UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE ABOGADO

AUTOR:

Carlos Humberto González Labanda

DIRECTOR:

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

Loja – Ecuador
2014

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg.Sc

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA. UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de Tesis titulado: **"REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD"**, se ha desarrollado bajo mi dirección y luego de revisarla y una vez comprobado que cumple con todos los requisitos estipulados para este tipo de trabajos, autorizo su presentación ante el respectivo tribunal de grado.

Loja, julio de 2014

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, CARLOS HUMBERTO GONZÁLEZ LABANDA, declaro ser autor 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: Carlos Humberto González Labanda

Firma:

Cédula: 110355654-1

Fecha: Loja, julio de 2014

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

Yo, CARLOS HUMBERTO GONZÁLEZ LABANDA, declaro ser autor de la Tesis titulada: **"REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD".** 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, al 2 de julio del dos mil catorce, firma el autor.

Firma: .....
Autor: Carlos Humberto González Labanda
Cédula: 110355654-1
Dirección: Loja Cdla. Victoria
Correo: carlosgonz-@hotmail.com
Teléfono: 072326117 Celular 0980237873

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg.Sc.

TRIBUNAL DE GRADO
Presidente: Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez
Vocal: Dr. Mg. Marcelo Costa Cevallos
Vocal: Dr. Mg. Mario Chacha Vásquez

AGRADECIMIENTO

Expreso mi más sincero agradecimiento a la prestigiosa Universidad Nacional de Loja, en su Modalidad de Estudios a Distancia, cuna de saber y ciencia, a sus prestigiosos docentes que con sus conocimientos y experiencias han sabido guiarme a lo largo de mi carrera universitaria.

A mi Director de Tesis, Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez. Mg.Sc. quien con su sabiduría ha sabido guiarme en el desarrollo de la presente tesis.

CARLOS GONZÁLEZ LABANDA

DEDICATORIA

Primero y antes que nada dar, gracias a Dios por estar conmigo en todo momento, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio, a mi madre AIDA GONZÁLEZ, mi esposa TERESA LORENA SÁNCHEZ, y mis hijos CARLOS ANDRÉS y LENÍN SEBASTIÁN, quienes con su apoyo incondicional, esfuerzo y amor, han sido el pilar fundamental para mi desarrollo personal como profesional; por brindarme su comprensión, ternura y respeto; quienes son mi fortaleza, inspiración, motivo y razón para seguir adelante.

Carlos González

1. TÍTULO

“REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD”

2. RESUMEN

El tema escogido para esta tesis enuncia: **“REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD”** en la misma se plantearon como objetivo “Realizar un estudio de carácter jurídico, doctrinario y crítico a la legislación civil y de familia ecuatoriana, en lo referente a la impugnación de la paternidad”. De igual manera la hipótesis enuncia “La falta de Ley que no indica el número de señalamientos para la diligencia de ADN, ni la forma para asegurar la asistencia de la parte demandada a la misma, lesiona el derecho a la tutela y seguridad jurídica de la parte actora, en los casos de impugnación de paternidad”.

Para poder llegar a comprobar cada una de estas expresiones, realicé una investigación bibliográfica que sirvió de fundamento para la investigación de campo misma en la que se obtuvo la opinión de profesionales del derecho de quienes se pudo establecer como conclusión que la falta de norma que indique el número de señalamientos para la diligencia de ADN, es una aberración jurídica que violenta los derechos de los individuos, y lesionando el derecho a la tutela y seguridad jurídica. Queda establecido por lo tanto, que la investigación enmarcada en un profundo análisis jurídico doctrinario, goza de la validez y confiabilidad que los criterios profesionales de abogados con vasta experiencia me proporcionaron, para finalmente presentar las conclusiones, recomendaciones y la reforma jurídica al Código de la Niñez y

Adolescencia, que propongo como alternativa de solución a esta problemática.

ABSTRACT

The chosen topic for this thesis enunciates: “REFORMS TO THE CODE OF THE CHILDHOOD AND ADOLESCENCE AS FOR SETTLING DOWN THE I NUMBER OF SIGNALIZATIONS FOR THE DILIGENCE OF DNA IN THE TRIAL OF OBJECTION OF PATERNITY" ; in the same one they thought about as objective to "Carry out a juridical, doctrinal and critical study of character to the civil legislation and of Ecuadorian family, regarding the objection of the paternity." In a same way the hypothesis enunciates "The lack of Law that doesn't indicate the number of signalizations for the diligence of DNA, neither the form to assure the attendance from the demanded part to the same one, it injures the right to it guides her and artificial security of the part actor, in the cases of objection of paternity."

To be able to end up checking each one of these expressions, I carried out a bibliographical investigation that served as foundation for the same field investigation in that the opinion of professionals of the right was obtained of who it could settle down as conclusion that the norm lack that indicates the number of signalizations for the diligence of DNA, is an artificial aberration that forces the rights of the individuals, and injuring the right to it guides her and artificial security. It is established therefore that the investigation framed in a doctrinal deep juridical analysis, enjoys of the validity and dependability that the professional approaches of lawyers with vast experience provided me, for finally to present the conclusions,

recommendations and the artificial reformation to the Code of the Childhood and Adolescence that I propose as solution alternative to this problem.

3. INTRODUCCION

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siempre deben ser protegidos por el Estado, y uno de los principales derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes es el de un apellido y de tener una familia, por lo que ha tomado medidas que garanticen que estos derechos se cumplan.

Es por esto, que con la finalidad de realizar un estudio serio sobre la temática, he decidido afrontar el tema de **"REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD".**

En este trabajo se hace constar un estudio bibliográfico diseñado en tres marcos: el marco conceptual, en donde se hace una revisión de los conceptos que la problemática involucra; además un marco doctrinario, en donde se recopila los criterios de diferentes tratadistas de estos temas y nos abre la puerta a conocer la conceptualización, la naturaleza jurídica de la paternidad, el ADN y diferentes aspectos que intervienen en este aspecto; y finalmente el marco jurídico, haciendo una recopilación de las leyes involucradas en esta temática.

En un siguiente punto, se realiza la investigación de campo, misma que se ejecutó con profesionales de la carrera de derecho y magistrados de la ciudad. Para finalmente llegar a las conclusiones y recomendaciones y

presentar nuestra propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. EL DERECHO DE FAMILIA

"Es el conjunto de reglas, normas para que exista un orden personal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia, regulando relaciones entre cónyuges, padres e hijos, lo cual le atribuimos tendencias del derecho moderno".[1]

El derecho de familia protege a la familia en todos sus ordenes por consiguiente es necesario que se dé una transformación dialéctica a fin de proteger los derechos del menor el mismo que al no `percibir los beneficios para los cuales se ha solicitado los alimentos quedaría limitado en sus derechos fundamentales.

Según Pianol, "el derecho de familia se erigió en Francia durante largos siglos por el derecho canónigo y si bien la revolución lo regularizó, no ha perdido este su carácter, en la medida que las leyes revolucionarias y las leyes modernas se han apartado de los principios tradicionales en que había sido establecida la familia" [2]

El derecho de familia siempre será un derecho social que evoluciona dentro de las necesidades sociales de la sociedad para precautelar los

---

[1] OMEBA: Enciclopedia Jurídica, Editorial Bibliográfica Argentina Lavalle, 1954, tomo 1, pág. 144.

[2] PLANIOL Marcel: Tratado del Derecho Civil, tomo ll, La Habana, Editorial Herder S.A., 1946, pág. 12.

derechos fundamentales de la familia y sobre todo de los alimentos del menor y sus fines.

4.1.2. LA FAMILIA

Es el núcleo fundamental de la sociedad desempeña un papel trascendental en la vida en sociedad como lo es biológico, económico, social, que se rige por los principios generales del derecho de familia que son imperativas, vale decir, de inexorable cumplimiento y que por consiguiente no permiten sustraerse a su aplicación por acuerdo de voluntades.

Las familias poseen un fin biológico el cual es la procreación que con los vínculos jurídicos como el matrimonio, la unión de hecho o actos jurídicos como la unión libre genera el derecho de alimentos u otros existenciales como la identidad o el derecho de herencia etc.

4.1.3. OBLIGACIÓN

En general una obligación es el vínculo jurídico proveniente de la ley, un contrato o convención, un cuasicontrato o un cuasidelito, y cuyo objeto consiste bien en una prestación positiva de dar (transferencia de dominio) o hacer, o en una abstención negativa de no hacer algo determinado. La característica de la obligación es en esencia el ser la contraparte de los denominados créditos o derechos personales, que son exigibles a personas determinadas, es decir una persona se obliga con otra ya sea

por la celebración de un contrato, un cuasicontrato que se produce sin que exista el consentimiento de una de las partes, un delito (con intención de causar daño) o un cuasidelito (sin intención de causar daño), y la principal forma que es referente a la presente tesis, sería la disposición de la ley, como lo es la obligación alimenticia.

Según Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra intitulada DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES, expresa que "La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada"[3].

Guillermo Cabanellas en su DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, manifiesta que alimentos son: "Las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención o subsistencia; esto es, para comida bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad. Los alimentos se clasifican en legales, voluntarios y judiciales."[4]

4.1.4. OBLIGADO

De acuerdo al Diccionario Legal, el obligado, es el "deudor en el concepto amplio del sujeto pasivo en una obligación; aquel que ha de dar, hacer o

---

[3] ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, 1era Edición, Editorial EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia 1983, Pág. 9.

[4] CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Tomo I A-D, Editorial HELIASTA, Buenos Aires-Argentina, 1976, Pág. 159.

no hacer por voluntario nexo, por mandato legal o a consecuencia de su dolo o culpa. En toda obligación ha de haber un obligado, pero pueden serlo todas las partes a la vez en las obligaciones recíprocas”.[5]

Es decir que el obligado es el que tiene la responsabilidad de cumplir con una obligación, sea por mandato legal o por haberla adquirido.

4.1.5. FILIACIÓN

Para el Dr. Roberto Suárez Franco en su obra DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES, establece que la filiación también produce importantes efectos jurídicos en diversos ámbitos:

“La filiación es el origen del parentesco de consanguinidad, fundamento de las relaciones familiares y elemento indispensable para establecer sobre esta especie de parentesco instituciones jurídicas de indiscutible trascendencia, tales como ordenes sucesorales y el derecho de alimentos; de igual manera, la filiación es factor determinante de la nacionalidad.

Como ocurre con nuestra Constitución de las República, los nacionales colombianos lo son por naturaleza o por el solo hecho de que el padre o la madre hayan sido naturales colombianos o extranjeros domiciliados en

[5] http://www.eumed.net/rev/cccss/08/emp.htm

la república. Por último, filiación genera la patria potestad y la autoridad de los padres."[6]

El fundamento está en la necesidad insatisfecha de algún miembro del grupo familiar, que obtiene ese derecho por pertenecer a una familia, y en la obligación omitida por otro miembro de la misma.

Esta relación engendrada por las partes es captada por el ordenamiento jurídico pertinente que en este caso se regula por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y por el Código Civil, que determinan el procedimiento judicial para la fijación de la pensión alimenticia.

4.1.6. LA PRUEBA DE ADN

Una prueba de ADN tiene como objetivo probar la paternidad, esto es determinar el parentesco ascendente en primer grado entre un individuo y un hombre (presunto padre). Los métodos para determinar esta relación han evolucionado desde la simple convivencia con la madre, la comparación de rasgos, tipo de sangre, análisis de proteínas.

La prueba de paternidad genética se basa en comparar el ADN nuclear de ambos. El ser humano al tener reproducción sexual hereda un alelo de la

[6] SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Tomo II, 3era Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1999, Bogotá-Colombia, Págs. 4-5.

madre y otro del padre. Un hijo debe tener para cada locus un alelo que provenga del padre. Esta comparación se realiza comparando entre 13-19 locus del genoma del hijo, del presunto padre y opcionalmente de la madre.

Para determinar estadísticamente la exactitud de la prueba, se calcula el índice de paternidad, el cual determina la probabilidad que no exista una persona con el mismo perfil de alelos entre su raza.

Cuando no se cuenta con muestras del presunto padre, se puede obtener un índice de paternidad utilizando muestras de los padres paternos. También es posible obtener muestras de prenatales mediante procedimiento de amniocentesis y Vellosidades coriónicas.

Las pruebas de ADN han pasado a constituir la base de muchas investigaciones judiciales-policiales, entre las cuales está determinar la paternidad.

Esta prueba se realiza comparando la secuencia de ADN del padre, del niño, niña o adolescente y de la madre. La combinación de las secuencias de ADN del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del niño, niña y adolescente; sólo de esta manera se tendrá una

seguridad, generalmente de más del 99%, sobre la paternidad del menor de edad.

Este tipo de prueba sirve para determinar linajes en varias generaciones y fue utilizado para conocer cómo ha evolucionado el genoma humano.

El proceso de Análisis del ADN consta de varios pasos por ejemplo por medio de cualquier célula que posea núcleo se puede obtener el ADN, ya sea desde una gota de sangre, un pelo o saliva son suficientes. Para procesar dichas muestras, se añaden reactivos que rompen las membranas de las células y liberan el ADN contenido en ellas, limpiándolo de restos como proteínas y otros compuestos orgánicos. Una vez seleccionados los fragmentos de ADN que interesan, a través de una técnica llamada Reacción en cadena de la polimerasa (PCR), se multiplican los fragmentos escogidos, obteniendo millones de copias. A través de una descarga eléctrica se separan los fragmentos que se han amplificado y con la ayuda de potentes equipos automatizados, se visualizan los resultados en forma de bandas o picos.

Por último se comparan las secuencias obtenidas en una determinada muestra con la de otra muestra de ADN y se observan las coincidencias para verificar si ambas secuencias pertenecen a la misma persona, corresponden a padre e hijo o no tienen ninguna relación.

4.1.7. TUTELA

La tutela es una institución jurídica cuyo objeto es la guarda de la persona y sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien, no estando bajo la patria potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo por ser menor de edad o estar declarado como incapacitado.

Según la legislación de cada país, la tutela puede ir o no acompañada de las siguientes figuras:

1. Consejo de Familia, integrado por ascendientes directos del menor que ejercen las funciones de tutelaje o de defensores del menor. En otros países estas funciones las realiza el defensor judicial o el juez.
2. El defensor judicial que, con independencia de a quién se encomiende la tutela, vigila el cumplimiento de las obligaciones del tutor en beneficio del tutelado.

3. Tutela compartida por dos o más tutores. Ésta se permite en algunas legislaciones y se aconseja que uno de ellos gestione la tutoría de la persona y otro la del patrimonio.

4.1.8. SEÑALAMIENTO JUDICIAL

El señalamiento judicial es la citación o requerimiento que realiza

un Juzgado concreto a una persona determinada para realizar una actuación judicial**.** Normalmente en el ámbito de familia se señala el día de la ratificación judicial (en los procedimientos de mutuo acuerdo), o el día del Juicio de divorcio o separación (en los procedimientos contenciosos).

4.1.9. SEGURIDAD JURÍDICA

Jorge Miles dice “La seguridad jurídica es la situación peculiar del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, cuando tales relaciones se hayan previstas por un estatuto objetivo, conocido y generalmente observado”.

El tratadista Antonio Fernández Galiano, en su Introducción a la Filosofía del Derecho, expresa a este respecto “Específicamente, la seguridad jurídica se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar seguridad al individuo en el sentido de que en todo momento sepa con entera claridad hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en

todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos.

Por supuesto que lo descrito es un ideal utópico para cuya efectividad se requeriría un ordenamiento de una perfección técnica incompatible con la falibilidad de toda obra humana: es evidente que en todo derecho existen imperfecciones, imprevisiones del legislador, lagunas y contradicciones, pero también hay normas que no realizan con plenitud los debidos ideales de justicia y no por eso deben condenarse el ordenamiento en su conjunto como incapaz de realizar aquel valor. Lo que interesa es que el derecho, aparte de sus inevitables fallos, tienda a la creación de una seguridad para el particular que se acoja a sus normas, de manera que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento.

La finalidad del derecho tiene que ser la supresión de toda situación dudosa o imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas. A procurarlas en casos concretos irán dirigidas normas determinadas, pero la finalidad de creación de seguridad jurídica para el particular está representada por una porción de principios de carácter general existentes en todos los ordenamientos: tales son, entre otros, el de inexcusabilidad del cumplimiento de la Ley, independiente de su conocimiento y el de la

fuerza de la cosa juzgada, el de la protección posesoria y el que inspira a la institución de la usucapión”.

4.1.10. IMPUGNACIÓN

"La impugnación procesal es el poder concedido a las partes y excepcionalmente a terceros tendiente a lograr la modificación, revocación, anulación o sustitución de un acto procesal que se considera ilegal o injusto"

Se impone considerar el tema con un doble enfoque: uno referente al sujeto a quien se le atribuye el poder, y otro, referido al objeto sobre el cual recae el poder de impugnación. Este dualismo ha contribuido a que suela distinguirse en la doctrina lo que se conoce por "impugnabilidad subjetiva" de por "impugnabilidad objetiva"

La impugnación como poder tiene origen constitucional y su contenido es abstracto ya que no está condicionado a la existencia real, efectiva y concreta del defecto o injusticia. En tal sentido, basta que se invoque la existencia de un agravio aunque luego, al momento de su resolución de merito se deniegue el derecho (como sucede con la acción), es decir que no obstante la posibilidad de su admisión inicial, luego de su tramitación puede resultar que la pretensión impugnativa resulte rechazada al momento de dictar sentencia.

La impugnación ampliamente considerada, se manifiesta como el "poder y actividad reconocido a las partes del proceso y excepcionalmente también a terceros interesados, tendientes a conseguir la revocación, anulación, sustitución o modificación de un concreto acto de procedimiento que se afirma incorrecto o defectuoso (injusto o ilegal), siendo ello la causa del agravio que el acto produce al interesado.

Esta actividad puede dirigirse tanto contra los actos del tribunal (resoluciones) cumplidos de oficio o a petición de parte, como de los actos de colaboradores del tribunal (notificaciones), y también respecto de los actos de las partes, comprendiendo entre estos últimos de sus representantes legales, mandatarios y defensores en general.

El poder de impugnación como tal se ejercita dentro del proceso y tiende a obtener la modificación, revocación, anulación, sustitución de un acto procesal ilegal o injusto: se exhibe como una prolongación de los poderes de acción y excepción.

PATERNIDAD

La **paternidad** (del lat. paternĭtas, -ātis) hace referencia a la cualidad de padre o progenitor masculino o macho. El término, por extensión, solía referirse a ambos progenitores, sin embargo en los últimos años se utiliza el término parentalidad para definir a ambos progenitores, mientras

que maternidad es utilizado para referirse en exclusiva a la cualidad de madre y paternidad a la de padre.

En antropología cultural la paternidad es una institución socio-cultural de filiación. El concepto de paternidad se ha ido transformando con el tiempo en las distintas civilizaciones y períodos históricos.[7]

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA TUTELA JURÍDICA

La tutela es la obligación de cuidar y administrar los bienes de una persona que no tiene capacidad para cuidarse a sí mismo ni tiene a nadie que ejerza sobre él, la patria potestad.

Las personas sujetas a tutela, los menores de edad no emancipados legalmente, los locos o dementes aunque tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no puedan entender o comunicarse efectivamente por cualquier medio y drogodependientes declarados tales mediante sentencia.

4.2.1.1. PERSONAS INHABILITADAS PARA DESEMPEÑAR LA TUTELA.

- Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la

[7] Knibiehler, Yvonne (2007). *Le rôle des pères à travers l'histoire*. Revue francaise des Affaires sociales, 42 annèe, novembre 1988, Ministère du Travail France, I.S.S.N. 00352985.

patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial

- Los que hubieren sido legalmente destituidos de una tutela anterior por su mal ejercicio.
- Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.
- Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.
- Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.
- Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
- Los concursados (personas que no tienen bienes suficientes para pagar a todos sus acreedores) no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su

administración, La finalización de la tutela exige, la rendición de cuentas que será ante la autoridad judicial, de la administración de los bienes que realizó el tutor.

- La tutela se extingue

- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad
- Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.
- Por maltrato inferido a los menores o incapacitados. Para el caso de la última fracción, los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que el pupilo sea maltratado por el tutor. Tales medidas se tomarán a instancia de quien acredite interés legítimo de parentesco o del Ministerio Público en todo caso.

Curador:

El curador es el representante para los actos de la vida civil de una persona declarada incapaz en razón de un déficit de sus facultades mentales.

Se es curador provisional cuando se ha designado por el juez durante la sustanciación de un proceso. Sus funciones duran hasta que el curador

definitivo acepta el cargo que se le confiere en la sentencia de interdicción.

El Curador definitivo siendo casado, el curador será su cónyuge. Este no será cuando sea cónyuge divorciado, separado de hecho, o cónyuge que está tramitando un juicio de nulidad del matrimonio. No habiendo cónyuge, se designará al hijo más apto para esta función. A la falta de éstos, se preferirá alguno de los padres. De no haber cónyuge, hijos o padres, el juez será quien determine a otro pariente como hermanos o abuelos para funcionar como curador.

4.2.2. LA FAMILIA Y SU DESARROLLO

La familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en todas las sociedades. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, de los nexos familiares nacen las relaciones de género especificadas en los Códigos y leyes que se han sido creadas dentro de una naturaleza basados en los principios existenciales de la familia, como la ley contra la Violencia a la Mujer y la familia que se fundamenta en la protección de la violencia física, sexual y psicológica, lo que garantiza el desarrollo de la familia.

La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad. La familia nuclear (dos adultos con sus hijos) es la unidad principal de las

sociedades más avanzadas. En otras este núcleo está subordinado a una gran familia con abuelos y otros familiares. Una tercera unidad familiar es la familia mono-parental, en la que los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, viudedad o divorcio.

La familia, puede definirse como un grupo social primario unido por vínculos de parentesco dentro del mismo existe lazos genéticos biológicos. Afinidades los mismos que pueden traducirse en consanguíneos, de filiación (biológica o adoptiva) o de matrimonio, incluyendo las alianzas y relaciones de hecho cuando son estables. Se es parte de una familia en la medida en que se es padre o madre, esposa o esposo, hijo o hija, abuela o abuelo, tía o tío, pareja, conviviente, etc.

Podemos distinguir tipos de familias: conyugal (esposo y esposa), nuclear (esposos e hijos), mono-parental (un solo progenitor con uno o varios hijos), extendida (padres e hijos, abuelos y tíos) y ensamblada (esposos, hijos comunes e hijos de anteriores uniones de uno o ambos esposos) los sociólogos han partido de esta disyuntivas que en muchos de los casos puede ser aleatoria es decir admitir la diversidad de generó en una misma como por ejemplo por el factor migratorio se crean lasos mixtos de parentesco afinidad, u de otro genero.

La familia como núcleo fundamental de la sociedad cumple una función axiomática en la que se conjugan los conceptos que se enlazan en

diferentes perspectivas que se traducen en la manifestación de sus funciones o razones de existir por lo que en la sociedad debe cumplir importantes funciones, que tienen relación directa con procreación de la especie de genero, y los derechos y obligaciones que nacen de los mismos. Como en la educación y formación de sus hijos lo que parte de un nivel primario que empieza desde el hogar. Y se constituye en los diferentes niveles educativos.

De acuerdo a estas funciones, la unión familiar debe asegurar a sus integrantes, estabilidad emocional, social y económica, además de prodigar amor, cariño y protección. Es allí donde se trasmite la cultura a las nuevas generaciones, se prepara a los hijos para la vida adulta, colaborando con su integración en la sociedad y se aprende tempranamente a dialogar, escuchar, conocer y desarrollar los derechos y deberes. Las actitudes y las destrezas para que esta forma se contribuya directamente a dar una viabilidad a la problemática.

4.2.3. CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA

Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena

vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.

El Estado busca sus objetivos mediante la filosofía y doctrina e ideología, de las personas que ejercen el poder político, por lo que es imprescindible determinar lo que es el Estado y el Derecho, que son dos categorías sostenidas dentro de la existencia del Estado.

La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos.

Por lo tanto el Derecho tiene un papel muy importante para el Marxismo y Leninismo, ya que es parte del interés dominante y será siempre una dictadura de una clase sobre otra. Los defensores del positivismo, y pensadores burgueses manifiestan que el Estado es una forma de

comunidad, no perceptibles por los sentidos, sino por el espíritu, que se manifiestan en la existencia individual, a la que se antepone el interés de la comunidad dentro de los pueblos, es decir en principio, el interés general se antepone al interés propio de la persona, ya que existe un interés jerárquico de la sociedad, que busca el bien común y limita tales derechos cuando se sobrepasa la medida expuesta, ya que el Estado sanciona dentro de las acciones perjudiciales o culposas consideradas como delitos.

Como en todo sistema doctrinario o filosófico existen pensamientos contrapuestos como para Duguit, que manifiesta que no existen hechos metafísicos, y que el Estado y los gobernantes deben necesariamente mantener la hegemonía del poder para mantener el orden y el derecho, brindar los servicios públicos. Para Hernán Meller, la Constitución al igual que el Estado, se renueva constantemente por la voluntad humana; para Mauricio Haurie, el Estado es un conjunto de normas relativas al gobierno y a la comunidad estatal, especifica y a los principios administrativos de autoridad, además señala que el derecho garantiza la democracia y que existe el derecho de elegir y ser elegido, así como existe la voluntad de los gobernantes y gobernados en definir su forma de gobierno y leyes constitucionales.

El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia para cumplir con las responsabilidades

especificadas en el artículo anterior.

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

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

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

En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a

las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran.

Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años.

En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.

El ejercicio de los derechos y garantías y el cumplimiento de los deberes y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes se harán de manera progresiva, de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez. Se prohíbe cualquier restricción al ejercicio de estos derechos y garantías que no esté expresamente contemplado en este Código.

Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

De igual forma el estado reconoce los derechos de los niños y niñas

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.

Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.

Toda persona, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, que por cualquier medio tenga conocimiento de la violación de un derecho del niño, niña o adolescente, está obligada a denunciarla ante la autoridad competente, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

Los derechos y garantías que las leyes reconocen en favor del niño, niña y adolescente, son potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su

eficacia, en la forma que este Código y más leyes establecen para el efecto.

Las violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes serán sancionadas en la forma prescrita en este Código y más leyes, sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil.

❖ **Protección prenatal.-** Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso.

El Juez podrá ampliar este plazo en el caso de madres de hijos con discapacidad grave

y calificada por el organismo pertinente, por todo el tiempo que sea menester, según las necesidades del niño, niña o adolescente

El responsable de la aplicación de esta norma que viole esta prohibición o permita que otro la contravenga, será sancionado en la forma prevista en este Código.

❖ **Derecho a la vida.-** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la

sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.

- **Derecho a la lactancia materna.-** Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo.

Es obligación de los establecimientos de salud públicos y privados desarrollar programas de estimulación de la lactancia materna.

- **Atención al embarazo y al parto.-** El poder público y las instituciones de salud y asistencia a niños, niñas y adolescentes crearán las condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo y el parto, a favor de la madre y del niño o niña, especialmente tratándose de madres adolescentes y de niños o niñas con peso inferior a dos mil quinientos gramos.

❖ **Derecho a tener una familia y a la convivencia familiar.-** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley.

En todos los casos, la familia debe proporcionarles un clima de afecto y comprensión que permita el respeto de sus derechos y su desarrollo integral.

El acogimiento institucional, el internamiento preventivo, la privación de libertad o cualquier otra solución que los distraiga del medio familiar, debe aplicarse como última y excepcional medida.

❖ **Derecho a conocer a los progenitores y mantener relaciones con ellos.-** Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a conocer a su padre y madre, a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones afectivas permanentes, personales y regulares con ambos progenitores y demás parientes, especialmente cuando se encuentran separados por

cualquier circunstancia, salvo que la convivencia o relación afecten sus derechos y garantías.

No se les privará de este derecho por falta o escasez de recursos económicos de sus progenitores.

4.2.4. ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE LA FILIACIÓN.

La filiación es el nexo existente entre un hijo y sus padres, es decir a las relaciones de paternidad o maternidad.

"La palabra filiación remota sus orígenes en la acepción latina filius fillii, que quiere decir hijo. Significa la línea descendente que existe entre dos personas, donde una es el padre o la madre la otra (Planiol Ripert). Consiste en la relación que se da entre dos seres, de los cuales uno emana del otro por generación (Del Diego). El término filiación es correlativo a la palabra paternidad, pues son expresiones inseparables que designan una misma cosa desde puntos de vista distintos (Luis Claro Solar)."

El parentesco vincula a diversas personas sea por consanguinidad, por afinidad o civilmente o también espiritualmente, el primero se funda en vínculos de sangre al iniciar una relación un hombre y una mujer y los hijos comunes genera el parentesco genético entre los cónyuges, el civil

se origina por la adopción y el espiritual denominado religioso o social derivado de las relaciones surgidas entre individuos (padrinazgo, compadrazgo).

El parentesco es más determinante en la adscripción de ciertos derechos y concretas cargas u obligaciones, cuya intensidad se fija en función de la proximidad del que reclama. Se origina en las relaciones de familia: en el matrimonio, la unión libre, en los actos de reconocimiento, en la declaración judicial de la paternidad y maternidad.

Entre las relaciones parentales la más importante es el parentesco, el mismo que se denomina filiación, que es la relación entre los padres y los hijos, esta relación es la paterno–filial que al lado del hijo se denomina filiación y a lado del padre se denomina paternidad o maternidad.

La filiación significa hijo y por lo tanto es el vínculo que existe de padres a hijos, la filiación y la paternidad son expresiones esencialmente correlativas; son dos aspectos de una misma idea que sirven para designar el vínculo jurídico que une a un ser humano con sus autores.

La generación de una persona por otras es la base natural de la filiación y recíprocamente, de la maternidad y paternidad. Pero no es solo el hecho biológico de la procreación el que considera el derecho, sino también el

conjunto de nexos humanos, sentimientos, aspectos socio económicos y afectivos entre los padres y los hijos, lo que se protege y se regula por medio de la Ley Civil.

El principio del régimen de filiación se completa con la diversidad de modos de determinar la matrimonial y la no matrimonial, la libre investigación de la paternidad en principio y la aspiración a fundamentar la filiación en la verdad biológica, así como el juego importante que se concede a la posesión del estado.

En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que une determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea, pero en el leguaje del Derecho la palabra tiene un sentido más restringido entendiéndose la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo, la relación se produce idéntica a sí misma para todas las generaciones.

Desde el punto de vista natural o biológico todos los individuos somos hijos de una madre y de un padre, pero la filiación se determina según sean las circunstancias legales de la unión de los mismos.

La generación de unas personas por otras es el pilar natural de aquella relación jurídica llamada filiación la cual crea un estado civil, relaciones de familia y determina los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

Entonces decimos que la filiación es el puro hecho que produce consecuencias jurídicas de carácter obligatorio para personas interesadas, cuya filiación que sea probada, goza en la familia de un estado determinado.

4.2.4.1. CLASES DE FILIACIÓN.

La filiación en su concepción moderna se divide en legítima e ilegítima; junto a éstas la ley civil ha establecido una tercera especie que es, la de la adopción.

La filiación a más de determinar la identidad de los hijos respecto de sus padres, va más allá al establecer derechos y obligaciones, ya que hay que reconocer las derivaciones legales de los hijos concebidos dentro del matrimonio o fuera del matrimonio.

Para establecer la condición o calidad legal del hijo legítimo, es el tiempo el que verifica su concepción durante el matrimonio, en cambio la condición de hijo ilegítimo requiere de alguna formalidad.

4.2.4.2. FILIACIÓN LEGITIMA

Es aquella que determina que los hijos concebidos dentro del matrimonio de sus padres son legítimos, y definen la correspondiente maternidad y paternidad.

Cevallos Arizaga, expresa que: “La filiación legítima procede únicamente del matrimonio. Pero esto no quiere decir que todos los hijos que nacen durante el matrimonio sean legítimos; lo que constituye la legitimidad de un hijo, es la concepción durante el matrimonio de sus padres. La ley llama sin embargo, a gozar de los beneficios de la legitimidad a los hijos concebidos antes y legitimados después por él. Según esto, los hijos legítimos son: o legítimos propiamente tales o legitimados.”

Si bien se han igualado los hijos concebidos en matrimonio y los concebidos fuera del matrimonio, esto no significa que los derechos de los padres sean siempre iguales. No hay una estricta correlatividad entre derechos y deberes, con el fin precisamente de estimular el reconocimiento voluntario de los hijos: no se concede todos los derechos de padre sino al que voluntariamente reconoce al hijo engendrado fuera del matrimonio; solo estos padres se equipaban plenamente a los que antes llamábamos “padres legítimos”, en cambio, aquellos que llegan a tener relación de paternidad por declaración judicial, estos tienen las obligaciones pero no todos los derechos de los padres.

En nuestra legislación existe la distinción entre quienes son hijos y quienes no han adquirido esta calidad legal, los que no han sido reconocidos, ni declarados tales judicialmente, ni considerados hijos por presunción de la ley.

“Los de dañado ayuntamiento constituían una categoría inferior dentro de los hijos ilegítimos que por entre otras cosas no podían ser legitimados ya que habían sido engendrados en una forma más grave opuesta a la moral y a las buenas costumbres y además que por los padres no podían contraer matrimonio siendo la condición indispensable para la legitimación”.

“La filiación establece unos nexos que son recíprocos entre padres e hijos. La misma calidad de legítimos o ilegítimos corresponde por igual a unos y otros y los deberes y derechos entre ambos están también debidamente equilibrados por la naturaleza o por la ley.”

La existencia de matrimonio entre los progenitores y el período en que pudo verificarse la concepción, carga dentro del matrimonio son elementos que resultan de la legitimidad, si el primer elemento se descompone en cuanto a la prueba en determinación de quien es el padre, de quien es la madre y de que existió matrimonio en la época de concepción.

La filiación crea un estado civil y establece relaciones de familia, determinando los derechos y obligaciones que impone no solo de los hijos concebidos dentro del matrimonio sino de los hijos concebidos fuera del matrimonio.

4.2.4.3. FILIACIÓN ILEGITIMA

Los hijos ilegítimos son los que han sido concebidos fuera del matrimonio y requiere de alguna formalidad para establecer quiénes son sus padres.

“El hijo ilegítimo requiere en nuestro derecho un acto expreso: reconocimiento voluntario o judicial”.

En el Ecuador no es hijo ilegítimo todo aquel que no tenga la calidad de legítimo, sino que por el contrario se adquiere la calidad de hijo ilegítimo

mediante el reconocimiento expreso de uno o ambos padres, o por sentencia judicial que lo declare hijo ilegítimo de tal padre o madre.

Se puede tener la calidad de hijo ilegítimo respecto de uno o de ambos padres. Solamente el que haya adquirido la condición de hijo ilegítimo de padre y madre, resulta legitimado cuando ambos progenitores contraen entre sí matrimonio válido. No se requiere otro requisito que el matrimonio de los dos padres de un hijo ilegítimo para que este sea legitimado.

El reconocimiento de un hijo ilegítimo no es un contrato ni un acto de contenido patrimonial, sino un acto de la vida de familia y un acto imperado por el Derecho Natural que solamente puede admitir las naturales limitaciones provenientes de la capacidad de conocer y darse cuenta de las consecuencias del acto.

La filiación ilegítima es la base de todo parentesco ilegítimo tanto de consanguinidad como de afinidad; la ley restringe las vinculaciones jurídicas derivadas del parentesco ilegítimo reconociéndolos entre padres a hijos, rara vez entre hermanos y poquísimo de otros parientes.

Debe existir igualdad tanto los hijos voluntariamente reconocidos, como los declarados judicialmente hijos ilegítimos, en cuanto al derecho de

tener unos padres frente a la ley, de ser reconocidos, de investigar la paternidad y la maternidad; así como recibir de los padres los cuidados esenciales. Para establecer la relación, filiación, paternidad en caso de los hijos ilegítimos se requiere de un reconocimiento voluntario o judicial.

La legislación ecuatoriana reconoce también la adopción como unas de las clases de filiación, la cual es exclusiva de la ley, la misma que nace de las similitudes sociales jurídicas. El Código Civil al principio no acepta la filiación adoptiva, siendo así en el año de 1948 el Congreso Nacional estableció la adopción como una institución jurídica encaminada a crear los derechos y obligaciones entre padres e hijos.

Larrea Holguín, nos hace entrever que las definiciones doctrinarias generalmente destacan los siguientes elementos: "a) es un acto jurídico especial, propio del derecho de familia, b) crea obligaciones que normalmente se circunscriben a la solas personas del adoptante y del adoptado; c) las relaciones que nacen de ellas son iguales o similares a la que existen entre padre e hijo.

Cualquier otra relación de parentesco legítimo sea de consanguinidad o de afinidad debe basarse siempre en nuestro Código Civil.

La filiación adoptiva nace de las similitudes sociales y jurídicas que de

éstas se desprenden puede calificarse de legítima e ilegítima, es decir que se encuentra dentro de la bipartición legítima e ilegítima y no constituye una tercera categoría.

4.2.4.4. MODOS DE ESTABLECER LA FILIACIÓN

Existen dos modos de establecer la filiación: la paternidad y la maternidad.

- LA MATERNIDAD

Escriche define a la palabra madre “mujer que ha dado a luz algún hijo”.

El elemento básico para hablar de filiación dentro del matrimonio es la maternidad ya que se hace necesario establecer que el hijo que ha dado a luz sea producto de dicho parto y es de quien se está pidiendo la filiación puesto que madre solo puede ser quien ha engendrado un hijo y la maternidad solo puede ser entendida con relación a la madre.

La maternidad consta de dos componentes:

- El hecho mismo del parto, es decir, que la madre debe haber dado a luz una criatura.

- Identidad de la criatura en el cual el hijo es de determinada madre y por lo tanto es producto de un parto determinado.

La Función Judicial creó la Comisaría de la Mujer conforme a la Ley de Violencia a la Mujer y la Familia preocupada por defender la integridad de las mujeres y de las madres.

- PATERNIDAD

“A diferencia de la maternidad la paternidad no es un hecho tangible. Por lo mismo no está sujeto a una prueba directa.”

Escriche expresa que las palabras “paternidad y filiación indican calidades correlativas; esto es la calidad de padre y esta la calidad de hijo”.

El hijo cuya concepción ha ocurrido dentro del matrimonio, y por proceder de padres casados tiene ya establecida la paternidad y la maternidad y será el padre el que pueda destruir esa filiación ya establecida; en cambio el hijo nacido fuera del matrimonio no goza de la misma presunción aunque en la realidad debería gozar de estos derechos y de este modo estaríamos hablando de igualdad de todos los hijos.

Desde tiempos muy remotos existió el problema de los hijos nacidos fuera

del matrimonio, los mismos que no eran reconocidos voluntariamente por sus progenitores y se vieron en la obligación de acudir a la justicia para que se solucione este problema, el cual trae grandes consecuencias en las personas que son negadas su identidad.

En el pasado, la prueba de paternidad era imposible y de difícil acceso pero actualmente se la puede conseguir mediante el examen de sangre llamado ADN.

Nuestra legislación garantiza tanto la maternidad y paternidad y por lo tanto se encuentra abarcando el orden constitucional y demás leyes pertinentes.

Para terminar, concluiré diciendo que la paternidad es el vínculo que une al padre con el hijo, y por lo tanto debe intervenir equilibradamente en la crianza, educación y cuidado del mismo.

4.2.4.5. EFECTOS DE LA FILIACIÓN.

“Genéricamente, los efectos que produce la filiación podrían estar comprendidos en la expresión que utiliza el Código “Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos”. Pero por razones de método, clasificaremos a los efectos de la siguiente forma:

a) La filiación da origen al parentesco;

b) La filiación impone al hijo respeto y obediencia a los padres;

c) Por la filiación, los padres están obligados al socorro, asistencia, educación, formación y representación de los hijos.

d) La filiación da origen a la patria potestad; y,

e) La filiación da nacimiento a la vocación hereditaria."

El parentesco es la relación de la familia que existe entre dos personas, y se origina en el matrimonio, en las uniones de hecho, en la adopción y en la ley.

Existen tres clases de filiación: por consanguinidad, afinidad o por adopción.

Por consanguinidad denominado también natural es la relación de sangre de las cuales descienden las unas de las otras de un tronco común. Por afinidad o legal, es la relación que existe entre una persona casada y los parientes consanguíneos del cónyuge. En cambio la adopción se crea entre dos o más personas totalmente sin ningún parentesco, las mismas que por su propia voluntad originan una relación semejante al parentesco por consanguinidad.

Los hijos por el hecho de nacer dentro de un matrimonio tienen ya

establecida su filiación, desde el momento de la concepción adquieren los derechos y sumen las obligaciones frente a sus padres. En cambio para los hijos nacidos fuera del matrimonio los efectos de filiación se producirán desde el momento en que su estado civil sea inscrito en el Registro Civil, Identificación y Cedulación.

La legislación a través de la filiación liga al hijo con la madre y con el padre y por intermedio de ellos a los parientes de éstos, constituyéndose de esta manera la familia.

Los derechos y obligaciones que se producen de las relaciones de familia son sin lugar a duda efectos de la filiación, si ésta se llegaré a establecer dentro del matrimonio se la entiende con el nombre de legítima, la misma que se regla por la totalidad de los efectos jurídicos. En cambio si la filiación se determina por ser el hijo extramatrimonial se cumplen algunos derechos y obligaciones debido a que en la filiación legítima se cumplen estos derechos y en la filiación ilegítima debe existir el reconocimiento del progenitor.

4.2.5. LA ACCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

La investigación de la paternidad es la acción por la cual una persona (la interesada) solicita que el Juez le declare como hijo de quien, el primero

afirma ser su padre.

De las relaciones paternas filiales se derivan una serie de derechos y obligaciones; los hijos pueden ser de diferentes calificaciones legales, originadas en la situación de sus progenitores en el momento de la concepción y del nacimiento; si ocurriesen estas circunstancias dentro o fuera del matrimonio estos derechos y obligaciones sobre los hijos son iguales ante ambos padres.

Al hijo no puede negársele la oportunidad y los medios idóneos para que llegue a establecer su filiación, especialmente en lo que respecta al padre; ya que la maternidad es de más determinación, por lo que estará rodeada de hechos naturales, visibles y tangibles, frente a la paternidad sobre la cual nunca habrá certeza absoluta. El hijo debe llamar al supuesto padre ante los jueces competentes para que este declare con juramento si cree que realmente es el progenitor del reclamante, al cual se lo denomina reconocimiento provocado. Si el padre negare, el hijo tendrá que formular una acción contenciosa, en juicio ordinario, para que se resuelva el estado civil del hijo.

Con el avance de la ciencia y de la técnica, la paternidad pueda establecerse sin ninguna duda y de esta manera comprobar si una persona es descendiente del demandado.

“La Ley ha sido siempre demasiado mezquino con el hijo, con respecto a la investigación de la paternidad. Se llegó a dudar el derecho de los hijos extramatrimoniales de acudir a los tribunales de justicia para que establezcan cual es el padre”.

Debemos considerar que un “hijo sin padre” ante la ley, es productivo a la holgazanería y a la delincuencia, por falta de protección y de medios morales y materiales. En la investigación de la paternidad surge una serie de colisión de derecho: el del presunto progenitor para que el mismo no sea obligado a soportar una falsa paternidad, y del hijo que ha de gozar de una filiación que se encuentre ya establecida, considerando que dentro de estos derechos es el de mayor jerarquía el que ha de prevalecer.

En el Ecuador la investigación de la paternidad le corresponde al hijo, el mismo que si es incapaz tendrá que ser representado por su madre, considerando que si se encuentra imposibilitada dicha personería ha de ejercer un guardador.

Desde el punto de vista Médico Legal interesa destacar la eventualidad de las pruebas de compatibilidad inmunogenética para la reclamación o impugnación de la paternidad o sobre juicios de filiación.

Acudiremos entonces a la Medicina Legal, la misma que por encontrarse

al servicio de la administración de justicia podrá ayudarnos a demostrar y probar en juicio que la persona que reclama es descendiente del demandado, basándose en la comprobación de caracteres hereditarios.

Si no se presenta junto con la demanda un principio de prueba de los hechos en que se funden, el Juez no admite la demanda, en la práctica estudia la demanda de impugnación de la paternidad y/o maternidad para establecer si existe testimonio, documentos en que se comprueben que hayan habido relaciones sexuales entre la madre y el hombre que se pretende por padre y como consecuencia de la concepción tuvieron un hijo.

La relación establecida entre generador y generadores es filiación con relación al hijo, la filiación matrimonial que al momento de la concepción se encontraba unido en matrimonio siendo éste quien confiere la legitimidad al hijo, el cual es creado por la ley; en cambio, la filiación es relación natural y extramatrimonial si el reconocimiento no se efectúo voluntariamente por el padre, en tal situación el hijo está en el derecho de exigir el reconocimiento, por una de las acciones judiciales previstas en la ley, que le permitirá acreditar su filiación.

KOENIGSWATER “Afirma que la investigación de la paternidad no debe autorizarse, pues no puede darse al hijo un derecho que no puede probar.

Quien pretenda investigar su paternidad debe necesariamente probar dos extremos la relación habida entre el padre y la madre y el hecho de que es el fruto de esa relación".

En la investigación de la paternidad existe la imposibilidad de la prueba indubitable de quien ha procreado, para acreditarla a la misma se basará en una serie de presunciones que señalan al padre como posible demandado. En tal virtud están permitidos todos los medios de prueba para investigar la paternidad o maternidad; el peritaje médico puede ser orientador, decisivo o confirmatorio de una posibilidad.

El peritaje médico podrá orientar al juzgador, en muchos casos, confirmando ciertas pruebas y así desechar dudas de las pruebas contradictorias.

La ciencia médica avanza día a día en las investigaciones cuyo objetivo es desentrañar el origen mismo de la vida; en el transcurso de las investigaciones surgirán métodos efectivos para determinar la filiación a más de los que ya se están experimentando, los mismos que serán adoptados para la investigación judicial de la filiación.

La pericia médica se convierte a veces en prueba negativa cuando por medio de la misma se demuestra que la presunta madre es nulípara o cuando hay impotencia generandi o incompatibilidad sanguínea. Si la

persona que deba someterse al examen para producir la prueba pericial se niega, algunos autores y jurisprudencia manifiestan que el juez no puede obligar a realizarla, alegándose el respeto a la personalidad humana; algunos diferencian su valor como presunción en contra, según sea el demandado quien se niega o el hijo, cuando la determinación no es posible y en cambio la incompatibilidad puede ser una prueba negativa, valorada en contra del hijo, más grave aún que la negativa del presunto progenitor.

La evolución sin duda para la investigación de la paternidad y la maternidad natural ha sido notable, debido a que se le da al hombre el derecho de investigar su origen y de esta manera exigir a quienes les han dado la vida cumplan las obligaciones que la naturaleza impone y que el derecho ha reglamentado.

La prueba testimonial o documental si se la considera en forma aislada es de escaso valor, ya que surge del conjunto de pruebas y es la que permite afirmar que un hecho es como lo manifiesta el demandante.

En el caso de impugnación, si es que existe la duda razonable de que un hombre determinado sea en realidad el padre biológico de un niño que hasta el momento haya sido tenido por hijo suyo, si es afirmativo, el Juez ordenará que se realice una peritación para investigar la paternidad

pudiendo utilizar toda clase de pruebas y con ello las biológicas.

Frente a este panorama hace falta desarrollar alternativas las cuales van a ayudar a reflejar la realidad:

"a) Momento en que tuvo lugar la Fecundación.- Para relacionar con la fecha en que la madre tuvo relaciones sexuales la misma que dio lugar a la procreación. Durante el período de embarazo podrá recurrirse a los criterios obstétricos de madurez fetal mediante la utilización de aparatos de ultrasonido con la cual se puede establecer las semanas de gestación.

b) Capacidad de procreación del presunto padre.- La cual se someterá a las pruebas de valoración del espermiograma y anátomo-fisiológico.

c) Características Genéticas.- Hereditarias presentes en el niño y ser correspondientes con los existentes, con los progenitores. Los genes pasan las características de padres a hijos en el proceso de herencia biológica por intermedio del óvulo materno y del espermatozoide que lo fecunde del padre.

En medicina legal la investigación de la paternidad se presenta bajo un triple aspecto: jurídico, médico legal y social. Los problemas jurídicos se presentan en niños ilegítimos y ante la negación de la paternidad.

En la Edad Media el bastardo estaba fuera de la sociedad ya que se encontraba a cargo de la parroquia la que buscaba al padre para liberarse del menor. El antiguo derecho francés era muy extendido ya que admitía las pruebas conjetúrales, testimoniales y hasta naturales y el Juez tenía, en la práctica, poderes extensos.

El antiguo derecho francés, calificaba de bastardos a todos los nacidos fuera del matrimonio, pero es en este derecho donde tienen sus orígenes el reconocimiento, aunque se presentaba sin grandes formalidades. Con la Revolución Francesa, se otorga los mismos derechos hereditarios a todos los hijos, pero para probar la calidad de hijo legítimo, se hacía por reconocimiento o debe acreditar la posesión de estado, mediante documentos escritos o prueba del mantenimiento por parte del padre.

La Revolución tuvo la preocupación de elevar al niño natural, irresponsable de su nacimiento, al mismo rango que el niño legítimo, y conferirle los mismos derechos, pero siempre con la condición de que su filiación tuviera el carácter de certeza.

“En 1804 Napoleón prohibió la investigación de la paternidad (Art. 340 del Código Civil) y en 1912 el mencionado artículo inicuo, que consagra la irresponsabilidad paternal, es modificado por un nueva Ley, la cual trata de definir la filiación del niño y por ende darle el derecho de ser mantenido por su padre”.

Negación de la Paternidad. – El hombre casado está en el derecho de negar al hijo nacido de su mujer si comprueba que durante el período legal de la concepción no se encontraba en la posibilidad física de cohabitar con su mujer.

La incompatibilidad sanguínea de filiación no constituye razón para permitir la negación de la paternidad; salvo que sea ocultada al marido o la imposibilidad física durante el periodo de concepción.

La investigación de la paternidad se presenta como un problema médico legal de imputabilidad, es decir existe una relación de causa y efecto.

El estudio de caracteres hereditarios del niño puede contribuir a la solución de problemas de determinación de la filiación. Los caracteres hereditarios su transmisión está asegurada por partículas elementales que pasan de padre a hijo por medio de las células sexuales.

El hijo ilegítimo no tiene que avergonzarse de la falta de su padre, debido que en las naciones jóvenes es protegido por el Estado debido a que

favorece la investigación de la paternidad, puesto que representan la fuerza de la nación y el porvenir de la raza.

En países que el recurso de justicia es fácil, los peligros de atribución de investigación de la paternidad ha conllevado a que los jóvenes se muestren menos atrevidos, debido a que dicha libertad conlleve a los jóvenes tengan más libertad. Cuando los jóvenes consideren que el temor es principio de obediencia se lograría disminuir el número de niños ilegítimos y de esta manera evitar abortos provocados. Contra las denuncias calumniosas y espíritus tímidos, las muestras biológicas son eficaces para descubrir a los autores.

En Francia la investigación de la paternidad se encuentra rodeada de garantías jurídicas severas y debido a sus efectos deja de ser una injusticia social, debido a que un elevado número de hijos ilegítimos se encuentran protegidos del sustento paternal.

En cambio la obra de 1912 es completada por nuevas disposiciones en la cual se permite a los niños naturales tener por lo menos la designación de su padre.

En cuanto lo manifestado las naciones vecinas debe servirnos como ayuda para considerar que el reconocimiento, hasta parcial de la investigación de la paternidad, es el preludio del matrimonio,

considerando que al realizarlo, las costumbres y la moral se beneficiaran.

En resumen el hijo ilegítimo es protegido por el Estado que favorece la investigación de la paternidad y las investigaciones biológicas se muestran eficaces para descubrir sus progenitores. Con la colaboración de magistrados y del médico, cada más protegidos por el avance de la ciencia, permitiendo aportar a los debates la solución más equitativa, considerando que no sea demasiado temerario pensar que la máxima jurídica podrá ser parodiada en estos términos Is est pater quem sanguis demonstrat. (Se es padre cuando la sangre lo demuestra)".

4.2.6. LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

La impugnación de la paternidad es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo esta presunción admite prueba en contrario.

Están legitimados para impugnar la paternidad las siguientes personas:

- El cónyuge.
- El compañero permanente.

- El hijo.
- Quien acredite de manera sumaria ser el padre.
- La madre.

“El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

En el proceso de impugnación de la paternidad juega un papel fundamental la prueba científica conocida comúnmente como la prueba de ADN, ya que esta es considerada la prueba reina para establecer la paternidad de una persona.

4.2.7. EL ADN COMO PRUEBA DE PATERNIDAD

Una prueba de paternidad es aquella que tiene como objetivo determinar el parentesco ascendente en primer grado entre una persona de cualquier

sexo y un hombre, es decir, su presunto padre. Los métodos que existen para determinar la paternidad evolucionaron a través del tiempo. Desde la convivencia con la madre, se pasó a la comparación de rasgos y de ésta al tipo de sangre ABO y al análisis de proteínas y antígenos. Sin embargo, en la actualidad la prueba eficaz es la prueba genética.

La prueba de paternidad genética es básicamente la comparación del ADN nuclear de ambos. El hombre, al tener reproducción sexual hereda un alelo del padre y uno de la madre. Un hijo tiene para cada locus un alelo que proviene del padre. Así, se compara entre 13-19 locus del genoma del hijo, del presunto padre y de la madre en territorios variados llamados STR (Short Tandem Repeat).

El procedimiento de la prueba de ADN se inicia con la identificación de todas las personas que se someten al examen; es decir, el grupo familiar conformado generalmente por la madre, el hijo y el pretenso padre, quienes presentan al perito los respectivos documentos de identificación.

Una vez se realiza la identificación de cada persona se procede a la firma del consentimiento informado que es un documento donde el laboratorio solicita la autorización a cada integrante del grupo familiar para realizarle la entrevista personal y la toma una muestra de material biológico (sangre periférica, saliva, cabello, células bucales, entre otras).

Para la toma de la muestra de sangre periférica, los individuos no deben haber recibido en los últimos 90 días un transplante de médula ósea y/o una transfusión de sangre.

Es necesario que las personas en estudio conozcan dos aspectos fundamentales: la importancia tanto del consentimiento informado para evitar posteriores nulidades de la prueba, como de los datos que se consignan en la entrevista personal ya que a través de esta información se puede establecer las frecuencias poblacionales a emplear en el análisis de los resultados para determinar la probabilidad de paternidad. Para realizar la prueba no existe ninguna restricción en cuanto a la edad. En recién nacidos o niños pequeños, la muestra puede ser tomada de frotis bucal o sangre periférica. Así mismo, ésta puede tomarse a nivel prenatal mediante la prueba de amniocentesis o de vellosidades coriales o en caso de muerte de alguno de los integrantes del trío, la muestra puede ser tomada de restos óseos, tejidos obtenidos durante la autopsia o reconstruyendo su ADN con muestras de otros parientes biológicos.

Una vez tomada la muestra, se extrae el ADN de las células y se amplifica utilizando la técnica de PCR, con el fin de poder analizar diferentes STR"s mediante la comparación de los patrones de bandas que corresponden a la representación de los alelos presentes en cada uno de los individuos

estudiados. La valoración de los resultados se realiza inicialmente comparando las bandas presentes en la madre y el hijo, lo que permite determinar los alelos que el menor heredó de la madre y establecer qué alelos debió heredar de su padre biológico. Este análisis conduce a dos posibles situaciones: una de compatibilidad y otra de incompatibilidad. La primera entendida como la afirmación de la paternidad o poder de inclusión y la segunda como la negación de ésta o poder de exclusión. De esta forma se determina si el pretenso padre es o no el padre biológico del menor.

Se considerará que hay una exclusión cuándo dos o más marcadores genéticos de los que el niño debió heredar de su padre biológico están ausentes en la muestra del pretenso padre, Si por el contrario, los marcadores presentes en el niño se encuentran en el pretenso padre, se estaría hablando de una inclusión, situación que nos obliga a realizar el cálculo de probabilidad de paternidad. Dicho cálculo se realiza con base en las frecuencias poblacionales de los marcadores analizados, según la población a la que pertenece el trío en estudio. Esta nos permite conocer hasta que punto dos individuos comparten alelos por casualidad o porque son padre e hijo.

En este contexto, la prueba de ADN (STR"s) permite al juez atribuir la paternidad dentro de un proceso de filiación, debido a la imposibilidad de

encontrar otro hombre con el mismo perfil genético. El poder de inclusión de la prueba de ADN - STR"s es del 99.99%, teniendo en cuenta que, los valores absolutos son inalcanzables, el examen siempre presentará una tendencia al 100% y en la medida en que el juez pida que se analicen más marcadores genético lo único que obtendrá será aumentar la cola de nueves. Por otra, parte el poder exclusión de la prueba corresponde al 100% debido a que permite descartar biológicamente, con plena certeza, a un individuo falsamente acusado como padre biológico de un menor.

Debido a que el ADN estudiado es no codificante, esta hipervariabilidad le confiere un gran poder individualizador, así la probabilidad de paternidad que se obtiene con este tipo de exámenes es tan significativa que la población mundial no alcanzaría para encontrar otro individuo que presente el mismo porcentaje de probabilidad de paternidad con los marcadores analizados en el pretenso padre excepto, que se trate de gemelos univitelinos, cuyo ADN es similar. Al respecto dice Carracedo "La probabilidad de que dos individuos no emparentados y tomados al azar posean el mismo perfil genético puede llegar a ser de un billón. Teniendo en cuenta que la población mundial es de 6.000 millones, se obtiene un perfil único para cada individuo".

Finalmente, es necesario destacar la importancia de la cadena de custodia durante todo el procedimiento de la prueba, es decir, desde la

toma de la muestra hasta la entrega de los resultados, ya que esta garantiza la autenticidad, preservación, integridad y manejo adecuado de la muestra con el fin de proporcionar un alto grado de confiabilidad del resultado obtenido en la prueba.

Vale recalcar que esta no es la única prueba existente y que el Funcionario de la Justicia deberá también evaluar otras pruebas diferentes ya que con los adelantos en el campo científico, bien puede darse la reproducción asistida, y una fecundación en in Vitro con semen de un donante, consentida por el cónyuge o compañero, la prueba resultara incompatible con el padre que le asiste desde el mismo momento que autoriza la fecundación la paternidad del niño o niña próximo a nacer.

Consideramos importante señalar que es competente para conocer de la acción de investigación de paternidad o maternidad y de la acción de filiación el juez de familia del domicilio del menor en el primer caso y el juez del domicilio del demandado en el segundo, en primera instancia, si no existe juez de familia es competente el juez promiscuo de familia y excepcionalmente el juez del circuito si no hay ninguno de los anteriores.

4.2.8. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA PATERNIDAD O MATERNIDAD

Es claro que la sentencia que declara la paternidad o maternidad produce dos efectos que son: Efectos PERSONALES y Efectos PATRIMONIALES,

sin embargo el padre declarado tal en juicio contradictorio, no tiene patria potestad respecto del hijo ni podrá ser nombrado guardador.

El proceso de filiación puede llegar hasta casación. La firmeza definitiva, si se han interpuesto recursos, la cobrará una vez quede en firme la sentencia que dicte la H. Corte Superior. Si no se apeló el fallo de primera instancia, la sentencia quedará en firme una vez cobre ejecutoria. Si se apeló, contra la sentencia de segunda instancia es de recibo el recurso de casación, cuya concesión, para el caso en comento, no impide que la sentencia se cumpla, porque se fijaron alimentos. En este caso, para que la sentencia no se cumpla, el recurrente deberá ofrecer caución para responder por los perjuicios que de dicha suspensión se causen a la parte contraria.

Cuando la sentencia de filiación declara un estado civil y además fija cuota de alimentos, tiene efectos personales relativos al parentesco y efectos patrimoniales relativos al cobro y pago de la cuota en dinero o en especie fijada como alimentos.

Según lo tiene definido la Jurisprudencia, teniendo en cuenta que la filiación jurídica debe ser acorde con la filiación biológica, y que una persona no puede ser hija de un padre durante una época determinada e hija de otro en otra época, los efectos relativos al parentesco se predican

desde el momento mismo de la concepción, sin solución de continuidad y sin que se afecten los hechos y actos jurídicos ya consumados con el estado civil aparente de la persona cuya filiación se define judicialmente.

No sucede lo mismo con los efectos patrimoniales relativos a los alimentos. Como se dejó dicho anteriormente, para reclamar los alimentos es necesario probar el parentesco o el vínculo legal y este solo se demuestra con la copia del registro civil, copia que solo puede obtenerse una vez está sentado ante la autoridad competente el registro que corresponda.

El tema relativo a la facultad que tiene el juez de fijar la cuota de alimentos con la que el padre y madre deben contribuir para la crianza y educación del menor o la menor, generó controversias que hoy, en gran parte, están superadas. En primer lugar, los jueces fijan cuota de alimentos si la filiación se declara respecto de un o una menor de edad y no lo hacen si la persona es mayor, salvo que se demuestre incapacidad para auto sostenerse, teniendo en cuenta los límites de edad para pedir alimentos. En segundo lugar, está decantado por la jurisprudencia que los alimentos fijados en la sentencia se deben desde la ejecutoria de la sentencia de primera instancia si no hay apelación o desde la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia si la hay. En el evento de que se

interponga recurso de casación, la sentencia tendrá efectos patrimoniales a partir del sexto día de notificada, que sería el primero de ejecutoria.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. LA PROTECCIÓN DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EN LA CONSTITUCIÓN

Dentro de la base jurídica de la presente problemática planteada analizo los diferentes aspectos fundamentales desde la Constitución de la República.

Art. 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

8. El contenido de los derechos se desarrollará 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.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidoras y servidores públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por los actos que hayan producido una detención arbitraria y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Es decir que una mala aplicación de justicia, debe ser responsabilidad del Estado, y no puede dejarse pasar estas situaciones, a pesar de existir la protección sobre todo al menor.

Art. 13.- "Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria."[8]

El Estado protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad por consiguiente se garantiza el derecho a la alimentación en todas sus formas, podemos decir que es un derecho innato de los seres vivos los mismos que se manifiestan en la evolución dialéctica de la sociedad.

La apropiación de los medios de producción originó en el proceso de

[8]Constitución de la República, Ediciones legales 2012. Quito-Ecuador- Art. 13

desarrollo de la humanidad la necesidad de vender la fuerza de trabajo y profundizó así la brecha que a la postre marcaría la diferencia en los humanos, estratificados en las denominadas clases sociales que se han estructurado en razón de los bienes patrimoniales. Dentro de la sociedad se establece la capacidad económica, o capacidad para la prestación de alimentos, que sirve de base para la determinación de los alimentos básicos y congruos determinados a satisfacer las necesidades básicas como: vestuario, vivienda, salud, trasporte, etc.

La vulnerabilidad de los principios constitucionales que fundamentan la estructura y organización de la familia en el Ecuador no constituye un problema aislado, es mejor uno más de una serie de manifestaciones que se presentan en la sociedad mundial a la que la nuestra no se sustrae y obedece a una serie de causas de entre las que podemos destacar el hecho de que las personas humanas en todos los tiempos y épocas hemos debido atender las necesidades básicas que posibiliten nuestra subsistencia y la de quienes dependen para ello de los recursos que logremos obtener.

Debemos tener en cuenta además, ante este problema, que la situación se agrava como consecuencia de la carencia de fuentes de trabajo, por la elevación desmesurada en los precios de los artículos de primera necesidad, la falta de medidas encaminadas a aportar sino soluciones

definitivas que al menos constituyan alternativas para tan álgido como acuciante conflicto.

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”[9].

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

[9] Constitución de la República, Ediciones Legales 2012

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 pone mucho énfasis dentro de la protección de los sectores prioritarios los mismos que en la actualidad se considera sectores vulnerables y que necesitan de un desarrollo armónico en base a un derecho de igualdad sin discriminaciones."[10]

El Estado debe velar por el desarrollo material y moral de las personas través de los servicios públicos, que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas y elementales.

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

[10] Constitución de la república, Ediciones Legales 2012. Art. 44

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."[11]

"Art. 67. Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Éstas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

La familia siempre ha sido una parte fundamental dentro del desarrollo de

[11] Constitución de la República, Ediciones Legales 2012.

la sociedad por lo que el Estado le da una prioridad para su desarrollo, lo cual es fundamental dentro de la coexistencias misma de la sociedad, el Estado asume una función activa y precautelatoria para que se desarrolle una sociedad equitativa en la que los uniones monogámicas.

Art. 68. La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

Para el Dr. Juan Larrea Holguín "La finalidad de obtener un beneficio económico para sus propios socios, es el elemento indispensable para la sociedad, Si falta este, no hay sociedad, podrá haber una asociación o una corporación, con fines no lucrativos, por ejemplo beneficios científicos, corporativos, etc. No se desvirtúa, en cambio, la sociedad por el hecho de no obtenerse en la práctica ningún beneficio, y tampoco, si los socios después de obtener una ganancia deciden cederla en beneficio de otros, haciendo donaciones de sus utilidades incluso habitualmente."[12]

Art. 69. Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

---

[12] JUAN LARREA HOLGUIN, MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO EN EL ECUADOR, VOLUMEN 3 CORPORACIÓN DE ESTUDIOS PÁGINA 371.

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.

3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.

El Estado garantiza la reproducción biológica siempre que la misma sea elocuente con los hijos que se pueden mantener y educar, de la misma forma que precautela los derechos del menor a la identidad, al ejerció exclusivo de la patria potestad, es decir se protege al niño en todos los aspectos fundamentales para su desarrollo material y psicológico.

Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través de mecanismos especializados de conformidad con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

4.3.2. LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

En primer lugar, mencionaremos que nuestro Código Civil en el Art. 24 establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad:

a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres.

b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos, y,

c) Por haber sido declarado judicialmente hijo de determinado padre o madre,

d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.

El literal a) del Art. 24 del Código Civil habla solamente de la concepción de la persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, olvidando el legislador y dejando fuera de este derecho a los hijos concebidos antes y nacidos durante el matrimonio.

Los deberes y derechos que la ley establece entre los hijos y los padres son los mismos sean que aquellos sean concebidos durante el matrimonio o se refieran a los hijos concebidos fuera de él.

.El literal b) del Art. 24 del Código Civil, habla del reconocimiento voluntario. El reconocimiento de un hijo, es un acto de carácter solemne y complejo, solemne porque debe cumplir con algunas solemnidades que se encuentran descritas en la ley y compleja porque requiere de subsiguientes que consisten en la notificación al hijo y la aceptación por

parte de éste, y finalmente la inscripción en el Registro Civil.

Para hacerse el reconocimiento de un hijo, debe suponerse que existe una base de verdad en la declaración de sus padres; pues, que si la misma es falsa no cabe reconocimiento.

El literal c) del Art. 24 del mismo cuerpo de ley habla de haber sido declarado judicialmente hijo de determinado padre o madre.

Si el hijo no se encuentra inscrito como tal, el mismo puede plantear su reclamación en la cual tendría que probar quiénes son sus padres, cuando nació, y por consiguiente cuando fue concebida para luego de probado esto podrá hacerse registrar como hijo, y de esta manera poder establecer la filiación y por ende la correspondiente paternidad y maternidad.

En el literal d) del Art. 24 manifiesta que por haber nacido en una unión de hecho estable y monogámica, reconocida legalmente.

Art. 235.- Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo.

Art. 236.- Toda reclamación del marido contra la paternidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto.
Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionada en el inciso precedente.

La declaración judicial de la paternidad y de la maternidad, están reguladas en el Art. 252 y siguientes:

El Art. 252.- El que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinados padre o madre.

Este tipo de acción le corresponde al hijo y la misma debe estar dirigida contra el pretendido progenitor, de ser aprobada la demanda, el señor Juez lo declarará al actor como hijo del padre demandado y manda dicha resolución al Registro Civil para que se registre este particular en la

partida de nacimiento correspondiente, inscribiéndose así el apellido del demandado y el actor pueda ejercer todos los derechos que por ley le corresponde.

Art. 253.- La paternidad puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes:

1°.- Si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente;

2°.- En los casos de rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario de la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro;

3°.- En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, o promesa de matrimonio;

4°.- En el caso en que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; y,

5°.- En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado en el

sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre.

Las disposiciones de los ordinales 2°, 3°, y 4° de este artículo se aplicarán cualquiera que fuere la edad de la mujer de que se trate, y aunque el hecho alegado no constituya infracción penal ni se haya seguido el juicio criminal al respecto.

Art. 254.- Sin perjuicio a lo dispuesto en el Art. 131 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, el juez podrá rechazar la demanda fundada en los cuatro últimos casos del artículo anterior, si se prueba que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo.

Art. 255.- La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz y la madre sea capaz.

Art. 256.- A falta de madre, o si ésta hubiere fallecido, estuviere en interdicción o demente, la acción podrá intentarse, si el hijo fuere impúber, por el tutor, un curador especial o un curador ad-litem. Si fuere adulto menor de dieciocho años, la acción podrá intentarla el curador general, un

curador especial o un curador ad-litem, los que procederán con asentimiento del hijo; y si éste fuere demente o sordomudo, no será necesario su consentimiento.

Art. 257.- Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad no prescriben sino por el transcurso de diez años, que se contarán a partir de la mayoría de edad del hijo.

Art. 258.- Si propuesta la demanda para que se declare la maternidad, la demandada negare ser suyo el hijo, será admitido el demandante a probarle, con testimonios fehacientes que establezcan el hecho del parto y la identidad del hijo.

Art. 259.- La acción de investigación de la maternidad pertenece al hijo, el cual, si es incapaz, será representado por el padre, o por un guardador. No podrá intentarse esta acción contra la mujer casada, mientras el marido no haya obtenido sentencia que declare que él no es el padre.

Art. 260.- La acción para investigar la paternidad o la maternidad se extingue por la muerte de los supuestos padre o madre, respectivamente, aunque hubiere comenzado ya el juicio, salvo que ya se hubiere trabado la litis.

Nuestro Código Civil, en el Art. 290 establece: La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea, conjuntamente.

El juez reglará la contribución, considerando las facultades de los contribuyentes, y podrá de tiempo en tiempo, modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

En lo que respecta a la filiación adquirida por adopción, el Código Civil en el Art. 314, define a la adopción en los siguientes términos:

“Art. 314. La adopción es una institución en virtud de la cual una persona llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o de madre, señaladas en este título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado”.

En este artículo nos indica que el adoptante adquiere los derechos y obligaciones, las cuales debe estar en la capacidad física, económica y social para brindar al menor alimentación, vivienda, salud y educación y así el adoptado se sienta protegido.

4.3.3. LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En el Título V, del Código de la Niñez y Adolescencia, en el innumerado (9) dice: Fijación provisional de la pensión de alimentos.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.

Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos

Art. ..(10), acerca de la obligación del presunto progenitor, dice: El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las

siguientes reglas:

a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda.

b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda.

c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita.

Se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o pariente consanguíneo obligado a sufragar los gastos que demande el examen de ADN, así como las costas procesales y los gastos del estudio social, cuando del estudio de la oficina técnica se probare dicho particular y de conformidad con la prueba que se actúe en la audiencia respectiva.

Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación parentofilial.

Art. ... (11).- Condiciones para la prueba de ADN.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- Tendrán valor probatorio en juicio, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) practicadas por laboratorios especializados públicos y privados, que cuenten con peritos calificados por la Fiscalía. En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública.

La identidad de la persona a la que pertenece la muestra, se comprobará mediante la cédula de identidad o ciudadanía o pasaporte o cualquier otro mecanismo que asegure fehacientemente la identidad de la persona y, el registro de su huella digital. La identificación y toma de muestras se hará

en presencia de la autoridad que la ordena o su delegado, el/la perito y las partes o quienes las representen.

Los resultados de las pruebas de ADN son confidenciales. Todo movimiento de la muestra deberá ser registrado con indicación de la fecha, la hora y el nombre e identificación de las personas que intervinieron. El Juez/a, podrá disponer el auxilio policial, la intervención de médicos legistas o de otros peritos a petición de la parte interesada, para asegurar la autenticidad y confiabilidad de la toma de muestras, su examen, custodia y transporte.

Art. ... (12).- Responsabilidad de los peritos.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- Los peritos serán administrativa, civil y penalmente responsables por los procedimientos y metodología, resultados falsos o adulterados de las pruebas que practican y por los informes que emiten, sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria del laboratorio en el que se ha practicado la pericia y de la descalificación del perito por la Fiscalía. Esta responsabilidad se extiende a los hechos y actos de las personas que intervienen bajo su dirección o dependencia en dichas pruebas o informes.

Art. ... (13).- Suficiencia de la prueba de ADN.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- La prueba de ADN con las

condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley.

Art. 286.- Comprobación de identidades y causas de comparecencia.- El Juez verificará con los instrumentos públicos pertinentes, la identidad de relación de parentesco o nombramiento de tutor, según sea el caso, de las personas a que comparecen en virtud de lo previsto en los artículos 163 y 166 de este Código.

Si tuviere dudas sobre la paternidad o maternidad del o los comparecientes, podrá ordenar la práctica del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del niño, niña o adolescente que se pretende adoptar y de quienes se presentan como progenitores. Si estos últimos se niegan injustificadamente a la práctica del examen, se tendrá por negado el consentimiento. Si las negativas se fundan en falta de recursos económicos para cubrir sus costos, se procederá en la forma prevista en la regla 4 del artículo 131 de este Código.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE CHILE

CAPÍTULO III
DEFENSORÍA DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Artículo 42º.- Definición.- La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescentes. Este servicio es de carácter gratuito.

CAPÍTULO IV

ALIMENTOS

Artículo 92º.- Definición.- Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto.

Artículo 93º.- Obligados a prestar alimentos.- Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o

desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
4. Otros responsables del niño o del adolescente.

FISCAL DE FAMILIA

Artículo 138º.- Ámbito.- El Fiscal tiene por función primordial velar por el respeto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes.

4.4.2. VENEZUELA.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. LEY N° 17.823

DE LOS DEBERES DEL ESTADO

ARTICULO 14°. (Principio general).- El Estado protegerá los derechos de todos los niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción, independientemente del origen étnico, nacional o social, el sexo, el

idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, la posición económica, los impedimentos psíquicos o físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus representantes legales.
El Estado pondrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del, principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo.

El Estado asegurará la aplicación de toda norma que dé efectividad a esos derechos.

obre el arrepentimiento sobreviniente respecto del reconocimiento efectuado, no se puede pretender el amparo de la justicia, porque “la ley no puede proteger comportamientos irresponsables, pues es de la esencia de la conducta jurídica de las personas que su accionar sea coherente, no pudiendo defraudar la confianza suscitada por la conducta anterior, mediante una acción posterior contraria y aceptarlo importaría tanto como por la sola voluntad del recurrente revocar lo que la ley expresamente declara irrevocable”.

En cuanto a los tribunales de familia, se han negado que se pueda hacer impugnación ya que se entiende que hay un plazo de 1 año para

impugnar la paternidad. Pasado el plazo, se asume que el hombre es padre legal, a no ser que encuentre al verdadero padre biológico y este reclame la paternidad del hijo cuando comienza con los trámites de impugnación de paternidad, hay un año de plazo (a contar desde que lo reconoció) para solicitar la impugnación. En el caso que se sepa quién es el padre verdadero, se inicia un juicio en contra de él que este bajo las reglas del debido proceso para que asuma la paternidad, aunque se niegue a reconocer al hijo, la ley lo obliga, y de esta forma, se desvincula al padre legal y se le asigna la filiación al padre biológico verdadero, aunque el padre verdadero no quiera; es posible que esto se lleve a cabo, ya que la ley 17.823 lo establece.

Considero que el énfasis que la ley le pone en el tema de la paternidad se basa en la protección del menor, pero establezco que ahí padres que no tienen el por qué de hacerse cargo de hijos que en realidad no son de ellos y que por medios de engaños se le han conculcado la paternidad y por incredulidad de los mismos no han realizado pruebas de ADN que establezcan lo contrario. Existen cuestiones procesales que no se han reformado en nuestro país que a mi consideración son tema de discusión para mucho de los habitantes de nuestra nación y la legislación responsablemente debería hacerse cargo de este tema y ampliar los plazos u dar condiciones de cuando un hombre puede anular su

paternidad ya que existen temas familiares y económicos que perjudican a muchas familias involucradas en temas como este.

A la vez instituyo que por ejemplo la legislación le establece el derecho de optar a ciudadanía a todos los que la constitución establece; lo mismo ocurre en este caso ya que se establece que todas los niños deben tener padres; Se hicieron estudios y existen más de 500 casos al año de padres legales que demandan no ser padres biológicos de los niños que inscribieron con su apellido y que fueron engañados por parte de las madres de estos niños y para la mayoría de estos casos que se demandan la respuesta es una sola y contingente: EL PLAZO que la legislación da, ya fue transcurrida y el proceso no queda más allá que se debe seguir siendo responsable del niño o niña como padre legal, los juicios son llevado a cabo y no existe mediación en general en este tipo de juicios ya que siempre uno de los afectados quiere lo contrario a la otra parte, tampoco puede realizarse un recurso de casación ya que este tipo de procedimientos de nulidad de paternidad se basan concretamente en lo que dicen las leyes y por regla general las interpretaciones que se dan de esta son de buena manera y ya nada se puede hacer con respecto a los casos; con respecto de todo esto considero que nuestra legislación debería aclarar estos puntos que no son favorables para la sociedad y dar soluciones de mejor manera para aquellos que se quieren desligar de su paternidad legal ya que en temas de herencia y de pensiones se

encuentran en grandes problemas ; si bien se debe pensar de mejor manera cuando se inscribe o no un hijo con apellido nuestro y que para aquello igual ahí exámenes de ADN en caso de desconfianza, muchos de los habitantes por situaciones amorosas se dejan llevar por aquel estado de demencia temporal y no piensan más allá de que nazcan sus hijos pero cuando se sabe los verdaderos resultados de quien es el padre ahí comienzan los conflictos puesto que ya nada se puede hacer y se es obligado de por vida si no aparece el padre biológico a ser padre legal y por lo tanto hacerse responsable de todo lo que involucra ser padre de algún hijo.

4.4.3. NUEVA LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA

Artículo 51. Obligación del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá

asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.

NUEVO RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD; LEY 1060 DE 2006

- Modificación al Artículo 213 del Código Civil por la ley 1060

La antigua legislación establecía la presunción de paternidad y maternidad se extendía únicamente para los hijos concebidos dentro del matrimonio y era lo que se conocía como la presunción "*pater is est quem nuptiae demonstrant"*, que significa que el hijo nacido dentro del matrimonio se reputa legítimo e impone la paternidad al marido.

Con la nueva legislación establecida con la ley 1060 de 2006, extiende la presunción de legitimidad a los hijos concebidos dentro de una unión marital de hecho, y establece que esta presunción admite prueba en contrario de forma taxativa y que ello se llevara a cabo con un proceso de investigación o de impugnación de paternidad. Además esta nueva redacción no hace ninguna discriminación a la familia, en razón a su origen; claramente una influencia de nuestra carta política de 1991.

- Nuevo artículo 214 del Código Civil

Se reputan hijos nacidos dentro del vínculo del matrimonio o de una unión marital de hecho a los hijos nacidos después de pasados 180 días del nacimiento del vínculo, pero establece 2 excepciones:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.

2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

Con respecto al numeral primero se consagran como medio de prueba la incapacidad total del presunto padre de haber estado con la mujer, la ausencia del presunto padre o situaciones de orden anatómico como la esterilidad, la anormalidad de espermas o la impotencia sexual.

En cuanto al numeral 2 se hace de presente lo estipulado por la ley 721 de 2001, que consagra la prueba científica como prueba fundamental en los procesos de paternidad, la cual arroja un índice de probabilidad superior al 99%.

- Quiénes pueden reclamar la paternidad, artículo 216 del código civil.

Con la redacción original de código, establecía que mientras viva el marido, la única posibilidad de reclamar contra la legitimidad de los hijos concebidas dentro del matrimonio se establecía únicamente para el esposo.

Con la reforma de la ley 1060 de 2006, esta posibilidad se extiende de forma amplia hasta los siguientes sujetos:

a. El conyugue
b. Compañero permanente
c. La madre
d. Hijo en cualquier tiempo (Artículo 217)

- Término para reclamar

Antiguamente el término para iniciar la acción era de 60 días y la ejercía únicamente el marido en contra de la legitimada del hijo, en la actualidad este término fue extendido hasta los 140 días, siguientes a aquel en el cual se tuvo conocimiento del hecho indicador del cual se presume que no existe la paternidad o la maternidad.

Es importante que la residencia del padre en el lugar de nacimiento del hijo hace presumir que lo supo inmediatamente, pero esta circunstancia

se puede desvirtuar con la prueba de que la mujer ha ocultado el parto.

- Otras cuestiones

En los procesos de impugnación de la paternidad, en lo posible debe citarse al presunto padre biológico para que comparezca, con el fin de declarar en la misma actuación procesal la paternidad.

Los herederos también pueden impugnar la paternidad, pero solo desde el momento en que conocieron el fallecimiento del padre o madre; desde el momento en que conocieron el nacimiento del hijo o en caso contrario el plazo será de 140 días. Es importante establecer que si el difunto padre reconoció el hijo como suyo mediante documento público o testamento, no le será posible a sus herederos impugnar la paternidad.

El artículo 224 del código civil, establece una presunción de legitimidad durante todo el proceso, pero una vez esta desvirtuada mediante sentencia judicial el marido tendrá derecho a pedir indemnización de perjuicios.

- De la Competencia

En los casos de impugnación de la paternidad, será competente el Juez de Familia.

- Con respecto a la Prueba Científica en los procesos de Impugnación de paternidad.

Puede solicitarse por el interesado ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el pago a su cargo, en caso de no tener la capacidad económica se puede pedir el amparo de pobreza del que trata el código de procedimiento civil, para que este procedimiento se haga con cargo al ICBF

4.4.4. LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN ARGENTINA

Los hijos nacidos durante el matrimonio, y hasta los trescientos días posteriores a que se haya disuelto se presumen que son del marido (art. 243 C.C. argentino). Sin embargo esta presunción es solo iuris tantum, o sea que admite prueba contraria. Así lo dispone el artículo 258 del C.C. admitiendo la facultad paterna de impugnar en tales casos la paternidad en base a pruebas de cualquier tipo, presentando una demanda sobre bases verosímiles, pero no bastará como prueba con la sola declaración de la madre. Puede el padre impugnar la paternidad, o los herederos del padre aún en el caso del hijo por nacer, y en tal caso, la inscripción del nacimiento una vez nacido el hijo no creará la presunción de paternidad, mientras no se haya producido el rechazo de la acción de impugnación.

La impugnación de paternidad no solo le corresponde al padre sino también al hijo (art. 259). En el caso del hijo, el ejercicio de la acción no tiene límite temporal. En el caso del marido su derecho caduca al año de inscribirse el nacimiento, salvo que demuestre que no tuvo conocimiento de dicho nacimiento. Si eso sucede la caducidad se computa desde el día que conoció el nacimiento del hijo. Si el marido fallece pueden ejercer la acción de impugnación en los mismos plazos expuestos para el marido, comenzado a correr en vida de éste.

En caso del hijo nacido dentro de los 180 días del matrimonio, podrá ser desconocido por el marido, negando simplemente la paternidad, dentro del término de un año, salvo que se probara que el marido conocía el embarazo de su mujer al casarse, si lo reconoció ya sea expresa o tácitamente como propio, o consintió en darle su apellido. En tales casos se le denegará la negación de paternidad, aunque sí podrá impugnarla con pruebas fundadas, de acuerdo al artículo 258.

No solo puede impugnarse la paternidad sino también la maternidad, cuando la mujer hace pasar como suyo, un niño ajeno. En este caso la demanda de impugnación podrá ser presentada, por el marido, por sus herederos, por el hijo, y por cualquier tercero interesado. También podrá la mujer ejercer esta acción, si invocara dudas sobre la identidad del hijo, o sustitución de persona. (Arts. 261 y 262 del C.C.)

En el caso de hijos nacidos fuera del matrimonio, el reconocimiento de estos puede ser impugnado por los hijos, sin límite temporal, y por otros interesados en un plazo de dos años desde que tuvieron conocimiento del reconocimiento (Art. 263).

En sentido similar, aunque más restrictivo, el Código Civil Federal de México dispone en su 324, que se presume la paternidad de los cónyuges en el caso de los hijos nacidos entre los 180 días de celebrado el matrimonio y los 300 siguientes a su disolución. La única prueba que se admite para desconocer la paternidad es el impedimento físico del marido por no haber tenido acceso carnal con su esposa en los primeros 120 días de los 300 en que se produjo el nacimiento (art. 325).

El marido de acuerdo al artículo 326 no podrá alegar el adulterio de su esposa para desconocer a sus hijos, con la excepción de que pruebe la falta de acceso carnal como en el caso anterior, o la ocultación del nacimiento. El hijo nacido dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio no podrá ser desconocido por el marido (art. 328) si el niño nació muerto o sin viabilidad, si sabía que la mujer estaba embarazada, si firmó el acta de nacimiento o declaró que no sabe firmar, o si lo reconoció expresamente. El hijo que nació luego de los 300 días de disuelto el matrimonio por separación provisional, puede ser desconocido por el marido, aunque pueden sostener su paternidad, la esposa, el hijo o el tutor del hijo. En este caso de impugnación de la paternidad del hijo

nacido luego de los 300 días de disolución del matrimonio, puede ejercer la acción cualquier tercer interesado, y en cualquier tiempo (art 329)

EN MÉXICO

En México la acción caduca para el marido en el caso de impugnación de hijos matrimoniales a los 60 días del nacimiento, si el marido se hallaba presente, o desde que arribó, si se hallaba ausente, o desde que descubrió el nacimiento si se lo hubieran ocultado. Recordemos que en Argentina el plazo de caducidad es de un año.

El artículo 336 dispone que en los juicios de contradicción de paternidad, deberá escucharse a la madre y al hijo. Si este fuera menor, se le asignará un tutor interino.

Como diferente al Derecho argentino que permite incluso la acción de impugnación de paternidad de los hijos por nacer, el Código Civil mexicano en su artículo 337 solo admite entablar demanda sobre paternidad con respecto al los hijos nacidos vivos, con viabilidad de 24 horas por lo menos, o que se presente vivo ante el Registro Civil.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Se aplicaron los métodos científicos como: el inductivo, deductivo, analítico y estadístico, que sirvieron para aclarar las inquietudes planteadas y alcanzar los objetivos.

Método Inductivo-Deductivo.- Siendo un proceso de análisis en donde tiene lugar el estudio de hechos y fenómenos particulares para llegar al descubrimiento de un principio general, se aplicó como base en el momento de tabular y analizar la información obtenida de la aplicación de la encuesta.

Método Hipotético Deductivo.- Fue aplicado desde el planteamiento de la hipótesis, para luego contrastar los resultados obtenidos, comprobar la aseveración realizada y, poder llegar a las conclusiones y recomendaciones respectivas.

Método Analítico, sintético.- Se utilizó desde el planteamiento del problema, la justificación, en el planteamiento de objetivos para tener claridad sobre las variables e indicadores, sobre los cuales se va a investigar. Además fue de utilidad práctica durante todo el proceso de búsqueda de las fuentes bibliográficas, la selección fuentes pertinentes y extraer la síntesis respectiva para luego iniciar en la redacción y análisis

del marco teórico.

Método Descriptivo.- Mediante el cual procedimos a la tabulación e interpretación de los datos los mismos que sirvieron para la contrastación de la hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones.

Finalmente, todo el trabajo se realizó bajo los conceptos y análisis del Método Científico con el cual se retomó las fuentes científicas y se contrastó con los resultados de la investigación de campo.

Se utilizó los procedimientos de análisis y síntesis que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la Encuesta y la Entrevista.

El estudio de casos reforzó la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretó mediante encuestas a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas.

6. RESULTADOS

6.1. ANÁLISIS Y RESULTADOS DE LA ENCUESTA

PRIMERA PREGUNTA

1.- ¿En su actividad profesional, ha tramitado casos de impugnación de paternidad?

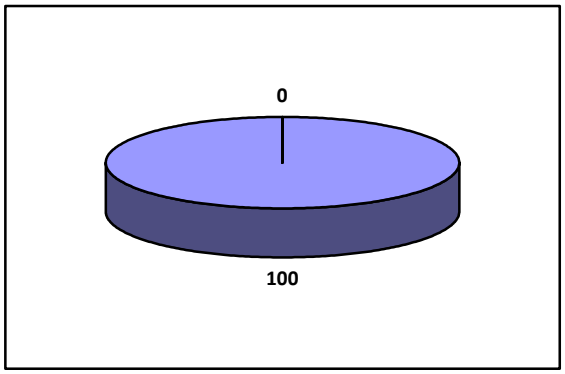
CUADRO 1

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a profesionales del Derecho

Elaboración: Carlos González

GRÁFICO 1



ANÁLISIS

De 30 profesionales que da un porcentaje del 100% de los encuestados los todos manifiestan han tramitado casos de impugnación de paternidad.

INTERPRETACIÓN

Es decir que los casos de impugnación de paternidad son frecuentes, ya que es interés de la parte actora, conocer con seguridad si existe un vínculo genético entre el hijo y el padre.

SEGUNDA PREGUNTA

2.- ¿Considera usted que la falta de un límite en el número de señalamientos para la diligencia de realización de la pruebe de ADN, atenta contra la seguridad jurídica del actor?

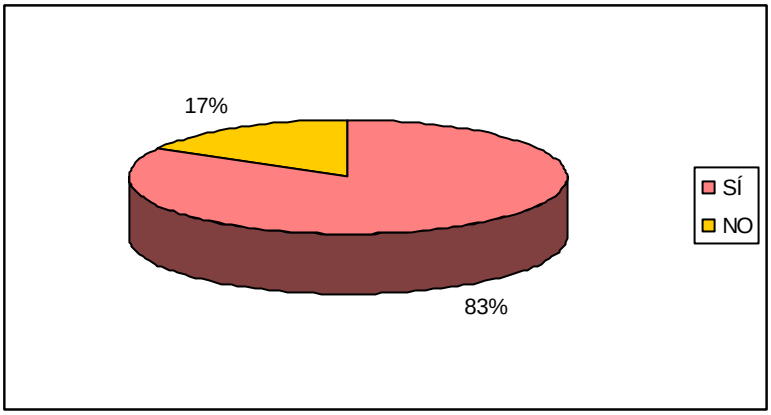
CUADRO 2

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a profesionales del Derecho

Elaboración: Carlos González

GRÁFICO 2



ANÁLISIS

De 30 profesionales encuestados, contestaron los 25 que sí se atenta contra la seguridad jurídica del actor, que equivale al 83%, indicando que no se puede ejecutar las diligencias necesarias para aclarar el problema;

y 5 que equivale al 17% supieron contestar que no existe inseguridad jurídica debido a que se cumple con un debido proceso.

INTERPRETACIÓN

Es decir que no existe la seguridad de obtener una sentencia justa, debido a la no presencia de la parte demandada, ya que no existe una norma que la obligue a presentarse, sino que si no lo hace, el Juez tiene que dictar sentencia.

TERCERA PREGUNTA

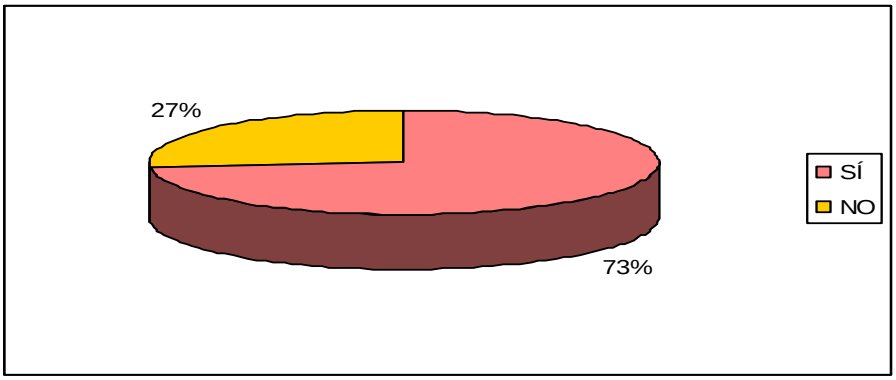
3.- ¿Según su experiencia, la razón por la que el actor decide iniciar un juicio de impugnación de paternidad, es la duda sobre la veracidad de esta?

CUADRO 3

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73%
NO	8	27%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a profesionales del Derecho
Elaboración: Carlos González

GRÁFICO 3



ANÁLISIS

De los 30 profesionales encuestados los 22 que corresponde al 73%, respondieron afirmativamente y sostienen que la duda sobre la veracidad de la paternidad, obliga al actor a iniciar el juicio de impugnación; y 8 que corresponden al 27% manifiestan que esto no es así, si no simplemente el

hecho del progenitor de deslindar su responsabilidad hace que decida iniciar este proceso.

INTERPRETACIÓN

En esta pregunta la mayoría de encuestados están de acuerdo que el actor decide iniciar un juicio de impugnación debido a que se sienten perjudicados al hacerse cargo de una responsabilidad que posiblemente no les corresponde, y que les ha traído múltiples problemas tanto en el ámbito familiar como en el económico.

CUARTA PREGUNTA

4**.- ¿Considera usted que la resolución emitida por el Juez ante la no presencia de la parte demandada en la diligencia de ADN en un proceso de impugnación de paternidad, asegura la tutela jurídica del menor?**

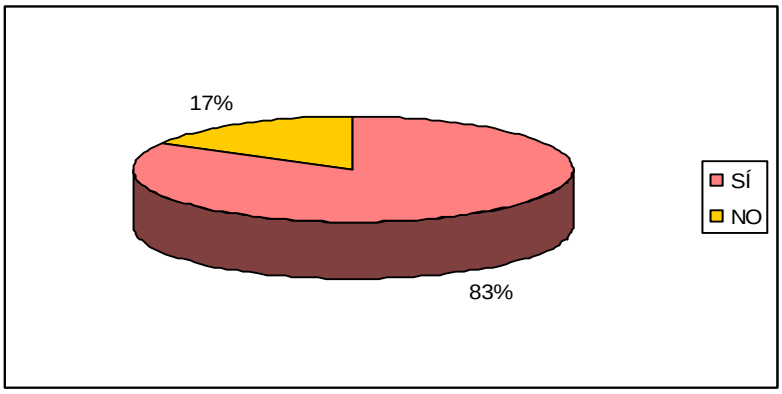
CUADRO 4

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a profesionales del Derecho

Elaboración: Carlos González

GRÁFICO 4



ANÁLISIS

De un total de 30 encuestados, 25 profesionales que representan el 83 % contestan que si se garantiza la tutela jurídica debido a que se sobrepone el beneficio del menor; mientras que los 5 profesionales que equivale el

17 % nos indican que no es así, ya que no permiten que el menor conozca sus verdaderas raíces.

INTERPRETACIÓN

De la mayoría de los encuestados, se desprende el criterio sobre la situación de que en las decisiones legales tomadas por las autoridades en este caso los Jueces, prima el beneficio del menor, y estos solamente cumplen con lo que establece la ley, y la aplican de acuerdo a las condiciones que se presentan en el proceso legal.

QUINTA PREGUNTA

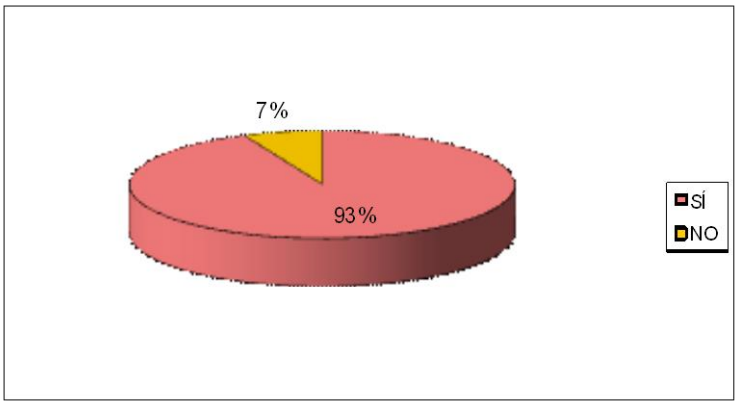
5.- ¿Considera necesaria la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto establecer una limitante al número de señalamientos para la diligencia de ADN?

CUADRO 5

PROPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a profesionales del Derecho
Elaboración: Carlos González

GRÁFICO 5



ANÁLISIS

De los 30 profesionales encuestados; 28 profesionales contestan que sí que equivale al 93%, considerando que es necesaria la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia; y 2 últimos encuestados, que equivale el 7% consideran que no lo es.

INTERPRETACIÓN

La mayoría de encuestados manifiestan la necesidad de que se establezca con claridad el número de señalamientos permitidos para la diligencia de ADN y que se norme también la obligación de la asistencia por parte de la parte demandada, y así establecer con claridad si existe o no la paternidad.

6.2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Para esta investigación, se realizaron 5 entrevistas, a magistrados de la Corte de Justicia de Loja, obteniéndose las siguientes respuestas:

Pregunta 1.- ¿En su actividad profesional, ha tramitado casos de impugnación de paternidad?

ANÁLISIS.- De los cinco entrevistados, todos han receptado procesos de impugnación de paternidad.

Pregunta 2.- ¿Considera usted que la falta de un límite en el número de señalamientos para la diligencia de realización de la pruebe de ADN, atenta contra la seguridad jurídica del actor?

ANÁLISIS: Según 4 de los entrevistados, si se afecta la seguridad jurídica, porque no le permiten utilizar una prueba irrefutable como es el ADN; mientras que para 1 entrevistado, esto no sucede porque así está regulado en la ley.

3.- ¿Según su experiencia, la razón por la que el actor decide iniciar un juicio de impugnación de paternidad, es la duda sobre la veracidad de esta?

ANÁLISIS: Todos los entrevistados afirman que sin duda la razón para la impugnación de la paternidad es la duda existente sobre si se es o no el padre del menor.

4.- ¿Considera usted que la resolución emitida por el Juez ante la no presencia de la parte demandada en la diligencia de ADN en un proceso de impugnación de paternidad, asegura la tutela jurídica del menor?

ANÁLISIS.- Todos los entrevistados aseguraron que es su interés el asegurar la tutela del menor, y por consiguiente acatan lo establecido en la ley y dejan la tutela a quien corresponde.

5.- ¿Considera necesaria la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto establecer una limitante al número de señalamientos para la diligencia de ADN?

ANÁLISIS.- Todos los entrevistados dijeron que sería importante esta reforma, para dejar claramente especificado el número de seguimientos y que estos no sirvan para evitar el cumplimiento de una diligencia.

6.3. ESTUDIO DE CASOS

JUEZ PONENTE

DR. EDUARDO BERMÚDEZ CORONEL

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, a 23 de enero de 2013.- Las 10h40.-

VISTOS: (JUICIO No. 402-2012 JBP) Practicado el resorteo de causas e integrado legalmente este Tribunal, conocemos la presente causa en nuestra calidad de Jueces de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia.

1. ANTECEDENTES: Sube el proceso en virtud del recurso de casación que oportunamente interpone la demandada Mirian Janeth Zambrano Alcivar de la sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, dentro del juicio ordinario que, por impugnación de paternidad, sigue en su contra Washington Rodrigo Torres Galarza, misma que confirma el fallo de primera instancia proferido por el Juez Primero de lo Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas, el 04 de mayo del 2011, que acepta la demanda.

2. COMPETENCIA: La competencia de esta Sala está asegurada en virtud de lo dispuesto en los artículos 184 de la Constitución de la República, 172 en relación con el 189 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.

3. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de estricto derecho. El objetivo fundamental de este recurso, es atacar la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que

puede adolecer. Proceso que se verifica a través de un cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, para encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Como recurso extraordinario que es, implica la posibilidad de extinguir trascendentes actos jurisdiccionales como lo son las sentencias provenientes, por lo general, de un tribunal de instancia, las cuales están protegidas por presunciones de acierto y legalidad, el ejercicio de la casación está, de un lado, restringido, pues no todas las sentencias son susceptibles del mismo, y, de otro, sometido a estrictas previsiones y requisitos legales y jurisprudenciales. Esta actividad jurisdiccional, confiada al más alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, que en el ejercicio del control de constitucionalidad y legalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo para el fortalecimiento de la seguridad jurídica y la igualdad de las y los ciudadanos ante la ley, principios fundantes del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración.

4. ANÁLISIS DEL CASO: Previo a resolver sobre lo principal, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia, considera necesario hacer las siguientes observaciones: PRIMERO: El actor de la presente causa Washington Rodrigo Torres Galarza propone demanda de impugnación de paternidad de los niños Johan Javier y Ashley Julieth Torres Zambrano en contra de su madre

Mirian Janeth Zambrano Alcivar.- SEGUNDO: Los titulares de la identidad que el referido juicio de impugnación de paternidad pone en tela de duda es la de los niños Johan Javier y Ashley Julieth Torres Zambrano, por tanto, siendo titulares del derecho que se discute, eran los únicos llamados a controvertir la pretensión del demandante, quien al deducir su acción debió proponerla en su contra, pidiendo que se cuente con la persona que ejerce su representación legal, en este caso su madre, por ser quien ejerce la patria potestad (Art. 283 del Código Civil y 104 del Código de la Niñez y Adolescencia).- TERCERO: La doctrina y la jurisprudencia, han debatido ampliamente sobre lo que ha de entenderse por, legítimo contradictor, mas la Corte Suprema de Justicia, en fallos de triple reiteración ha clarificado el tema y condensado su evolución doctrinaria, manifestando que: "…la falta de legítimo contradictor o mejor llamada legitimación en la causa o 'legitimatio ad-causam'… consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial." (Resoluciones de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia Nos. 484-99, 372-99, 405-99, 314-2000, publicadas en los Registros Oficiales Nos. 333 de 7 de diciembre de 1999, 257 de 18 de agosto de 1999, 273 de 9 de septiembre

de 1999 y 140 de 14 de agosto de 2000, respectivamente). Como bien lo señala en su estudio “Análisis del Tratamiento que la Corte Suprema ha dado a la Falta de Legitimatio Ad Causam y a la Falta de Letigimatio Ad Processum”, la doctora Lorena Naranjo Godoy, la Corte Suprema “…ha señalado que el concepto de legitimación en la causa no se limita a determinar qué personas deben obrar en el proceso para que se dicte sentencia de merito, sino que concuerda con la posición más moderna propuesta por Devis Echandía, quien sostiene que la legitimación en la causa también determina quiénes deben estar presentes para que la sentencia de fondo vincule a todas las personas que se requiere para que sea eficaz.” (p. 30) , ensayando un concepto propio, dicha autora define a la legitimación en la causa manifestando que “…es uno de los presupuestos materiales que se exigen para poder dictar una sentencia de fondo y consiste en verificar que las partes que comparecen a juicio pretendan ser los titulares del derecho sustancial discutido en el proceso o pretendan tener una vinculación jurídica con el objeto del proceso, este presupuesto además verifica si han comparecido a juicio los necesarios contradictores a fin de que pueda dictarse una sentencia eficaz.” (Ob. Cit. P. 31). De lo transcrito, se infiere que el juzgador, de oficio, previo a dictar sentencia, debe asegurarse que las partes procesales, esto es que aquél que comparece como actor y el que está convocado a contradecir su pretensión como demandado, sean los llamados a vincularse dentro del proceso, a efectos de que la resolución que se dicte en él, no solo decida

el fondo de la cuestión debatida, sino que su ejecución sea posible. Realizado aquello y advertido el juez de que "… el vicio de falta de legitimación en la causa existe en el proceso, el juez 'está inhibido para resolver sobre la existencia del derecho material pretendido', en consecuencia, la ausencia de este presupuesto material provoca una sentencia inhibitoria y si bien el proceso es válido, no se resolvería en él, sobre el asunto de fondo que se refieren a la cuestión sustancial debatida ni las excepciones perentorias.- La sentencia inhibitoria debe ser dictada de oficio, aunque las partes no hayan propuesto el vicio, pues su omisión no lo corrige y porque el juez no puede resolver sobre el fondo, pues la decisión no afectaría a quienes sufrirían el beneficio o perjuicio del fallo. Si dictara sentencia de fondo, ésta sería completamente ineficaz y en principio el derecho no puede permitir dicha ineficacia pues se alteraría el orden social y la seguridad jurídica". (Ob. Cit. p. 31 y 32). Al respecto, la jurisprudencia dictada en casación, ha dicho "…una sentencia de mérito dictada en estas circunstancias es inejecutable por la naturaleza indivisible de la relación jurídica sustancial; y por esta razón, pese a no ser invocada como excepción por las partes al contestar a la demanda o a la reconvención, debe ser declarada de oficio por el juez, pues de la correcta legitimación en la causa depende la eficacia de la sentencia y por la cual debe velar el juzgador. Este criterio es compartido por el autor uruguayo Enrique Véscovi, que en su obra Teoría General del Proceso, manifiesta: 'La legitimación es un presupuesto procesal (de la sentencia)

de los cuales, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, el propio magistrado puede relevar de oficio, aunque la parte no haya señalado (Editorial Temis, Bogotá, 1984, Pág. 197) (Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil No. 139-2000, publicada en el R. O. No. 65 de 26 de abril de 2000). En tal virtud, quedando claro que, en la especie se ha demandado la impugnación de paternidad a quien no está legitimado para contradecir la pretensión, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, atendiendo a la obligación que tiene el juez de analizar si las partes que están presentes en el proceso son las llamadas a pretender en forma eficaz y contradecir hábilmente el asunto controvertido, dicta sentencia inhibitoria por falta de legítimo contradictor, casa la sentencia impugnada y desecha la demanda propuesta por no haberse demandado a los niños Johan Javier y Ashley Julieth Torres Zambrano, llamados a contradecir la demanda de impugnación de paternidad, quienes por su condición de menores de edad, debían serlo en la persona de su representante legal. El actor está en su derecho de reformular la demanda conforme lo dispone la Ley.- Notifíquese y devuélvase.- F) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. Rocío Salgado Carpio y Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUECES

NACIONALES y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. F)

Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E).

ANALISIS: Este caso nos demuestra con claridad, que ante la no aparición de la parte demandada, el Juez tiene que sentenciar y lo hace en beneficio de los menores, que no pueden defenderse por cuenta propia sino que requieren de la representación de su madre, y por lo tanto, se sujetan a lo establecido en la ley y no dan paso a la demanda.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Objetivo General.

- Realizar un estudio de carácter jurídico, doctrinario y crítico a la legislación civil y de familia ecuatoriana, en lo referente a la impugnación de la paternidad.

Este objetivo quedó plenamente verificado con el estudio realizado en la revisión de literatura enmarcada en tres marcos, el conceptual, jurídico y el doctrinario; con lo que se hace un análisis basada en estos tres aspectos.

Objetivos específicos.

- Determinar las consecuencias que ocasionan el no existir una norma que indique el número de señalamientos para la diligencia de ADN en el juicio de impugnación de paternidad.

En este aspecto con las respuestas obtenidas en la primera pregunta tanto de la encuesta como de la entrevista, se explica con claridad la que el Código de la Niñez y Adolescencia y la Constitución, hacen prevalecer el derecho del menor sobre el del actor, por lo que la ley emite la

sentencia sin haberse ejecutado la diligencia de ADN, ya que así está tipificado.

- Conocer las necesidades que conllevan al actor a iniciar con el juicio de impugnación de paternidad.

Este objetivo también se verificó con las respuestas de la encuesta y entrevista, puesto que para el criterio mayoritario, se entendió que la principal razón por la que se impugna la paternidad, es por la duda de la veracidad de esta; tratando de no ser perjudicado y que sea todo justo.

- Elaborar una propuesta jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, en la que permita entablar normas que sustancien y obliguen a la parte demandada a asistir a la diligencia de ADN, para de esta forma garantizar los derechos de la parte actora en el proceso de impugnación de la paternidad.

Se verificará este objetivo, en el momento de realizar la propuesta jurídica de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, que se presenta luego de llegar a las conclusiones y recomendaciones.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

La falta de norma que indique el número de señalamientos para la diligencia de ADN,

que asegure la asistencia de la parte demandada, lesiona el derecho a la tutela y seguridad jurídica de la parte actora, en los casos de impugnación de paternidad.

Se ha comprobado esta hipótesis, ya que con el análisis de las respuestas obtenidas, el estudio del Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia, se confirma que al no existir un número específico de señalamientos, es el Juez quien amparado en la ley, toma la decisión y resuelve el caso, siempre a favor del menor, lesionando los derechos de la parte actora, ya que no puede contar con la seguridad jurídica de recibir verdadera justicia.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA

La seguridad jurídica, vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser "Estado de Derecho".

Aunque las Constituciones, en general, y las Cartas de derechos humanos fundamentales -como, por ejemplo, la Declaración de Derechos Humanos de la ONU y la Convención Americana de San José de Costa Rica- no aludan a un derecho a la seguridad jurídica, el constitucionalismo de nuestros tiempos es consciente de que un Estado de Derecho es indisociable de esta garantía. La doctrina considera la seguridad jurídica como expresión del Estado de Derecho, confiriendo a aquella la condición

de subprincipio concretizador del principio fundamental y estructurador del Estado de Derecho.

Así, la seguridad jurídica asume las figuras de principio del orden jurídico estatal y de derecho fundamental; Ingo Sarlet liga la seguridad jurídica a la noción de dignidad de la persona humana: "Considerando que también la seguridad jurídica coincide con una de las más profundas aspiraciones del ser humano, viabilizando, mediante la garantía de una cierta estabilidad de las relaciones jurídicas y del propio orden jurídico como tal, tanto la elaboración de los proyectos de vida, bien como su realización, desde luego es perceptible lo mucho que la idea de seguridad jurídica se encuentra umbilicalmente vinculada a la propia noción de dignidad de la persona humana. (...) la dignidad no restará suficientemente respetada y protegida en todo el lugar donde las personas estén siendo alcanzadas por un tal nivel de instabilidad jurídica que no estén más en condiciones de, como un mínimo de seguridad jurídica y tranquilidad, confiar en las instituciones sociales y estatales (incluyendo el Derecho) y en una cierta estabilidad de sus propias posiciones jurídicas"[13].

El ciudadano necesita tener seguridad de que el Estado y los terceros se comportarán de acuerdo con el derecho y de que los órganos incumbidos de aplicarlo lo harán valer cuando sea irrespetado. Por otro lado, la

[13] *Revista de Derecho Constitucional,* São Paulo, Ed. RT, v. 57, 2011, p. 11)

seguridad jurídica también importa que el ciudadano pueda definir su propio comportamiento y sus acciones. El primer aspecto demuestra que se trata de una garantía en relación al comportamiento de aquellos que pueden contestar el derecho y tienen el deber de aplicarlo; lo segundo quiere decir que ella es indispensable para que el ciudadano pueda definir el modo de ser de sus actividades.

No obstante, para que la idea de seguridad jurídica no se pierda en una extrema generalidad, conviene discriminar dos elementos imprescindibles a su caracterización. Para que el ciudadano pueda esperar un comportamiento o se posicionar de determinado modo, es necesario que haya univocidad en la calificación de las situaciones jurídicas. Además de eso, hay que garantizarle previsibilidad en relación a las consecuencias de sus acciones[14].

El ciudadano debe saber, en la medida de lo posible, no sólo los efectos que sus acciones podrán producir, sino, también, cómo los terceros podrán reaccionar delante de ellas. Nótese, sin embargo, que la previsibilidad de las consecuencias oriundas de la práctica de conducta o acto presupone univocidad en relación a la calificación de las situaciones jurídicas, lo que torna estos elementos en indisociablemente ligados[15].

---

[14] CoRSALE, Massimo, *Certezza del diritto e crisi di legitimittà,* Giuffrè, Milán, 1979, p. 31 y ss.
[15] Corsale, *Certezza del diritto,* cit. nota n. 2, pp. 32-33

En otra perspectiva, la seguridad jurídica refleja la necesidad de el orden jurídico ser estable. Ésta debe tener un mínimo de continuidad. Y es se aplica tanto a la legislación cuando a la producción judicial. Resáltese que la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho es un requisito indispensable al Estado de Derecho. Hay que percibirse lo más antes posible que hay un grave problema en el derecho variable de acuerdo con el caso.

El Estado tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la seguridad. Posee el deber de tutelarlo mediante prestaciones fácticas y normativas. Son innumerables las normas infraconstitucionales y varias las prestaciones fácticas con las que el Estado tutela la seguridad -vista en sentido genérico- de derecho general a la seguridad.

La seguridad jurídica también es tutelada mediante varias normas y prestaciones fácticas estatales. Visible es la norma constitucional que afirma la inviolabilidad de la cosa juzgada, del derecho adquirido y del acto jurídico perfecto, aunque existan en la Carta Magna otras normas que, incluso indirectamente, tutela la seguridad jurídica, como las que garantizan el contradictorio y la fundamentación de las decisiones judiciales. En el Código de Proceso Civil, igualmente se encuentran reglas de tutela a la seguridad, como aquellas que tratan, por ejemplo, de la preclusión, impidiendo una decisión de alguna cuestión ya decidida o la

práctica de un acto procesal fuera de tiempo. Además de eso, la asistencia jurídica, por ejemplo, puede ser vista como una prestación fáctica para la tutela de la seguridad jurídica, ya que el abogado gratuito puede ser indispensable para que el jurisdiccionado pueda tener sus derechos protegidos en el proceso.

De cualquier forma, para que exista seguridad jurídica hay que tutela la confianza del jurisdiccionado, en el exacto sentido de previsibilidad, como fue visto antes. Como escribe Canotilho, seguridad jurídica y protección y protección de la confianza andan estrechamente asociadas, "al punto de algunos autores considerar al principio de la protección de la confianza como un subprincipio o como una dimensión específica de la seguridad jurídica. En general, se considera que la seguridad jurídica es conexa con elementos objetivos del orden jurídico -garantía de estabilidad jurídica, seguridad de orientación y realización del derecho-, mientras que la protección de la confianza se prende más con los componentes subjetivos de seguridad, específicamente la calculabilidad y previsibilidad de los individuos en relación a los efectos jurídicos de los actos de los poderes públicos" [16].

La previsibilidad depende, obviamente, de la confianza[17]. No hay cómo prever sin confiar. De modo que también puede ser dicho que la confianza

[16] Canotilho, José Joaquim Gomes. *Derecho Constitucional y Teoría da Constitución,* Ed. Almedina, Coimbra, 2002, p. 257.

[17] Sarlet, Ingo Wolfgang, "La eficacia del derecho fundamental de la seguridad jurídica: la dignidad de la persona humana los derechos fundamentales y la prohibición de la

es un requisito de la previsibilidad. Por lo tanto, como el Estado tiene el deber de garantizar la previsibilidad, le cabe tutelar o proteger la confianza del ciudadano en relación a las consecuencias de sus acciones y a las reacciones de los terceros delante de sus actos, así como lo que dice respecto a los efectos de los actos del poder público.

La tutela de la confianza, ciertamente, depende de normas. Recuérdese que un ordenamiento destituido de capacidad de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas y, así, de generar un sentido de seguridad en los ciudadanos no puede sobrevivir, al menos como ordenamiento "jurídico" [18]. La doctrina ve en la norma que garantiza la cosa juzgada un ejemplo de la tutela de la confianza. Canotilho, a propósito, al relacionar los principios de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza a los actos normativos, jurisdiccionales y administrativos, habla de "prohibición de normas retroactivas restrictivas de derechos o intereses jurídicamente protegidos", en "inalterabilidad del caso juzgado" y en "tendencial estabilidad de los casos decididos a través de los actos administrativos constitutivos de derechos"[19], dejando de atinar para otra forma de tutela de la confianza en relación a los actos jurisdiccionales.

---

retirada sociable en el derecho constitucional brasileño. R*evista de Derecho Constitucional,* São Paulo, Ed. RT, v. 57, 2011

[18] Canotilho, José Joaquim Gomes. *Derecho Constitucional y Teoría da Constitución,* Ed. Almedina, Coimbra, 2002, p. 257.

[19] Canotilho, José Joaquim Gomes. *Derecho Constitucional y Teoría da Constitución,* Ed. Almedina, Coimbra, 2002, p. 257.

La falta de explicitación legal de los precedentes vinculantes puede ser vista como auténtica falta de tutela de seguridad jurídica, una verdadera omisión del legislador. Todavía así, el respeto a los precedentes no depende de alguna regla legal que afirme su obligatoriedad o su explicitación, pues las normas constitucionales que atribuyen a los tribunales superiores las funciones de uniformizar la interpretación de la ley y de afirmar el sentido de la Constitución son indiscutiblemente suficientes para dar origen a un sistema de precedentes vinculantes.

En general, debe apreciarse que todo régimen legal de filiación resulta del juego de los principios favor veritatis, favor legitimitatis y favor filii, todos los cuales están previstos en el sistema constitucional de filiación que se trate; de tal manera que en cada ordenamiento jurídico se organiza un esquema normativo poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de aquellos principios. Un análisis de conjunto de las normas del régimen legal puede permitir conocer el criterio o el principio rector que, del sistema constitucional de un determinado país, se ponderó preferentemente.

De otro lado y al reconocer expresamente a la identidad como un derecho fundamental a la par que a la intimidad, el sistema constitucional de filiación exige encontrar soluciones ponderadas al conflicto entre la intimidad de los progenitores y el derecho de los hijos a conocer a sus padres. Por cierto que, en las soluciones que se adopten para resolver el

anotado conflicto, debe reflejarse como una consideración primordial el principio de protección especial de los niños/a y adolescentes o principio favor filii . Ello también es así, por el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables que impone al Estado la obligación de adoptar acciones positivas a fina de afianzar el vínculo filial y destaca la existencia de un interés público, además del interés de los particulares, en esta materia.

La Convención sobre los Derechos del Niños y en directa alusión al sistema constitucional de filiación, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos; a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares. Es expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria.

Estos derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria. Así y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y

recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.

Por cierto que, será el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención) el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

Descrito el actual marco del sistema constitucional de filiación, resulta evidente que, ahora la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii).

Es innegable que el niño, niña y adolescente tiene un legítimo interés moral en conocer quiénes son sus padres, por estarle ello referido directamente por la Convención sobre los Derechos del Niño y, toda vez que el ordenamiento jurídico no excluye expresamente la posibilidad de que otras personas con legítimo interés puedan intentar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, resulta claro que tal pretensión puede ser ejercitada por el mismo hijo, sin que ello implique un actuar contrario a ley. En segundo lugar, tampoco obsta la presunción de cumplimiento de los deberes conyugales por parte de las personas casadas, pues ella mantiene su vigencia mientras no se demuestre lo contrario. Precisamente, la probanza del nexo biológico evidenciaría el cumplimiento o no del deber de fidelidad material. Por último, el mandato constitucional de protección de la familia ordena atender no sólo a la que nace de un matrimonio sino también a la que surge de otras convivencias no matrimoniales; siendo así, el argumento de la tranquilidad de los hogares no puede establecerse sobre las bases que se alejen de la defensa y promoción de los derechos humanos. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social. Las actuales valoraciones jurídicas le privan de su fuerza de convicción a tales argumentos y exigen afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño.

8. CONCLUSIONES.

Luego de haber concluido con mi investigación que he realizado sobre el tema propuesto, he llegado a las siguientes conclusiones:

1. El reconocimiento constituye uno de los mecanismos para determinar la filiación de los hijos extramatrimoniales. Nuestro ordenamiento jurídico prevé esta forma de establecer la filiación.

2. El ADN es una de las pruebas por las cuales se puede determinar que los hijos que se presumían biológicos, resulten no serlo y de esta manera poder anular el reconocimiento de un hijo.

3. La acción de impugnación de paternidad busca dejar sin efecto, la relación de filiación existente adquirida con el reconocimiento del menor.

4. El Juez ante la no ejecución de la diligencia de ADN, es obligado a dictar sentencia, cumpliendo con lo que establece la ley, y siempre procura el bienestar del menor, por lo que declara la paternidad.

5. Es necesario realizar una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en la que se establezca con claridad y exactitud el

número de señalamientos que se pueden realizar para una diligencia de ADN.

9. RECOMENDACIONES

1. Recomendar a los operadores de Justicia en materia de Niñez y Adolescencia, la actualización en Derecho Constitucional, que les permita emitir sus fallos de manera legal y justa.
2. Trabajar de manera directa con los involucrados Estado, Sociedad y Familia, sociabilizando la incidencia importante que se puede llegar a dar, cuando los entes mencionados conocen los alcances jurídicos, políticos, sociales, económicos que pueden ocasionar la correcta aplicación o la incorrecta aplicación de las disposiciones legales emanadas en materia de Niñez y Adolescencia.
3. Que con la diligencia de ADN, se trate de proteger el correcto desarrollo del proceso, sin violentar los derechos individuales de las personas.
4. Que en las normas que se establezcan para el proceso, además de prevalecer el derecho superior de los niños, niñas y adolescentes, se garantice la seguridad jurídica de la parte actora.
5. Que la Asamblea Nacional realice una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto a establecer con claridad y exactitud, el número de señalamientos permitidos para la diligencia de ADN en un proceso de impugnación de paternidad.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

ASAMBLEA NACIONAL

RESUELVE;

Que: Es obligación del Estado velar por la protección, seguridad y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes

Que: El Estado debe hacer cumplir un debido proceso, haciendo respetar la seguridad jurídica de las partes intervinientes;

Que: Es un derecho de los niños, niñas y adolescentes de conocer su identidad y sus verdaderas relaciones familiares;

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 determina que "*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.";*

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

EXPIDE

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. 1.- Al literal a) del innumerado 10, del Capítulo I, Título V, que dice:

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.

***Sustituirlo por el siguiente**:*

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 señalará nueva fecha para realizarlo, con un máximo de tres señalamientos, de subsistir la negativa. Sin embargo, para salvaguardar la calidad de vida del menor, en esta providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda.

Cuando el demandado mediante los exámenes de ADN descarte el vínculo parento-filial con el alimentario, podrá solicitar el reembolso de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias provisionales, ante cualquier Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

Este trámite se sujetará a lo dispuesto al procedimiento contencioso general que determina este Código.

A la parte demandada, se le sancionará al pago de indemnización de daños y perjuicios ocasionados, la que incluye el monto por daño moral.

Art.… Forma de Pago.- Podrán acogerse al pago con beneficio de competencia de conformidad al Parágrafo 10º del Título XIV del Libro IV del Código Civil.

Art.- 3.- Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente reforma.

Art. 4.- La presente ley reformatoria entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito en la Sala de Sesiones de la Honorable Asamblea Nacional, a los quince días del Mes de abril del 2014

PRESIDENTA SECRETARIA

Gabriele Rivadeneira

f…….. f……

10. BIBLIOGRAFÍA.

CABANELLAS Guillermo, Diccionario de derecho Usual, Tomo ll, ediciones Heliaste S.R.C 1998.

CODIGO CIVIL, Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito y Ecuador, año 2012.

COELLO GARCIA, Enrique, Derecho Civil Ecuatoriano, Derecho de familia, Tomo V Departamento y Publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central de Quito, año 1984.

CRUZ BAHAMONDE, Armando. Estudio Critico del Código de Procedimiento Civil. EDINO. Segunda Edición. Tomos I, II, III, IV, V Guayaquil- Ecuador 2001

CLARO Solar, Luís, Explicación sobre el Código Civil Chileno y Ecuatoriano, Volumen III, Corporación Editora.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Ecuador, 2012.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial España S. A., Madrid 1990.

HOLGUIN LARREA, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo ll, Derecho Matrimonial, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito, 1985.

PARRAGUEZ RUIZ, Luís, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano Volumen ll, Personas Familia, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, año 1998.

PEREZ GERREO Alfredo: Manual de Derecho Civil, Tomo 1, Editorial Universitaria Quito, 2004.

OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Editorial Bibliográfica Argentina Lavalle, Buenos Aires, 1986.

PLANIOL Marcel, Tratado del Derecho Civil, tomo 2, Editorial Herder S.A , La Habana, 1946.

SUAREZ FRANCO, Roberto Derecho de Familia, Tomo II. Editorial Temis S.A., Bogotá, 1998.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, Guía Didáctica. Carrera de Derecho. Módulo V. 2010

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD"

PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE ABOGADA

AUTOR:

Carlos Humberto González Labanda

Loja – Ecuador
2014

1. TEMA:

“REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN CUANTO A ESTABLECER EL NUMERO DE SEÑALAMIENTOS PARA LA DILIGENCIA DE ADN EN EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD”.

2. PROBLEMÁTICA

El Código Civil ecuatoriano en su Libro I, Título VIII, abarca el tema acerca del “Reconocimiento Voluntario de los Hijos”, en el que en síntesis manifiesta que este reconocimiento se hace en el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, este acto es libre y voluntario en el caso de quien lo realiza.

En sí los efectos que causa esta solemnidad es que el hijo reconocido es sujeto de derechos establecidos en la ley, por lo tanto el padre o la madre está obligado para con su hijo a prestar la ayuda necesaria para que este tenga un desarrollo integral dentro de un ambiente sano conforme lo estipula nuestra Constitución; como un preámbulo diremos que estos derechos se consagran en nuestra Carta Magna y encajan básicamente en: derecho a la identidad, derecho a la salud, educación, recreación, alimentación, etc.

Nuestra legislación en estos casos prevé la forma para que el reconocimiento voluntario pueda ser impugnado por quien tenga interés de acuerdo al Art. 251 del Código Civil, pero existe un vacío legal que desampara al actor en cuanto al número de señalamientos para la diligencia de ADN y que por consiguiente vulnera los principios de tutela y seguridad jurídica de esta parte procesal, pues si bien la prueba de ADN es suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad, es el caso de que el Capítulo V, Art. 10 literal A del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia manifiesta lo siguiente : "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". Con este enunciado lo que pretendo demostrar es que en caso de que el actor es quien alega la paternidad o maternidad y la parte demandada no se presentare a esta diligencia de ADN esta se declarará fallida y el juez o jueza mediante sentencia aceptará la filiación o relación de parentesco, contrario a los intereses del actor.

Ya en la práctica jurídica se tendrá que solicitar un nuevo señalamiento de día y hora para ejecutarla, a sabiendas de que la parte demandada no se presentará, ante esta situación la problemática radica en que se está

desamparando a la parte actora vulnerándose los principios de tutela y seguridad jurídica, pues ante esta situación los juicios están detenidos y las juezas o jueces no pueden dictar una sentencia por cuanto la diligencia de ADN solicitada en la etapa probatoria no ha sido realizada, pues revisados las leyes pertinentes como el Código Civil y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se determina que no existe dicha norma.

3. JUSTIFICACIÓN

Acogiéndome al Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, con los requisitos establecidos para la elaboración de mi tesis de grado, dejo constancia que el presente trabajo de investigación jurídica, tiene relación con la necesidad de agregar una norma que garantice los derechos y principios de la parte actora en el juicio de impugnación de paternidad, que surge a partir de la necesidad de mantener la equidad y la igualdad ante la Ley, que motivan el análisis jurídico, crítico y preciso, que justifique la reforma pertinente en el Código de la Niñez y Adolescencia, en lo referente al número de señalamientos para la diligencia de ADN en el juicio de impugnación de la paternidad de manera que garantice la asistencia de la parte demanda a dicho señalamiento.

En lo jurídico, estimo justificado el problema, por cuanto la evidencia del tema propuesto, transgrede principios y garantías constitucionales, que por no existir norma expresa, no se ajusta a la realidad social. El sustento de velar por la equidad e igualdad de las partes procesales, es precisamente una reforma para adecuada aplicación de la ley, en el presente caso el número de señalamientos para la diligencia de ADN en el juicio de impugnación de paternidad, en su tratamiento, que constituya sin duda alguna, la formulación de una propuesta de aplicación justa y adecuada, al Título II del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano en lo referente a la Sustanciación de los Juicios, explícitamente en lo relacionado al número de señalamientos para la diligencia de ADN en el juicio de impugnación de la paternidad, para garantizar la tutela y seguridad jurídica de la parte actora.

En lo **Social**: el tema que he planteado cumple con el requisito de trascendencia social y luego de desarrollarlo plantearé alternativas de solución que contribuyan a evitar problemas que afectan al conglomerado social.

En lo **Personal:** culminada mi investigación, alcanzaré nuevos conocimientos acerca de mi tema planteado, la cual posteriormente presentaré y sustentaré ante el Tribunal de Grado, el cual calificará y dará

el veredicto final con el cual pretendo obtener mi título profesional para poder ejercer mi carrera como Abogado.

En el aspecto académico, lo justifico, en razón de que cuento con la suficiente experiencia académica adquirida durante los años de estudio, y la preparación cognitiva y epistemológica que a través del estudio he logrado obtener, con el apoyo de la planta docente de nuestra prestigiosa alma mater; y además, con el soporte económico y logístico suficientes para el desarrollo de la presente investigación jurídica; me apoyaré en los métodos, técnicas y procedimientos, ejercitados por el sistema académico que rige nuestra Universidad.

El problema a investigarse es de trascendencia actual, ya se contará con información obtenida, en la Corte Provincial de Justicia de Loja en la cual se sustentan los juicios de impugnación de paternidad.

Factibilidad. La investigación es factible de realizar por contar con la formación académica necesaria, formación a la que se une el acceso a los medios, mecanismos herramientas y recursos que requiero para su desarrollo y cabal ejecución. Los recursos a emplearse, humano y económico se citan en el ítem respectivo y considero que será de muy valioso aporte la red Internet para poder obtener información sobre la temática a investigar.

En mi tema de tesis la originalidad constituye un factor predominante en la investigación científica, por ello la presente problemática trata sobre un contenido actual, por lo que se percibe en el diario vivir.

4. **OBJETIVOS**

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio de carácter jurídico, doctrinario y crítico a la legislación civil y de familia ecuatoriana, en lo referente a la impugnación de la paternidad.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar las consecuencias que ocasionan el no existir una norma que indique el número de señalamientos para la diligencia de ADN en el juicio de impugnación de paternidad.

- Conocer las necesidades que conllevan al actor a iniciar con el juicio de impugnación de paternidad.

- Elaborar una propuesta jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, en la que permita entablar normas que sustancien y obliguen a la parte demandada a asistir a la diligencia de ADN, para de esta forma garantizar los derechos de la parte actora en el proceso de impugnación de la paternidad.

4. HIPOTESIS

- La falta de norma que indique el número de señalamientos para la diligencia de ADN, que asegure la asistencia de la parte demandada, lesiona el derecho a la tutela y seguridad jurídica de la parte actora, en los casos de impugnación de paternidad.

5. MARCO TEÓRICO

DERECHO DE FAMILIA

El Derecho Privado es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones individuales, familiares y patrimoniales.

Tiene como pilares fundamentales a la familia y a la propiedad privada, los cuales a su vez generan dos importantes ramas del Derecho que en nuestro país se encuentran reguladas en el Código Civil, la primera de ellas da origen al Derecho de Familia, regulado principalmente en el Libro Primero del citado cuerpo legal. La ubicación del derecho de familia dentro del Código Civil es actualmente discutida, debido a que la familia constituye núcleo fundamental de la sociedad y por ende del Estado, por lo que sus intereses rebasan el ámbito de los particulares. Por esta razón es que muchas legislaciones en la actualidad han dictado el Código de Familia otorgándole independencia del Código Civil, debido al interés y a la

participación de la sociedad en esta materia.

La familia ha dejado de ser entendida como el grupo de personas provenientes de un tronco común que se encuentran subordinadas a la voluntad del padre de familia, o “paters familis”. Actualmente la familia es entendida como grupo humano del que dimanan las relaciones de parentesco o de la filiación, siendo esta última la figura jurídica que otorga la calidad legal del padre o madre de determinada persona y por tanto garantiza el derecho a la identidad, estipulado en el Art. 23, numeral 24 de la Constitución de la República del Ecuador.

El término filiación proviene del latín FILLIUS que significa hijo y es precisamente la figura jurídica que permite establecer el vínculo jurídico de parentesco de una persona con sus progenitores. El Art. 24 del Código Civil “se establece que la filiación y por tanto las calidades de paternidad y maternidad en los siguientes casos:

a. Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres,

b. Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos, y,

c. Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre,

d. Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente."[20]

El Derecho de familia se define como un conjunto de normas que rigen la constitución, organización, disolución de la familia como grupo en sus aspectos personales y de orden patrimonial[21].

Objetivamente el derecho de familia no crea la institución familiar, pues ésta es una creación natural y por ello anterior al estado. Además por regular situaciones *intuitu personae* –en razón de la persona– hacen de su naturaleza jurídica, un

[20] CODIGO CIVIL ECUATORIANO. Pág. 11

[21] Henry Mazeud, et al., *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial EJEA, 1968. Vol. 3. Pág. 4.

derecho alejado del mero o simple interés individual, donde sus normas son imperativas, son de carácter público, y la autonomía de la voluntad es restringida; situación que difiere del Derecho Civil, que en líneas generales se estructura sobre la base de la individualidad y el patrimonio de las personas.

El derecho de familia ha generado su autonomía a través de ejes como la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

LA PATERNIDAD

La palabra padre nos viene de inmensamente lejos, pero sólo podemos controlar su significado desde muy acá. Procede del latín ***pater / patris***, que significa padre, que a su vez viene del griego πατηρ / πατρος *(patér / patrós)*, que seguimos traduciendo igual. Una palabra que se ha mantenido invariable durante más de tres milenios (que podamos constatar), mientras la realidad que con ella denominamos, ha cambiado de forma sustancial.

No se ha podido fijar el significado original de padre; pero los que hurgan en las palabras antiguas tienen la sospecha de que pudiera significar en un principio "sacrificador", refiriéndose a la función de sacerdote doméstico que tenía el padre en tiempos remotos y que en ese caso sería percibida como la principal de

sus funciones. Lo que sí está claro es que no significa "engendrador", que es el significado clave que tiene actualmente. Y no lo significaba porque no era ésa la sustancia de la paternidad, sino el dominio, cuya más alta expresión está en el sacerdocio. La sustancia de la paternidad estuvo en la ***patria potestas***, sobre la que están montadas, todavía hoy, las relaciones paternofiliales. Cuando se habla de "pruebas de paternidad" nos referimos exclusivamente al acto de engendrar, porque ésa es para nosotros la quintaesencia de la paternidad que, por otra parte no es fuente de derechos, sino de obligaciones.

La paternidad es el mayor invento social de la humanidad, no superado todavía por ningún otro, ni siquiera por el Estado. Es probablemente anterior al matrimonio. El más antiguo ***paterfamilias*** romano es mucho más el jefe del pequeño Estado que forma su casa, que el padre de sus hijos. Ni siquiera los llama hijos, sino ***líberi*** "libres". La palabra hijo parece que en origen significa "mamón" *(ver web 12-2)* y sólo tiene que ver con la madre, no con el padre. No se parece por tanto en nada el padre de hoy, al padre romano del que tomó el nombre.

Llegar a la condición de **hijo** de padre no ha sido cualquier cosa. No nos vino por generación espontánea. En realidad, al principio la generación nada tenía que ver ni con la paternidad ni con la filiación. Es decir que el simple hecho de engendrar no devengaba obligaciones ni derechos de paternidad, ni el simple hecho de ser engendrado constituía al nacido en acreedor de derechos respecto al engendrador. En el derecho vigente quedan todavía reliquias de esos principios.

“El gran problema por el que había que resolver el doblete paternidad - filiación, era la sucesión. Para evitar en cada generación una guerra de sucesión (cosa que por otra parte ocurre con todos los animales de manada y de rebaño), había que constituir un heredero (de la raíz griega <ερως / *héros*, que nos sitúa en la idea de "héroe", "señor", *"herr"*). El *paterfamilias* tenía que constituirse en *pater* de aquel que eligiese como heredero *(habrá que continuar en viernes sucesivos)”*[22].

La paternidad es tanto un concepto biológico como un concepto jurídico.

Desde un punto de vista biológico, la paternidad es la relación que existe entre un padre (entendiendo por tal al progenitor masculino) y sus hijos. Normalmente nos referimos en este concepto a hijos biológicos.

En este ámbito, el concepto *paternidad* se utiliza también de forma extensiva en el reino animal.

Desde un punto de vista jurídico, aplicable únicamente a las personas, la paternidad no es sinónimo de filiación, pues la filiación es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal (y en algunas ocasiones sólo de la paterna o por parte de padre). La paternidad lleva aparejada la patria potestad y puede ser tanto natural como jurídica (adopción).

---

[22] *Mariano Arnal*. **Paternidad. El Almanaque Nº 4269 Martes 21 de Junio de 2011**

El autor Guillermo Cabanellas lo define como, “calidad de padre. Vinculo natural, legal y moral que lo une con su hijo”.[23]

Paternidad, desde el punto de vista biológico la paternidad es la relación que existe entre un padre y sus hijos, normalmente nos referimos en este concepto a los hijos biológicos.

La paternidad según el autor Roberto Suarez Franco, “la paternidad implica el vínculo jurídico existente entre padre e hijo, derivado de la relación biológica que a tenido como antecedente la generación. Ello no supone necesariamente que haya siempre coincidencia entre la relación jurídica y la relación biológica, porque la primera solo es procedente en cuanto sea demostrable, mientras que la segunda es un hecho natural”[24].

PARENTESCO

Por consanguinidad.- según el autor Gustavo A Bossert, “la distinción se efectúa según que dos parientes entre sí puedan referir su origen común a uno o a ambos progenitores. Así, los hermanos son, entre, bilaterales, cuando proceden del mismo padre y de la misma madre; son, en cambio,

[23] Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Autor Guillermo Cabanellas, Editorial Heliasta S.R.L, pag. 146
[24] Derecho de Familia, Autor Roberto Suarez Franco, Editorial Temis S.A, Santa fe Bogotá. Colombia 1998, pag.16

unilaterales los que proceden del mismo padre pero de madres distintas, o de la misma madre, pero de distintos padres.

Por afinidad.- según el mismo autor, la afinidad se establece entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Este vínculo eminentemente jurídico, se constituye, pues, como un efecto propio de la celebración del matrimonio”[25].

Para el autor Arturo Valencia Zea, el parentesco por consanguinidad, “es el vinculo de sangre que ata los parientes necesariamente a un autor común, a su padre o madre, los primeros hermanos a un abuelo paterno o materno, etc.

El parentesco por consanguinidad también comprenden a las personas que descienden las unas de las otras, como sucede entre hijos y padres, los primos hermanos a un abuelo paterno o materno.

Para este mismo actor, el parentesco por consanguinidad, este parentesco lo constituyen los vínculos que se establecen entre marido y mujer de los parientes consanguíneos, este parentesco legítimo o ilegitimo. Es legítimo cuando entre una persona que esta o a estado casado los consanguíneos de su marido o mujer”.[26]

[25] Manual de Derecho de Familia, Autor Gustavo Bossert, 3ra Edición Actualizada y Ampliado Tomo I, pag. 38,39.
[26] Arturo Valencia Zea, Derecho Civil, Capitulo II, pag. 22.

IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

La impugnación es el derecho que tiene el supuesto padre o el hijo para solicitar al Tribunal de Justicia dejar sin efecto la filiación supuestamente existente.

El Código Civil ecuatoriano en su Art. 251 habla acerca de la impugnación voluntaria de la paternidad en el que manifiesta que **"**El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello.

En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan:

1°.- Que el reconocido no ha podido tener por madre a la reconociente, según el Título X;

2°.- Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconociente, según la regla del Art. 62; y,

3°.- Que no se ha hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley"[27].

[27] Código Civil del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012

EL Art. 11 numeral 2, parágrafo tercero de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

6. METODOLOGÍA

Se aplicarán los métodos científicos como: el inductivo, deductivo, analítico y estadístico, que nos servirán para aclarar las inquietudes planteadas y alcanzar los objetivos.

Método Inductivo-Deductivo.- Siendo un proceso de análisis en donde tiene lugar el estudio de hechos y fenómenos particulares para llegar al descubrimiento de un principio general, se aplicará como base en el momento de tabular y analizar la información obtenida de la aplicación de la encuesta.

Método Hipotético Deductivo.- Será aplicado desde el planteamiento de la hipótesis, para luego contrastar los resultados obtenidos, comprobar la aseveración realizada y, poder llegar a las conclusiones y recomendaciones respectivas.

Método Analítico, sintético.- Se utilizará desde el planteamiento

del problema, la justificación, en el planteamiento de objetivos para tener claridad sobre las variables e indicadores, sobre los cuales se va a investigar. Además será de utilidad práctica durante todo el proceso de búsqueda de las fuentes bibliográficas, la selección fuentes pertinentes y extraer la síntesis respectiva para luego iniciar en la redacción y análisis del marco teórico.

Método Descriptivo.- Mediante el cual procederemos a la tabulación e interpretación de los datos los mismos que nos servirán para la contrastación de la hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones.

Finalmente, todo el trabajo se realizará bajo los conceptos y análisis del Método Científico con el cual retomaré las fuentes científicas y contrastaré con los resultados de la investigación de campo.

Se utilizará los procedimientos de análisis y síntesis que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico

como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la Encuesta y la Entrevista.

El estudio de casos reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretará mediante encuestas a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas.

7. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	AÑO 2014																			
	Marzo				Abril				Mayo				Junio				Julio			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Selección del tema																				
2. Revisión Bibliográfica																				
3. Planteamiento del problema																				
Justificación y Objetivos																				
4. Elaboración de Metodología																				
5. Revisión, Análisis y presentación del Proyecto																				
6. Elaboración del Marco Teórico																				
7. Recolección de datos																				
8. Procesamiento y análisis de Información																				
9. Presentación del borrador informe																				
10. Elaboración de Conclusiones y Recomendaciones																				
11. Elaboración del Informe Final																				
12. Presentación del informe Final																				
13. Realización de correcciones																				
14. Aprobación y sustentación de Tesis																				

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

RECURSOS INSTITUCIONALES

* Universidad Nacional de Loja.
* Modalidad de Estudios a Distancia.
* Carrera de Derecho.
* Corte de Justicia de Loja
* Bibliotecas de la ciudad

RECURSOS HUMANOS

* Director de Tesis: Por designarse
* Autor: Carlos Humberto González Labanda
* Abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad

RECURSOS FINANCIEROS

- Bibliografía	$ 300,oo
- Materiales Didácticos	$ 100,oo
- Levantamiento de texto	$ 100,oo
- Impresión	$ 300,oo
- Imprevistos	$ 300,oo
Total:	$ 1100,oo

FINANCIAMIENTO

La presente investigación se financiará con recursos propios del autor.

9. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012
- OSORIO Manuel. Diccionario Jurídico. Editorial Eliasta. Buenos Aires – Argentina. 1986
- Documento Guía Área Jurídica, Social y Administrativa. Módulo V
- Código Civil del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012
- Código de Procedimiento Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2012
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Cultural S. A. Argentina, 1968.
- CLARO Solar, Luís, Explicación sobre el Código Civil Chileno y Ecuatoriano, Volumen III, Corporación Editora.
- COELLO GARCIA, Enrique, Derecho Civil, Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Volumen I, Cuenca 1982.
- CRUZ BAHAMONDE, Armando. Estudio Critico del Código de Procedimiento Civil. EDINO. Segunda Edición. Tomos I, II, III, IV, V Guayaquil- Ecuador 2001
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Editorial España S. A., Madrid 1970.

- LARREA HOLGUIN Juan, Manual de Derecho Civil, Corporación De Estudios y Publicaciones Quito-2002.
- OMEBA, Enciclopedia Jurídica Editorial Bibliográfica, Argentina 1958, Pág. 524, Tomo IX
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, Guías Didácticas. Carrera de Derecho. 2012
- www.google.com

INDICE

Portada i
Certificación ii
Autoría iii
Carta de Autorización de tesis iv
Agradecimiento v
Dedicatoria vi
1. Título 1
2. Resumen 2
Abstract 4
3. Introducción 6
4. Revisión de Literatura 8
4.1. Marco Conceptual 8
4.1.1. El derecho de familia 8
4.1.2. La familia 9
4.1.3. Obligación 9
4.1.4. Obligado 10
4.1.5. Filiación 11
4.1.6. La prueba de ADN 12
4.1.7. Tutela 15
4.1.8. Señalamiento judicial 15
4.1.9. Seguridad jurídica 16
4.1.10. Impugnación 18
4.2. Marco Doctrinario 20
4.2.1. La tutela jurídica 20
4.2.1.1. Personas inhabilitadas para desempeñar la tutela 20
4.2.2. La familia y su desarrollo 23
4.2.3. Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia 25
4.2.4. Aspectos importantes sobre la Filiación 34
4.2.4.1. Clases de Filiación 37

4.2.4.2. Filiación legítima 37
4.2.4.3. Filiación ilegítima 39
4.2.4.4. Modos de establecer la filiación 42
4.2.4.5. Efectos de la filiación 44
4.2.5. La acción de la investigación de la paternidad 46
4.2.6. La impugnación de la paternidad 56
4.2.7. El ADN como prueba de paternidad 57
4.2.8. Efectos de la sentencia que declara la paternidad o maternidad 62
4.3. Marco Jurídico 65
4.3.1. La protección del niño/a adolescencias en Constitución 65
4.3.2. La paternidad en el Código Civil 75
4.3.3. La paternidad en el Código de la Niñez y Adolescencia 83
4.4. Legislación Comparada 88
4.4.1. Código de los niños y adolescentes de chile 88
4.4.2. Venezuela 89
4.4.3. Nueva ley de la infancia y la adolescencia en Colombia 93
4.4.4. La impugnación de la paternidad en argentina 98
5. Materiales y métodos 102
6. Resultados 104
6.1. Análisis y resultados de la encuesta 104
6.2. Análisis de los resultados de las entrevistas 113
6.3. Estudio de casos 114
7. Discusión 122
7.1. Verificación de objetivos 122
7.2. Contrastación de hipótesis 123
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta 124
8. Conclusiones 134
9. Recomendaciones 136

9.1. Propuesta de reforma 137
10. Bibliografía 141
11. Anexos 143
Índice 169