGRAFO 1o. En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

PARÁGRAFO 2o.- En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada⁵⁰.

Análisis e interpretación del autor.

En cuanto al Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, comparado con nuestro Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, concuerdan en su mayoría de normas que se encuentran establecidos en este cuerpo legal para los alimentos, salvo el caso de la práctica de la prueba de ADN, que las leyes colombianas han establecido una ley muy concreta para la práctica de la prueba de ADN, en los procesos de filiación del presunto padre o madre, pero en definitiva ambas normas guardan similitud ya que ninguna de estas dos establece de forma clara y concreta los procedimientos a seguir cuando practicada la prueba de ADN, el resultado de la misma es negativo, tanto el cuerpo legal de Colombia como el de nuestro país se limitan a determinar de forma muy efímera la absolución del demandado sin más ni más, pues se supone que estas leyes así como es prioridad proteger al menor tanto en los alimentos como en la identidad también debería determinarse de una forma clara y concisa los procedimientos a seguir cuando el resultado de la prueba de ADN, es negativa, sobre todo para corregir aquellos derechos que se vulneran por parte de las personas que de una u otra forma quieren dañar la honra, el buen nombre y la dignidad de las personas sometidas a este tipo de procesos que obviamente los obligan a litigar sin querer y es más sin la responsabilidad del caso y que a mi criterio muy particular es necesario una sanción, justa apegada a derecho, que defienda tanto las garantías como los derechos vulnerados de las personas sometidas a estos procesos y que la o el demandante reciban el castigo que se merecen por haber actuado de mala fe y querer aprovecharse de las leyes establecidas en los cuerpos legales de estos países para defender a los niños, niñas y adolescentes para quienes se reclama no solo alimentos si no también una identidad y saber de dónde provienen.

⁵⁰ LEY 721 DE 2001 DE COLOMBIA (DICIEMBRE 24). Pdf. Págs, 1-4.

4.3.5.-Código de la Niñez y Adolescencia de Perú.

El Código de la Niñez y Adolescencia del Perú, se limita a establecer las normas que regulan los alimentos, esto es; las personas obligadas a prestar alimentos, la subsistencia de la obligación alimentaria, la conciliación y el prorrato, la competencia de los jueces para conocer los procesos de alimentos y el impedimento que tiene el demandado por alimentos.

Por su parte en el Código de lo Civil del Perú se encuentran determinadas las normas para la acción de filiación, las cuales en su parte pertinente versan:

Artículo 373.- Acción de filiación.- El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos. (*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, en los casos de acción de filiación a que se refiere este Artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 387.- Medios probatorios de la filiación extramatrimonial

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

Artículo 402.- Declaración judicial de paternidad extramatrimonial.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

- 1.** Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- 2.** Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- 3.** Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- 4.** En Los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincide con la de la concepción.
- 5.** En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. (*) (*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 2 de la Ley No. 27048, publicada el 06-01-99.

Artículo 413.- Prueba del grupo sanguíneo.- En Los proceso sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Artículo 402, inciso 4), cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás.

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas. (*) (*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 2 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99.

Artículo 415.- Acción alimentaria del hijo extramatrimonial.- Fuera de los casos del Artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continua vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo. (*) (*) Artículo vigente

conforme a la modificación establecida por el Artículo 2 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99 51⁵¹.

Análisis e interpretación del autor.

En la comparación del Código de los Niños y Adolescentes de Perú con nuestro Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y Familia, podemos deducir que existen similitudes respecto del derecho a los alimentos que tienen este grupo de personas, las formas y los procedimientos a seguir para reclamar este derechos que lo garantizan las normas prescritas, lo mismo se establece la prueba de ADN para probar de manera eficaz a el presunto padre o la presunta madre, en el Código Civil peruano, pero como lo he manifestado anteriormente tampoco este dos código que he revisado de la República del Perú no se establece de forma imperativa los procedimientos a seguir cuando el resultado de la prueba de ADN resulta negativo, todos apuntan al el resultado positivo, pero considero que también se tendría que considerar la opción del resultado negativo dentro de la práctica de la prueba de ADN, porque sabemos que los niños y adolescentes tienen prioridad sobre las demás personas pero no podemos permitir que en algún momento por preservar los derechos de este grupo de personas se vulneren derechos inherentes a las personas como es su buen nombre, honra y dignidad que pueden ser pisoteadas por personas inescrupulosas amparadas en normas para proteger a los niños niñas y adolescentes se burlen de la justicia y más aún queden el mal predicamento la dignidad de personas que se encuentran sometidas a este tipo de problemas jurídicos sin ninguna razón, por esto considero que se debería reformar esta norma y se contemple en nuestro código una sanción severa que garantice tanto los derechos de los niños niñas y adolescentes pero también el derecho de las demás personas y no se deje en mal predicamento la administración de justicia que en muchos países como el nuestro deja mucho que desear por el conflicto de intereses de las persona, sobre toda de aquella que actúan de la mala fe o se sirven de alguna artimaña para lograr sus propósitos sin importarles pisotear el derecho de los demás.

⁵¹ CÓDIGO CIVIL DE PERÚ. Pdf. Págs. 68, 70, 72, 74.

4.3.6. Código de la Niñez y Adolescencia de Venezuela.

Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela se limita a proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, mientras el Código Civil, en el Título V que versa sobre la Filiación contempla:

De la Determinación y Prueba de la Filiación Materna.

Artículo 197.- La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.

Artículo 198.- En defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de filiación materna:

1º La declaración que hiciere la madre o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación, en las condiciones y con las formalidades que se señalan en el Capítulo III de este Título.

2º La posesión de estado del hijo, establecida de conformidad con las reglas contempladas en ese mismo capítulo.

Artículo 199.- A falta de posesión de estado y de partida de nacimiento, o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de filiación materna puede efectuarse en juicio con todo género de pruebas, aun cuando, en estos dos últimos casos, exista acta de nacimiento conforme con la posesión de estado.

La prueba de testigos sólo se admitirá cuando exista un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya comprobados sean bastante graves para determinar su admisión.

El principio de prueba por escrito resulta de documento de familia, de registros y de cartas privadas de los padres, de actos privados o públicos provenientes de una de las partes empeñadas en la litis, o de persona que tuviere interés en ella.

Artículo 200.- La prueba contraria puede hacerse por todos los medios propios para demostrar que la persona de quien se trata no es realmente el hijo de la mujer que él pretende tener por madre.

De la Determinación y Prueba de la Filiación Paterna.

Artículo 208.- La acción para impugnar la paternidad se intentará conjuntamente contra el hijo y contra la madre en todos los casos.

Si el hijo está entredicho, el Tribunal ante el cual se intente la acción le nombrará un tutor ad-hoc que lo represente en el juicio.

Artículo 209.- La filiación paterna de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio se establece legalmente por declaración voluntaria del padre, o después de su muerte, por sus ascendientes, en los términos previstos en el artículo 230.

Artículo 210.- A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.

Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el período de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho período, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el período de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo período; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda.

Artículo 211.- Se presume, salvo prueba en contrario, que el hombre que vivía con la mujer en concubinato notorio para la fecha en que tuvo lugar el nacimiento del hijo, ha cohabitado con ella durante el período de la concepción.

Artículo 212.- La declaración de la madre no basta para excluir la paternidad.

Artículo 231.- Las acciones relativas a la filiación se intentarán ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil que conozca de los asuntos relativos a los derechos de familia en el domicilio del hijo, cualquiera que sea la edad de éste, con intervención del Ministerio Público, y se sustanciarán conforme al procedimiento pautado en el Código de Procedimiento Civil para el juicio ordinario, salvo las reglas particulares de este Título y las especiales que establezcan otras leyes.

Artículo 232.- El reconocimiento del hijo por la parte demandada pone término al juicio sobre la filiación en todos aquellos casos en que el reconocimiento sea admisible, de conformidad con el presente Código.

Artículo 233.- Los Tribunales decidirán, en los conflictos de filiación, por todos los medios de prueba establecidos, la filiación que les parezca más verosímil, en atención a la posesión de estado.

Artículo 234.- Comprobada su filiación, el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio tiene la misma condición que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio con relación al padre y a la madre y a los parientes consanguíneos de éstos⁵².

Análisis e interpretación del autor.

De lo analizado tanto en la Ley Orgánica para la protección de los Niños, Niñas y Adolescentes; como también el Código Civil de Venezuela, con nuestro Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y Familia, solo se establece los artículos pertinentes para la reclamación de alimentos y demás procedimientos a seguir para lograr este objetivo, es más incluso nuestro Código se establece de una mejor forma todos estos procedimientos, pero obviamente no hay una norma que versa sobre el resultado negativo en la práctica de la prueba del ADN, que a mi entender debería ser algo fundamental para no vulnerar los derechos de ninguna de la dos partes y este de mejor manera equilibrada esta opción que permite el Código.

También sobre todo el Código Civil de Venezuela determina de forma clara y precisa que acepta todo género de pruebas, incluidos los exámenes y las experticias hematológicas y heredo-biológicas para determinar la paternidad o maternidad de un niño, niña o adolescentes, pero en este Código tampoco se contempla ningún artículo, inciso, numeral o literal que establezca de manera concisa los procedimientos a seguir en la vía judicial, para salir de estos procesos y no se ponga en tela de duda la honra, el buen nombre y la dignidad de la personas inmersos en estos casos.

Considero que está muy bien velar por los derechos de los niños niñas y adolescentes y que estos este sobre los derechos de las demás personas, pero no es posibles que en caso de la presunción de la paternidad y luego de practicar las pruebas necesarias que en la vía judicial permite el

⁵² CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Pdf. Págs. 47, 48, 50, 54.

derecho venezolano, se vaya actuar de manera injusta y se vulnere los derechos que les garantiza la Constitución a todas la personas en general sobre todo aquellas que se encuentra sometidas a este tipo de casos; pues entonces creo conveniente y necesario una reforma sobre todo en los resultados de la práctica de la prueba de ADN, y se pueda determinar de una forma clara y concisa los procedimientos a seguir principalmente cuando el resultado es negativo, para tranquilidad de las dos partes intervinientes en estos procesos judiciales.

4.3.7. Código de Menores de España.

En la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se establecen derechos muy especiales a los menores en cuanto a la aplicación de la Ley; Referencia a Instrumentos Internacionales; Derecho al Honor, la Intimidad y a la Propia Imagen; Derechos a la Información; a la Libertad de Ideología; Derecho de Participación, Asociación y Reunión; Derecho a la Libertad de Expresión; Derecho a ser Oídos; Medidas para facilitar el ejercicio de los Derechos; en definitiva esta Ley se encarga de proteger los derechos de los menores.

Pero en Código Civil de España en sus artículos pertinentes determina la forma de reclamar alimentos y la práctica de las pruebas:

De la filiación y sus efectos

Artículo 108.- La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Artículo 109.- La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley.

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.

De la determinación y prueba de la filiación

Artículo 112.- La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario.

De las acciones de filiación

Artículo 127.- En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

Artículo 128.

Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 130.- A la muerte del actor, sus herederos podrán continuar las acciones ya entabladas.

En todo caso, conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada ⁵³.

Análisis e interpretación del autor.

De lo comparado tanto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que en forma clara y precisa determinan los artículos necesarios para la protección de los derechos de los menores, mientras que en el Código Civil de España establece de manera concisa la determinación de la prueba de filiación en la cual serán admisibles todas las pruebas incluidas la biológicas para la determinación de la paternidad o maternidad y que como en los casos anteriores cuando se haya determinado esta paternidad o maternidad por medio de sentencia esta se inscribirá en el Registro Civil para que surta los efectos legales pertinentes, pero asimismo como en nuestro Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia en ningún artículo se establece o se considera como una opción el resultado negativo en la práctica de la prueba del ADN, y que se

⁵³ CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Pdf. Pág. 28, 29, 30.

establezca de forma clara los procedimientos a seguir cuando se den este tipo de casos y las autoridades judiciales competentes tengan en la ley los instrumentos necesarios para garantizar los derechos tanto de los menores de edad como de las personas sometidas a este tipo de juicios.

En definitiva del análisis que he realizado con todos los códigos que versa sobre menores estos tienen muchas similitudes tanto en el fondo como en la forma y que además han creado muchas instituciones con el fin de brindar, proteger y garantizar los derechos de los menores; que sobre todo estos derechos se encuentra por encima de los otros derechos que tiene las demás personas pero que a mi parecer deberían estar acorde con la realidad y que no se vulneren los derechos de las personas mayores de edad pues se debe tener una forma equilibrada de impartir justicia y que por encima de todo se respete los derechos de los menores y de las demás personas sobre todo en cierto tipo de juicios que muchas de las personas se sirven de artimañas o trampas que en definitiva buscan conseguir una sentencia que les favorezca.

Del análisis realizado en todos los códigos coinciden en los avances de la ciencia sobre todo en la práctica de la prueba del ADN, para los juicios de filiación donde con esta prueba se puede determinar o no la paternidad o la maternidad de un menor, que lleva consigo una serie de responsabilidades y derechos con los que tiene que cumplir se ha declarado padre o madre de un menor y que por consiguiente tendrán que asumir los gastos de alimentación, vivienda, medicina, y todos los demás que conlleva la manutención de un menor, pero asimismo en ninguno de estos códigos se contempla o determina un artículo, inciso, literal o numeral que verso sobre esta situación y por supuesto mucho menos el procedimiento que se debe seguir para las personas que se encuentran inmiscuidas en este tipo de problemas, considero que con la no incursión de esta norma se está vulnerando los derechos de las personas garantizado no solo en las constituciones de todos estos países sino también en los mismos códigos.

Por lo que considero que se debería realizar de manera urgente una reforma a nuestro Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia donde se respeten tanto los derechos de los niños como los derechos de las personas inmersas en este tipo de procesos judiciales sobre todo en la práctica de la prueba de ADN, cuando el resultado es negativo, pues como ya lo he manifestado en líneas anteriores no existe ninguna norma que regule esta situación y que yo en lo personal considero que se vulneran los derechos de las personas sobre todo en la dignidad, el honor, la honra y el buen nombre de las personas inmersas en este tipo de procesos.

MATERIALES Y METODOS.

5.1. Materiales utilizados.

Entendida la investigación como un conjunto de procedimientos teóricos, metodológicos y técnicos que cumple el investigador para conocer e interpretar los aspectos esenciales de un objeto de estudio, he de señalar que en la presente investigación he utilizado los más convenientes para el desarrollo de la misma y que son detallados a continuación.

La investigación atendiendo al propósito de la misma responde a dos factores: personal, por cuanto responde a una motivación individual encaminada a obtener un título profesional; y, social por cuanto desea obtener un conocimiento científico de la realidad judicial y transformarla en beneficio de la sociedad.

5.2. Métodos.

En cuanto a los métodos utilizados y entendidos estos como el conjunto de medios a manipularse de manera lógica en busca de conseguir un determinado fin, he considerado conveniente para el desarrollo de la presente investigación el uso del método científico como línea de pensamiento que oriente los procedimientos de ejecución de la misma, el método científico que se ha iniciado con la observación de los hechos o fenómenos objeto de la investigación.

Además el método descriptivo, basado en las situaciones reales y concretas en las cuales se desenvuelven uno de los grupos de atención prioritaria que aún en su estado continúan siendo parte de la colectividad; el método histórico que se utilizó para la recopilación de información de reseñas históricas como base del problema investigativo.

De igual manera utilicé los métodos inductivo y deductivo que me permitieron deducir criterios y generalizar opiniones, ayudándome al esclarecimiento del tema objeto de estudio.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

- Procedimientos

En cuanto a los procedimientos utilizados es conveniente señalar que el método científico parte de la observación y de la experimentación, en los aspectos prácticos, y jurídicos, así como en el

doctrinario, los mismos que me han permitido realizar el análisis del problema a través de su desfragmentación en sus caracteres generales, específicos y en su relación con el entorno considerando que dicho procedimiento es uno de los más idóneos, cuando se fusiona el conocimiento teórico con el empírico.

También la síntesis de conceptos, juicios y razonamientos me permitió verificar la hipótesis y obtener conclusiones y sugerencias que aportan a la solución del problema.

- **Técnicas**

En virtud de las técnicas de investigación puedo decir que se trata de una investigación conjunta que articula sistemáticamente la información proveniente de las fuentes bibliográficas o documentales y de las técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos concretos reforzó la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática, para lo cual se utilizó la ficha documental. En la investigación de campo se aplicaron las técnicas de encuesta y entrevista las cuales se concretaron a consultarla opinión de personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; tomando en consideración a grupos como los siguientes: Profesionales en libre ejercicio de la abogacía, Funcionarios Judiciales, Egresados y Estudiantes de la Carrera de Derecho.

Así mismo los casos que se presentaron en nuestra provincia y concretamente en la Corte Provincial de Justicia de Loja; se plantearon así también cuestionarios con preguntas cerradas para la encuesta y abiertas para la entrevista, derivados de la hipótesis general, cuya operativización partió de la determinación de variables e indicadores.

En cuanto a la investigación empírica, los resultados de las encuestas se presentan en tablas, cuadros, gráficos o figuras y mediante el análisis cuantitativo y cualitativo.

Por último se entró a la discusión de la información obtenida, con el proceso investigativo, logrando la verificación de objetivos, la contrastación de hipótesis y la fundamentación para la reforma jurídica, referente al problema de investigación.

6. RESULTADOS.

Como se estipuló en el proyecto de investigación, he realizado la investigación de campo en base a la aplicación de encuestas en un número de 30, a personas conocedoras del derecho, es decir a estudiantes, profesionales en libre ejercicio y personas vinculadas directamente con el objeto de estudio de la presente investigación de la ciudad de Loja, y la aplicación de las entrevistas en un número de cinco, a personas vinculadas directamente con el tema, objeto de transformación de la presente investigación, como son Abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad Loja; para cuya aplicación de los instrumentos enunciados debo dejar en claro que acudí directamente a los sitios donde laboran cada una de las personas que han tenido a bien contribuir con la presente investigación. Los resultados son presentados a continuación en forma independiente, tanto de la entrevista como de la encuesta.

6.1. Presentación, análisis e interpretación de la información obtenida mediante la encuesta.

La encuesta está conformada por cinco preguntas las cuales fueron previamente revisadas y aprobadas por el asesor del proyecto y el director de tesis y que una vez aplicadas arrojaron los siguientes datos.

CUESTIONARIO:

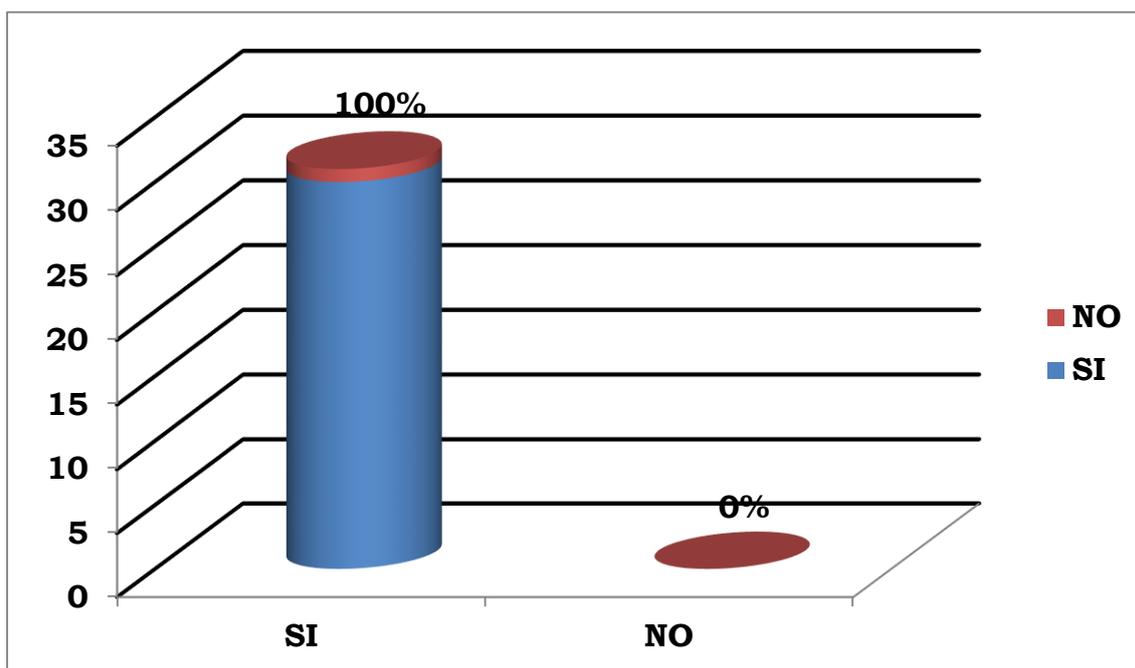
PRIMERA PREGUNTA: ¿Sabe Usted que la actual Constitución de la República, ampara el derecho de las personas al buen nombre, honor, honra y dignidad?

RESPUESTAS:

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100 %
NO	0	0%
TOTAL:	30	100 %

REPRESENTACIÓN GRÁFICA:

GRÁFICO N° 1



ANÁLISIS:

Del total de la población encuestada, 30 personas que significan el 100 % de los encuestados conoce que la actual Constitución de la República, garantiza el derecho de las personas al buen nombre, honor, honra y dignidad, estos derechos contemplados en nuestra Constitución.

INTERPRETACIÓN:

El total de los encuestados tienen pleno conocimiento de las actuales disposiciones constitucionales respecto del derecho de las personas al buen nombre, honor, honra y dignidad, las mismas que se encuentran contempladas en la Constitución de la República del Ecuador.

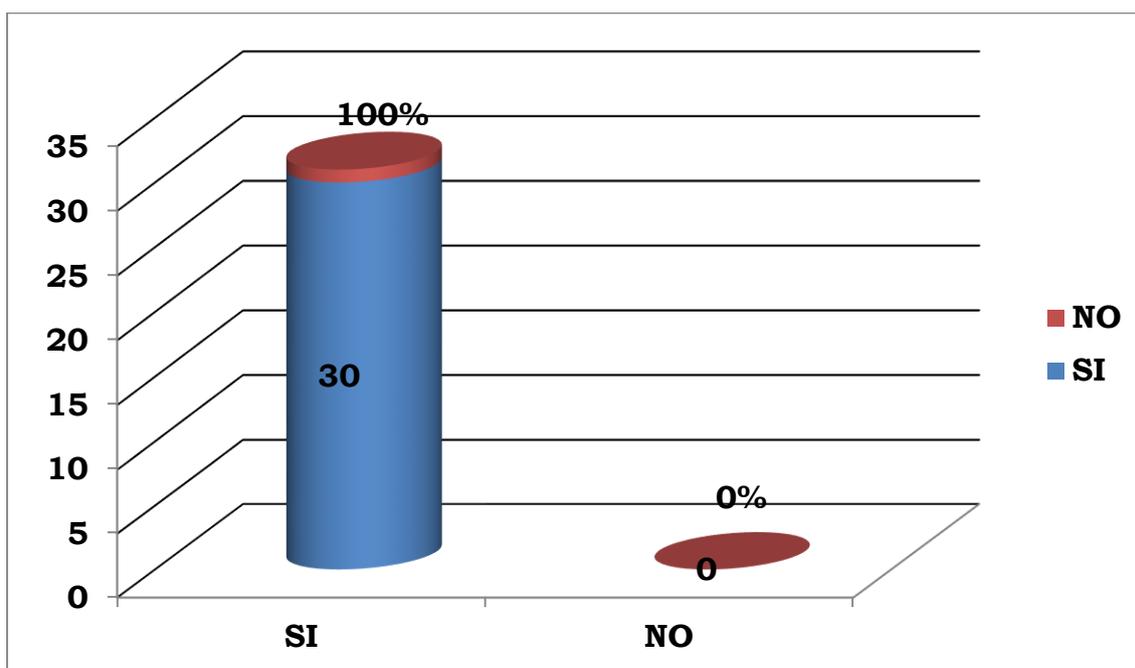
SEGUNDA PREGUNTA: ¿Conoce Usted que la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país?

RESPUESTAS:

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL:	30	100 %

REPRESENTACIÓN GRÁFICA:

GRÁFICO N° 2



ANÁLISIS:

El criterio del total de los encuestados que suman 30 personas y que representa el 100 % del total de la población encuestada, considera que se garantiza el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, en la Constitución de la República del Ecuador.

INTERPRETACIÓN:

El total de los encuestados, con respecto a esta pregunta son conscientes que la Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país y que se encuentran completamente amparados por las normas.

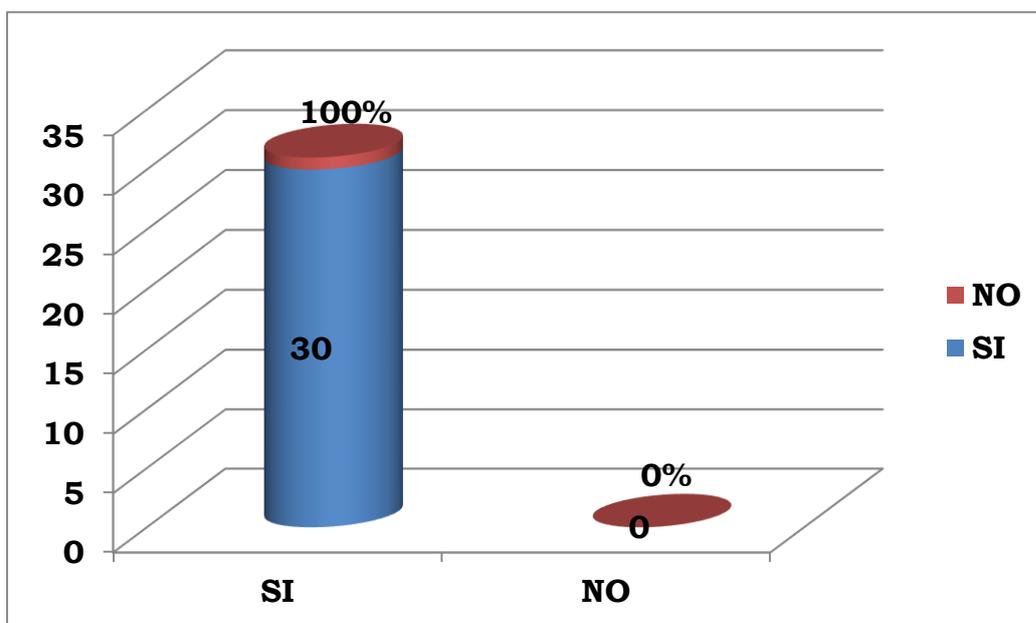
TERCERA PREGUNTA: ¿Es de su conocimiento que el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, se encuentran contemplados en los cuerpos normativos existentes en nuestra legislación?

RESPUESTAS:

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL:	30	100 %

REPRESENTACIÓN GRÁFICA:

GRÁFICO N° 3



ANÁLISIS:

En el caso de la tercera pregunta, el total de la población encuestada que suman 30, personas que significa el 100 % manifiestan que la norma constitucional garantiza de forma clara y precisa el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

INTERPRETACIÓN:

En la presente pregunta, el total de los encuestados concuerdan con es deber primordial del estado y los cuerpos normativos de nuestro país establecer y garantizar el derecho a la identidad sobre todo en los niños, niñas y adolescentes quienes tienen el derechos a tener nombres y apellidos; y saber de dónde provienen.

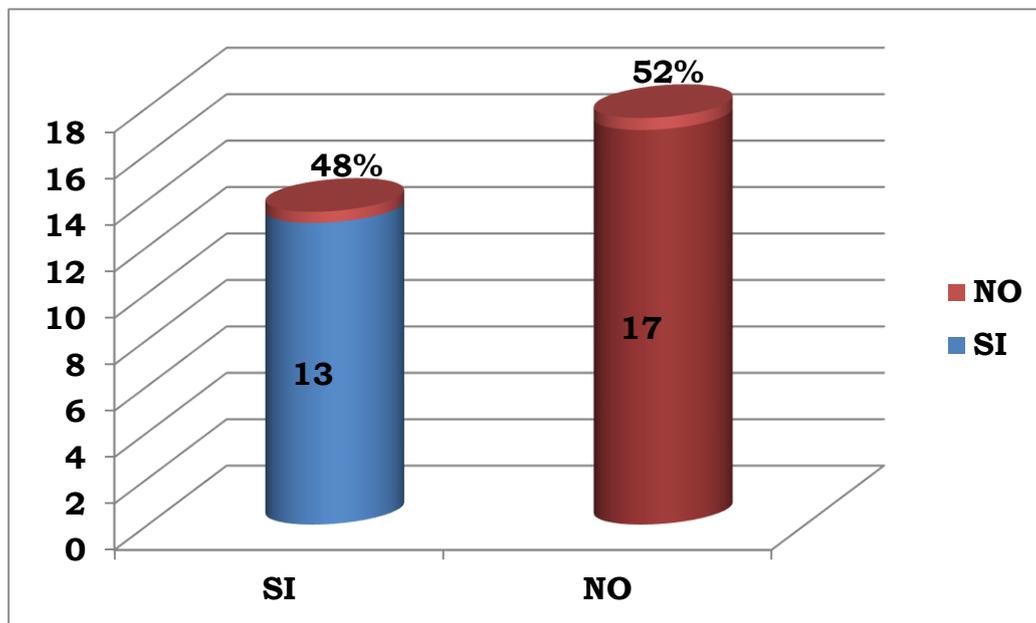
CUARTA PREGUNTA: ¿Uno de estos medios es la prueba del ADN, establecido en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que fuere negativo, se está vulnerando el buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

RESPUESTAS:

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	48 %
NO	17	52 %
TOTAL:	30	100 %

REPRESENTACIÓN GRÁFICA:

GRÁFICO N° 4



ANÁLISIS:

La presente pregunta, la he considerado muy oportuna dado que es necesario recoger el pensamiento de las personas que participaron en esta encuesta con respecto a la práctica de la prueba del ADN cuando el resultado es negativo se vulneran derechos de las personas al buen nombre, al honor, la honra y la dignidad así como también el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, a la cual de las 30 personas que significan el 52 % de la población encuestada, manifiestan que no se vulnera ningún derecho, por su parte el 48 % de la población encuestada manifiesta que si se vulneran tanto los derechos de las personas así como también los de niños, niñas y adolescentes.

INTERPRETACIÓN:

De la totalidad de las personas encuestadas el 52% manifiesta que no se vulnera ningún derecho ya que la prueba de ADN, en un método científico que permite establecer el parentesco de una persona con sus descendientes, mientras tanto el 48% manifiestan que si se vulneran los derechos tanto de las personas como también de los niños, niñas y adolescentes, pues desde mi punto de

vista se comete un agravio imputando una supuesta paternidad que no le corresponde con lo cual se está violentando uno de los preceptos constitucionales del buen nombre y la honra, asimismo algunos consideran que la práctica del ADN no es 100% confiable.

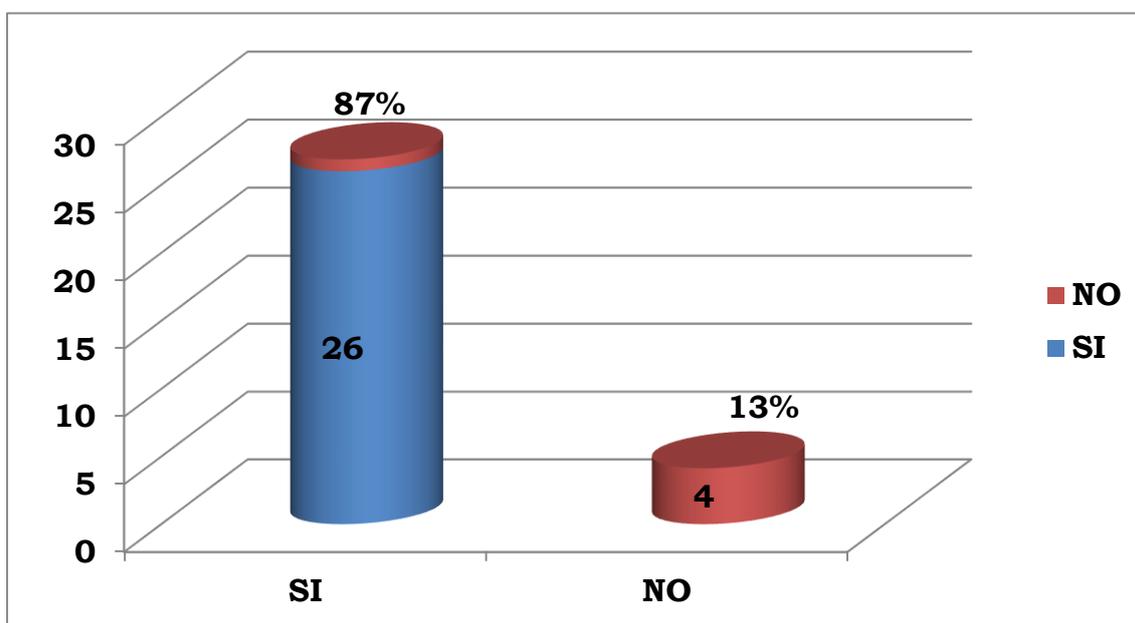
QUINTA PREGUNTA: ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, a fin de que se establezca de forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

RESPUESTAS:

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100 %
NO	0	0 %
TOTAL:	30	100 %

REPRESENTACIÓN GRÁFICA:

GRÁFICO N° 5



ANÁLISIS:

En la quinta pregunta, de la encuesta propuesta, de la totalidad de población encuestada, es decir las 26 personas que significan el 87 % de la totalidad de los encuestados consideran que existen verdaderas falencias, imprecisiones y vacíos de carácter jurídico en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, con respecto al resultado negativo en la práctica de la prueba de ADN, ya que no existe ningún procedimiento a seguir en el mencionado código sobre este tema, mientras que 4 personas de la totalidad de los encuestados que representan el 13 % manifiestan que no se debe reformar el código ya que no existe ningún vacío legal.

INTEPRETACIÓN:

En la presente pregunta es evidente que la mayoría de la población encuestada, en consideración a la vulneración que se viene dando con respecto a los derechos y garantías que les asiste la Constitución a las personas que se encuentran inmersos en procesos judiciales por presunción de paternidad, asimismo considero que de igual manera se vulnera el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la identidad determinado tanto en la Norma Suprema como en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia además de ello no es objeto de un real estudio y las pertinentes reformas que permitan su acoplamiento a la norma suprema del Estado Ecuatoriano como lo es la Constitución de la República vigente desde finales del año 2008.

6.2. Presentación, análisis de los resultados obtenidos mediante la entrevista.

Según lo previsto en la metodología y previo comprobar la hipótesis y problema materia de la investigación, realicé la entrevista a cinco personas conocedoras de temática, como son un juez provincial y un secretario especializados en la niñez y adolescencia de nuestro cantón, y a tres abogados en libre ejercicio, los resultados de acuerdo a cada entrevistado son los siguientes:

PRIMERA ENTREVISTA: REALIZADA AL DR. MARCO MONTERO COELLO, ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos, al buen nombre, honor, honra y dignidad; de las personas en general?

Toda persona tiene derecho a que su buen nombre sea respetado y que no sea denigrado su nombre porque se violentaría su integridad personal.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿La actual Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes en el Art. 45, que criterio le merece?

A mi parecer la Constitución protege al niño desde su concepción, hasta el momento de su muerte, por ser la Constitución la que vela estos derechos y el Estado quién debe ejecutarlos.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los medios de prueba para establecer la filiación dentro de un juicio de paternidad?

El único medio probatorio que da el 99.9%, de seguridad es la prueba de ADN, el cual es el único medio factible y seguro.

CUARTA PREGUNTA: ¿Uno de estos medios es la prueba de ADN, establecida en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que el resultado fuera negativo, se está vulnerando el derecho al buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

Si el resultado de la prueba de ADN, fuere negativo, a mí parecer si se estaría vulnerando no solo el buen nombre del padre si no también la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes.

QUINTA PREGUNTA: Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; en el cual se establezca de forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

En cuanto a la reforma estoy de acuerdo ya que, el nombre del padre quedaría mal ante la sociedad, por ello es necesario una reforma para de alguna u otra forma pueda resarcir los daños causados al buen nombre del padre.

SEGUNDA ENTREVISTA: REALIZADA AL DR. JORGE ENRIQUE ORTEGA,

ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL.

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos al buen nombre, honor, honra y dignidad de las personas en general?

Toda persona tiene derecho a ser respetada y que su dignidad y honor no sean mancillados por ninguna persona.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿La actual Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes, en el Art. 45, que criterio le merece?

Que es digno de resaltar lo determinado por el Art. 45 de la Constitución, ya que el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción de los niños, niñas y adolescentes.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los medios de prueba para establecer la filiación dentro de un juicio de paternidad?

Uno de los medios de prueba más eficaz es la prueba de ADN, que es una prueba 100% confiables.

CUARTA PREGUNTA: ¿Uno de estos medios es la prueba de ADN, establecida en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que el resultado fuere negativo, se está vulnerando el derecho al buen nombre, honor, honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

Considero que si la prueba de ADN, es negativa se pone en mal predicamento el buen nombre, prestigio y dignidad tanto del presunto padre como del niño, niña y adolescente que fueron sometidos a este examen de paternidad.

QUINTA PREGUNTA: ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, en donde se establezca de una forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

Se hace necesario, se reforme y se introduzca una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, para sancionar civilmente a la actora del juicio de paternidad y fijación de alimentos.

**TERCERA ENTREVISTA: REALIZADA AL DR. EDGAR ROBERTO VILLA, ABOGADO
EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL**

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos al buen nombre, honor, honra y dignidad de las personas en general?

Es un derecho al cual todas las personas sin diferencia de ninguna clase, raza ni condición social y sin que ninguna persona trate de lesionar a menos que la misma persona lesione al indicado derecho.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿La actual Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes en el Art. 45, que criterio le merece?

Que se encuentra bien determinado, puesto que los niños, niñas y adolescentes forman parte del grupo vulnerable de la sociedad y por ende hay brindarle todas las seguridades.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los medios de prueba para establecerla filiación dentro de un juicio de paternidad?

Como su nombre lo indica sirven para establecer la filiación y por ende el padre biológico cumpla con su obligación para con su hijo y de todas la pruebas es trascendental él ADN, que es la prueba fehaciente.

CUARTA PREGUNTA: ¿Uno de estos medios es la prueba del ADN, establecida en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que el resultado fuera negativo; se está vulnerando el derecho al buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

Claro una vez definida la filiación con la prueba de ADN y a pesar de ello la madre o padre del menor sigue sosteniendo la falacia de otorgar verbalmente una paternidad que no corresponde, se está vulnerando el derecho al buen nombre.

QUINTA PREGUNTA: ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, en donde se establezca de una forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

Si, sería muy bueno pero hay que tener en cuenta lo siguiente:

1. En caso que la prueba de ADN, de negativo y la madre del menor siga indicando verbalmente sin ningún reparo una paternidad no correspondida, debería entablarse una acción legal con un procedimiento totalmente claro y preciso para que responda la vulneración del derecho al buen nombre de cualquier persona; y,
2. En caso de que una mujer tenga varias parejas y no sepa ella mismo, cual es el padre de su hijo al entablar el juicio de alimentos y se demuestre que no es el demandado, entonces la madre no daña o vulnera el derecho de la honra del supuesto padre no considero entonces que el hecho de haberlo demandado sea una tentativa al buen nombre de las personas.

CUARTA ENTREVISTA: REALIZADA AL DR. JOSÉ ANTONIO VIÑAN, ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos al buen nombre, honor, honra y dignidad de las personas en general?

El respeto al buen nombre, dignidad y honor, están garantizados tanto en la Constitución como en el Código Penal.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿La actual Constitución de la República de Ecuador reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes en el Art. 45, que criterio le merece?

Es importante y vale recalcar lo determinado en el artículo 45, de la Constitución; por cuanto los derechos integrales de los niños, niñas y adolescentes están plenamente garantizados.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los medios de prueba para establecer la filiación dentro de un juicio de paternidad?

La ley determina como uno de los medios de prueba eficaces es el ADN; como uno de los medios probatorios para la filiación de un menor.

CUARTA PREGUNTA: ¿Uno de estos medios es la prueba de ADN, establecida en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que el resultado fuera negativo, se está vulnerando el derecho al buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

No puede quedarse en mal predicamento el prestigio, el buen nombre, la honra y dignidad de una persona que en calidad de demandado, dio negativo en la prueba de ADN y por ende el niño, niña o adolescente sometido a dicha prueba.

QUINTA PREGUNTA: ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; en donde se establezca de una forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

Lógico que debe existir una disposición legal que sancione la falsa paternidad del niño, niña y adolescente, por lo que se debe reformar en este sentido el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia vigente.

QUINTA ENTREVISTA: REALIZADA A LA DRA. MORAYMA MARTÍNEZ BRICEÑO,
ABOGADA EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL

PRIMERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos al buen nombre, honor y dignidad de las personas en general?

Son derechos al cual todas las personas tenemos que gozar y la Constitución de la República los garantiza.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿La actual Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescente en su Art. 45, que criterio le merece?

Que está muy bien, por ser los niños, niñas y adolescentes parte de las personas que se encuentran en el grupo vulnerable a quienes el Estado debe proteger.

TERCERA PREGUNTA: ¿Cuál es su criterio respecto de los medios de prueba para establecer la filiación dentro de un juicio de paternidad?

Que hasta la actualidad contamos con la prueba de ADN, que personalmente es trascendental para establecer la filiación.

CUARTA PREGUNTA. ¿Uno de estos medios es la prueba de ADN, establecido en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que el resultado fuera negativo, se está vulnerando el derecho al buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

Claro que si, al haber entablado una acción legal “alimentos” y al ser negativo el resultado se está vulnerando el derecho al buen nombre.

QUINTA PREGUNTA: ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; en donde se establezca de una forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

Sí, porque así, como se garantiza el derecho a exigir alimentos para un niño, niña o adolescentes, así mismo la madre del menor está en la obligación moral de demandar a quien presuma directa responsabilidad de esa paternidad y no aprovecharse para demandar a algunas de sus parejas para poder beneficiarse económicamente cuando ella misma no ha guardado una compostura como mujer que se respeta primero ella misma.

COMENTARIO FINAL:

Todos los entrevistados en respuesta a la primera pregunta coinciden en que todas las personas tenemos el derecho a que se nos respete nuestra dignidad, buen nombre, el honor y la honra, ya que por ningún motivo persona alguna puede mancillar o denigrar porque se estaría violentado la integridad personal, pues en un Estado Constitucional de Derechos determinando por nuestra Carta Magna, donde el Estado Ecuatoriano tiene que preocuparse de garantizar los derechos en ella prescritos de acuerdo a las circunstancias de cada persona sometida a un proceso judicial; y que a veces personas mal intencionadas buscan la forma y manera de burlarse de la justicia por beneficios propios sin tomar en consideración el respeto a los derechos de las demás personas como lo establecen las leyes y los cuerpos normativos que regulan nuestro país, sobre toda la Constitución donde se encuentran determinados de manera inquebrantable los derechos intrínsecos que tenemos todas las personas por el hecho de nacer y vivir dentro de un país constitucional de derechos, partes fundamentales para el funcionamiento y desarrollo del país, más aun en lo que se refiere a impartir la justicia con eficiencia, eficacia e igualdad para todos los ciudadanos capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones enmarcados dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Los entrevistados, como personas experimentadas y conocedoras del Derecho así como lo que determina la Constitución en su Artículo 45, manifiestan que es digno de resaltar lo establecido en nuestra Ley Suprema, ya que el Estado reconoce y garantiza la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción de los niños, niñas y adolescentes así como también los otros derechos comunes al ser humano, además a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía, a la salud integral y nutrición, a la educación y la cultura, al deporte y la recreación, a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria, a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, a ser consultados en los asuntos que les afecte, a recibir información de sus progenitores o familiares ausentes, salvo el caso que fuere perjudicial para su bienestar de tal manera que ninguna persona puede estar por encima de estos derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes, pues la Constitución les garantiza estos derechos de forma preferente sobre las demás personas .

En el caso de la tercera pregunta los entrevistados opinan que las actuales normas que existen permiten algunos tipos de pruebas para establecer la filiación en juicio de paternidad como:

documentales, testimoniales o cualquier otro tipo de prueba que dentro del derechos este permitida siempre y cuando no se contraponga con lo establecido en los cuerpos legales pertinentes, pero todos coinciden de forma unánime que la prueba biológica del ADN, que aparte de ser fundamental para este tipo de procesos es la más eficaz y confiable con un porcentaje del 99.9%, para determinar o descartar la filiación a las personas inmersas en los juicios de presunción de paternidad para determinar las obligaciones y responsabilidad que deben mantener ante los niños, niñas y adolescentes para quien se reclama alimentos y una identidad dentro de la sociedad.

Referente a la cuarta pregunta formulada los entrevistados coinciden categóricamente que se están vulnerando los derechos de los presuntos progenitores al buen nombre, el honor, la honra y la dignidad; al enfrentarse a una demanda de presunción de paternidad y de alimentos, donde después de practicada la prueba de ADN, el resultado de la misma sea negativo, así como también se están violentados los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para quién se reclama alimentos y una identidad, dejándolos sin conocimientos de donde provienen y quién es su verdadero progenitor.

En lo relacionado a la última pregunta todos los entrevistados manifiestan de forma irrefutable que debería existir una reforma al anterior Código de la Niñez y la Adolescencia Art. 131, numeral 2; hoy Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia artículo innumerado 10, literal b), donde exista una disposición clara y precisa de los pasos a seguir no solo para determinar las responsabilidades civiles de la actora si no también la responsabilidad penal por haber querido pretender que el demandado sea el progenitor del menor para quién se reclama una identidad y desde luego alimentos a sabiendas que no lo era y que después de habersele practicado la prueba de ADN, el resultado de la misma fue negativo; ya que así como se garantiza la identidad y los alimentos para los niños, niñas y adolescentes en la Constitución las misma Carta Magna también garantiza el derecho al buen nombre, honor, honra y dignidad de las personas en general y que jamás deberían quedar en mal predicamento por personas inescrupulosas que se benefician de la parte económica reguladas para este tipo de procesos judiciales.

6.3. Estudio de casos.

En el presente ítem que corresponde al estudio de casos, representa el tercer sustento en el que se basa la investigación de campo y un requisito fundamental para dar la calidad probatoria del presente trabajo investigativo, con la existencia real del problema, objeto de estudio, aquí expondré casos reales de quienes están inmersos en estos procesos judiciales en la Corte Provincial de Justicia de Loja, hasta donde me traslade para la respectiva obtención de datos que a continuación paso a detallar en el siguiente inciso; y, con el propósito de salvaguardar la integridad de las personas que intervienen en éstos casos se utilizarán las iniciales NN, para reemplazar los nombres y apellidos verdaderos.

Datos Referenciales.

Corte Provincial de Justicia de Loja.

No. 153-2012.

Año: 2011.

AUTO RESOLUTORIO

VISTOS.- Comparece a este despacho (fjs. 7 y 8) la señora: N.N, para demandar al señor: N.N, en juicio de declaratoria de paternidad y pensión alimenticia a favor de su hija: N.N. Señala el trámite especial, fija la cuantía en cuatro mil ochocientos dólares.- Fundamenta su demanda en lo dispuesto en el Art. 44, 45, 69. 1.5, 83. 16 de la Constitución de la República 27, 29, 30 y 31 de la Convención de los Derechos del Niño, 20 y 26 del Código de la Niñez y Adolescencia y 2, 4, 5, 6, 12, 15 de los innumerados de la Ley Reformatoria al Título V, Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Aceptada a trámite la demanda por reunir los requisitos de ley (fjs.10) se ha dispuesto la citación respectiva al demandado. Citado el demandado comparece a juicio (fjs.33). Practicada la prueba de ADN, se adjunta los resultados (fjs.61 a 63). Convocada la audiencia única, el 7 de febrero del 2013 a las 08h30, la parte actora no ha comparecido a la misma, para concentrar su prueba debidamente solicitada y actuada, ni para contradecir la de la parte demandada. Bajo estas consideraciones y para resolver se considera: **PRIMERO.-** No existe

omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válido todo lo actuado; SEGUNDO: Este juzgado es competente para conocer y resolver el presente asunto; TERCERO.- En juicio debe ser demostrado tanto la personería de la actora para incoar la acción y que se encuentra justificada con la partida de nacimiento de su hija que consta del proceso, como también la existencia de legítimo contradictor. CUARTO.- Del estudio realizado de los marcadores del ADN (fjs. 62 a 64), SE EXCLUYE la existencia de vínculo biológico de paternidad del señor: N.N, respecto de la menor :N.N, ante estos resultados dados y del presente informe emitido por lo laboratorios de la Cruz Roja, merece como siempre lo ha hecho la Ex Corte Suprema de Justicia y ahora Corte Nacional de Justicia, toda la credibilidad del caso; ya que esta diligencia fue llevada a cabo con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en este Código Art, innumerado 11 (136) por lo que se considera suficiente para descartar la paternidad conforme lo establece el artículo innumerado 13 (138) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tomando como base este antecedente y por cuanto la menor tiene derecho a su propia identidad que incluye tener nombres y apellidos debidamente registrados, conocer su verdadera procedencia familiar, biológica, conforme lo estipula el numeral 28 del Art. 66 de la Constitución en concordancia con el Art. 44 ibidem en donde le garantiza que tienen derecho a un desarrollo integral en su entorno familiar, consecuentemente **NO SE LE PUEDE CONCEDER UNA PATERNIDAD NO ESTABLECIDA LEGALMENTE**, porque se afectaría sus legítimos derechos, por lo que de conformidad a lo establecido en el Art. Innumerado 32 (147.10) Nral. 3 en concordancia con lo establecido en el Art. Innumerado 13 (138) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se descarta legalmente la paternidad del demandado hacia la alimentaria dado que el demandado no resulta ser el legítimo contradictor en esta causa. Por las consideraciones expuestas el suscrito Juez RESUELVE: Rechazar la presente demanda por improcedente, dejando sin efecto la pensión provisional dictada en el presente asunto, lo cual deberá ser oficiado a la Sra. Pagadora de la Unidad; ejecutoriado el mismo se dispone su archivo. Hágase saber.

No. 0031-2013.

VISTOS.- Comparece a este despacho (fjs. 7 y 8) la señora: N.N, para demandar al señor: N.N, en juicio de declaratoria de paternidad y pensión alimenticia a favor de su hija: N.N. Señala el

trámite especial, fija la cuantía en dos mil cuatrocientos dólares.- Fundamenta su demanda en lo dispuesto en el Art. Innumerado 44, 45, 69. 1.5, 83.16 de la Constitución de la República 27, 29, 30, 31 de la Convención de los Derechos del Niño, 20 y 26 del Código de la Niñez y Adolescencia y 2, 4, 5, 6, 12, 15 de los innumerados de la Ley Reformatoria al Título V, Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Aceptada a trámite la demanda por reunir los requisitos de ley (fjs. 10) se ha dispuesto la citación respectiva al demandado. Citado el demandado comparece a juicio (fjs. 119). Practicada la prueba de ADN, se adjunta los resultados (fjs. 32 a 369). Convocada la audiencia única, el 18 de enero del 2013 a las 08h30, la parte actora no ha comparecido a la misma, para concentrar su prueba debidamente solicitada y actuada, ni para contradecir la de la parte demandada. Bajo estas consideraciones y para resolver se considera: PRIMERO.- No existe omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válido todo lo actuado; SEGUNDO: Este Juzgado es competente para conocer y resolver el presente asunto; TERCERO.- En juicio debe ser demostrado tanto la personería de la actora para incoar la acción y que se encuentra justificada con la partida de nacimiento de su hija que consta del proceso, como también la existencia del legítimo contradictor. CUARTO.- Del estudio realizado de los marcadores del ADN (fjs. 32 a 36), SE EXCLUYE la existencia de vínculo biológico de paternidad del señor N.N, respecto de la menor: N.N, ante estos resultados dados y del presente informe emitido por los laboratorios de la Cruz Roja Ecuatoriana, merece como siempre lo ha hecho la Ex Corte Suprema de Justicia y ahora Corte Nacional de Justicia, toda la credibilidad del caso; ya que esta diligencia fue llevada a cabo con las condiciones de idoneidad y seguridad prevista en este Código Art. Innumerado 11 (136) por lo que se considera suficientes para descartar la paternidad conforme lo establece el Art. Innumerado 13 (138) del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, tomando como base este antecedente y por cuanto la menor tiene derecho a su propia identidad, que incluye tener nombres y apellidos debidamente registrados, conocer su verdadera procedencia familiar, biológica, conforme lo estipula el numeral 28 del Art. 66 de la Constitución en concordancia con el Art. 44 ibidem en donde le garantiza que tiene derecho a un desarrollo integral con su entorno familiar, consecuentemente **NO SE LE PUEDE CONCEDER UNA PATERNIDAD NO ESTABLECIDA LEGALMENTE**, porque se afectaría sus legítimos derechos, por lo que de conformidad a lo establecido en el Art. Innumerado 32 (147.10) Nral. 3 en concordancia con lo

establecido en el Art. 13 (138) del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia se descarta legalmente la paternidad del demandado hacia la alimentaria, dado que el demandado no resulta ser el legítimo contradictor en esta causa. Por las consideraciones expuestas el suscrito Juez RESUELVE: rechazar la presente demanda por improcedente, dejando sin efecto la pensión provisional dictada en el presente asunto, lo cual deberá ser oficiado a la Sra. Pagadora de la Unidad ejecutoriada el mismo se dispone su archivo. Hágase saber.

AUDIENCIA ÚNICA Y RESOLUCIÓN

No. 189-2011.

En la ciudad de Amaluza, Provincia de Loja, hoy día siete de febrero del 2012 a las 11h10, ante la presencia del señor Dr. Mauro Robles Armijos Juez Décimo Multicompetente de Loja en Amaluza e infrascrito secretario que certifica. El señor Juez solicita a Secretaría que constate la presencia de los sujetos procesales, lo que el Actuario del despacho certifica que los sujetos procesales NO han comparecido a la presente diligencia pese a estar legalmente notificados. Por lo expuesto el suscrito Juez manifiesta que siendo el estado de la causa para resolver se considera: PRIMERO.- A la demanda se le ha dado el trámite señalado en el Capítulo II del Título V, del Libro II del Código de la Niñez y la Adolescencia y no habiendo omisión de solemnidad alguna el proceso es válido. SEGUNDO.- De fojas 11 a 15 consta el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) entre la actora, el demandado y el menor: N.N, examen que es realizado en los laboratorios de la Cruz Roja Ecuatoriana el que indica en la parte de las conclusiones. “..Los resultados obtenidos EXCLUYEN la existencia de vínculo biológico de paternidad del señor: N.N, con cédula de identidad 110590627-3 con código P12286P respecto a (e/la) menor: N.N, con código P12286H. Por lo tanto el señor: N.N, NO ES EL PADRE BIOLÓGICO de (e/la) menor N.N.” las negrillas son del juzgado. TERCERO.- El Código de la Niñez y Adolescencia estipula en el Art. 10 innumerado 35 la posibilidad de declarar la paternidad del o de la demandada, además la norma preceptúa que “...si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad de o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil.” por lo tanto la legislación ecuatoriana actual prevee este tipo

de examen genético como una forma de declarar la paternidad, por lo que obviamente debe ser considerada para la exclusión de la misma. CUARTO.- El Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador estipula “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica a su identidad.” El Art. 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia estipula “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considera la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y los deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley.” QUINTO.- Las disposiciones constitucionales y legales invocadas obligan moral y legalmente a que se respete fundamentalmente el interés del niño, y que se garantice su identidad, pues frente a la exclusión de su padre legal, el niño debe conocer y tener su real identidad filial. Por lo anotado en salvaguarda del derecho de la identidad del niño. Por estas consideraciones el suscrito Juez RESUELVE rechazar la demanda de alimentos propuesta por N.N, en contra del señor N.N, se deja sin efecto la pensión alimenticia provisional impuesta en la presente causa y que ha sido fijada en el auto de calificación. Sin costas ni honorarios que regular. Hágase saber.

JUZGADO PRIMERO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA Exp. 313-05 Cuenca, diciembre 14 de 2005. - Las 10h00. - VISTOS: N.N, acompañando la partida de nacimiento de su hija: N.N, de dos años dos meses de edad, como así consta del documento que se apareja, fruto de las relaciones extramatrimoniales con el señor: N.N ; fundamentándose en el Art. 126 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia, en Tramite Contencioso General, comparece y demanda al señor N.N, una pensión alimenticia a favor de la niña anteriormente indicada, indicando que la misma no será inferior a la suma de doscientos dólares americanos mensuales, como funcionario

del S.R.I., cuyos ingresos son superiores a los quinientos dólares mensuales; fijando como cuantía la cantidad de tres mil dólares.- Se acepta a trámite la demanda; se cita al demandado conforme a ley, quién viene señalando domicilio legal y se señala día y hora para que tenga lugar la audiencia de conciliación y contestación a la que comparece el demandado con su defensora, sin la concurrencia de la parte actora, ni de la niña, iniciada la diligencia se le concede la palabra a la parte demandada quién viene negando los fundamentos de hecho y de derecho de la misma, manifestando que con la actora nunca hubo relación carnal a quién le conoció hace cuatro años en una reunión de amigos; que por la ingesta de alcohol se quedó dormido, asegurando no haber tenido ninguna relación carnal; que no recuerda ni su nombre enterándose recién por el llamado que le hizo el Abogado de la actora con el fin de conseguir una conciliación, solicitándole quince mil dólares americanos; por tales motivos y sabiendo que la niña no es su hija se solicitó la prueba de ADN, cuyos resultados no son compatibles con la paternidad tal como lo demuestra el informe de la Perito designada.- Que por lo dicho y por la rebeldía de la actora pedía mandar archivar la causa, no sin antes declararla de temeraria y maliciosa.- Se enmienda el lapsus sufrido por el Juez Suplente al manifestar que no se manda escuchar a la niña por su tierna edad cuando en verdad no comparece la actora ni la niña.- Señalándose día y hora para que tenga lugar la audiencia de prueba de conformidad al inciso tercero del Art. 273 del Código de la Niñez y Adolescencia y encontrándose el proceso en estado de resolver para hacerlo se considera: PRIMERA.- Este Juzgado es competente para conocer y resolver el presente reclamo. SEGUNDA.- No se han omitido solemnidades substanciales por lo que se declara la valides procesal. TERCERA.- Se encuentra justificado la personería legal de las partes.- CUARTA.- La actora tanto en la audiencia de contestación como en la de prueba no comparece declarándose su rebeldía, peor que haya anunciado prueba alguna, limitándose únicamente a presentar la demanda y solicitar el señalamiento de día y hora para la audiencia de conciliación y contestación.- QUINTA.- A folios 14 y 15 del proceso consta el informe del Laboratorio Bio-Molecular, conteniendo las muestras de sangre sometidas al proceso de aislamiento de ADN y amplificadas por Técnicas PCR, de cuya experticia y efectuado el análisis de los datos se demuestra que el demandado N.N, no posee todos los alelos obligados paternos que debería tener el padre biológico de la menor N.N, teniéndose como conclusión la exclusión de paternidad del señor N.N, con la niña N.N.- SEXTA.- A folios 16 del proceso consta la factura

N° 002-001 de fecha 8 de septiembre del presente año, cuyo valor llega a los cuatrocientos dólares por el examen de ADN, documento que se encuentra sellado y firmado por la perito y el demandado quién a la fecha ha procedido a cancelar dicho valor de la prueba.- Por lo brevemente expuesto y en consideración al examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribo-nucleico (ADN) de la niña y el demandado, siendo esta una prueba científica que descarta a las demás, este Juzgado facultado por disposiciones legales y en conformidad al Art. 131 ibídem, RESUELVE, declarar sin lugar la demanda y por lo tanto se rechaza la presunción de paternidad del demandado.- Disponiéndose que la actora en el término de quince días reembolse a favor del demandado señor: N,N, la suma de cuatrocientos dólares, costo del examen de ADN, sufragados por el demandado según la factura anteriormente indicada, suma que será depositada en Pagaduría de este Juzgado en el término indicado.- La demanda no es maliciosa ni temeraria.- Notifíquese.-

COMENTARIO:

Del estudio de los casos realizado en lo referente el tema de la investigación que he desarrollado, puede concluir que en los tres casos revisados en la Corte Provincial de Justicia de Loja, los jueces se limitan a manifestar en la resolución el rechazo a la demanda a dejar sin efecto le pensión alimenticia provisional y el archivo de la misma, sin tomar en consideración los derechos que se le han violentado el demandado ni tampoco los gastos sufragado tanto en el examen de la prueba de ADN, ni mucho menos los gastos sufragados en el litigio, ya que fue obligado de defenderse en contra de su voluntad a sabiendas de no tener ninguna responsabilidad como en efecto así lo demostraron los resultados de la prueba de ADN, a las que fueron sometidas, dejándolos en estado de indefensión y en una clara vulneración de los derechos establecido en nuestra Carta Magna como son el buen nombre, la honra, el honor y la dignidad.

Como alago más de respaldo me he permitido agregar en la investigación un caso de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en donde aparte de rechazar la demanda, la pensión alimenticia provisional, el Juez ordena devolución del costo del examen de ADN sin especificar el tiempo en que debe hacerlo.

Con los casos determinados en el puto considero que se hace necesario una reforma al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia donde existan los procedimientos claros y las sanciones respectiva para las personas que intentan aprovecharse de las demás personas sin importarles los derechos de los demás ni muchos menos de los menores para quien se reclama una identidad y una pensión de alimentos.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

En el proyecto de investigación jurídica propuesta para ésta tesis e formulado un objetivo general; y, tres objetivos específicos a los cuales corresponde verificar, así:

Objetivo General.

“Realizar un estudio teórico, normativo, doctrinario y crítico a la situación en las que se encuentra el o la demandada al momento de practicarse la prueba de (ADN) y del resultado negativo en dicha prueba que se encuentra establecido en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia.”

Este objetivo se verifica en el análisis de las preguntas uno y dos de la encuesta y la pregunta dos de la entrevista; además, se sustenta con el acopio teórico que consta en el marco doctrinario. En definitiva el objetivo concebido como idea de investigación, se lo ha logrado profundizar, al acudir a la biblioteca, así como consultando en diversas fuentes; en los cuales he podido obtener información que ha sido de vital importancia para el desarrollo de la problemática. Este objetivo, sin duda alguna me permitió conocer que en nuestro país, las demandas de alimentos, las pensiones alimenticias como la práctica de la prueba de ADN, son derechos que constan en el vigente Código Orgánico de Niñez, Adolescencia y la Familia, mas no se encuentran debidamente desarrollados en forma debida algunas falencias que el mencionado Código tiene, lo que dista mucho de hacer efectivos los derechos de las personas y el altísimo respeto y fiel cumplimiento que se debe dar a las disposiciones constitucionales vigentes, lo cual significa consecuentemente la vulneración de derechos que les asiste a las personas que se encuentra inmersos en procesos de presunta paternidad, lo que ocasiona la vulneración de derechos tanto de las niños, niñas y adolescentes como de las persona demandadas y se ven en la penosa obligación de litigar en contra de su voluntad ocasionándoles perjuicios económicos.

Objetivo Especifico uno.

“Determinar que él o la demandada no están amparados por el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, respecto del resultado negativo en la prueba de (ADN), ordenada por el juez para demostrar la no paternidad.”

A éste primer objetivo específico se ha podido verificar con el planteamiento de la pregunta cuatro de la encuesta; así como también en la pregunta cuatro de la entrevista, además mediante los resultados obtenidos podemos destacar que la mayoría de los encuestados coinciden y afirman que se vulneran los derechos del o la demandada, ya que no existe una norma legal que regula el resultado negativo de la prueba de ADN, consecuentemente significa la vulneración de derechos y garantías, lo que es eminente pues el cuerpo legal encargado de desarrollarlos y recogerlos, es decir el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, presenta aspectos propios de una ley anterior a la Constitución de ahí su vetustez, además de ello no es objeto de un real estudio y las pertinentes reformas que permitan su acoplamiento a la norma suprema del Estado Ecuatoriano como lo es la Constitución de la República vigente desde finales del año 2008 y de conformidad a la realidad social en la que vivimos.

Objetivo Especifico dos.

“Proponer una reforma legal al Código de la Niñez, Adolescencia y Familia, en su Artículo 131, numeral 2do, encaminada a establecer una disposición que regule el resultado negativo de la prueba de (ADN), ordenando el Juez en su resolución de manera inmediata la devolución de los gastos sufragados por la prueba sino también los daños y perjuicios que le ocasionó esta demanda.”

Este objetivo se ha verificado parcialmente con la aplicación de la encuesta, específicamente tanto en la pregunta cinco de la encuesta, así como en la pregunta cinco de la entrevista respectivamente. Ya que el planteamiento de una propuesta jurídico que se incorpore al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia y la Familia, pues los derechos que están estipulados en la vigente Constitución como la honra, dignidad y el buen nombre de las personas, así como la identidad de los niños, niñas y adolescentes y alimentos, quienes se encuentran sometidos a la

difícil tarea de reclamar mediante la vía judicial una identidad y por supuesto alimentos para su subsistencia.

Finalmente considero que la reforma al mencionado código debería ir acorde con la realidad social en la que nos desenvolvemos diariamente ya que no sería justo ni para los niños, niñas y adolescentes pasar por un proceso judicial y que al final del mismo por la evacuación de las pruebas que la ley permite queden sin saber su verdadera identidad y sin el derecho a alimentos que la ley determina y muchos menos a las personas que las hacen litigar en contra de su voluntad.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

La hipótesis formulada en el proyecto de investigación ha sido la siguiente:

“La falta de una norma que regule el resultado negativo en el Art. 131, numeral 2do, que establece la prueba del (ADN), como medio de prueba en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, vulnera derechos constitucionales de las personas inmersas en esta clase de juicios.”

De igual manera se ha podido realizar la contrastación de la Hipótesis general planteada mediante la pregunta cuatro de la encuesta, así como también con la pregunta cuatro de la entrevista. El estudio de la práctica de la prueba de (ADN), en cuanto tienes que ver con el resultado negativo de dicha prueba, así como el derechos de los niños, niñas y adolescentes a una identidad y alimentos social, ha permitido conocer de manera más clara que por no existir una adecuada sistematización normativa en el régimen jurídico sobre la niñez y la adolescencia del país se está permitiendo la vulneración de los derechos constitucionales de las personas considerados por la vigente Constitución como grupo de atención prioritaria y más aún cuando se trata de la honra, el honor y el buen nombre de estas.

Además, la hipótesis es aceptada plenamente, es positiva la aseveración planteada, ya que los resultados obtenidos así lo demuestran.

7.3. Fundamentos jurídicos, doctrinarios y empíricos en los que se sustenta la propuesta de reformas.

En el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, se ha pretendido y pretende establecer las nuevas tendencias que exigen las corrientes neoconstitucionalistas que se vienen imponiendo en los distintos países del mundo y sin ser la excepción el Ecuador a partir de la vigencia de la actual Constitución de 2008 hasta la fecha, esta exige una innovación total de la normativa inferior a ella, o a su vez a la medida de sus posibilidades acoger las nuevas disposiciones constitucionales con el propósito de desarrollar los derechos que constan en la Ley de leyes, de entre estas leyes inferiores se encuentra el vigente Código Orgánico de la Niñez Adolescencia y la Familia, en el cual se deben desarrollar los derechos que consagra la Constitución de la República de todas la personas. Así estipulado en el cuerpo Constitucional en su Título II de los Derechos, en el Capítulo I de los principios de aplicación de derechos donde consta en el **Art. 10** las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Así también en el **Art. 11** referente al ejercicio de los derechos establece que se rigen por principios: **1.** Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento; y, **2.** Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Además, en el numeral **4.** Del artículo en mención destaca que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. Y finalmente, en el numeral **8.** Determina que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

De esto considero que el Estado aún viene siendo objeto de manipulaciones e intereses políticos en sus cinco poderes, lo que genera que derechos primordiales y garantías de orden constitucional aún permanezcan en el limbo por así decirlo, lo que implica la despreocupación

por parte de quienes corresponde el desarrollar las leyes y en éstas los derechos que señala la Constitución en este Título II del Capítulo Primero de los principios de la aplicación de los derechos.

Más adelante y referente al Capítulo Tercero de los Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria en el artículo 35, donde constan grupos como el de los adultos mayores; los jóvenes; las niñas, los niños y adolescentes; las mujeres embarazadas; las personas con discapacidad; las personas privadas de su libertad; las personas que adolecen enfermedades catastróficas o de alta complejidad; quienes son víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil; grupos y personas a las cuales la Magna Ley privilegia con una atención prioritaria y especializada tanto en los campos públicos como privados y además la protección especial cuando se encuentren en situación de doble vulnerabilidad.

Dentro de este grupo se encuentran los niños, niñas y adolescentes, pues en la misma Constitución de la República, hay derechos consagrados en cuanto a la prestación de alimentos, la identidad y la presunción de paternidad, ratificado por el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, que a su vez en el artículo innumerado 10, literal a), anteriormente artículo 131, numeral 1; del mencionado código establece una de las pruebas más confiables para determinar la paternidad de una persona y que manifiesta: " Art. ... (10).- Obligación del presunto progenitor.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda.

b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución

en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda”.- Sin embargo el citado código no establece ninguna norma, regla o disposición a seguir si el resultado de la prueba de (ADN), es negativo, vulnerando a mi modo de entender principios fundamentales tanto de los niños, niñas y adolescentes a su identidad y al derecho a alimentos y por otra parte se vulneran derechos de los presuntos progenitores como el buen nombre, el honor , la honra, ya que se los hace litigar en contra de su voluntad, perjudicándolos en la parte económica como emocional, ya que de no defenderse el mencionado código manifiesta que se lo declarará progenitor; y que desde este punto de vista a mí en lo personal me parece injusto ya que se los está dejando en estado de indefensión a las personas que se encuentran inmersos en este tipo de juicios.

De ahí que, por las razones expuestas consideramos prudente plantear la respectiva reforma al vigente Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, que sin lugar a discusión alguna, no cumple con lo previsto en la Constitución con respecto de los derechos que debe desarrollar y asistir a las personas inmersas en este tipo de juicios.

Considero que con una nueva reforma y la incorporación de una norma jurídica en el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, se logrará una eficaz y eficiente justicia, apegado a derechos en todas sus partes, con lo que además se lograría armonizar los mandatos Constitucionales con los actuales sistemas; pues los cuerpos legales subordinados a la Ley Suprema del Estado Ecuatoriano deben recoger, contemplar e incorporar las nuevas tendencias que se desprenden de ella, la norma clara y precisa; y , los procedimientos a seguir para los jueces en el caso de la que la prueba de (ADN), su resultado sea negativo y no se vulneren los derechos de las personas sometidas a este tipo de juicio, como tampoco el de los niños, niñas y adolescentes, que merecen saber a ciencia cierta cuál es su descendencia o procedencia.

8. CONCLUSIONES.

Luego de haber realizado el estudio y de los comentarios expuestos en el presente trabajo investigativo, a lo que se suma el respectivo análisis e interpretación de los resultados de la investigación de campo, es decir la aplicación de las entrevistas y de las encuestas, he llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El ser humano por su naturaleza social, se va uniendo a otros, creando con ello a la institución familiar y ésta considerada el núcleo de la sociedad, la cual es una institución social y jurídica, dentro en la que se satisfacen las primeras necesidades de la persona y por ende, es la base parental y la forma más generalizada de perpetuar la especie; de aquí debemos entender a la filiación como el vínculo de mayor importancia para la conexión de estos lazos familiares, ya que se generan los derechos y deberes de asistencia mutua y desarrollo personal entre los padres e hijos principalmente .

SEGUNDA: La filiación es un derecho de identidad, con el cual nace todo ser humano, y como derecho fundamental requiere una protección y determinación, como sería lo relativo a la individualidad biológica, el derecho a la investigación de la paternidad y el derecho a conocer el propio origen biológico, por contar cada individuo con una sola filiación llamada biológica, surgida de la concepción generada por sus progenitores, y por ende de la aportación de material genético de dos personas y la cual debe estar debidamente determinada para surtir sus efectos legales.

TERCERA: Los términos “paternidad” y “filiación” expresan calidades correlativas, esto es la calidad de padre y la calidad de hijo; pero evidentemente la filiación es un concepto más extenso, ya que reposa no solo en la paternidad, sino igualmente en la maternidad; esto de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación, constituyendo el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paternal; sin embargo, esta relación igual puede constituirse sin hecho biológico o existir un hecho biológico sin filiación, o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse.

CUARTA: El problema de la filiación surge al correlacionar el vínculo biológico con el jurídico, ya que mientras el primero es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es

creado, limitado y concreto en su establecimiento, contraponiéndose en ocasiones. De ahí que se pueda hablar de dos cuestiones fundamentales en la filiación que son el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba; sentando sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla el hecho de que el hijo necesariamente tiene un padre que inició la fecundación y una madre que lo alumbró. Pero para el Derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación; no existiendo siempre una correlación exacta entre la paternidad jurídica y la biológica, aun cuando el Derecho trate de apoyar la primera en la segunda, esforzándose porque ambos conceptos concuerden, aunque la afirmación jurídica de la filiación es una realidad biológica presuntiva.

QUINTA: Tender a la verdad biológica, dejando de lado la social, es tanto como la realidad actual de admitir la prueba biológica sin brindarle una adecuada regulación jurídica, reafirmando el principio natural de que la filiación tiene su causa iuris en la concepción. Así, en los sistemas filiales cerrados, la investigación paternal se tolera siempre que existan elementos básicos que predeterminen un estado de familia, o bien de otra forma, que exista un principio de los hechos en que se funde que permitan la admisibilidad de la demanda; estos elementos son las presunciones que se fundamentan en indicios, reflejando casos sociales que lleven a suponer que una persona es padre de otra porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobar que así lo permitan presumir.

SEXTA: La investigación de la paternidad ha sido preocupación de todos los tiempos, el ser humano ha tratado de encontrar la huella imperecedera y precisa que permita establecer la real y verdadera vinculación biológica con quienes le dieron el ser y la vida; de aquí se deriva el hecho de que la investigación biológica de la paternidad debe contar con medios de prueba exactos y científicos, con el empleo de técnicas que arrojen resultados precisos e indudables, ya que una de las mayores ambiciones legales es el hacer coincidir la relación biológica con la legal, lograr que la condición de hijo legal corresponda genéticamente a la de hijo biológico. Para el Derecho como para la sociedad ello se ha presentado como una finalidad necesaria pero que, debido a consideraciones de orden meramente técnico, no se podía lograr; sin embargo, las biopruebas de paternidad al sustentarse en marcadores genéticos presentes en el organismo de los padres y los hijos, lo pueden lograr.

SEPTIMA: Del estudio comparado con las otras legislaciones a nivel de Latino-América, y Europa, se observa que casi todas las legislaciones mantienen las mismas normas para la filiación dentro de un juicio de paternidad; salvo el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay en donde se establece una acción muy clara a seguir cuando se ha actuado con engaño o en forma maliciosa, el cual manifiesta que los antecedentes pasaran al juzgado letrado de primera instancia en lo penal de turno en la fecha que se invocó el engaño.

OCTAVA: El derecho de la identidad se ha especializado con la identidad genética y ha aparecido como un nuevo derecho, el de conocer el propio origen biológico y su garantía, cual es la promoción constitucional de la investigación de paternidad. El derecho a conocer el origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano y le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar discutido o ser debatible. En doctrina como en la jurisprudencia se ha argumentado que la aplicación de pruebas biogenéticas ocasionaría la afectación de derechos fundamentales como la libertad, la objeción de conciencia, la dignidad, la intimidad, la integridad, la igualdad, el honor, a no declarar contra sí mismo y hasta la primacía de la presunción de inocencia frente a la inspectio corporis y el derecho a la tutela judicial efectiva.

NOVENA: De ahí que pese a la reciente reforma al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, del Ecuador, su aplicación ha demostrado ciertas falencias e insuficiencias legales que merecen corregirse, y vacíos que merecen ser llenados por orden estricta de la Constitución, para la aplicación de un Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, más coherente y aplicable a la realidad. Con este propósito me he permitido plantear un ante proyecto reformativo que más adelante se detalla.

9. RECOMENDACIONES.

Luego del análisis pormenorizado de la investigación me permito realizar las siguientes recomendaciones:

- El Derecho Alimentos contemplado en el vigente Código de la Niñez y Adolescencia establecido en los Arts. Innumerados deben guardar consonancia con los derechos consagrados en la Constitución, como el de la Identidad para los niños y niñas, como con el derecho a la honra y al buen nombre de las personas.
- Las situaciones que se han presentado en nuestro sistema judicial hacen que se recomienden y se incluyan mejores condiciones para quienes se enfrentan a un proceso judicial por concepto de alimentos sea para los Jueces y Juezas de la Función Judicial, requiere de una organización presupuestaria extraordinaria para mejorar además de su infraestructura como se ha hecho, los servicios y garantías de derechos de los niños y niñas, como de los presuntos progenitores.
- Las actuales Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, deben convertirse en Unidades que garanticen procesos justos y garantizar a las partes sus derechos, en la persona de los Jueces y Jueces.
- Se debe dotar de mejores y más órganos auxiliares para convicción y certeza plena de nuestros administradores de Justicia, con lo cual se lograría la plena certeza de identificar si el presunto progenitor es o no el padre de la niña o niño, con la implementación de laboratorios genéticos que estén a disposición de los Jueces y Juezas de las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, evitando de esta forma la dilatación de los procesos y garantizando los derechos de las partes. Pues en los actuales momentos a más del tedioso y difícil que resulta la consecución de recursos por parte de los presuntos progenitores, para cancelar el examen de ADN, se debe sumar el afrontar un proceso judicial y cancelar una pensión provisional mientras se llega a la Resolución. Con la dotación de personal especializado en laboratorios, técnico en tomas de muestras y para la adecuada custodia de las muestras.
- A más de los Departamentos de Trabajo Social y Diagnóstico Psicología, se debe Implementar el Departamento de Laboratoristas, Toma de muestras y Custodia.

- La minuciosa selección del personal especializado, en razón de conocimientos, experiencia, personalidad y calidad moral. Este personal idóneo debe percibir remuneraciones justas y en los montos suficientes.
- Las Universidades del país deben dotar de los suficientes conocimientos y medios para la consecución de derechos de los niños y niñas y defender los derechos de los presuntos progenitores, sin dilaciones, apegados a derecho.
- Se hace urgente que las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, cuenten con profesionales más probos, que cumplan sus funciones sea en calidad de Jueces y Juezas, sea de auxiliares. Para que se cumpla con lo estipulado tanto en la Constitución como en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para el respeto y la garantía de los derechos de los niños y niñas grupo de atención prioritaria según la Constitución y de las personas o presuntos progenitores tema central del presente trabajo investigativo.
- La Asamblea Nacional de nuestro Ecuador, por iniciativa del Área Jurídica Social y Administrativa, y concretamente de carrera de Derecho a la que me debo, de la Universidad Nacional de Loja, debería proceder a implementar la reforma legal del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en consideración al anteproyecto que a continuación me permito proponer.

9.1. PROPUESTA DE REFORMAS.

PROYECTO DE LEY REFORMATORIA

AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008 que determina que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”;

Que, el artículo 45 de la Constitución, dispone que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad. Tendrán derecho a la salud integral y nutrición; a la educación y la cultura; al deporte y la recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria;

Que, el artículo 46 de la misma Carta Fundamental, ordena que el Estado adoptará medidas para la protección y atención de los niños, niñas y adolescentes “contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole o contra la negligencia que provoque tales situaciones”, así como recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privados;

Que, la Constitución ordena que los principios por los cuales se regirá el sistema procesal como medio para la realización de la justicia son: la simplificación, la uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal;

Que, los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, actualmente, son los más congestionados del país, debido a la falta de recursos humanos, tecnológicos e infraestructura, impidiendo el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

Que, en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003, se publicó el Código de la Niñez y Adolescencia; y,

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

En uso de sus competencias y atribuciones:

Expide la siguiente:

REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA:

Art. 1.- Agréguese dos incisos en el Art., innumerado 10, literal b), del Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia que contendrán lo siguiente:

“En caso de que el resultado fuera negativo; luego de haberse realizado la prueba de ADN; el Juez en la resolución ordenará la devolución de los gastos sufragados para dicha prueba en el término de 24 horas; así como también se le obligara a la actora a pagar daños y perjuicios ocasionados por hacer litigar en contra de la voluntad del demandado; y,

Para este tipo de juicios se practicará la diligencia previa, como la declaración juramentada donde la actora que pretende seguir el juicio declarará bajo juramento que está segura de que el demandado es el progenitor del menor para quien se reclama alimentos y la paternidad, asimismo queda establecido como requisito fundamental para la presentación de la demandada ya que esto se confirmaría con el resultado de la prueba de ADN, de salir positivo, pero en el caso de salir negativo el resultado luego de practicada la referida prueba el juez de oficio ordenará que pase el expediente al juzgado de lo penal para que en sentencia se la condene a la pena de 3 a 6 año por perjuicio, establecido en el Código Penal Artículo 355.”

La presente resolución entra en vigencia inmediatamente, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y la Gaceta Constitucional. Notifíquese a las autoridades competentes para su cumplimiento.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, Pichincha, en el Pleno de la Asamblea Nacional, a los ___ días del mes de _____ del año _____.

Dra. Gabriela Rivadeneira,

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Dr. Francisco Vergara Ortiz

SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- ✚ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Tomo VI. Buenos Aires- Argentina. 1984, pág. 497.
- ✚ BENTHAM, Jeremías Tratado de la Pruebas Judiciales, Buenos Aires. Ediciones Jurídicos Europa-América, 1959.
- ✚ CARRERA. Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General. Sección III. Volumen III. Bogotá Editorial Temis. 1993.
- ✚ GUASP. Jaime. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1997.
- ✚ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Editorial ABC, Bogotá, 1978.
- ✚ SENTIS MELENDO, Santiago. “Que es la Prueba” (Naturaleza de la Prueba), Revista de Derecho Procesal, Iberoamericana, 1973.
- ✚ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Tratado sobre la Pruebas Penales.
- ✚ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Cit.
- ✚ WIKIPEDIA. La Prueba en derecho: [es.wikipedia.org/wiki/Prueba_\(Derecho\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Prueba_(Derecho)).
- ✚ DEVIS ECHENDIA. Teoría General. Op. Cit. T.I.P. 28.
- ✚ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires-Argentina, Roque Desalma, Editor, 1958, P.217.
- ✚ LLORE MOSQUERA, Víctor. Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Cuenca, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1979, P. 131.
- ✚ CARNELUTTI, Francisco. Derecho Procesal Penal, Oxford, Editorial University Press, Reproflo, 1999. P. 102.
- ✚ BAYTELMAN, Andrés y Duce Mauricio. Litigación Penal y Juicio Oral, Quito, Imprenta Noción, 2004. P 22.
- ✚ SENTIZ MELENDO, Santiago. Introducción al Derecho Probatorio.
- ✚ DE LA PLAZA, Manuel. Derecho Procesal Civil, Vol. I, 2ª, Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, Pág. 747.
- ✚ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Derecho Procesal Civil; Tomo I, Cit. Pág. 540.
- ✚ CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto. Teoría General del Proceso y de la Prueba, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Sexta Edición.

- ✚ DEVIS ECHANDIA, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni.
- ✚ COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1964.
- ✚ MICHELI, Gian Antonio, La Carga de la Prueba, Buenos Aires, Editorial, EJEA, 1961.
- ✚ WIKIPEDIA, Declaración Judicial de la Maternidad y Paternidad, es.wikipedia.org/wiki/Derecho.
- ✚ WIKIPEDIA. La Prueba de ADN, es.wikipedia.org/wiki/pruebaDerecho.

- Legislación.-

- ✚ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.- Registro Oficial No. 449, Quito, 20 de Oct. Del 2008. PP. 20-21.
- ✚ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Registro Oficial No. 555, Quito, 24-mar-2009. P. 15.
- ✚ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Registro Oficial No. 554, Marzo 2009, P. 5.
- ✚ CÓDIGO CIVIL, ATRS. 117-125.
- ✚ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Pdf. Pág. 20.
- ✚ LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA. Pdf. Pág. 2.
- ✚ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA. Pdf. Pág. 31.
- ✚ CÓDIGO DE LA NIÑEZ DE URUGUAY. Pdf. Pág. 70, 72.
- ✚ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE COSTA RICA. Pdf. Págs. 9, 12, 13.
- ✚ CÓDIGO DE LA FAMILIA DE COSTA RICA. Pdf. Págs. 16, 17.
- ✚ LEY 721 SW 2001 (DICIEMBRE 24).Pdf. Págs, 1-4.
- ✚ CÓDIGO CIVIL DE PERÚ. Pdf. Págs. 68, 70, 72, 74.
- ✚ CÓDIGO CIVIL DE VENEZUELA. Pdf. Págs. 47, 48, 50, 54.
- ✚ CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA. Pdf. Págs. 28, 29, 30.

11. ANEXOS

Anexo N° 1

FORMULARIO DE PREGUNTAS PARA LA ENCUESTA



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Me encuentro realizando mi tesis con el título: **“NECESIDAD DE REFORMA EL ART. 131 NUMERAL 2 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y LA FAMILIA”**, y para ello me es primordial hacer la presente encuesta, sírvase colaborarme contestando las preguntas abajo planteadas las cuales tienen como única finalidad obtener la información suficiente para el desarrollo de la presente investigación.

1.- ¿Sabe Usted que la actual Constitución de la República, ampara el derecho de las personas al buen nombre, honor, honra y dignidad?

SI () NO ()

Porque.....
.....
.....

2.- ¿Conoce Usted que la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la identidad de los niños, niñas ya adolescentes de nuestro país?

SI () NO ()

Porque.....
.....
.....

3.- ¿Es de su conocimiento que el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes se encuentra contemplado en los cuerpos normativos existentes en nuestra legislación?

SI () NO ()

Porque.....
.....
.....

4.- ¿Uno de estos medios es la prueba de ADN, establecido en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que fuera negativo, se está vulnerando el buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas, así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?

.....
.....
.....
.....

5.- ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia, a fin de que se establezca de forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

SI () NO ()

Porque.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo N° 2

FORMULARIO DE PREGUNTAS PARA LA ENTREVISTA.

En la investigación sobre **“Necesidad de reformar el Art 131, numeral 2 del Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia”**, que me encuentro desarrollando, requiero del criterio de expertos como usted para el logro de los objetivos que me formule al iniciar mi investigación, por lo que le solicito, me haga conocedor de su posición frente a las siguientes interrogantes:

- 1.- ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos al buen nombre, honor y dignidad de las personas en general?
- 2.- ¿La actual Constitución del a República del Ecuador, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes en su Art. 45, que criterio le merece?
- 3.- ¿Cuál es su criterio respecto de los medios de prueba para establecer la filiación dentro de un juicio de paternidad?
- 4.- ¿Uno de estos medios es la prueba de ADN, establecido en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; a su criterio en el caso de que el resultado fuera negativo, se está vulnerando el derecho al buen nombre, el honor, la honra y la dignidad de las personas; así como también la identidad de los niños, niñas y adolescentes?
- 5.- ¿Está Usted de acuerdo que mediante una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia; en donde se establezca de una forma clara y precisa el procedimiento a seguir en el caso de que la prueba de ADN, de un resultado negativo?

Mis más sinceros agradecimientos por sus criterios y la colaboración brindada, seguro estoy que serán de gran ayuda en la presente investigación.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Título:

**“Necesidad de reformar el Art.
131 numeral 2, del Código
Orgánico de la Niñez,
Adolescencia y la Familia”**

PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL GRADO DE
ABOGADO DE LA REPUBLICA DEL
ECUADOR

POSTULANTE:

Marco Antonio Viñan Robles.

**Loja – Ecuador
2012**

1.- TEMA:

“Necesidad de reformar el Art. 131 numeral 2, del Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia”

2.- PROBLEMATICA.

La legislación ecuatoriana, en sus diferentes cuerpos normativos, como la Constitución de la República, el Código Civil, el Código Orgánico de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, ha desarrollado derechos propios de la humanidad, ello respetando acuerdos de orden internacional como en el caso de los menores la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990.

Este cumulo de derechos en el caso específico de los menores se conoce como el derecho de menores que es el conjunto de disposiciones que tiene por objeto reglar la actividad comunitaria con relación al menor. También como el conjunto de normas jurídicas relativas la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención.

Los sujetos del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, son precisamente los niños, niñas y adolescentes. Se los protege desde su concepción hasta cuando no han cumplido la mayoría de edad o dieciocho años. Y de lo cual derivan derechos como el que los menores de edad no pueden ser privados de conocer a sus progenitores, excepto cuando tal conocimiento y relación sea pernicioso o perjudicial. No se les puede ocultar la identidad de los progenitores así tengan antecedentes que riñan contra la ley. El derecho del menor a ser cuidado y protegido por padre y madre se incluye en este derecho; del cuidado, y convivencia nace el afecto, cariño y amor; la relación interpersonal genera lazos

de confraternidad y solidaridad. Es la convivencia que genera relaciones afectivas permanentes, personales y regulares y el espíritu de las normas legales es fomentar estas relaciones entre padres e hijos inclusive con el resto de parientes, por lo cual y en el caso de duda y para tener la certeza de la filiación padre-hijo y viceversa nuestra legislación ha previsto las figuras propias y aplicables en el caso de determinar la paternidad o maternidad mediante la muy conocida prueba de ADN, resultado que establecerá la certeza absoluta de la paternidad, para la prestación de alimentos.

El concepto de paternidad posee dos puntos de vista. Desde el punto de vista biológico la paternidad es la relación existente entre un padre o progenitor masculino y sus hijos. Desde esta perspectiva nos referimos a los hijos biológicos. Desde el punto de vista jurídico, el concepto de paternidad. Es sólo aplicable a las personas. La paternidad no es sinónimo de filiación, pues ésta es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal incluso en ocasiones sólo de la paterna o paternidad por parte de padre. La patria potestad viene aparejada con la paternidad pudiendo ser tanto natural como jurídica (adopción).

La prueba de paternidad es por la que se intenta probar la paternidad de una persona, y consiste en conseguir determinar el parentesco ascendente en primer grado entre un individuo y un hombre como su presunto padre.

La relevancia del análisis de ADN no amerita introducción, ni su admisibilidad en los procesos legales considerando sobre su aceptada rigurosidad científica.

Empero, lo lamentable y no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico es cuando como resultado del análisis de ADN practicado al presunto progenitor,

resulta y se demuestra el resultado negativo de la misma, determinado que no existe ningún tipo de filiación paterna y que es el caso que nos amerita, y como se dijo en líneas anteriores y se sostendrá en líneas posteriores, que si bien se ha estipulado que en el caso de ser positiva la prueba de ADN el juez determina el pago inmediato y posterior de la prestación alimenticia que debe el padre al hijo, más el en caso de la negatividad del resultado, si bien la norma estipula el reembolso de los gastos y costas judiciales ocasionados, como producto negativo de los resultados de la prueba de ADN, mas no se establecido ni el camino a seguir, ni el mecanismo en el que se ha de hacer efectivo antedicho reembolso, por lo cual y ante el vacío claro y preciso de nuestra legislación, se formula el presente objeto de estudio, y transformación.

3.- JUSTIFICACION:

La Universidad Nacional de Loja, preocupada por la realidad social del país, a través de la Carrera de Derecho exige a sus estudiantes ser parte integrante de la sociedad mediante la investigación científica en el Derecho Positivo para optar por el Título de Abogados de la República del Ecuador.

La presente temática está prevista en la problemática diseñada, la que cumpliendo con los requisitos contemplados en el Reglamento Académico, cumple con el objetivo de ser viable para desarrollarlo en mérito de todo lo aprehendido, y llevar a la práctica todos los conocimientos académicos, impartido por docentes del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, por lo tanto considero que se justifica el proyecto de investigación jurídica.

La trascendencia y relevancia de la problemática propuesta puede ser apreciada de mejor manera desde los siguientes puntos de vista:

TRASCENDENCIA SOCIAL.-En relación al tema propuesto que se encuentra inmerso en el campo del Derecho Social; debido a que es un tema de trascendental importancia social, jurídica y económica a investigarse, radica en que la sociedad ha venido evolucionando de manera que se ha exigido transformaciones en cuanto a la forma en que se debe reformar figuras jurídicas ambiguas; como es el caso, cuando el resultado de la prueba de (ADN)practicado al presunto hijo y al presunto progenitor resulta negativo, por lo que estos cambios deben estar acordes con la realidad científico y social del país; por ello estimo que la presente investigación, trata de un tema de mucha actualidad y se enmarca en los contenidos contemplados en el diseño curricular de la carrera de Derecho, formando parte del extenso campo profesional del abogado. Así mismo debo indicar que es un tema de la realidad social y de actualidad, ya que es un

problema que está afectando y va en desmedro de las personas inmersas en estos problemas.

Se torna factible la ejecución de la presente investigación por cuanto tengo acceso a las diferentes fuentes bibliográficas, a los distintos documentos sobre la materia a investigar, pues cuento con el apoyo de algunos profesionales del derecho que sustentarán mi trabajo en el ámbito jurídico, así como el apoyo incondicional de las personas que a lo largo del proceso investigativo se verán inmersas, directa o indirectamente con mi proceso investigativo.

TRASCENDENCIA ACADEMICA.-En lo académico la Universidad Nacional de Loja que de acuerdo al SAMOT, la investigación debe buscar el conocimiento de la realidad y suscitar análisis, debates y construcción de alternativas a los relevantes problemas locales, regionales y nacionales con la participación de todos los actores sociales involucrados, enmarcándose mi OBJETO DE TRANSFORMACIÓN dentro del Derecho, en el Código de la Niñez, Adolescencia y Familia, y sus Instituciones que constan en el Régimen Jurídico del Ecuador, por cuanto en la actualidad y bajo las estipulaciones del Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia es muy controversial, el hecho que representa y resulta como producto de la práctica de la prueba de (ADN), en la persona del presunto progenitor y su supuesto hijo, y el resultado es negativo, de ahí que la legislación ecuatoriana no ha contemplado o previsto las figuras suficientes si se llegara a dar el caso en cuestión, sino que más bien se ha reducido a estipular únicamente lo determinado en el Art. 131 del citado Código, por el cual permite la realización de esta prueba sin establecer reglas o procedimientos necesarios para cuando producto de esa prueba de ADN tiene un resultado negativo, lo que representa

perjuicios para quienes se someten a esta prueba de paternidad, con el único afán de saber si son o no padres del menor, quien está exigiendo o reclamando la prestación de alimentos, que por ley le corresponde.

TRASCENDENCIA JURÍDICA.-La relevancia jurídica de la presente problemática surge al momento que en nuestra realidad social existen, la posibilidad porque así lo permite el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, niños, niñas y adolescentes, para llegar a determinar la paternidad, maternidad o no del o la demandada, y que para efectos legales lamentablemente el mencionado Código solo determina en su articulado las normas o reglas que se deben seguir cuando la prueba de (ADN) sale positiva, pero en el caso de resultar negativa no existe ninguna norma o regla que regule esto, pues en mi opinión así como existe una norma para el resultado positivo de la prueba de (ADN) debería existir una norma que regule el resultado negativo obligando al actor o actora a la devolución inmediata de los gastos ocasionados para esta prueba, por lo cual surge la necesidad de establecer garantías legales para proteger al o la demandada al momento de que el resultado sea negativo en la prueba de (ADN) por medio de la persona que actúa como el Juez o Jueza y no se deje en acefalía a estas personas y que muchas de las veces se encuentran inmersos en este tipo de problemas por la mala fe de los actores de la demanda.

Como futuro profesional del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, es un deber y obligación académica el de contribuir con alternativas de solución, en colaborar y crear los espacios estructural, doctrinario, normativo y conceptual, así como jurídico de la sociedad ecuatoriana, que se identifique con el pleno derecho de estas personas y se garantizará que

estos se cumplan, importante por cierto, ya que el derecho a alimentos, en su concepto jurídico, es de vital importancia para la sociedad, lo que lleva a que se considere el que se incluya una norma especial que regule cuando el resultado sea negativo al practicar la prueba de (ADN) con el único propósito de demostrar la paternidad o maternidad de una persona y de manera inmediata se le ordene al o la actor devolver los gastos ocasionados por la prueba y demás.

De lo expresado, considero que este proyecto de investigación, se justifica en razón de la propuesta jurídica que pretendo realizar de la problemática formulada, y proponer el correspondiente proyecto de reformas al Código de la Niñez Adolescencia y la Familia, que estoy seguro contribuirá en algún momento a cambiar el actual sistema y de garantizar de una manera equitativa el derecho que tenemos las personas a la justicia.

La presente investigación es de factible realización puesto que existen los medios de información tanto teórica como empírica.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

- ❖ Realizar un estudio teórico, normativo, doctrinario y crítico a la situación en las que se encuentra el o la demandada al momento de practicarse la prueba de (ADN) y de las responsabilidades derivadas, cuando el resultado es negativo en dicha prueba, la que se encuentra establecida en el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

4.2.1.- Determinar que él o la demandada no están amparados por el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, respecto del resultado negativo en la prueba de (ADN), ordenada por el juez para demostrar o no la paternidad.

4.2.2.- Analizar jurídicamente los derechos y garantías que tenemos las personas y que se vulneran al momento de conocer el resultado negativo cuando se les ha practicado la prueba de (ADN), pues no existe norma que regule el resultado negativo de la prueba de (ADN).

4.2.3.- Determinar la incidencia social y familiar de estas personas cuando hayan sido demandados erróneamente ocasionándoles daños y perjuicios que deberían ser subsanados de forma inmediata.

4.2.4.- Proponer una reforma legal al Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, en su Art. 131 numeral 2; encaminada a establecer una disposición que regule el resultado negativo de la prueba de (ADN), ordenando el Juez en su resolución de manera inmediata la devolución de los gastos ocasionados por la prueba sino también los daños y perjuicios que le haya ocasionado esta demanda.

5. HIPÓTESIS

La falta de normas que regulen el resultado negativo, no previstas en el Art. 131 que establece la prueba de (ADN), como medio de prueba en el Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia, vulnera derechos constitucionales de las personas inmersas en esta clase de juicios.

6.- MARCO TEÓRICO.

Nuestro país se encuentra regido por leyes y normas que regulan el convivir social de quienes estamos inmersos en él, dotándonos de derechos, garantías y deberes.

Me parece oportuno iniciar el desarrollo de la base teórica de la presente investigación, exponiendo algunos aspectos básicos:

EL ADN.- El ADN o ácido desoxirribonucleico es un ácido nucleico que tiene el aspecto de un filamento muy largo enrollado. Este filamento está formado por moléculas que se repiten y reciben el nombre de nucleótidos. Cada nucleótido tiene tres elementos: un azúcar, una base nitrogenada y un fosfato.

La estructura del ADN recuerda a una escalera retorcida, como una escalera de caracol. Está formado por dos cadenas entrelazadas, como dos hilos trenzados, que se unen por peldaños. Esta estructura recibe el nombre de doble hélice.

Las moléculas de ADN pueden hacer una copia de sí mismas mediante un proceso llamado replicación.

La molécula fue descubierta en 1951 por James Watson, Francis Crick y Maurice Wilkins. En 1953, Watson y Crick describieron la estructura molecular de doble hélice del ADN, y en 1962 recibieron, junto con Maurice Wilkins, el Premio Nobel de Medicina por su trabajo.

La ingeniería genética consiste en la modificación del ácido desoxirribonucleico (ADN). Comprende un conjunto de técnicas que permiten modificar las características de un organismo, al alterar su material genético.

En ocasiones, la ingeniería genética se utiliza para conseguir que determinados microorganismos, como bacterias o virus, para que formen compuestos nuevos o aumenten su producción. Los científicos pueden modificar microorganismos, que llegan a convertirse en auténticas fábricas para producir grandes cantidades de sustancias útiles. Esta técnica se ha empleado, por ejemplo, para crear sustancias como la insulina (necesaria para los enfermos de diabetes) o el interferón (muy útil en el tratamiento del cáncer).

Otra aplicación de esta técnica es la terapia génica, que consiste en aportar un gen a una persona que sufre una anomalía genética.

Hoy en día, la agricultura y la ganadería también se aprovechan de estas técnicas de modificación del ADN. Se trata de que las plantas sean más resistentes a los insectos o que produzcan cosechas más abundantes. En el caso de las vacas, se pretende obtener razas con mayor producción de leche o de carne, o razas de cerdo más ricas en carne y con menos grasa. Todavía existen ciertas dudas o controversia respecto a estas técnicas.

Los estudios sobre el ADN humano han sido muy importantes para la medicina. Se han descubierto genes relacionados con enfermedades como la hemofilia, la fibrosis quística y determinados tipos de cáncer.

Las técnicas desarrolladas también permiten comparar las muestras de ADN tomadas en el escenario de un crimen con el ADN de un sospechoso; el resultado es una prueba que se puede utilizar ante los tribunales. El ADN se utiliza también para realizar pruebas de paternidad

Las secuencias de ADN que constituyen la unidad fundamental, física y funcional de la herencia se denominan genes. Cada gen contiene una parte que se transcribe a ARN y otra que se encarga de definir cuándo y dónde deben expresarse. La información contenida en los genes (genética) se emplea para generar ARN y proteínas, que son los componentes básicos de las células, los "ladrillos" que se utilizan para la construcción de los orgánulos u organelos celulares, entre otras funciones.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Sección Quinta, Capítulo Tercero que versa sobre los niñas, niños y adolescentes, establece: “**Art. 44.-** El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”⁵⁴

Este artículo hace alusión a uno de los principios consagrados a los niños y niñas, como le es el interés superior de niños y niñas, por el cual prevalece de

⁵⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

forma suprema sobre cualesquier principio o norma establecida, el cual sin duda es indiscutible cuando es legítimamente alegado, pero como toda regla general contiene su excepción el problema jurídico planteado en la presente investigación sería la excepción que debería tener el antedicho interés superior del niño.

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”⁵⁵

En el presente artículo parte del derecho que tiene los niños desde la concepción misma para lo cual el Estado brinda servicios y beneficios para las mujeres gestantes a fin de garantizar la vida que se está desarrollando en el vientre materno, y que lógicamente luego de su nacimiento también le significa derechos

⁵⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

como al resto de personas que habitan nuestro país, de entre los cuales se pueden destacar su derecho a la integridad física y psíquica; así como su identidad, nombre y ciudadanía; el derecho a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; en fin ,así también según señala este inciso tienen derecho a saber quiénes son sus padres, pero si eso significa un peligro según señala la norma constitucional esto se debe evitar. De ahí que para ello se ha considerado y la ciencia ha desarrollado los medios idóneos para tener la certeza de quien es el progenitor, mas no se ha determinado aún en la norma que protege a los niños y niñas, cuando como resultado de la prueba de ADN, esta resulta negativa por lo que consecuentemente quien se aducía era el padre, no lo es.

”Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

- 3.** Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.
- 4.** Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.
- 5.** Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
- 6.** Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
- 7.** Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.
- 8.** Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.
- 9.** Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.⁵⁶

⁵⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008.

Al igual que en el artículo precedente de nuestra Constitución vigente en la actualidad, por el cual el Estado, tiene que garantizar a sus habitantes y en este caso especial a los niños, niñas y adolescentes de entre los cuales se desprende el cuidado para los menores de seis años de edad, sea en su nutrición, salud, educación, el debido cuidado diario y la suficiente protección de sus derechos.

Por su parte el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio del 2003) es donde se ha desarrollado los derechos de los niños y niñas de nuestro país el cual no ha previsto el tema objeto de estudio del presente proyecto de investigación.

Este código si bien responde a la reforma legislativa de 1992 pues ahí se demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta reforma o nueva ley que se implementó en el denominado Código de la Niñez y Adolescencia se debió en gran parte al reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador, el mismo que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990.

Las Naciones Unidas aprobaron en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos que, implícitamente, incluía los derechos del niño, sin embargo, posteriormente se llegó al convencimiento que las particulares necesidades de los niños y niñas debían estar especialmente enunciados antes había decidido que el Fondo Internacional de Emergencias de las Naciones Unidas para los Niños (UNICEF) continuara sus labores como organismo especializado y permanente

para la protección de la infancia (denominándolo oficialmente Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia).

A partir de 1979, con ocasión del Año Internacional del Niño, se comenzó a discutir una nueva declaración de derechos del niño, fundada en nuevos principios. A consecuencias de este debate, en 1989 se firmó en la ONU la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que derivó en la Declaración de los derechos de los niños y niñas, de la cual y para efectos del presente proyecto, destacare los siguientes principios:

- Principio 1 "IGUALDAD."- El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

- Principio 2 "PROTECCION."- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

- Principio 3 "IDENTIDAD."- El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad.

- Principio 4 "CALIDAD DE VIDA."- El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

- Principio 5 "INTEGRACION."- El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular.

- Principio 6 "AMOR."- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

- Principio 7 "EDUCACION Y JUEGO."- El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la

responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

- Principio 8 "AUXILIO."- El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

- Principio 9 "AMPARO."- El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

- Principio 10 "SOLIDARIDAD."- El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

PATERNIDAD.-El concepto de paternidad se puede contemplar desde la perspectiva o punto de vista biológico o también, por el contrario como un concepto jurídico.

Acercándonos al punto de vista biológico de la paternidad diríamos que esta es la relación existente entre un padre o progenitor masculino y sus hijos. Desde esta perspectiva nos referimos a los hijos biológicos.

Dentro de este ámbito, el concepto paternidad es utilizado de manera extensiva en el mundo animal.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de paternidad. Es sólo aplicable a las personas. La paternidad no es sinónimo de filiación, pues ésta es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal incluso en ocasiones sólo de la paterna o paternidad por parte de padre. La patria potestad viene aparejada con la paternidad pudiendo ser tanto natural como jurídica (adopción).

La prueba de paternidad es por la que se intenta probar la paternidad de una persona, y consiste en conseguir determinar el parentesco ascendente en primer grado entre un individuo y un hombre como su presunto padre.

La prueba de paternidad ha evolucionado mucho en sus métodos ya que en un principio se realizaban por ejemplo comparación de rasgos, o se hacían estudios sobre el tipo de sangre ABO, o análisis de proteínas y antígenos HLA. En la actualidad, para probar la paternidad la prueba ideal es la prueba genética que se basa en polimorfismo en regiones STR.

Lo que se realiza en la prueba de paternidad genética es una comparación del ADN nuclear de ambos. El hombre al reproducirse mediante reproducción sexual hereda un alelo de la madre y otro alelo del padre. Por tanto, el hijo tendrá para cada locus un alelo que provenga del padre. Para realizar esta comparación se

utilizan de 13 a 19 locus del genoma del hijo, del presunto padre y como opción, también de la madre, y las regiones que se buscan son muy variables para cada individuo y se las conoce con el nombre de Short Tandem Repeat o con la abreviatura STR.

El índice de paternidad, servirá para calcular por medio de estadísticas la exactitud o fiabilidad de la prueba y será el que determine la probabilidad de que no exista una persona con el mismo perfil de alelos de entre los de su raza.

Así pues, la cantidad de locus vendrá determinada por el número de marcadores genéticos (limitantes de los locus) y que sean utilizados, por lo tanto y lógicamente, cuanto mayor número de marcadores haya más probabilidades de acercarse a la exactitud de la prueba de paternidad.

Usando quince marcadores se obtendrá una fiabilidad en cuanto a los resultados de la prueba de paternidad del 99,999%. De todas formas, el porcentaje exactitud o fiabilidad, puede ir en aumento según sea la ocurrencia de alelos extraños para cada individuo.

Si fuese imposible conseguir muestras del que se considera como presunto padre, dado lo avanzado de la ciencia en este tema, sería posible obtener el índice de paternidad recurriendo a muestras de los padres paternos. Asimismo, también sería posible la obtención de muestras de prenatales recurriendo al procedimiento de la amniocentesis y a las vellosidades coriónicas.

Para terminar, a modo de conclusión comentaremos que en la actualidad están a disposición pruebas de paternidad con fines informativos o también pruebas de

paternidad con fines únicamente legales. Para las pruebas legales de paternidad se necesita o requiere una validación de la identidad de la persona y además, que se custodien las muestras.

INCIDENCIA PRUEBA DEL ADN EN EL ÁMBITO JURÍDICO.-La relevancia del análisis de ADN no amerita introducción, ni su admisibilidad en los procesos legales considerando sobre su aceptada rigurosidad científica. De ahí que su utilidad se extienda más allá del simple procedimiento destinado a establecer la filiación paterna y/o materna de una criatura.

Esta se define como un elemento esencial de los cromosomas, y el material genético está compuesto por estas moléculas (ADN).

Más allá de los aspectos técnicos y procedimientos que hacen del análisis de ADN un medio probatorio confiable, ya reconocido por nuestro máximo tribunal, la Corte Nacional de Justicia, como un medio de prueba irrefragable o irrefutable, se admite de modo consensuado que los códigos genéticos o material genético (ADN) se transmiten de padres a hijos, siguiendo las leyes de la herencia, y que en estos se puedan identificar los cromosomas correspondientes a los progenitores para corroborar la procedencia del individuo.

Esta prueba de ADN puede realizarse recurriendo a muestras de sangre, cabello, semen, restos vivientes envejecidos, mezclados o degradados, siendo secundaria si la persona está viva o ha fallecido. Desde el punto de vista del proceso judicial puede ser una vía complementaria para pronunciarse sobre la participación o no de una determinada persona en un hecho e inferir su presunta culpabilidad o inocencia. Y ello se explica así porque se entiende que

esta codificación es única, individual y excluyente de la identidad de otro individuo o ser viviente.

En la actualidad esta prueba de investigación científica se ha ido incrementando como instrumento de investigación para una infinidad de situaciones, junto a otras herramientas de la criminalística y la patología forense, considerando los resultados positivos en el proceso de búsqueda por establecer la realidad o el orden y alcance de los acontecimientos. De ahí que sería primordial que el Estado asuma los costos y facilidades necesarios para que esta prueba sea asequible en todos los casos y materias como fuente principal probatorio como acaece en materia de filiación, o complementaria en otras actuaciones donde quedan residuos en la escena del crimen, léase semen en las violaciones, restos de cabellos del posible agresor o víctima, etc., pues su incidencia en el ámbito jurídico es incuestionable.

LA IDENTIFICACIÓN DEL PADRE.- De hijo de mujer soltera, viuda, divorciada ha sido un tema de difícil solución, así hasta antes de Principios del siglo XX, en la práctica se prohibía la investigación de la paternidad y sólo se permitía en casos excepcionales, como el rapto, porque en aquella época se daba mucha importancia a la institución jurídica del matrimonio.

CARACTERES DE LA ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.- La doctrina menciona la: inalienabilidad, imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inherente a la persona.

INALIENABLE.- O sea que no puede ser, objeto de cesión, porque son derechos no patrimoniales. Tampoco pueden renunciarse.

IMPRESCRIPTIBLE.- El derecho a la identidad no se adquiere ni se pierde por prescripción, o sea que siendo imprescriptible el derecho constitucional a la identidad, deriva como consecuencia natural que la acción de investigación de la paternidad también es imprescriptible; por tal los Arts. 257 del Código Civil que limita a lo años el poder presentar esta acción o sea sólo hasta que una persona tenga 28 años de edad, e igualmente es inconstitucional el Art. 260 ibídem que establece que la acción de investigación de la paternidad y maternidad, se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre respectivamente aunque hubiere comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiera trabado la litis; pues en la actualidad como es de conocimiento general se puede practicar examen de ADN a una persona que ha muerto y esto lo permite el Art. 131 numeral 6 del Código de la Niñez y Adolescencia.

De tal manera, que los términos de caducidad antes mencionados son inconstitucionales, y no se diga que la caducidad tiende a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza en virtud de un imperativo de estabilidad que es también carácter del estado de familia, así no cabe esta caducidad porque por encima de ella está el derecho constitucional a la identidad y el interés superior del niño.

IRRENUNCIABLE.- Porque las normas que lo rigen son de orden público y por tal no se puede renunciar al derecho constitucional a la identidad.

CARÁCTER DELICADO DE JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD.-

Este es uno de los juicios más delicados, porque en estos juicios se puede palpar el dolor, la mentira, el odio, la soledad, el amor, la estupidez o la viveza criolla, revelando la tremenda iniquidad que puede ocultar el orgullo humano.

La naturaleza especialísima de este juicio es que se orienta, a consolidar el Derecho a la identidad del niño a tener un apellido y fundamental mente el derecho de reclamar de su progenitor las obligaciones de proveer una formación moral, educación y los medios necesarios de subsistencia que trae consigo la declaración judicial de paternidad.

En el caso de la maternidad, y, como es de conocimiento general, la maternidad ha sido considerada como un hecho indiscutido, y se presume por el mero nacimiento; en tanto que la paternidad ha sido considerada como acto de fe.

Obviamente, si el hijo nace dentro del matrimonio se presume la paternidad como dice el Libro Primero del Código Civil, pero cuando hay ausencia de vínculo matrimonial no es jurídicamente posible presumir la paternidad.

La Constitución en el Art. 68 reconoce la Unión de Hecho y esta institución se encuentra regulada en una ley aparte hoy incorporada al Código Civil (Arts. 222 al 232) pero solo se regula lo concerniente a aspectos patrimoniales, pero no contempla la presunción de paternidad, que si lo hace cuando el hijo es concebido dentro de matrimonio, recalco que la madre, es la madre biológica dado que la maternidad es una realidad que no admite duda.

QUÉ PERSIGUE EL JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.- Se dice que esta acción, busca por medio de la investigación respectiva, por los medios genéticos y hematológicos; y, hoy con la prueba del ADN para lograr la concreta posición o cualidad de la persona en el seno de la familia que le pertenece, por esto varios tratadistas dicen, que el estado de familia es uno de los atributos de la personalidad.

7.- METODOLOGIA.

La presente investigación será realizada en base a la aplicación de varios métodos, procedimientos, técnicas y presentación del informe final que me permitirán alcanzar el conocimiento.

7.1. MÉTODOS.- Por su parte sustancial este estudio será abordado aplicando el método inductivo – deductivo, conocido como método científico; usados en la recopilación de la información para el desarrollo de los conceptos a establecerse en el presente trabajo investigativo; el método analítico aplicado en las distintas doctrinas, para expresar el criterio personal que será vertido como producto del desarrollo, avance y conclusión de la presente investigación; el método descriptivo, basado en las situaciones reales y concretas en las cuales se desenvuelven una parte de la colectividad; el método histórico me servirá para recopilar información de reseñas históricas como base del problema investigativo.

7.2. PROCESOS.- Los métodos antes mencionados para realizar una eficaz y eficiente investigación la realizaré a través de los procesos de observación, análisis y síntesis. Observación de los problemas será desarrollada gran parte en los textos bibliográficos que contiene la doctrina de los conocedores de la materia, lo jurídico me permitirá un conocimiento amplio de las normas legales, en lo personal será importantísimo mi aporte individual e intelectual necesario para el pleno desarrollo de la investigación, que será descubridora ya que me servirá para alcanzar conocimientos sobre la figura jurídica de la prueba de (ADN), en la demostración de la paternidad, será de campo ya que he creído conveniente aplicar entrevistas para obtener datos verídicos y eficientes, y lo documental aplicaré en el estudio de distintos procesos en los que se realiza o se ha realizado

procedimiento parecido o semejante ante la demostración que se realiza en lo referente a la paternidad. Para luego a través del análisis obtener resultados y tabulaciones como producto de todo este proceso investigativo; todo esto lo estructuraré de forma concreta en conclusiones y recomendaciones vertidas.

7.3. TÉCNICAS.-Para el desarrollo de la presente investigación aplicaré varias técnicas entre ellas: Observación directa a los diferentes grupos de personas que están considerados en nuestra Constitución y entre ellos el de los niñas y niños, así como del cumplimiento de las situaciones de paternidad y maternidad responsables también consideradas en nuestra Carta Magna, lo cual me permitirá obtener información acerca de la realidad social en la que se encuentra enmarcado el problema objeto de investigación. La entrevista me permitirá un acercamiento directo con la información ya que se les aplicará a las personas relacionadas directa o indirectamente con el problema formulado para la presente investigación, personas que están inmersas en la problemática jurídica, la documental a la revisión de casos en los que se efectiviza la figura jurídica de la prueba del (ADN), para demostrar la paternidad, emplearé documentos de soporte de información necesaria para el desarrollo del trabajo investigativo como el fichero bibliográfico el que me permitirá indicar las fuentes de donde proviene la información igualmente las fichas nemotécnicas que me ayudaran a especificar información de trascendental importancia, las fichas hemerográficas me permitirán obtener información de los medios de comunicación de acontecimientos actuales.

8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES.

AÑO	2012
------------	-------------

TIEMPO ACTIVIDADES		MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO			
		Semanas				Semanas				Semanas				Semanas				Semanas			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1	Selección y definición del problema objeto de estudio.	x	x																		
2	Elaboración y diseño del proyecto de investigación.			x	x																
3	Desarrollo y elaboración del marco teórico de la tesis					x	x	x	x												
4	Aplicación de las encuestas y de las entrevistas.									x	x										
5	Verificación y contrastación de los objetivos e hipótesis.											x	x								
6	Planteamiento de las conclusiones y de las recomendaciones													x	x						
7	Presentación del borrador de la tesis.															x	x				
8	Fase de presentación del informe final																	x	x		
9	Fase de sustentación y defensa pública de la tesis																			x	x

9.- RECURSOS MATERIALES Y COSTOS.

9.1. RECURSOS HUMANOS:

- **Investigador:**
 - Marco Antonio Viñan Robles.
- **Docente Asesor de la Investigación.**
- **Personas Entrevistadas y Encuestadas.**

9.2. RECURSOS MATERIALES:

Materiales	Valor
Libros	300,00
Hojas	100,00
Copias	50,00
Internet	50,00
Levantamiento de textos, impresiones y encuadernación	400,00
Imprevistos	100,00
Total	1.000,00

9.3. FINANCIAMIENTO

Los gastos presentados en el presente trabajo de investigación los financie con recursos propios, los cuales suman la cantidad de mil dólares de américa.

10.- BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, Ed. Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 2003.
- COELLO GARCIA, Enrique, DERECHO DE FAMILIA, Fondo de Cultura Económica, Tomo 68, Vol. V, Quito 1990.
- Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de la Niñez, Adolescencia y la Familia.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador, 2008.
- Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Fernando Albán Escobar, Quito.- 2003
- Diccionario Jurídico Anbar, Edición e impresión, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca – Ecuador 1999.
- Encarta, 2010
- Manual de Derecho Civil, Juna Larrea Holguín, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1983
- OSORIO Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales” XX Edición.- Editorial Heliasta. Buenos Aires 1992.

INDICE

Certificación.	I
Autoría.	II
Agradecimiento.	III
Dedicatoria.	IV
Esquema de contenidos	V
1. TÍTULO	VII
2. Resumen.	VIII
3. Introducción.	X
4. REVISION DE LITERATURA	1
4. 1.- MARCO CONCEPTUAL:	4
4.1.1. La Prueba.	4
4.1.2. Reseña histórica de la Prueba.	14
4.1.3. La Prueba Judicial en General.	18
4.1.4. Objeto de la Prueba.	21
4.1.5. Clasificación de la Prueba.	22
4.1.6. Carga de la Prueba.	29
4.1.7. Principios de la Prueba Judicial.	31
4.2.- MARCO JURÍDICO:	46
4.2.1. Acceso Gratuito a la Justicia en el Código Orgánico de la Función Judicial.	46
4.2.2. Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales en el Código Orgánico de la Función Judicial.	49
4.2.3. Régimen Legal de los Presuntos Progenitores.	59
4.2.4. Derecho de las Personas a Alimentos.	62
4.2.5. La Prueba de ADN, en el Código Orgánico de la Niñez, Adolescencia y la Familia.	82
4.3.- MARCO DOCTRINARIO:	89
4.3.1. De la Prueba de ADN, en el Derecho Comparado.	89
4.3.2. Uruguay.	92
4.3.3. Costa Rica.	93
4.3.4. Colombia	97
4.3.5. Perú.	101
4.3.6. Venezuela.	104
4.3.7. España.	107

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.	111
5.1. Materiales utilizados.	111
5.2. Métodos.	111
5.3. Procedimientos y técnicas.	111
6.- RESULTADOS.	113
6.1. Presentación, análisis e interpretación de la información obtenida mediante la encuesta.	113
6.2. Presentación y análisis de los resultados obtenidos mediante la entrevista.	121
6.3. Estudio de casos.	128
7.- DISCUSIÓN.	136
7.1. Verificación de Objetivos.	136
7.2. Contratación de Hipótesis	138
7.3. Fundamentos jurídicos, doctrinarios y empíricos en los que se sustenta la propuesta de reformas.	139
8.- CONCLUSIONES.	142
9.- RECOMENDACIONES.	145
9.1. PROPUESTA DE REFORMAS.	147
10.- BIBLIOGRAFÍA	149
11.- ANEXOS	152
ÍNDICE	179