



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“Necesidad de Reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Art. Innumerado 9 (Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia), tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones al Derecho a la Defensa”

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL GRADO DE LICENCIADA EN
JURISPRUDENCIA Y ABOGADA

AUTORA

SUSANA ESTEFANÍA GONZÁLEZ GUAMÁN

DIRECTORA DE TESIS

DRA. JENNY MARITZA JARAMILLO SERRANO MG. SC.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

Dra.

Jenny Maritza Jaramillo Serrano Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO Y DIRECTORA DE TESIS

CERTIFICO:

Que eh dirigido y revisado el presente trabajo de tesis sobre **“Necesidad de Reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Art. Innumerado 9 (Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia), tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones al Derecho a la Defensa”**, elaborado por la Srta. Susana Estefanía González Guamán, además cumple con todo los requisitos de fondo y forma establecidas en el Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, septiembre de 2016



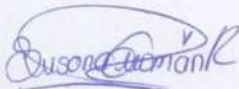
Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano Mg. Sc.

DIRECTORA DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Susana Estefanía González Guamán, declaro ser la autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Firma: 

Autora: Susana Estefanía González Guamán

Cedula: 1105637506

Fecha: Septiembre del 2016

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

Yo, Susana Estefanía González Guamán; declaro ser autor de la tesis titulada **“Necesidad de Reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Art. Innumerado 9 (Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia), tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones al Derecho a la Defensa”** como requisito para optar al grado **DE LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y ABOGADA**; autorizo al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 29 días del mes de septiembre del dos mil dieciséis, firma el autor.

Firma: 

Autor: Susana Estefanía González Guamán

Cédula: 1105637506

Dirección: Loja, Malacatos

Correo electrónico: susyguaman-22@hotmail.com

Celular: 0980310486

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dra. Jenny Maritza Jaramillo Serrano Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dr. Ernesto González Mg. Sc.

Dr. Alexis Erazo Mg. Sc. .

Dr. Fernando Soto Mg. Sc.

DEDICATORIA

A mi querida abuelita Mariana Rivera, por su inmensa comprensión, amor y apoyo incondicional en esta difícil tarea y por estimular en mí el deseo de triunfo y el anhelo de éxito en la vida.

A mi madre Sandra Guamán que aun estando lejos ha estado siempre pendiente de mí y le agradezco el darme dignos ejemplos de superación y entrega en cada cosa que me proponía en hacerlo.

A mi familia, que han sido un pilar fundamental que se ven materializados en el presente trabajo de tesis, por el cariño y valor que me dieron para iniciar mis estudios y finalizar con los mismos.

A todos mis amigos les dedico este fruto de mi esfuerzo y dedicación.

LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

A Dios por darme la maravillosa oportunidad de vivir y dejarme llegar hasta donde ahora estoy.

A mi abuelita, mi madre, mi hermano, tíos y más familiares por su paciencia, tolerancia, por todo el amor y apoyo que he recibido de cada uno de ellos.

A mis queridos amigos que han sabido estar ahí pendiente cuando más necesite de ellos.

A mis docentes de la Universidad Nacional de Loja, que siendo profesores han tenido la sabiduría de convertirse en maestros y que con su experiencia aportaron conocimientos significativos para convertirnos en profesionales de provecho.

1. TÍTULO

“Necesidad de Reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Art. Innumerado 9 (Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia), tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones al Derecho a la Defensa”

2. RESUMEN

La presente tesis se origina con el análisis, estudio doctrinario, jurídico y analítico en la problemática que existe en los procesos de prestación provisional de alimentos, al momento de presentar la demanda de alimentos ya se impone la pensión a pagar, sin tener la certeza si es o no hijo del demandado.

La Constitución de la República del Ecuador dentro de su Artículo 45, 2^{do} párrafo menciona que “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; **a su identidad, nombre y ciudadanía**; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; **y a recibir información acerca de sus progenitores** o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prioriza los derechos de los menores dándole un rango de interés superior del niño que establece la Constitución. Evidentemente encontramos contradicciones entre los derechos consagrados en la Constitución y en la norma legal, que tiene relación fundamental con el derecho a la veracidad de la relación parento-filial, dicotomía que debe necesariamente ser corregidos mediante reformas necesarias y adecuadas dentro del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se la debe regular en cuanto a la prestación provisional de alimentos la misma que de forma inicial debería incorporarse el examen de ADN para la imposición de la misma así mismo debe carecer de acciones legales cuando el resultado de ADN sea negativo respecto del demandado, en este cuerpo legal CON y A en su Art.13 menciona que “La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta Ley, se tendrá como 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 cumplimiento de las condiciones previstas en la presente Ley.

De igual manera es imprescindible y urgente que los cambios en las normas legales en singular en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en lo relacionado con el derecho que tienen no solo los hijos sino el deber que tienen los presuntos padres en el sentido que, cuando solicita el presunto padre el examen del ADN a la mujer esta se niega, no pasa absolutamente nada, considerando que la negativa es un síntoma no solo de rebeldía sino de ocultamiento de una verdad, sin embargo cuando la madre solicita el examen del ADN al presunto padre, sin considerar la situación económica o circunstancias particulares se haga o no la prueba, a la final el juzgador impone el apellido al presunto hijo, estos actos a mi entender riñen con lo establecido en el Art. 44 de la Constitución y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de tener un nombre y un apellido que le corresponde, por lo expuesto me propuse analizar el tema de tesis denominado **“Necesidad de Reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Art. Innumerado 9 (Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia), tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones al Derecho a la Defensa”**

Concluido el análisis he determinado que en nuestro país existen casos en donde la fijación de alimentos ya sea este provisional o definitivo, cuando no existe la certeza de que el demandado sea el presunto padre, las consecuencias ha sido y son casi irreparables para las partes, que tienen que ver con la afectación: económica, social, moral y familiar, en el caso de personas que han tenido que pasar alimentos a quienes no tienen obligación alguna de proveerlos por no existir el vínculo de parentesco paterno-filial entre el procesado y el alimentado.

Además es necesario que se tome en cuenta los principios, derechos y garantías de los menores, así mismo que se les conceda el derecho a la verdadera identidad y su filiación para evitar tener complicaciones en un futuro.

Así como la proposición de una Reforma Legal la misma que conlleve al bienestar de ambas partes la misma que consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución para ejercer justicia igual y equitativa para todos.

ABSTRACT

This thesis originates with the analysis, doctrinal, legal and analytical study on the problems that exist in the process of provisional payment of maintenance, when presenting the demand for food and board to pay is imposed without being certain whether or not the child of the defendant.

The Constitution of the Republic of Ecuador in its Article 45, 2nd paragraph mentions that "children and adolescents have the right to physical and mental integrity; his identity, name and citizenship; to comprehensive health and nutrition; education and culture, sport and recreation; social security; to have a family and enjoy family and community life; social participation; to respect for their freedom and dignity; to be consulted in matters affecting them; to educate a priority in their own language and cultural contexts of their peoples and nationalities; and to receive information about their parents or absent, except family members be detrimental to their welfare. "

The Organic Code of Children and Adolescents prioritizes the rights of minors giving a range of interests of the child established by the Constitution. Obviously we find contradictions between the rights enshrined in the Constitution and the legal norm, which is fundamental relation to the right to the truth of the relationship parent-subsidiary dichotomy that must necessarily be corrected through reforms necessary and appropriate within the Organic Code childhood and Adolescence is the must regulate regarding the provisional provision of food the same as initial form should be incorporated DNA test for the imposition of the same so it must lack legal action when the DNA result is negative with respect to the defendant in this legal body and a in its Art.13 he states that "the DNA test conditions suitability and safety under this Act, shall be deemed sufficient to confirm or rule out parenthood. Not be admitted delaying the cause through the application of new evidence, unless it is founded and test compliance with the conditions provided for in this Act.

Similarly it is imperative and urgent changes in legal regulations in the singular in the Organic Code of Children and Adolescents in relation to the right of not only the children but the duty of the prospective parents in the sense that, when the alleged parent requests the examination of DNA to the woman is denied, absolutely nothing happens, considering that the negative is a symptom not only of rebellion but of hiding a truth, however when the mother requested the examination of DNA to alleged father, regardless of the economic situation or particular circumstances is made whether or not the test, the final the judge imposed the name of the alleged son, these acts in my quarrel with the provisions of Art. 44 of the Constitution and Code organic Children and Adolescents, to have a name and a last name that corresponds, so I decided to analyze the exposed thesis topic called "NEED FOR REFORMING THE ORGANIC CODE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS ART. UNNUMBERED 9 (LAW AMENDING THE TITLE V, BOOK II OF THE CODE CHILDHOOD AND ADOLESCENT), AIMED PRIOR TO THEIR ATTACHMENT SONSHIP ALLOCATIONS TO AVOID ESTABLISH THE RIGHT TO DEFENSE"

After examination have determined that in our country there are cases where fixing food whether it is temporary or permanent, when there is no certainty that the defendant is alleged father, the consequences have been and are almost irreparable for the parties, that they have to do with involvement: economic, social, moral and family, in the case of people who have had to pass food to those who have no obligation to provide them for lack of the family relationship parent-child between processing and fed.

It is also necessary to take into account the principles, rights and guarantees of minors, also be granted the right to true identity and affiliation to avoid complications in the future.

And a proposed law reform that may lead to it being of both parties is the same respect and enforce the rights guaranteed by the Constitution to exercise fair and equal justice for all.Ç

3. INTRODUCCIÓN

La presente tesis la he realizado con la finalidad de efectuar un estudio minucioso que permita advertir que es necesario establecer como diligencia inicial la filiación en un proceso de alimentos al momento de fijar una pensión provisional de alimentos, este trabajo está estructurado de la siguiente manera:

Comprende de los preliminares, así mismo un resumen del tema objeto de investigación el cual es traducido al inglés, luego consta una breve introducción.

En el desarrollo de la investigación consta la revisión de literatura, en el marco conceptual se hace un enfoque sobre la filiación, la paternidad, el ácido desoxirribonucleico, el debido proceso y el derecho a la defensa.

Un marco doctrinario en donde estudiamos la filiación como figura jurídica, legítimos contradictores en un proceso de filiación, principios del debido proceso y los elementos de convicción que un juez debe tener en cuenta para fijar una pensión alimenticia provisional o definitiva.

Se realizó un estudio jurídico, analizando de forma detallada las disposiciones jurídicas de la Constitución de la República de Ecuador, así como del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y el análisis con otras legislaciones como son de el Salvador, Colombia y Perú.

Hago referencia a los MATERIALES Y MÉTODOS que fueron empleados en cada fase de la ejecución del proyecto de tesis, tanto para la recopilación de información bibliográfica como empírica mediante las técnicas de encuesta y entrevista.

Además muestro los datos obtenidos mediante la aplicación de encuestas en un número de 30 y de entrevistas en un número de 3, realizado a Abogados en libre

ejercicio de la profesión de la ciudad de Loja, presentado con su respectivo gráfico, análisis e interpretación.

Luego se encuentra la parte referente a la DISCUSIÓN misma que de los resultados de la aplicación de encuestas y entrevistas se logró la verificación de los objetivos que fueron planteados, la Contratación de Hipótesis y, además gracias a estos resultados se estableció la necesidad de una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en lo que se refiere a la pensión provisional de alimentos.

Al final del presente informe de investigación jurídica se encuentran las conclusiones, las recomendaciones y la propuesta de reforma legal.

Tengo la seguridad de que el presente trabajo investigativo previo a obtener el título de Abogada, servirá a las distintas generaciones de estudiantes de Derecho, a la comunidad universitaria y sociedad en general.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. FILIACIÓN

4.1.2. GENERALIDADES

Desde que se estableció la filiación de las personas, ésta ha sido la base fundamental para la identificación de los individuos como tales y con respecto al grupo familiar y social a los cuales pertenecen.

Por lo que “...no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existe entre padres e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley Civil.”¹

DEFINICIÓN.- Proviene de la raíz latina filius, la filiación se puede definir como el vínculo jurídico que une al hijo con sus padres, se predica entonces una relación jurídica productora de consecuencias en el campo del derecho y esta relación que se establece entre padres e hijos varía de acuerdo a ciertas circunstancias y aspectos.

“La filiación significa entonces, emplazar a dos personas de distinto sexo en el estado de padre y madre y a una tercera en estado de hijo”²

“La filiación es un derecho natural e inherente al ser humano por cuanto toda persona tiene derecho a una identidad, en lo concerniente a lo jurídico tiene gran importancia por cuanto a través de la filiación se le determina la legitimidad de los hijos.”³

¹ PLANIOL Y RIPERT, ROUAST, Tratado de Derecho Civil, teórico-práctico, t. II, pag.597.

² PLANIOL Y RIPERT, ROUAST, Tratado de Derecho Civil, teórico-práctico, t. II, pag.597.

³ PLANIOL Y RIPERT, ROUAST, Tratado de Derecho Civil, teórico-práctico, t. II, pag.597.

No ofrece dificultad, normalmente, la filiación materna, por ser hecho fácilmente conocido, a no ser en caso de las modernas prácticas genéticas. En cambio, respecto de la filiación paterna, es más compleja por cuanto se debe de presentar.

4.1.3. NATURALEZA DE LA FILIACIÓN

“La filiación es un derecho subjetivo fundamental, toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la filiación respecto a sus progenitores. Los hijos tienen los derechos fundamentales a establecer su filiación paterna y materna, y de llevar el apellido de sus progenitores.”⁴

Recordando que todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores.

Así mismo la discriminación de filiación se la puede entender como toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en razón de origen que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por nuestra Constitución y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

4.1.4. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA FILIACIÓN

- Igualdad de todos los hijos, de modo que no sean discriminados cualquiera que sea la circunstancia de su nacimiento, es decir, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.
- Supremacía del interés superior del niño, lo cual supone considerar al niño como sujeto de derecho, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme su edad y desarrollo. Toda persona tiene derecho a la identidad, a conocer su origen biológico, a

⁴ Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XII, 1980, pág., 210

pertenecer a una familia. De este principio surge la posibilidad de investigar la paternidad y maternidad.

4.1.5. CLASES DE FILIACIÓN

Conceptos de Filiación:

Primero.- “Es un concepto complejo que se utiliza para hacer referencia a aquellas relaciones de paternidad entre dos o más partes. La filiación puede ser un fenómeno biológico o sanguíneo, así como también político, metafórico o jurídico”⁵.

Segundo.- “También se dice que es una idea que toma el Estado para hacer referencia a los vínculos que él mismo establece con organizaciones e instituciones de menor rango. Así se produce la dinámica de paternidad también a nivel legal, jurídico o institucional”⁶.

FILIACIÓN LEGÍTIMA.- La filiación legítima, se sustenta en el hecho de haberse llevado a efecto el matrimonio, es el conjunto de vínculos o lazos jurídicos que une al hijo con sus padres casados.

La fuente de la legitimidad es el matrimonio, por lo tanto el Art. 233 del Código Civil párrafo primero manifiesta que “el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido”.

El fundamento de este principio está amparado en la presunción legal de la fidelidad de la mujer y de la cohabitación conyugal, por consiguiente, sólo se exige que los padres estuvieran casados en el momento de la concepción, lo cual indica que no afecta la legitimidad el hecho de que el matrimonio se destruya más tarde por el divorcio o por una causal de nulidad.

⁵ <http://www.definicionabc.com/general/filiacion.php>

⁶ <http://www.definicionabc.com/general/filiacion.php>

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.- Es el vínculo que une al hijo con sus padres no casados entre sí. Se origina en las relaciones sexuales que tienen tolerancia por fuera del matrimonio, es decir que los procreantes no son casados entre sí, y por ello el hijo concebido será llamado extramatrimonial.

El término extramatrimonial, es de gran importancia puesto que es el resultado de un largo proceso dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para lograr el principio de igualdad de los hijos nacidos por fuera del matrimonio.

El Código Civil ecuatoriano, permite que todos los hijos sin importar de qué padre provengan puedan ser reconocidos como hijos extramatrimoniales, además, se permite que el hijo extramatrimonial pueda investigar judicialmente su paternidad, se estable que el hijo extramatrimonial hereda la misma cuota que el hijo legítimo.

FILIACIÓN POR ADOPCIÓN.- La adopción está regulada por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Art. 151 establece que la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentra en aptitud social y legal para ser adoptados.

Cabe indicar que el Art. 152 del mismo cuerpo legal admite la adopción plena, es decir que en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento-filial, en consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

Podemos afirmar que la adopción es el acto por medio del cual se le otorga la calidad de hijo legítimo a quien por naturaleza no lo es, y se establece un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptivo el cual se denomina parentesco civil.

Algunos autores explican que la adopción es una ficción, pues trata de imitar los vínculos de sangre al tener como hijo a quien biológicamente no lo es; es así como autores franceses, como Planiol, Colin y Capitant, definen la adopción como el

“vínculo ficticio que crea entre personas extrañas las relaciones inherentes a la paternidad y la filiación”.

La filiación tiene como caracteres esenciales la certeza y la estabilidad. Con la certeza la ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; y con la estabilidad la ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradero, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad de impugnación o aceptación del padre.

“Las obligaciones alimenticias y el reconocimiento de la filiación, son elementos integrantes de la paternidad responsable ya que estos representan algunos de los temas más importantes en el ámbito de la justicia en nuestro país, ya que las fallas y ausencias en los mecanismos que garantizan estos deberes constituyen una violación a los derechos de las niñas y los niños y una de las variantes de violencia económica y emocional que con mayor frecuencia padecen las mujeres ya que por esto viene a surgir una serie de conflictos donde de una forma mal intencionada la madre procede a mentir sobre la paternidad del niño.”⁷

Un reconocimiento de paternidad y filiación, sería lo más rápido y efectivo y siempre protegiendo los derechos del niño que esto fuera por la vía voluntaria, para que no se vuelva un trámite largo y caro para las partes. Al igual que muchos libros, tesis sobre la paternidad y filiación muchos coinciden en “Los hijos nacidos dentro del matrimonio, gozan de privilegio especial por el solo hecho de ser hijos nacidos del matrimonio, pues serán inscritos como hijos de sus padres, pudiendo entonces desde ese momento gozar de la protección que la ley prevé. Contrario pasa con los hijos nacidos fuera del matrimonio, pues existe un alto índice de niños que no son reconocidos por sus padres, ello debido muchas veces a factores sociales, culturales, étnicos, económicos y hasta religiosos, quedando el niño en un estado de desprotección legal, desde su propio nacimiento.

⁷ ESCOLET, MIGUEL ÁNGEL. Estadística Psicoeducativa Editorial Trillas. México, 1973.

La mayoría de las veces, ante la indiferencia del padre ante su paternidad, las madres acuden ante el Registrador a inscribir a su hijo, como hijo natural, para que quede inscrito únicamente como hijo de ella y que tenga derecho a usar ambos apellidos maternos.

4.1.6. EFECTOS DE LA FILIACIÓN

Existen los derechos-deberes de los padres, englobados dentro de la autoridad paterna:

- La crianza o cuidado personal de los hijos.
- La educación y establecimiento del menor, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir por sí mismo.
- El derecho de visitas para el padre o madre que no tenga el cuidado personal del menor.
- Corregir a los hijos sin menoscabar su salud y desarrollo personal.
- Los padres deben contribuir a estos deberes, a través de la obligación de dar alimentos.

4.1.7. LA PATERNIDAD.

El sujeto humano se constituye en la relación con el otro a partir de proyecciones e identificaciones, que suponen un proceso de estructuración, concretados en el tacto y la mirada, es decir tanto la diferenciación como la integración y en el caso de lo genérico la relación del padre con el hijo.

“Paterfamilias o Paterfamilie. En roma la paternidad la ejerce, dirige por medio de sus órdenes y costumbres, el padre de familia que tenía dominio en su casa, aunque careciera de hijos, por no haberlos tenido o por haberlos perdido o haber salido de su esfera jurídica”⁸

⁸ SUÁREZ FRANCO, Roberto: Derecho de Familia, Tomo 1 Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 3

“Paternidad en sentido gramatical, significa calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre; pero en el sentido jurídico es la relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es recogida por el ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones entre ellos. La filiación, en su aplicación al derecho civil, equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.”⁹

“La paternidad alude a la relación biológica que une a una persona de sexo masculino con su descendencia directa, salvo el caso de paternidad por adopción que une a padre e hijo por elección”¹⁰”

Determinamos que la paternidad se define como el vínculo natural y legal que une al padre con su hijo si bien es cierto que ser padre (**padre** o **madre**.) es una de las tareas más difíciles en la vida, quien decide asumir ese rol debe hacerlo con mucha responsabilidad así también es el hecho biológico de la procreación de donde se derivan las serie de deberes, obligaciones, facultades y derechos entre el padre y el hijo, de ahí la importancia de su determinación.

4.1.8. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

DEFINICIÓN.- “La Acción de investigación de la paternidad es aquella que la ley le otorga al hijo o a sus causahabientes a fin de que se le otorgue el verdadero estado civil que en punto de filiación a él le corresponde”¹¹.

4.1.8.1.- CARACTERÍSTICAS.- La acción de investigación de la paternidad para que se haga efectiva consta de las siguientes cualidades.

⁹ <http://definicionlegal.blogspot.com/2012/02/paternidad.html>

¹⁰ <http://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/paternidad-y-filiacion>

¹¹ <http://www.javeriana.edu.ec/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf>

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 o a quien corresponda según las circunstancias en que se encuentre la madre y como lo establezca la ley.

El sujeto de la acción tiene el tiempo de diez años contados a partir de su mayoría de edad para plantear la acción de investigación de paternidad, transcurrido ese tiempo operara la prescripción. 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.

Considero que la Investigación de Paternidad es un proceso de carácter judicial que se halla totalmente regulado, este reestablece el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas voluntariamente por su padre, se adelanta ante la Jurisdicción de Familia y para emitir sentencia el juez solicita pruebas, que permitan determinar la paternidad, incluida la prueba biológica de ADN, prueba que puede ser ordenada por la autoridad competente o aportada por las partes interesadas en el proceso.

4.1.9. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD.

DEFINICIÓN.- “Es un concepto que procede del latín *paternitas* y que refiere a la condición de ser padre. Esto quiere decir que el hombre que ha tenido un hijo accede a la paternidad”¹².

La paternidad legamente determinada, trae consigo una serie de responsabilidades para con el hijo/a, esto es el padre es corresponsable de prodigarle de lo necesario para el desarrollo integral del niño, niña.

¹² www.definicionabc.com

4.1.9.1.- CARACTERÍSTICAS.- La acción de impugnación de la paternidad según nuestra normativa jurídica, consta de los siguientes parámetros.

“Mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo. El marido podrá reclamar la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, dentro de los sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento del parto. La residencia del marido en el lugar del nacimiento hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de que haya habido ocultación del parto, el cual deberá probárselo, y si se hallaba ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer.”¹³

“Si el marido muere antes de los sesenta días, la reclamación de la paternidad podrán hacerlo, en los mismos términos, los herederos del marido, y en general toda persona a quien la pretendida paternidad del hijo causare perjuicio actual, pero si los interesados hubieren entrado en posesión efectiva de los bienes, sin contradicción del pretendido hijo, podrán oponerle la excepción contra la paternidad en cualquier tiempo en que él o sus herederos les disputaren sus derechos. Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en testamento, o en otro instrumento público.”¹⁴

Durante el juicio de reclamación de la paternidad se presumirá que el hijo lo es del marido, pero una vez que se declare judicialmente que no es el padre, tendrá derecho el marido y cualquier otro reclamante a que la madre les indemnice de todo perjuicio causado en la reclamación.

Es importante mencionar que la impugnación de la paternidad es el proceso por el cual se desconoce la paternidad que un individuo tiene respecto a otro en virtud de presunción de legitimidad siendo una acción dirigida a obtener una declaración que niegue la paternidad atribuida respecto de determinada persona. La impugnación de

¹³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de Familia. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1984, pág. 9

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de Familia. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1984, pág. 9

paternidad no solo le corresponde al padre sino también al hijo basándose en las normas existentes sobre los tiempos en la cual se lo puede realizar.

4.1.10. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

La determinación filial tiene por finalidad asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica.

Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente, el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde y el derecho innato que le asiste de tener una identidad que le permita identificarse como miembro del Estado.

El derecho privado ecuatoriano, por intermedio del Código Civil nos da las pautas de cómo determinar la paternidad en todos sus aspectos, para lo cual se sigue un procedimiento para llegar a este objetivo, obviamente tratando en lo posible la protección de un bien superior que es el derecho del niño a tener una identidad, la paternidad se la puede adquirir por presunción legal, voluntariamente y por decisión judicial.

4.1.11. PATERNIDAD POR PRESUNCIÓN LEGAL

DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN LEGAL.- “Las presunciones legales son afirmaciones de certeza que la ley establece, en base a lo que normalmente sucede en el devenir de los acontecimientos, donde a una determinada causa le sucede una lógica consecuencia. Si se las considera verdaderas, sin prueba en contrario, se denominan presunciones *iuris et de iure*, y si admiten prueba en contrario se las llama *iuris tantum*.

El que tiene a su favor la presunción *iuris tantum* solo deberá probar los presupuestos en que se basa la presunción, y si alguien quiere desvirtuarla será esta persona quien deberá probar que la presunción *iuris tantum* no se ajusta a la realidad”¹⁵.

¹⁵ derecho.laguia2000.com

Con esta definición de presunción legal, y para no quedarse simplemente en esa presunción, es necesario probar que tal sea una verdad, por ello me ratifico en el sentido que es imprescindible que para fijar la pensión provisional de alimentos es necesario determinar la relación parento-filial.

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido. El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62 del Código Civil, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer.

Cuando ha muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto, dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido.

También se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio, aunque no hayan transcurrido los ciento ochenta días a que se refiere el Art. 233 del Código Civil. El marido, con todo, podrá reclamar contra la presunción de paternidad, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo que pudo presumirse la concepción, según las reglas legales. Pero aún sin esta prueba podrá reclamar contra la paternidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o si no ha manifestado por actos positivos reconocer al hijo después de nacido.

4.1.12. PATERNIDAD POR RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Reconocimiento es un acto de libre voluntad que realiza los padres o uno de ellos de un hijo que ha nacido fuera del matrimonio, al realizarlo gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre.

El reconocimiento podrá hacerse por escritura pública, o ante un juez y tres testigos, o por acto testamentario, o por la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres, el reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo y también podrá impugnar toda persona que pruebe interés en ello.

El reconocimiento voluntario es un proceso simple que permite que un padre y una madre no casados entre si firmen un documento y establezcan una relación legal entre el padre y su hijo sin necesidad de recurrir a los tribunales. Firmar el reconocimiento es voluntario y cada padre o madre toma su decisión. Si ambos aceptan firmar y completar el reconocimiento voluntario de paternidad, ésta queda establecida y como tal queda asentada en la partida de nacimiento del Registro Civil.

4.1.13. PATERNIDAD POR DECLARACIÓN JUDICIAL

La declaración de la paternidad también se la puede realizar por medio judicial, para lo cual se acudirá ante el juez competente, el cual por intermedio de una sentencia va a permitir que el niño haga pleno uso de uno de sus derechos como es de tener una identidad.

Denominado también reconocimiento forzoso, reconocimiento judicial y con mayor propiedad "declaración judicial " viene a ser un modo específico de emplazamiento de la paternidad o maternidad de una persona determinada, cuando el padre o la madre se resisten a reconocerlo voluntariamente ya porque desconfía de la verdad del vínculo biológico, por mala fe o intención deliberada de causar un daño, casos en los cuales se hace necesario judicialmente.

También se dice que son acciones que permiten la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad con la finalidad de que en su oportunidad el órgano jurisdiccional declare mediante sentencia la relación paterna filial existente entre una persona y sus progenitores, que se han negado a reconocerlo de manera

voluntaria. En ese sentido, se exige un pronunciamiento por parte del juez que conoce del asunto.

Puede decirse que la declaración judicial es un medio de establecerla en defecto del reconocimiento, por virtud de una sentencia en la que se declare, en los casos expresamente señalados por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo.

4.1.14. 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 raptó, violación, detención o secuestro personal arbitrario de la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro.
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.
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.

En los últimos tiempos y gracias al avance de la tecnología, ha permitido determinar claramente la paternidad del hijo en sentencia, para lo cual el Juez exige que se practique el presunto padre un examen comparativo de los patrones de bandas o

secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), en un centro especializado, el resultado de este examen es en 99% infalible, esta normativa se la incorporo en el Art. 135 del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia.

4.1.15. ¿A TRAVÉS DE QUÉ MEDIOS SE POSIBILITA LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD?

En los juicios de filiación, la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, mediante el uso de toda clase de pruebas. “En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99,9%. En caso que la persona a quien se le imputa la paternidad se oponga al examen de ADN.”¹⁶

4.1.16. EL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO.

“El ácido desoxirribonucleico o ADN, es un material genético existente en todos los organismos celulares y casi todos los virus Lleva la información necesaria para dirigir la síntesis de proteínas y la replicación”

El ADN es el ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irrepetible en cada ser, ya que la combinación de elementos se construye de manera única.

Este ácido contiene, además, los datos genéticos que serán hereditarios de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión es de gran importancia para realizar cualquier tipo de investigación científica que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo y en este caso sirve para poder impugnar una paternidad.

La información que nos ofrece el ácido desoxirribonucleico o ADN, es aquella que se vincula directamente con la conformación de cualquier tipo de células en un ser vivo, esta información se transporta a través de los segmentos conocidos como genes

¹⁶ <http://www.monografias.com/trabajo65/ADN/>

que no son otra cosa que construcciones responsables de dar forma a los diferentes complejos celulares de un organismo.

4.1.17. DEBIDO PROCESO.- “El debido proceso es un principio legal por el cual el estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el gobierno daña una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo incumple el mandato de la ley.”¹⁷

Es importante destacar este principio fundamental existente en nuestra Constitución y que precisamente entre una de sus garantías básicas es la presunción de inocencia y las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o a la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de validez probatoria, me pregunto si el juez dispone que la demandada o dentro del trámite judicial ordena que se haga la prueba del ADN y esta pese a las continuas providencias emitidas por el Juez, no las cumple, pues por inercia se queda con el apellido del presunto padre, o sea de otro que no le corresponde, es decir para algunas acciones es determinante el Art. 44 de la Constitución y para otros actos contrariamente este no sirve o se queda en letra muerta.

4.1.18. DERECHO A LA DEFENSA.- “Es el derecho de una persona física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se le imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da a todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento. Así mismo se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las

¹⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/DebidoProceso>

limitaciones de algunas de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión.”¹⁸

Este principio básico previsto en la Constitución, tiene que ver a mí entender con la seguridad jurídica, que tiene que ver con el respeto a las normas jurídicas aplicadas de manera clara, pública por autoridad competente y en todas las instancias.

Manuel Jaén Vallejo dice: “El derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, que reconoce principalmente la asistencia de letrado, la cual tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Se trata así de evitar desequilibrios entre las partes, que podrían originar indefensión”¹⁹

Pedro Pablo Camargo al respecto puntualiza: “El derecho a la defensa es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, y se aplica en todos los campos de la actividad humana y en todas las esferas del derecho, sin limitación alguna”²⁰

Siendo el Ecuador un Estado de derechos y justicia, éste garantiza sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales y en las leyes ecuatorianas; de ahí que, nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento como nos explica nuestra Carta Fundamental, así como el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos del cual nuestro país es signatario, cuyas normas por contener derechos más favorables a los constantes en nuestra Constitución, prevalecen sobre cualquier norma jurídica. El derecho a la defensa abarca un sinnúmero de consideraciones que intrínsecamente están relacionadas también con otros derechos y normas del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo está relacionado con el derecho a la igualdad, a la seguridad jurídica, el principio “non bis in idem”, principio de contradicción, inmediación, oralidad, entre otros.

¹⁸ <http://es.wikipedia.org/wiki/DerechoDefensa>

¹⁹ JAEN VALLEJO, Manuel. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO PENAL. Editorial Jurídica Gustavo Ibañez, Bogotá –Colombia, 2006. Pág.: 93

²⁰ CAMARGO, Pedro Pablo. Obra Citada, Pág. 148

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- CONCEPCIÓN HISTÓRICA DE LA FILIACIÓN COMO FIGURA JURÍDICA

Evolución Histórica

Los hijos nacidos fuera de matrimonio, siempre estuvieron colocados en una situación de injusta inferioridad. Cuando se hizo una revisión de las antiguas legislaciones, algunas encararon el problema con menos rigor y otras con demasiada severidad, por lo que es importante anotar alguna de ellas:

a) “Babilonia: Aquí se dejaba a la voluntad del hombre para reconocer a un hijo engendrado en una esclava, y de hacerlo, el hijo adquiría derecho a una porción hereditaria inferior a la de los hijos legítimos; y, en caso, de que el padre no los reconociera perdían sus derechos patrimoniales, sin embargo tanto la madre como el hijo adquirirían el derecho a la libertad.

b) India: Según Manava Dharma Zastra, se excluía de la familia a los hijos adulterinos e incestuosos, además de ello se consideraba que, el hijo que era concebido por un hombre en una mujer que no fuese la suya no le pertenecía.

c) Edad Media: Con el advenimiento del cristianismo las disposiciones sobre los hijos extramatrimoniales tienden a suavizarse, de tal manera que posteriormente el derecho canónico favorecerá la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres, concediendo a su vez el derecho de alimentos a todos los hijos.

d) Leyes Españolas: De acuerdo a las Partidas de Alfonso el Sabio, a los padres de hijos incestuosos, sacrílegos o adulterinos no se les obligaba a prestar alimentos, aunque tampoco se les prohibía por piedad; a los únicos que sí se les obligaba a prestar alimentos era a la madre adulterina o incestuosa y a los parientes de ella de acuerdo con el principio *matersemper certa est*. Las Partidas establecen que estos

hijos no pueden ser herederos por testamento, ya que los hijos legítimos podían invalidarlo.

e) Época Contemporánea: Con la Revolución Francesa, a través del Decreto del 12 de Brumaria, se dio un sustancial avance al equiparar en derechos a los hijos legítimos con los naturales, sin extenderlos a los adulterinos e incestuosos.

En Europa, antes de la primera Guerra Mundial, son los países Escandinavos los que inician el cambio legislativo en favor de los hijos ilegítimos, siendo seguidos por lo que fuera la Unión Soviética y los países Socialistas. Luego de la segunda Guerra Mundial los países Europeos insertan en sus constituciones normas de equiparamiento legal entre hijos legítimos e ilegítimos, cuya traducción a la legislación ordinaria no siempre es inmediata, pero que marca una tendencia que es apoyada por varias declaraciones internacionales como aquella contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la ONU (Organización de Naciones Unidas) en 1948²¹.

Podemos darnos cuenta que en otros países y con la evolución de ciertas normas, en los últimos años han aparecido normas que son consideradas como injustas y discriminatorias que se le hacen a los hijos por nacer fuera de matrimonio haciéndoles una gran diferencia dando lugar a las clasificaciones en la que cada clase de hijos accede a ciertos derechos o a ningún derecho en caso de otros. Por lo que considero que es injusto ya que todos deberían gozar de los mismos derechos y obligaciones sean nacidas dentro fuera del matrimonio.

f) Filiación en Ecuador.- “es el lazo natural y jurídico que une a los hijos con los padres. Es un medio para determinar la relación de parentesco en sus líneas ascendentes y descendentes. La filiación que une a las personas con ascendientes que proceden, puede ser paterna o materna.

²¹ URRUTIA, Francisco, Estudios de Legislación y Derecho Civil, Vol. II, Quito 1902, Pág. 9

Como podemos darnos cuenta de la transcripción de la parte doctrinaria, siempre estuvo desde un inicio el conflicto parento-filial, es decir padre e hijo en lo fundamental, sin embargo de conformidad a las culturas estos tenía mayor o menor relevancia, por ejemplo el reconocimiento en unas culturas era para determinar la proporción patrimonial, sin embargo siempre estuvo presente la necesidad imperiosa que los niños y niñas se determine a sus padres y con ello el derecho a un nombre y un apellido y consecuentemente a los derechos de sobrevivencia, entre otros.

En la Constitución de 2008, es cuando en la Constituyente de Monte-Cristi, es que en nuestra Constitución se consagra como una de las constituciones más garantistas del mundo en donde por encima de cualquier cosa esta la persona como ser humano de trascendencia y determinante del Estado. Sin embargo es de decir que siendo una de las mejores constituciones muchas de las normas previstas se han vuelto en letra muerta, en especial en el deber y/o obligación que tienen los padres de proveer de lo necesario o fundamental para la supervivencia de sus hijos, esto cuando se presume que no “soy” el padre se vuelve imperioso la necesidad de que primero se disponga el ADN entre las partes procesales.

Parentesco por consanguinidad: Es el que nace de los vínculos de sangre, ya sea por tratarse de generaciones sucesivas (línea recta) o por tener ascendiente común (colateral). Los grados se cuentan por el número de generaciones.

Parentesco por afinidad.- El parentesco por afinidad es el que nace del matrimonio, se encuentra limitado al cónyuge , que queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge, pero entre los parientes por afinidad de uno y otro no existe ningún vínculo.

Paternidad y Maternidad.- Artículo 24 del Código Civil.- Se establece la filiación y las correspondientes paternidad y maternidad:

Hijos Matrimoniales.- Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente Art. 81 del Código Civil

Hijos Extramatrimoniales.- Por haber sido reconocido voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos, incluso antes de nacer como lo determina el Art. 247 del Código Civil, que textualmente dice “Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres, o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido.

Podrán ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63”.

Reconocimiento Judicial o Forzado.- el que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir que el juez lo declare hijo de determinado padre o madre. Art. 252 del Código Civil”²²

La filiación constituye el estado de familia y de la misma se deriva inmediatamente los derechos y deberes que de ella resultan conformando así el vínculo jurídico que liga al hijo, con sus progenitores.

Nuestro derecho civil clasifica al parentesco en grados y los reconoce de la siguiente forma: el parentesco de sangre denominado parentesco por consanguinidad lo reconoce hasta el cuarto grado, y al parentesco creado por el matrimonio o la unión de hecho lo denomina parentesco por afinidad, en el caso de adopción nace un parentesco de tipo civil, es decir, generado por la ley, que constituye una ficción de parentesco por consanguinidad en cuanto para una persona resulta la calidad de padre de un hijo que biológicamente no lo es, sin embargo, por efectos de la ley se genera dicho parentesco, que para fines jurídicos tiene los mismos efectos que el parentesco por consanguinidad que existe entre padres e hijos biológicamente vinculados, de

²² CODIGO-CIVIL-ecuador-libro-uno/.shtml#filiaciona#ixzz3ZI5SDR7s

este vínculo nace la obligación del reconocimiento del niño, niña o adolescente este se lo realiza por la vía judicial o forzoso que tiene lugar en aquellos casos en que los hijos hubieran obtenido el reconocimiento de la paternidad o en virtud de una sentencia judicial, como consecuencia de haberse ejercido la acción de reclamación de filiación matrimonial o no matrimonial.

4.2.2.- PATERNIDAD Y FILIACIÓN DESDE EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Art. 286 CON y A, párrafo dos: 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.

La acción de investigación de la paternidad pertenece al hijo, quien podrá ser representado por su madre, siempre que el hijo sea incapaz o menor de edad, y la madre no tenga ningún impedimento legal.

De conformidad al Art. 255 de la Ley Reformatoria al Código Civil, señala “La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales.

Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código.

Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles”

Por lo tanto y de conformidad a los conceptos y definiciones de paternidad no es exclusivamente sinónimo de filiación, pues la filiación es de forma descendente y la paternidad es de forma horizontal y en algunas ocasiones sólo de la materna o por parte de padre. La paternidad lleva aparejada la patria potestad y puede ser tanto natural como jurídica como la adopción

De esta forma una vez producido el nacimiento, las partes podrán solicitar la práctica de las pruebas biológicas a que se refiere el artículo 131 del CON y A, con las consecuencias señaladas en el mismo artículo.

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. Innumerado 13 **CON y A.- Suficiencia de la prueba de ADN.**- 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.

4.2.3.- LEGÍTIMOS CONTRADICTORES EN EL PROCESO DE FILIACIÓN

Art. 255 C.C.- “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad o maternidad, le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales o quién tenga a cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos, es decir padre, madre-contrario hijo o sus representantes legales.

De conformidad a lo preceptuado en el Artículos 11, numerales 3, 4, 5, 6, 8 y 9, y 66, numeral 28, de la Constitución de la República del Ecuador, que tienen relación con el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos, y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

Consecuentemente siendo todos los principios y derechos inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, no pueden prescribir por lo tanto la decisión de la Corte Constitucional acertadamente ha declarado la inconstitucionalidad del Art. 257 del Código Civil ecuatoriano.

La legitimatio ad processum o también conocida como legitimación en el proceso o capacidad procesal se fundamenta esencialmente en la capacidad jurídica que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y a su vez gozar de la capacidad de interponer acciones en caso de ser demandante y excepciones en caso de ser demandado para que se trabaje de manera eficaz la Litis.

“Falta de legítimo contradictor y falta de legitimidad en la personería. En este orden de ideas establecido existe falta de legítimo contradictor cuando no hay conexión por así decirlo entre la calidad del sujeto y el interés sustancial discutido; y, falta de legitimidad de personería cuando la persona no goza de capacidad o goza de una capacidad insuficiente para el litigio o para comparecer a juicio”²³. Ahora bien los casos en que no existe debida legitimación en la causa son los siguientes:

- a) Cuando el demandante o el demandado no tenía en absoluto legitimación en la causa, por ser persona distinta a quienes correspondía formular esas pretensiones o contradecirlas.
- b) Cuando aquellas debían ser parte en esas posiciones, pero en concurrencia con otras personas que no han comparecido al proceso”. De esta última causal se entiende que la concurrencia a juicio debe ser en conjunto con todos los

²³ falta de legitimación en la causa o no legítimo contradictor: gaceta judicial 4 de 23 de abril de 2007, serie 18

interesados como lo es en la Litis consorcio obligatorio o necesario en el que de haber división de la continencia de la causa el fallo puede resultar contradictorio. La falta de legitimidad de personería es falta de capacidad para comparecer a juicio:

- a) Quien por sí solo no goza de capacidad,
- b) Quien afirma ser representante legal y no lo es,
- c) El que afirma ser procurador y no tiene poder,
- d) El procurador con poder insuficiente,
- e) Quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido aprobación”.

Recogiendo lo planteado podemos afirmar que la legitimación en general es el goce de la titularidad de un derecho, esta titularidad es subjetiva y de carácter sustancial cuando se trata de la legitimación en la causa y su ausencia provoca nulidad no convalidarle, no subsanable, y produce tan solo efecto de cosa juzgada formal por falta de esta mencionada identidad subjetiva. La legitimación en el proceso, la titularidad está ligada a la capacidad procesal que tiene el sujeto para adquirir derechos y obligaciones frente a terceros cuya ausencia provoca efecto de nulidad relativa, es decir, con validable o subsanable.

4.2.4.- PERSONAS LEGITIMADAS PARA INICIAR UN PROCESO DE FILIACIÓN

Considero que las personas legitimadas para iniciar un proceso de filiación son las siguientes:

- La puede presentar el hijo contra su falso padre o madre, o bien estos últimos contra el hijo.
- También la puede presentar el verdadero padre o madre, precisamente cuando lo que busca es derribar la filiación existente y simultáneamente reclamar la verdadera.

- Por último, la puede presentar cualquier persona que tenga un interés actual en ello.

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

“En el litigio existen siempre dos posiciones de parte: la activa y la pasiva; de un lado, la persona o personas que interponen la pretensión ante el órgano jurisdiccional y que pretende obtener la defensa judicial, de otro, aquel frente a quien este amparo se solicita. Las dos posiciones, la de actor y la de demandado, han de quedar fijadas desde el primer momento del proceso: desde el escrito de demanda o la demanda sucinta.

Esta primera determinación no contradice a fenómenos que se pueden producir a lo largo de la tramitación del proceso, como en el caso de la intervención, de cambio de partes o de sucesión, que permiten la entrada de sujetos ocupando la posición de parte en el curso del proceso sin haber presentado la demanda o sin haber figurado en ella como demandado.

La doble postura procesal, el principio de dualidad de partes, es copia del conflicto que debe estar inferior en todo proceso, sin que sea posible el auto proceso, ni el proceso en el que no exista una contraposición de intereses. Por tanto, cuando en actuaciones ante los tribunales de justicia no aparecen las dos posiciones de parte, puedo decir seguramente que nos encontramos ante una actividad judicial, pero no jurisdiccional; es el caso de los actos de jurisdicción voluntaria. De no existir litigio estaremos ante actuaciones judiciales, pero nunca ante un verdadero proceso.

Así mismo los sujetos que ocupan en la demanda las dos posiciones, activa y pasiva, se denominan en el proceso civil demandante o actor y demandado. Pero a medida que se desarrolla el proceso, pueden recibir distintas denominaciones, según la posición procesal que vayan ocupando; así, con independencia de su respectiva

condición inicial, en fase de recurso se denomina recurrente a quien impugna la resolución judicial y recurrido al contrario (cuando se trata de recurso de apelación se llama apelante y apelado); del mismo modo, se habla de ejecutante cuando nos referimos a la parte que obtuvo resolución favorable e insta judicialmente la realización forzosa de lo ordenado, y de ejecutado respecto de la parte frente a quien las actividades de ejecución se han de realizar.

1. La dualidad de posiciones ha de reservar los principios de contradicción o audiencia bilateral y de igualdad, principio éste que exige una equivalencia entre las obligaciones, cargas, expectativas y derechos de los litigantes. La dualidad no implica, sin embargo, que haya de ser dos el número de sujetos normalmente llamados a intervenir como partes: un solo actor contra un solo demandado; antes bien, en cada una de estas posiciones pueden litigar o deben comparecer, según los casos, varias personas. Estamos ante los supuestos de pluralidad de partes, bien tenga lugar inicialmente, bien se produzca de forma sobrevenida.
2. La titularidad de las relaciones procesales puede ser asumida por cualquier ente con personalidad, por cualquier persona, física o jurídica, a partir de su reconocimiento por el ordenamiento, aunque en el proceso pueden adoptar también la posición de parte entes que carecen de ella. Esta posibilidad se reconoce esencialmente como un mecanismo de protección de los terceros que se relacionan con los entes sin personalidad o para la defensa de intereses colectivos o difusos.
3. De cualquier modo, la identificación de las partes en el proceso civil, quien sea el demandante y quien el demandado, debe quedar establecida de forma clara desde el primer momento. El proceso no puede desenvolverse entre entes abstractos o anónimos, sino entre sujetos de derechos determinables y determinados con mayor o menor precisión.

La correcta identificación de las partes adquiere una enorme importancia frente a simultáneos o sucesivos procesos. Es muy importante saber quién es quién porque

esto puede condicionar los siguientes actos procesales, por ejemplo la competencia territorial (donde tenga el domicilio el demandado es importante para saber quién va a ser el juez competente. O si el demandado es un diputado y está aforado, afecta a la competencia objetiva y debemos de presentar la demanda en la sala de lo civil. También para determinar el elemento subjetivo en la pleito o para determinar las causas de abstención o recusación de un juez (por ejemplo si el demandado es pariente del juez) o la posibilidad de ser testigo o no en un proceso.

La identificación del demandante no reviste especial dificultad. Mayores problemas pueden surgir para la identificación del demandado, puesto que evidentemente no puede exigir una precisión tan rigurosa como para el actor, ya que imponer ese grado de concreción en las señas del demandado supondría en muchas ocasiones frustrar el derecho a la tutela judicial efectiva de quien desconociera todos los extremos que jurídicamente llegan a diferenciar un sujeto de otro.

4. El actor comparece en el proceso cuando presenta la demanda, de donde su presencia es en todo caso debida; de esa manera, cuando la pretensión no se plantea en el primer escrito, como sucede en la demanda sucinta del juicio verbal, la incomparecencia del actor en ese acto equivale a un desistimiento de la demanda, de modo que se le impone las costas y se le condena a indemnizar al demandado comparecido. Lo propio sucede en las actuaciones en donde la asistencia de las partes es obligatoria, como en la audiencia previa al juicio ordinario, de modo que si no comparece el actor, se sobreseerá el proceso siempre y cuando el demandado no tenga interés legítimo en la continuación del proceso.

Sin embargo, excepcionalmente la presencia del demandado no es determinante para el válido desarrollo del proceso. Cuando el demandado no comparece en actuaciones sucesivas, se celebra sin él, pero cabe recalcar que esto sucede en casos de materia Civil, Niñez y Adolescencia, en materia penal la presencia del demandado en el proceso es de vital importancia puesto que sin él no se celebra audiencia.

Por tanto, sin partes no hay proceso y las partes deben estar bien determinadas en la demanda y por exclusión terceros en el proceso es aquél que no es parte, actúa en el proceso pero no es parte de él y por tanto no tiene derechos ni obligaciones ni las cargas que se derivan de la condición de parte. El tercero si se ve afectado por el proceso y la resolución puede pedir intervenir como parte, intervención voluntaria o intervención forzosa para que de esta forma intervenga como parte activa o pasiva del proceso”²⁴.

En el ejercicio de dichas acciones es frecuente que se produzcan conflictos de intereses que deben ser solucionados. En ocasiones, estos conflictos están ya dirimidos por la misma ley, como sucede con el interés de investigar la paternidad del supuesto hijo y de preservar la paz familiar del demandado, es importante destacar la capacidad de saber quién se beneficia o perjudica de los efectos jurídicos que conlleva un proceso para su validez, así mismo la ley establece quienes son la personas que están legitimadas para intervenir o iniciar un proceso de filiación. El objeto del proceso es que exista algún vínculo que “legitime” la intervención de tal sujeto, permitiendo que la sentencia dictada dentro de un proceso surta plenos efectos hay que tomar en cuenta que la falta de legitimación en la causa puede afectar tanto al actor como al demandado.

4.5.- DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

DEBIDO PROCESO

“El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. El debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del Estado. Cuando el gobierno daña

²⁴ http://html.wikipedia.com/partes-procesales_1.html.

a una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo que incumple el mandato de la ley”²⁵

El debido proceso se ha interpretado frecuentemente como un límite a las leyes y los procedimientos legales por lo que los jueces, no los legisladores, deben definir y garantizar los principios fundamentales de la imparcialidad, justicia y libertad. Esta interpretación resulta controvertida, y es análoga al concepto de justicia natural y a la justicia de procedimiento usada en otras jurisdicciones.

Esta interpretación del proceso debido se expresa a veces como que un mandato del gobierno no debe ser parcial con la gente y no debe abusar físicamente de ellos.

Este principio procura tanto el bien de las personas, como de la sociedad en su conjunto:

- Las personas tienen interés en defender adecuadamente sus pretensiones dentro del proceso.
- La sociedad tiene interés en que el proceso sea realizado de la manera más adecuada posible, para satisfacer las pretensiones de justicia que permitan mantener el orden social.

En vista de que el Estado, por vía del Poder o Rama Judicial toma para sí el control y la decisión respecto a conflictos que tengan que ver con la interpretación o violación de la ley y que de dichos conflictos una persona puede resultar sancionada o lesionada en sus intereses, se hace necesario que en un Estado de derecho, toda sentencia judicial deba basarse en un proceso previo legalmente tramitado que garantice en igualdad las prerrogativas de todos los que actúen o tengan parte en el mismo. La exigencia de legalidad del proceso también es una garantía de que el juez deberá ceñirse a un determinado esquema de juicio, sin poder inventar trámites a su

²⁵ Enciclopedia jurídica. Consultado el 9 de mayo de 2015

gusto, con los cuales pudiera crear un juicio amañado que en definitiva sea una farsa judicial.

El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. Toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

El derecho al debido proceso ha sido entendido doctrinariamente como el trámite mediante el cual se logra oír a las partes, de conformidad con lo consagrado en la Ley y que, ajustado a derecho, otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas, de tal manera se podría decir que *“toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes”*²⁶

4.2.6.- PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO.-

El derecho al debido proceso nuestra Constitución lo define como un principio fundamental de los ciudadanos, el mismo obliga a las autoridades al pleno cumplimiento que devienen de sus garantías como: la presunción de la inocencia, el juzgamiento de las personas por un juez competente, en caso de ser procesado garantiza que las pruebas de las partes sean obtenidas conforme a la ley, la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones, nadie podrá ser privado a la defensa, a tener a un abogado de su elección o por defensor/a pública, etc.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

Estas garantías básicas que están dentro de este principio son determinantes para garantizar la defensa plena del procesado garantizando la efectividad de los operadores y administradores de justicia en el Ecuador, siendo así mi trabajo de investigación una vez más se justifica por el hecho que para fijar una pensión alimenticia provisional debe primero declararse la paternidad o maternidad del alimentado.

Es de conocimiento que el debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, así mismo encontramos los principios del debido proceso estos son aquellos que van a permitir tanto a la parte actora como demandada tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez, su aplicación consiste en buscar la solución integradora del derecho, ya sea por defecto o vacío legal para que exista justicia equitativa para ambas partes existiendo así una Protección Judicial de las garantías de un buen proceso.

4.2.8.- ELEMENTOS DE CONVICCIÓN CON LA QUE DEBE CONTAR EL JUEZ PARA FIJAR LA PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL O DEFINITIVA

Los elementos de Convicción, no son otra cosa que los requisitos que la prueba debe de tener implícita, que tienen que ver fundamentalmente con la utilidad misma de la prueba, donde será practicada sobre los principios de oportunidad; que tiene que ser anunciada, Inmediación; que es donde los juzgadores y las partes procesales deben estar presentes en la práctica de la prueba, Contradicción; es el derecho a conocer y controvertir las pruebas, Libertad Probatoria; que la prueba tiene que ser practicada de forma legal y constitucional, Pertinencia; que la prueba debe de ser referidas directa o indirectamente a los hechos, y, Exclusión; que toda prueba practicada violando preceptos constitucionales y legales carecerán de eficacia probatoria, solo actuando de esta forma el juzgador tendrá a su haber los elementos de convicción suficientes para hacerse un juicio y poder fallar.

Concepto de Prueba.- En sentido amplio, cabe decir que prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente.

Esta noción lata llevada al proceso, permitiría conceptualizar la prueba como todo lo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos y respecto de los que pretende actuar la ley sustantiva.

La prueba está constituida por la actividad procesal de las partes y del propio juez o tribunal encaminada a la determinación de la veracidad o no de las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, y cuya finalidad no es otra que la de conducir al órgano judicial sentenciador a la convicción psicológica acerca de la existencia o inexistencia de dichos hechos, siendo necesario añadir que esta actividad ha de desarrollarse a través de los cauces legalmente establecidos y de acuerdo con los principios que rigen en este ámbito.

Fines de la Prueba.- Existen diversos criterios para definir el fin de la prueba:

- a) La prueba como demostración o averiguación de la verdad de un hecho. La verdad formal y la verdad material;
- b) La prueba como mecanismo de fijación formal de hechos; y,
- c) La convicción judicial como fin de la prueba.

El fin de la prueba no debe confundirse con los fines particulares que las partes procesales tratan de lograr con la misma, ya que tales fines no coinciden con los que corresponden a la prueba según su naturaleza y función procesal.

El fin de la prueba no es otro que formar la convicción del Juez acerca de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes en el proceso, es decir, que el Juez se convenza o persuada de que tales afirmaciones coinciden con la realidad. Mediante la prueba no se trata de convencer a la parte procesal contraria, ni siquiera al Ministerio Público cuando interviene en el proceso, sino que el único destinatario de la prueba es el Juez.

Elemento de Prueba.- Elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva. Según MANZINI son los hechos y circunstancias en que se funda la convicción del juez.

JAUCHEN dice que es el dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siéndole útil al juzgador para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir.

Fuente de Prueba.- Fuente de prueba es todo aquello que da origen a un medio o elemento de prueba y existe con independencia y anterioridad al proceso. Para MANZINI fuente de prueba es todo lo que, aun sin constituir por sí mismo medio o elemento de prueba (como, por ejemplo, el parte, la denuncia, el interrogatorio del imputado), puede sin embargo, suministrar indicaciones útiles para determinadas comprobaciones. La fuente de prueba es susceptible de ser incorporada formalmente en el proceso a través de los medios de prueba y con ayuda de facilidades técnicas en caso necesario.

Objeto de Prueba.- Objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado; aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba. Determinar cuáles son los hechos exentos de prueba y las pruebas del derecho, es importante resaltar que en un proceso legal existe la alegación sobre un hecho que se suscita, dicho hecho debe ser probado por la parte actora, para lograr la convicción del juez respecto al hecho y es de allí que el juez va a decidir, pero no en todos los casos la parte actora tiene que probar los hechos.

La concepción que considera el objeto de la prueba como las afirmaciones de las partes, entre quienes se encuentra SENTIS MELENDO sostiene que los hechos existen y, por tanto, no se prueban. Lo que se prueba son las afirmaciones que se refieren a esos hechos.

Esta tendencia de la afirmación se critica, con razón, porque el objeto de la prueba, en el fondo, recae o versa sobre la existencia o inexistencia de hechos, por lo cual, realmente, son éstos los que lo constituyen. La afirmación es desde luego, la forma de presentar el hecho.

Tema de Prueba.- El tema de prueba o *thema probandum* se denomina a lo que en la práctica resulta necesariamente objeto de la actividad probatoria en cada proceso penal en concreto. De modo que, el *thema probandum* tiene como contenido: hechos concretos.

Órgano de Prueba.- Órgano de prueba es el sujeto que porta un elemento de prueba y los trasmite al proceso. Su función es la de intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último no se lo considera órgano de prueba). El dato conviccional que trasmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito). Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo en el proceso elementos de prueba.

Medio de Prueba.- Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. En sentido estricto, medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley para el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Es el vehículo que se utiliza para llevar al juez el conocimiento sobre lo que se desea probar.

OPORTUNIDAD DE PRUEBA

Uno de los principios fundamentales de la prueba es la oportunidad, y se establece que ésta se practicará únicamente en la audiencia de juicio, es decir, todos los elementos de convicción que servirán a las partes para presentar los alegatos y argumentos, tendrán la calificación de prueba en ésta etapa, además se fundamenta por un lado en todas las diligencias realizadas durante las diferentes etapas del proceso y que obviamente pueden ser contradecidas por la otra parte, quien además tiene el derecho de presentar las pruebas que considere necesarias para la defensa, la

prueba que sirva de base para la sentencia deberá producirse durante la audiencia de juicio. Teniendo en cuenta que excepcionalmente el testimonio anticipado podrá constituirse como prueba.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prevé los derechos de Supervivencia del niño, niña y adolescente.

La supervivencia es la “posibilidad de vida de cada individuo”²⁷

Derecho de supervivencia.- “es el conjunto de derechos inherentes a la vida misma del menor de edad, en virtud de los cuales conserva su salud física, mental y moral; permitiéndole que cumpla su ciclo de crianza propia de su edad y alejándolo de una probabilidad de muerte no natural”²⁸

Es decir, la supervivencia es un derecho sustancial de los seres humanos.

El primero y más importante de los derechos de supervivencia es el derecho a la vida, considerado como el presupuesto básico y fundamental del que depende la existencia y perfeccionamiento de los restantes derechos reconocidos en el texto constitucional.

El Derecho a la vida, está contemplado en la Constitución del Ecuador, que el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: “La inviolabilidad de la vida...”²⁹

²⁷ BASILE, Alejandro Antonio. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS AFINES. Ediciones Jurídicas CUYO. Buenos Aires-Argentina. 2006. Pág. 570

²⁸ ALBAN Escobar, Fernando. Derecho de la Niñez y Adolescencia. MEGAGRAFIC. Quito-Ecuador. 2003. Pág. 41

²⁹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. Pág. 23

Cabe recalcar que el derecho a la vida lleva implícito el propósito fundamental de proteger el mantenimiento de la existencia del ser humano como centro y meta de la acción jurídico-política.

Es la vida, el elemento imprescindible para que los demás derechos puedan hacerse exigibles y capaces de ser cumplidos, solo pueden hacerse efectivos cuando el ser humano cuenta con vida y es por esta razón que el Estado protege con gran cuidado, este derecho.

Derecho de Alimentos del Niño, Niña y Adolescente.

El derecho de alimentos “nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aún en el caso judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago”³⁰.

Según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia **Art Innumerado 4**, tienen derecho a reclamar alimentos:

1. "Los niños, niñas y adolescentes no emancipados;
2. Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y,
3. Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos”³¹.

En cuanto a la filiación hay que recordar que responsabilidad frente a los hijos se regula bajo la guarda de cinco figuras que son: la filiación, el parentesco, los

³⁰ CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ediciones Legales. Quito- Ecuador.

³¹ ALCOCER Estrella, Víctor Hugo Práctica Forense sobre la Acción Civil de la investigación de la paternidad. Ediciones Carpol. Cuenca- Ecuador. 2003. Pág. 269

alimentos, la patria potestad y la adopción. Entendemos que la primera es condición de las otras. La filiación, que se encuentra regulada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es la relación reconocida por el derecho que existe entre el padre y o la madre y sus hijos.

Esta figura permite regular los derechos de los hijos a conocer quiénes son sus padres, a ser registrados con un nombre y los apellidos del padre y/o de la madre, a recibir alimentos de los progenitores o de aquellos que corresponda con arreglo a la ley, a recibir la parte que les corresponde de una herencia y a recibir y contar con los medios que les permitan tener una vida plena.

En este sentido, lo que hace a la presunción de la paternidad, regulada por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el Art 10 menciona que: “el Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada;
2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derecho habiente y del o la demandada.

Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil”

La disposición antes anotada deja entrever que para efectos de precautelar el principio de interés superior del niño, niña y adolescentes, la ley ha previsto diversas formas de hacer efectivo este principio, entre las que figura la obligación del operador de justicia de fijar una pensión de carácter provisional a favor del menor desde el momento en que se propone la demanda, aunque no esté contemplada la paternidad del demandado, a través de la prueba de ADN.

La identificación de uno de los progenitores, partiendo del estudio genético del otro y del hijo cuestionado, tiene el carácter jurídico de prueba pericial. Es así que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia determina que “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”³².

Respecto de la prueba de ADN, cabe indicar que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art 11, si bien busca precautelar el principio de interés superior del niño, niña y adolescente; es necesario que dicho principio no menoscabe otros como el derecho a la defensa, el principio de contradicción, etc.

Pero, lamentablemente, tal menoscabo ha venido suscitándose de manera frecuente en el caso de los juicios de alimentos, ya que las normas previstas en el cuerpo legal antes indicado, son utilizadas de manera mal intencionada por ciertas personas con el fin de reclamar alimentos a quien no tiene obligación de prestarlos, pues no existe entre el demandado y el alimentario relación de parentesco alguna, obligando al accionado a incurrir en gastos procesales para demostrar la inexistencia del vínculo, teniendo que sufragar el costo de la prueba de ADN y más costas procesales, sin que en lo posterior el demandado pueda exigir el reembolso de todos los gastos en que incurrió. No obstante cabe recalcar que las madres de los hijos deben tener cuidado ya que en muchos de los casos causa efectos psicológicos que son ocasionados tanto en el presunto padre como en el presunto hijo entre estos daños están:

³² Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Ediciones legales. Quito-Ecuador.

- Daño psicológico y emocional al presunto padre.
- Daño psicológico y emocional al presunto hijo.
- Afectación económica.
- Conflicto familiar.

Como ya analizamos en líneas anteriores la prueba del ADN facilita para que se demuestre si es o no el demandado el padre del menor, e incluso para el cese de los pagos por cuestiones de alimentos que de una manera afecta de manera económica, social y psicológica al demandado.

Este vacío legal constituye un grave inconveniente jurídico y social porque no solo afecta económicamente a quien ha sido demandado por alimentos sin tener obligación de prestarlos, sino que además conlleva problemas de carácter familiar como son:

- Diferentes maneras de pensar en la familia.
- Falta de comunicación.
- Consumo de alcohol, drogas u otras sustancias.
- Problemas de orden familiar, social y económico.

4.3.2 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La familia es la célula fundamental de la sociedad, sobre la cual se establece la organización de un grupo de individuos unidos por el parentesco o por el matrimonio, y que es fuente de todo conglomerado humano.

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador siendo una normativa superior, determina posibilidades confortadoras para los sectores vulnerables del país, que es sin duda el de los niños y adolescentes, de ahí la necesidad de mencionar estas disposiciones:

El **Art.44** de nuestra Constitución establece que “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”³³.

Este mandato nos hace referencia a que, 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.

Todos los individuos de la especie humana tienen derecho a tener identidad después de su nacimiento y conocer a sus progenitores como un requisito para consagrar la dignidad humana a efecto de lograr su autodeterminación vinculada a la libertad.

La identidad como derecho constitucional; es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad es fluida, se crea con el tiempo, es cambiante.

Los Arts. 66 numeral 28, 44 y 45 de la Constitución de la República del Ecuador reconocen como derecho fundamental de las personas, el saber con certeza quienes son sus padres, razón por la cual se autoriza la investigación judicial de la paternidad. La identidad como derecho constitucional; es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro.

Esta identidad es fluida, se crea con el tiempo, es cambiante. El contenido del derecho a la identidad, comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, su faz estática al origen genético-biológico de la persona.

³³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones.

En nuestra legislación Ecuatoriana el derecho a la dignidad entre otros derechos se encuentra garantizado en la Constitución y en los Tratados Internacionales vigentes.

De ahí que cuando esa identidad se halla afectada por una declaratoria de paternidad declarada con la concurrencia de vicios de procedimiento hace necesaria la aplicación del principio universal de justicia como es el de impugnar las resoluciones de los jueces dictadas en ese orden por falta de conocimiento, preparación o aplicación de normas claras que permitan lograr la certeza en la declaración de paternidad.

Nuestra Constitución establece un principio el mismo que se trata de primacía del interés superior del niño por el cual sus derechos prevalecen sobre el de las demás personas, y en este sentido se ha intentado establecer el no reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, pero no se ha normado el caso en que la demanda se plantee contra alguien que no es progenitor del alimentario, y por ende la prohibición de reembolso afecta al demandado, que ha cancelado las prestaciones alimenticias sin que exista fundamento legal para tal pago, es decir, ha realizado un pago indebido.

Conocer la verdad biológica frente a una supuesta paternidad o maternidad es un derecho y para ello se debe acudir al estudio científico que permite despejar toda duda con certeza absoluta.

Al analizar lo que es la prueba del ADN en los procesos sobre la filiación bien lo indica que han habido legislaciones que desde años atrás han tratado de facilitar el reconocimiento de forma confiable que el permita al demandado estar con la confianza de que es su hijo el menor que se imputa en juicio, es así que mediante investigaciones científicas se ha llegado a descubrir lo que es el ADN que fue considerado como el logro científico más grande de la época, ya que el mismo no solo servirá para determinar la filiación del padre con el hijo sino también para los casos forenses entre otros es así que el ADN (ácido desoxirribonucleico) es uno de los mecanismos científicos considerado como prueba plena dentro de la legislación

ecuatoriana ya el mismo permiten alcanzar la verdad y única realidad biológica desechando cualquier tipo de prueba que pueda o trate de confundir al juzgador en su resolución la misma que podría definir la identidad del menor involucrado en litigio de alimentos y declaratoria de paternidad y a su vez exonerando del pago si saliera negativa o también cumpliendo con el derecho de alimentos que tienen los hijos.

Una de las mayores ventajas de las pruebas de ADN es su utilización para la identificación de la paternidad en una investigación. Como el ADN de cada individuo es único, es posible realizarlo con muestras de ADN obtenidas de la sangre, la piel y los cabellos pueden compararse con el ADN del presunto hijo.

El tema de la niñez y principalmente el de alimentos, desde hace mucho tiempo ha sido considerado un punto frágil dentro de la administración de justicia ecuatoriana, pues, se observa diariamente en los juzgados de la niñez y adolescencia, decenas de personas buscando acelerar su proceso. Ante esto se plantea la necesidad de determinar y agilizar o no la obtención de la justa pensión de los niños, niñas y adolescentes.

El alimentista puede cumplir con la obligación de suministrar alimentos, ya sea, teniendo al alimentario en su compañía y convivencia o pasándole una pensión periódicamente de acuerdo al monto fijado por un Juez.

4.3.3 EL PROCESO DE ALIMENTOS Y FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA PROVISIONAL Y DEFINITIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Farién Guillen considera que el proceso “es una cadena de situaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por un cuerpo de poderes, expectativas y cargas destinadas a obtener una serie de situaciones por obra del juzgador.”³⁴.

³⁴ SANTOS AZUELA, Héctor; ob. cit.; p. 18.

Juicio.-“Se denomina juicio al proceso voluntario o contencioso que se lleva a cabo ante los órganos del poder judicial, para lograr una decisión un convenio, o dirimir litigios”

Alimentos.-“Es el vínculo jurídico determinante del parentesco que establece una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal. Se exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado”³⁵

Pensando que al hablar de juicio es hablar de litigio, controversia y al hablar de alimentos me refiero al requerimiento de productos para subsistir.

Juicio de alimentos permite la fijación de una pensión mensual que puede ser el resultado del acuerdo de las partes o puede ser impuesta por el juez en base a un proceso y a las pruebas aportadas dentro del juicio; por lo tanto, el juicio de alimentos constituye la exigibilidad de un derecho del menor y el cumplimiento de una obligación a la vez.

En nuestra legislación civil el juicio de alimentos se inicia con la presentación de la demanda, la misma que una vez que sea conocida por el juez será calificada y aceptada y en el mismo auto de aceptación concederá a las partes el término común de cuatro días para la prueba, que empezará a recurrir a partir de la legal citación a la parte demandada; dentro del término de prueba concedido la parte demandante deberá acreditar tanto su derecho como la capacidad económica del demandado.

A partir de dichos elementos, de acuerdo con la capacidad económica del demandado, se impone una pensión provisional, la cual puede ser en cualquier momento de la causa revocada, aumentada o disminuida, con fundamentos razonables, esto es que haya méritos suficientes para tal situación, dicho auto de fijación provisional es apelable pero solo en el efecto devolutivo.

³⁵ ESPINOSA, Galo; Enciclopedia Jurídica Práctica; Editado por el Instituto de Informática Legal; Volumen II; Quito-Ecuador; Pág. 526.

La prestación de alimentos se encuentra regulada en el artículo 349 y posteriores del Código Civil. Adicionalmente, el artículo 16 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia prescribe que la naturaleza de estos 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

Los alimentos también pueden ser definitivos y provisionales. Los definitivos son los que el Juez los fija, en forma definitiva, por solicitarlo así alguna de las partes y que se sustancia en un juicio ordinario

Sin embargo, dichos alimentos no pueden ser considerados definitivos pues las circunstancias que legitimaron la demanda jamás continúan o no son las mismas son transitorias, tanto para el alimentante como para el alimentario. Consecuentemente dicha resolución es susceptible de variación en cualquier tiempo, tomando en cuenta que en materia de alimentos lo que el Juez resuelva no causa ejecutoria, por tal razón si el Juez encuentra fundamento razonable puede suspender, rebajar o aumentar la pensión alimenticia.

Como norma supletoria el Código Orgánico General de Procesos COGEP, en su Art. 332 numeral 3, en procedimiento Sumario en concordancia con el Art. 141 del mismo cuerpo legal, se puede plantear una demanda de alimentos.

Lo que para interponer esta clase de acciones relacionadas con la prestación de alimentos se presentan algunas disposiciones legales previstas tanto en el Código Civil, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y por su puesto en el Código General de Procesos COGEP.

Por otro lado, los alimentos provisionales son los fijados por el Juez de acuerdo al artículo 355 del Código Civil, que dice: “mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el Juez ordenar que se den provisionalmente...”; esto en concordancia con lo establecido en el artículo 9, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que trata sobre la fijación provisional de la pensión alimenticia y

dispone lo siguiente: “Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas”.

El Artículo 39 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que: “...el Juez/a dictará el auto resolutorio que fija la pensión alimenticia definitiva, además de subsidios y beneficios y la forma de pagarlos, el pago de costas judiciales, honorarios del abogado y todos los gastos en los que el actor o actora incurriere por falta de cumplimiento de la obligación por parte del demandado.

Art. 4 del CON y A.-Titulares del derecho de alimentos.-Tienen derecho a reclamar alimentos:

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

Esto de la titularidad no es nada más que reconocer a los niños, niñas y adolescentes en adelante como plenos sujetos de derechos, con capacidad y aptitud de ejercerlos por sí mismos, o a través de un representante; y con plena participación en los aspectos que afectan su vida y su desarrollo integral, a fin de conseguir sus legítimas aspiraciones. Bajo esa nueva óptica, se tiene la relación directa entre la existencia del derecho y la existencia de un titular (sujeto de los mismos).

“Art. 9 del CON y A.-Fijación provisional de la pensión de alimentos.-*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.”

Al ser de naturaleza jurídica las normas del Derecho de la Niñez y Adolescencia tienen las siguientes características: son interdependientes, esto es que los derechos, garantías y responsabilidades la asumen el Estado, la sociedad, la familia y los niños, niñas y adolescentes. La vigencia, y aplicación depende de todos ellos; dependen los unos de los otros. Dicho de otra forma es una simbiosis natural y jurídica. Son indivisibles porque tanto los derechos, garantías como responsabilidades de la niñez y adolescencia no pueden ser divididos para su interpretación, observancia y ejercicio.

Además considero que no debería imponerse una pensión provisional de alimentos sin antes realizarse un examen comparativo para determinar el verdadero parentesco que tienen tanto el presunto padre como el presunto hijo, porque dichos valores que son entregados al representante del menor no son objeto de reembolso.

Art. 10 del CON y A.- “Obligación del presunto progenitor.- *El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:*

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

- b) *Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos.*

En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda.

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

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

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

Nos encontramos en un país donde prevalece lo derechos constitucionales de todos los ecuatorianos, así mismo se debe contar que hay que respetar dichas garantías por

cuanto se debería tomar en cuenta que antes de fijar una pensión provisional de alimentos se establezca el parentesco que tienen ambas partes tanto el alimentado con el alimentante para en un futuro evitar complicaciones que con el tiempo vienen a ser más graves cada vez, ya que se afectaría psicológica y emocionalmente tanto al presunto padre como al presunto hijo.

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

En algunos casos lo que se busca determinar es la línea genética existente entre el presunto padre e hijo, en este caso se recurre al examen de ADN para determinar dicho parentesco, esto se lo puede realizar por medio de cualquier célula que posea núcleo se puede obtener el ADN, ya sea desde una gota de sangre, un pelo o saliva estos son suficientes para procesar dichas muestras.

Art. 11 del CON y A.—*“Condiciones para la prueba de ADN.-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”.

Hoy en día el ADN ha tomado una importancia que años atrás no lo tenía y se ha vuelto un tema de frecuente discusión. La investigación sobre el ADN tiene un impacto significativo, especialmente en el ámbito de la medicina ya que aquí es de gran ayuda debido a que gracias a este método se puede lograr determinar la filiación y el parentesco entre dos personas, las mismas que tienen un carácter de orden confidencial en el cual si vamos por la vía judicial le corresponde al juez valorar los resultados de estos análisis.

En un proceso, cuando el juez adopta una decisión sobre la litis, lo hace fundamentado en la prueba; es indispensable, que el juez se considere convencido por ella y decida con arreglo a lo que considera que es la verdad; La prueba del ADN, gracias al avance de la ciencia, ha alcanzado un grado de confiabilidad muy alto; por lo que negar su valor sería desconocer los estudios científicos al respecto.

Art. 13 del CON y A.-Suficiencia de la prueba de ADN.-*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”*

La realización de este tipo de pruebas biológicas representa un medio para conocer el origen genético de las personas; origen que integra la denominada faz estática de la identidad personal, con el objeto de obtener la identificación de la individualidad de las personas y, consecuentemente, poder fijar indicios acerca de la posible vinculación biológica entre las mismas es por ello es así pues se entenderá que media una imposibilidad fáctica de que exista el vínculo biológico pretendido.”³⁶

³⁶ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia-Art 9 al 13

Así la prueba del ADN facilita para que se demuestre si es o no el demandado el padre del menor e incluso para el cese de los pagos por cuestiones de alimentos ya que de una manera afecta de manera económica al demandado, desde este punto de vista se lo puede considerar al ADN como un almacén de información que se transmite de generación en generación por lo que la prueba se basa en el análisis del perfil genético de las distintas personas que integran la investigación y la comparación de los mismos es por ello que en esta prueba existe 99.9% grado de confiabilidad dando paso a obtener beneficios al niño, niña o adolescente como lo es el derecho a conocer la verdadera filiación que es el derecho a la identidad de la persona humana.

4.3.4 DEBIDO PROCESO

El Doctor Ricardo Vaca expresa que “El debido proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a las personas de los posibles excesos o riesgos de abusos o desbordamiento de la autoridad del Estado”³⁷

El debido proceso es un conjunto de derechos y garantías. Sin embargo se está vulnerando los derechos del demandado en los juicios de alimentos, al no poder hacer efectivo o solicitar como diligencia inicial la prueba de ADN en el proceso de prestación de alimentos provisional, a fin de garantizar los derechos de presunto padre y demandado, ya que además de agilizar los trámites judiciales de alimentos, se garantizaría un debido proceso, ya que en algunos casos las pruebas de ADN arrojan un resultado negativo.

Es allí en donde existe caos por parte del presunto padre ya que pagaron cantidades de dinero por pensión alimenticia, y gastos judiciales que este ocasiona, además al no establecerse adecuadamente se estaría hablando de una norma discriminatoria para el demandado ya que la actora cuando demande tiene que estar segura para que no proceda a actuar de manera mal intencionada acerca de quién es el padre para no afectar al demandado de forma económica, psicológica y social y por tal motivo el

³⁷ VACA Andrade Ricardo, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Pág. 30

Estado está obligado a que se cumpla con lo plasmado en la Constitución respecto al debido proceso.

En igual orden en el Art. 76 se establece: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes...
- 6.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”³⁸

La norma constitucional le atribuye el rango de garantía básica al debido proceso, siendo deber de toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas legales y los derechos de las partes, en el caso que nos ocupa del demandado; puesto que conforme lo manifiesta en forma clara la norma invocada en el literal a), nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, como si ocurre en el caso de la fijación de la pensión alimenticia provisional contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que se ve limitado por cuanto ahora en la actualidad la pensión provisional de alimentos se la fija cuando el juez califica la demanda y realiza el auto de aceptación a trámite, así mismo el aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.

³⁸ Constitución De La Republica Del Ecuador Art 76

Este derecho obliga a la administración de justicia a garantizar la imparcialidad de sus acciones y a respetar las reglas de jurisdicción y competencia determinadas en la ley.

A pesar de ser el debido proceso un derecho fundamental que tiene tras de sí un largo desarrollo que todos lo recordamos, no obstante su contenido no lo percibimos con suficiente claridad, razón por la cual su violación es habitual tanto por los profesionales del derecho y por los jueces en los procesos de alimentos.

Existe violación en el Debido Proceso al momento en que se impone una pensión provisional de alimentos sin antes darle conocimiento al demandado para que este en igualdad de condiciones como la demandante pueda presentar pruebas en caso de que considere no ser el padre del alimentario. El debido proceso es parte esencial de los derechos humanos, por ello ha sido elevado al rango de norma constitucional en muchos códigos políticos de los distintos países.

Por consiguiente puedo decir que la vulneración es una lesión que se inflige al derecho fundamental, es antijurídica y genera la obligación de resarcir el daño, es decir, pone en funcionamiento los mecanismos jurídicos que institucionalizan la justicia correctiva, es decir, los mecanismos que imponen la obligación de restituir al cosas al estado primigenio.

El debido proceso ha venido a constituir un límite entre el derecho y la arbitrariedad en el campo de la administración de justicia, en consecuencia, los jueces en todas sus actuaciones están obligados a respetar las garantías que conforman el debido proceso; éste se presenta como una conquista de la humanidad civilizada que logra imponerse al absolutismo y a la autocracia, dicho de otra manera, es el freno legal que los administrados consiguen.

La formación de leyes, resoluciones y actos administrativos deben seguir un debido proceso para que puedan surtir los efectos que están llamados a producir, es el propio Estado el que debe guardar respeto en su propia estructura, no se trata de una

imposición de leyes o resoluciones a los súbditos, porque estas leyes y resoluciones deben ser coherentes.

La actividad orgánica del Estado tiene que dirigirse al reconocimiento de derechos y a su efectiva vigencia, las normas jurídicas se obligan a acatar los principios constitucionales, concebidos como inalienables e intangibles; dicho de otra forma, la gestión pública debe dirigirse a la consecución de esos fines (reconocimiento de derechos y su efectiva vigencia), pero con una limitación, la cual es que sus políticas no sean regresivas.

Los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los países considerados estados constitucionales de derecho. En la estructura normativa, los derechos fundamentales aparecen consagrados en las diversas constituciones del mundo, cobrando preeminencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

4.3.5 LEGISLACIÓN COMPARADA

LEGISLACIÓN DE EL SALVADOR

La Legislación Salvadoreña dentro de su ordenamiento jurídico, manifiesta que para determinar la filiación y alimentos será necesaria la práctica de pruebas científicas.

Art. 140.- “En los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad, el Juez a solicitud de parte o de oficio, ordenará que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y a terceros para reconocer pericialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre.

La negativa de la parte o de su representante legal, en su caso, a la práctica de estos exámenes, deberá ser apreciada por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Cuando se trate de demandar a un menor de edad, éste podrá comparecer personalmente al proceso y nombrar apoderado.

Exención de trámite

Art. 141.- En cualquier estado del proceso en que se produzca el reconocimiento del hijo, conforme a lo establecido en el Código de Familia, el Juez fallará y pronunciará la sentencia correspondiente. Resolución”

Art. 142.- El Juez al decidir sobre la filiación demandada se pronunciará también sobre el ejercicio de la autoridad parental, la custodia y los alimentos cuando fuere el caso”³⁹

He aquí una ventana para evitar que cuando la presunta madre del menor o del hijo, se niegue a comparecer a los requerimientos dispuestos por el Juez en lo relacionado con la práctica del ADN, quedará el juez de acuerdo a la reglas de la sana crítica, aquí el juez a mi juicio no solo está preparado para ceñirse a lo que dice la norma, sino que fundamentalmente para crear derecho y me adelanto que sería bueno que la mujer al igual que pasa con el hombre que no comparezca a la prueba del ADN, se aplique la ley de conformidad a la regla de la sana crítica del señor Juez.

LEGISLACIÓN DE COLOMBIA

La legislación colombiana, dentro de su normativa establece respecto de la prueba de ADN con resultado negativo lo siguiente:

Art.- 337. “Ya al momento proferir sentencia el juez debe declarar:

Si el demandante es o no hijo (a) del demandado o demandada

- 1.** si esta impugnación prosperó, el juez dispondrá la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento.

³⁹ https://www.oas.org/dil/esp/Ley_Procesal_de_Familia_El_Salvador.pdf

2. Condenara al demandado (a) a pagar el costo de la prueba genética si se realizó.

Si la sentencia declara que el demandado (a) no es el padre o madre del demandante:

1. Destruye el vínculo filial por el cual se encontraban unidos demandante y demandado.
2. Termina el estado civil que ese demandante tenía declara las obligaciones y los derechos entre las partes del proceso. 3. condenara a la indemnización de perjuicios al demandante si hay lugar a ellos”⁴⁰

Esta legislación colombiana, existe fijación pensión provisional de alimentos, de existir y al momento de proferir la sentencia declara que el hijo no es, hijo del presunto padre, y las pensiones provisionales fijadas quién se las devuelve, por ello es fundamental que primero debe declararse la relación parento-filial y para ello es necesario tener los suficientes elementos de convicción.

LEGISLACIÓN PERUANA

La legislación Peruana para determinar la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, la realización del examen de ADN como prueba única e irrefutable para declarar la paternidad, por ello me permito manifestar lo siguiente:

“Artículo 1º.- Demanda y Juez competente

“Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 2º.- Oposición.

⁴⁰ <http://www.col.ops-ms.org/juventudes/Situacion/LEGISLACION/FAMILIA/FL7568.htm> 05-04-2011.

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refiere los artículos 179 y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

Artículo 3°.- Oposición fundada.-

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso”⁴¹

Las legislaciones de El Salvador, Colombia y Perú, a diferencia de la nuestra establece que, si el resultado de la prueba del ADN es negativo la oposición será declarada fundada y la parte accionante será condenada al pago de las costas, indemnizaciones por los daños causados a la parte accionada, esto es lo racional, puesto que solo la madre sabe quién es padre de la criatura y a él debe demandar y no obligar a personas inocentes a litigar infructuosamente y menos aún por una obligación que no la adquirido , por la sencilla razón que no existe ningún tipo de parentesco y consecuentemente ninguna responsabilidad, causando graves daños que son irreparables, no solo en lo económico si no ético, moral y social, ya que la sociedad lo estigmatiza por un hecho ajeno, de allí la necesidad de reformar nuestra legislación con el propósito que se demande prestación de alimentos y la fijación provisional de alimentos y definitivos se le cuando se haya probado con claridad meridiana la relación parento filial.

⁴¹ <http://www.gparlamentario.org/spip/spip.php?article487>

En definitiva probada la filiación a través del ADN, este se constituye en el vínculo que une una persona con sus padres y este tiene efectos jurídicos manifestados en las obligaciones y derechos en las relaciones de familia, es decir la filiación es un derecho fundamental que tienen las niñas, niños y adolescentes con relación a sus padres, como establecer su filiación paterna y materna y de llevar el apellido que le corresponden es decir los de sus progenitores y los deberes y derechos respecto de sus progenitores.

La fijación de una pensión provisional de alimentos prevista en Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es inconstitucional por dos razones: a) Por lo anotado líneas arriba no se puede demandar a discreción o en contra de un sujeto que no tiene parento filial con el posible alimentado por la sola presunción; y b) Porque vulnera el derecho a la defensa del presunto padre ya que de conformidad al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se impondrá una pensión alimenticia provisional al momento de calificar la demanda, sin notificación alguna al accionado violando expresamente el Art. 76, numeral 7, de la Constitución De La República del Ecuador.

Por estas incongruencias y vacíos legales que padece nuestra legislación en relación a la fijación provisional de alimentos, es necesario reformar de manera urgente el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, instituyendo una fijación provisional de alimentos previo el establecimiento de la filiación y de esta forma evitar que inescrupulosamente se demande a personas inocentes que a la postre les causa graves daños en algunos casos irreparables como: económicos, sociales, morales, éticos, familiares, sentimentales, etc.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación es un proceso descriptivo, explicativo y creativo; en el presente trabajo aplicare todos los conocimientos adquiridos en las aulas universitarias los mismos que estuvieron enmarcados y complementados con la deducción, la inducción, el análisis y la síntesis, mediante el método dialéctico en un continuo de ir y venir de conceptos y razonamientos jurídicos. En el presente trabajo recorreré del nivel teórico al práctico; de lo abstracto a lo concreto, problematizando de acuerdo con el tema, la hipótesis y los objetivos planteados, a fin de reproducir la realidad objetiva mediante aplicación de encuestas y entrevistas que serán aplicadas a profesionales del derecho ya que esto me servirá para tener un mayor apoyo de la investigación jurídica realizada.

5.1. MÉTODOS

En el presente trabajo investigativo utilizare algunos métodos que a continuación los detallo:

Método Científico: Método de estudio sistemático de la naturaleza muy principal dentro del acopio bibliográfico que incluye las técnicas de observación, reglas para el razonamiento y la predicción, ideas sobre la experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos, se constituye en la base de toda investigación.

Método Deductivo: Posibilitaran tener una referencia de los aspectos generales, para aplicarlos en los casos particulares y específicos, base fundamental para la elaboración de la propuesta jurídica de reforma.

Método Hipotético Deductivo: Permitirán comprobar la hipótesis con respecto a la consecución de los objetivos; en donde se podrá evidenciar la falta de incisos los cuales los planteare en la propuesta de reforma Legal.

Método Analítico: lo utilizare para analizar el entorno jurídico de las personas que pasaron por circunstancias similares al tema de mi tesis.

Método Experimental: lo utilizare para en base a la información obtenida elaborar los cuadros y gráficos estadísticos que permitan comprender mejor la información recolectada.

Método Descriptivo: Se usará para realizar los análisis de los cuadros estadísticos, desde la tabulación hasta enunciar el porqué de los hechos.

5.2.- Procedimiento y Técnicas

La información primaria se obtuvo mediante la aplicación de las técnicas de observación, reuniones de trabajo, encuestas.

La información secundaria se obtuvo de los diferentes escritos sobre el objeto de investigación (archivos, libros, documentos, diarios, etc.)

- a) La observación, La misma que permitió obtener datos a través de la superación de las acciones del elemento central de la investigación;
- b) El análisis, que consiste en reflejar el trabajo investigativo, con los datos debidamente recopilados, procesados y presentados en cuadros estadísticos;
- c) El fichaje, que me permitió recoger información ordenada de textos relacionados con el tema en estudio a través de fichas;
- d) La encuesta, misma que mediante cuestionario dirigido a 30 personas por medio del cual obtendré información para verificar objetivo;
- e) El estudio de un caso, el mismo que me permitió realizar un análisis sobre la aplicación de la norma legal por parte del juzgador en relación a la fijación provisional de alimentos.

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADO DE APLICACIÓN DE ENCUESTAS

En el presente trabajo investigativo podremos darnos cuenta si se verifica los objetivos y si la hipótesis planteada en la presente investigación se verificara en forma negativa o positiva respecto del tema materia de estudio.

ENCUESTA

Señor encuestado le solicito a usted muy comedidamente se sirva contestar la presente encuesta orientada recoger la información suficiente para fundamentar mi trabajo de investigación titulado, **“NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA ART. INNUMERADO 9 (LEY REFORMATORIA AL TITULO V, LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA) TENDIENTE A QUE PREVIA SU FIJACIÓN SE ESTABLEZCA LA FILIACIÓN PARA EVITAR AFECTACIONES AL DERECHO A LA DEFENSA”**

Preguntas:

1. Cree usted que en juicios de alimentos se debería comprobar la existencia del vínculo de parentesco (filiación) para fijar las pensiones alimenticias.

TABLA N° 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	96.67%
NO	1	3.33%
TOTAL	30	100.00%

Fuente.- abogados en libre ejercicio de la profesión.

Autora.- Susana Estefanía González Guamán.



ANÁLISIS

De las treinta personas encuestadas, 29, que corresponden al 96.67% manifestaron que existe la necesidad de comprobar la existencia de vínculo biológico; mientras que, un encuestado que es el 3.33% responden que no debe comprobarse la existencia de vínculo biológico.

INTERPRETACIÓN

De acuerdo a los resultados obtenidos mediante encuestas, la totalidad de los encuestados, consideran que se debe comprobar la existencia de vínculo biológico de parentesco filiación para la fijación de pensiones alimenticias puesto que con esto se podrá asegurar y salvaguardar el bienestar y alimentación del niño, niña o adolescente beneficiario del derecho de alimentos y el derecho al debido proceso, tanto del accionante como del accionado.

2. Está usted de acuerdo que en los juicios de prestación alimenticia se ordene inicialmente la prueba de ADN en el proceso previo a disponer el pago de pensión alimenticia provisional?

TABLA N° 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93.33%
NO	2	6.67%
TOTAL	30	100.00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión.

Autora: Susana Estefanía González Guamán



ANÁLISIS

De la respuesta dada a la pregunta por los encuestados, se establece que el 93.33% manifiestan que es importante que se solicite inicialmente la prueba de ADN, mientras que el 6.67% no está de acuerdo que se lo solicite.

INTERPRETACIÓN

De acuerdo a las respuestas obtenidas, casi la totalidad de los encuestados consideran que en los juicios de prestación alimenticia se ordene la prueba de ADN como diligencia previa dentro de proceso de alimentos para así poder tener la certeza de a quien se le va a dar alimentos tenga parentesco con el alimentante, lo cual confirma el criterio que vengo manifestando en mi tesis.

3. Considera necesario que haya sanción para las personas que demanden prestación de alimentos a quien no es el padre del alimentado.

TABLA N° 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80.00%
NO	6	20.00%
TOTAL	30	100.00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión.

Autora: Susana Estefanía González Guamán



ANÁLISIS

De las 30 personas encuestadas, 24 que representan el 80.00% respondieron que si es necesario una sanción para quien demande prestación de alimentos a quien no es el padre, y las 6 personas que representan el 20.00% mencionaron que no es necesario que se interponga una sanción.

INTERPRETACIÓN

Cabe mencionar que un gran porcentaje de personas encuestadas sostienen que debe imponerse una sanción a aquellas personas que demanden alimentos a quien no es el padre, la gran mayoría dice que se sancionaría con la privación de la libertad, con la devolución total de los dineros pagados por el supuesto padre al representante del menor, multa y con trabajo comunitario, lo cual me parece importante porque constituye un acto de mala fe, deslealtad procesal y carente de ética.

4. Cuáles serían las consecuencias que acarrearía una vez establecida la no filiación al supuesto padre.

TABLA N° 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A	14	41.18%
B	14	41.18%
C	2	5.88%
D	4	11.76%
TOTAL	34	100.00%

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la profesión
Autora: Susana Estefanía González Guamán.



- a) Daño psicológico y emocional al presunto padre
- b) Afectación económica
- c) Conflicto familiar
- d) Daño psicológico y emocional al presunto hijo

ANÁLISIS

De las 30 personas encuestadas el 41.18% mencionaron que se ocasionaría un daño psicológico y emocional al presunto padre; el otro 41.18% que habría una afectación económica relevante para el padre, el 5.88% que sucedería un conflicto familiar y el 11.76% que se le ocasionaría un daño psicológico y emocional al presunto hijo.

INTERPRETACIÓN

Se puede observar que tanto el presunto padre como al presunto hijo se le ocasionarían daños **tanto psicológico** como emocional, este daño psicológico y

emocional se produce al separar a dos personas que quizás no por el vínculo de sangre sino por la convivencia diaria estuvieron unidos por algún tiempo y al separarse se ocasiona un vacío emocional que puede desembocar en la muerte, además se mencionaban que se ocasionaría un **conflicto familiar** en caso de que el supuesto padre ya tenga una familia conformada con esposa e hijos y q al momento de enterarse la familia de engaño trae consecuencias.

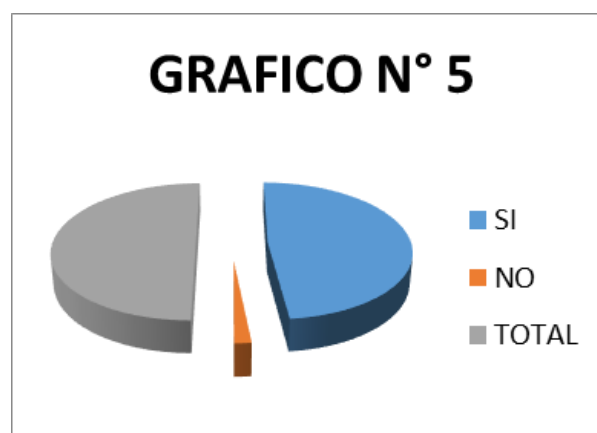
5. Piensa que con la reforma al Art Innumerado 9.- fijación provisional de la pensión alimentos del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se evitarían daños psicológicos al presunto padre e hijo, ocasionado por la irresponsabilidad o mala fe procesal de la madre al demandar a una persona sobre la cual no tiene la certeza respecto de su paternidad.

TABLA N° 5

FRECUENCIA	VARIABLE	PORCENTAJE
SI	29	96.67%
NO	1	3.33%
TOTAL	30	100.00%

Fuente: abogados en libre ejercicio de la profesión

Autora: Susana Estefanía González Guamán



ANÁLISIS

De las 30 personas encuestadas, 29 que corresponden al 96.67% mencionaron que con la reforma al art 9 si se evitarían daños psicológicos al presunto padre y el 3.33% respondió que no se evitarían daños psicológicos al presunto padre.

INTERPRETACIÓN

Gran parte de los encuestados concuerdan en que es viable establecer una reforma ya que así existirá más conciencia en las actoras, y así no plantearían en algunos juicios innecesarios, ya que como se ha evidenciado existen casos en donde se actúa de mala fe y en otros la confusión del presunto padre, es por esto que si se debería reformar.

- 6. Cree usted que es necesario y urgente reformar el Art Innumerado 9 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para afectar derechos a terceras personas.**

TABLA N° 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93.33%
NO	2	6.67%
TOTAL	30	100.00%

Fuente: abogados en libre ejercicio de la profesión.

Actora: Susana Estefanía González Guamán.



ANÁLISIS

De 30 personas encuestadas; 28 que representan el 93.33% manifestaron que si es necesario y urgente reformar el CON y A, y 2 personas que representan el 6.67% no necesita reformas.

INTERPRETACIÓN

De acuerdo a las respuestas obtenidas, casi la totalidad de los encuestados consideran que debe establecerse la filiación antes de fijar una pensión provisional de alimentos como diligencia previa dentro de proceso de alimentos, puesto que con esto se podrá asegurar y salvaguardar el bienestar y alimentación del niño, niña o adolescente beneficiario del derecho de alimentos y observar el debido proceso respecto del presunto padre.

6.2. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS

La presente entrevista se la realiza con el objeto de recoger información sobre el tema objeto de mi investigación que a continuación se la detalla, con el fin de comprobar algunos planteamientos dentro del tema de tesis previo a optar el grado de abogada.

Los entrevistados fueron tres Dr. Abg. Los que dieron aportes significativos en las entrevistas mismos que corroboran satisfactoriamente con mi trabajo de tesis el primer entrevistado fue un Juez de la Familia Mujer Niñez y Adolescencia y el segundo entrevistado fue un secretario de la Sala de lo Laboral y el tercero un abogado en libre ejercicio de la profesión.

- 1. Cree usted que al presunto padre y obligados subsidiarios según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia garantiza el derecho a la defensa, al momento de la fijación de la pensión provisional de alimentos?**

Primer Entrevistado.- No se le está garantizando el derecho a la defensa porque se le fija una pensión antes de ser citado el derecho a la legítima defensa es justamente, comienza con la citación de la demanda

Segundo Entrevistado.- Yo pienso, y creo que sí, en primer lugar la pregunta concreta en la que dice que debe dársele la garantía para que se dé el acceso a la defensa, pocos son los casos en que se han dado en el sentido de que no soy yo el padre, tuve por ahí un romance con x persona y salió embarazada y quizás no estoy seguro de ese hijo es mío y han pasado casos de que cuando se ha llegado a dar la oportunidad de que se establezca la realidad de los hechos se acudido a un examen de ADN dentro del trámite se da esa oportunidad al demandado en este caso al presunto padre, hay casos que se niegan a realizar este examen de ADN, y cuando el individuo se niega hacerse este examen es porque está completamente seguro que es hijo, así lo establece la ley, entonces las garantías las tiene el demandado, cambios deben haber en el código de la niñez, porque hay mucho privilegio para los hijos, o para la madre, y creo que debe ser regulado por las circunstancias que son necesarias, en el Art 39 del CON y A, nos manifiesta que dice que en la primera audiencia el juez debe poner la pensión alimenticia, quizás no es necesaria y la está perjudicando a la madre porque le digo esto, porque no tuvo la oportunidad de sacar un documento para poder establecer el monto real que gana el demandado, el juez si no tiene ese documento mal podría poner una pensión alimenticia, pero con el documento sí, porque él también tiene la obligación de establecer una pensión de acuerdo a la tabla pero aquí no se aplica ninguna tabla, se aplica la mínima del sueldo básico de una persona, que son 97 dólares, donde cuando un individuo puede tener un sueldo de mil dólares, de acuerdo a las cargas que tiene el para poder justificar, pero en ese sentido debería haber una reforma.

Tercer Entrevistado.- Considero que se violenta el derecho a la defensa, puesto que el demandado no tiene ninguna posibilidad para defenderse, ya que se le imputa la paternidad sin un previo análisis de ADN, que para mi parecer lo primero que se debería hacer en los juicios de alimentos es la práctica del examen de ADN para

comprobar la paternidad, vasado en este principio si se podría seguir con el debido proceso

INTERPRETACIÓN

Si bien es cierto este derecho se lo vulnera cuando la madre presenta la demanda y este instante el juez la califica a la demanda y ya se interpone una pensión provisional de alimentos, no se garantiza este derecho a la defensa porque hasta el momento no se lo cita al demandado ni este ejerce el derecho a la legitima defensa, lo cual considero que no debe ser así, ya que en un proceso debe existir la igualdad de los mismos derechos para ambas partes.

2. ¿Considera usted adecuado que en un juicio de alimentos, antes de determinar la filiación se fije una pensión provisional de alimentos?

Primer Entrevistado.- No, no debe fijarse pensiones se le está haciendo, la ley actual prevé que se lo haga, pero no debe hacérselo porque se está investigando cual es el presunto padre y la ley establece que no hay reembolso de lo pagado de tal manera que si se fija una pensión lo está pagando el presunto obligado y este a la larga resulta no ser el padre biológico ha pagado algo indebidamente que no debía se prevé que no hay reembolso de lo que se pago

Segundo Entrevistado.- Yo pienso que si porque es necesario al individuo, hay un dicho, más vale un padre sin hijo que un hijo sin padre, no tiene que fijársele la pensión, prácticamente establecido o dentro de la demanda tiene que haber un esclarecimiento real de que en verdad si es mi hijo y que si debe imponerse esa pensión.

Tercer entrevistado.- No, en ningún momento esto sería justo, considere usted este caso, sale negativa la paternidad, acaso la madre del menor devolverá los dineros por concepto de alimentos? No verdad, por este argumento considero que se debe quitar la fijación de una pensión provisional

INTERPRETACIÓN

Los dos entrevistados tienen un punto opuestos, pues el primer entrevistado claramente considera que no se debería fijar una pensión porque se está investigando cual es el presunto padre y la ley establece que no hay reembolso de lo pagado y el segundo considera que si y luego en el desarrollo de la entrevista que no, al señalar lo siguiente: hay un dicho, más vale un padre sin hijo que un hijo sin padre, y que no tiene que fijársele la pensión, hasta que exista un esclarecimiento real de que si es o no hijo.

3. Considera usted que tanto el demandado como el demandante tengan los mismos derechos en un juicio de alimentos?

Primer Entrevistado.- En todos los procesos debe garantizarse el derecho de igualdad que es un principio constitucional.

Segundo Entrevistado.- Yo pienso y un poco que conozco este trámite de los juicios de alimentos, tienen los mismos derechos, el trámite es el mismo para ambos, tienen la misma facultad para defenderse, como vuelvo y repito hay mucho privilegio para las madres y para los niños existen en esta época.

Tercer Entrevistado.- Considero que las dos partes deben tener la igualdad de derechos, considerando que al tomársela a la mujer y al niño como grupo vulnerable ya hay un favoritismo y se deja automáticamente a la otra parte como culpable y con la posibilidad de culpa sin la sustentación de pruebas

INTERPRETACIÓN

El primer entrevistado, claramente mente señala que se debe ser imparcial en el proceso, a diferencia del segundo que señala al inicio que se tienen los mismos derechos y posteriormente señala que más privilegios tienen las madres y los hijos

4. Cuál cree usted que debe ser la sanción a las personas que de manera mal intencionada se interpone una acción de prestación alimenticia a personas que no tienen ningún parentesco con el alimentado?

Primer Entrevistado.- En el proceso debe contemplarse el daño, el pago de daños y perjuicios y costas procesales incluso para mi criterio personal, se crea un daño moral, porque al iniciarse un proceso en contra de la persona casada le afectaría al hogar por el hecho de que se sepa que tenga o se le intente una acción de alimentos en cuanto nada tenga que ver

Segundo Entrevistado.- Esto es bien complicado, porque en muchas de las veces, hay casos de que han pasado alimentos esporádicos, y cuando se dieron cuenta empezaron a hacer sus pruebas y las hicieron y salieron que no eran hijos, cuando ya pasaron unos cinco o diez años, entonces en este sentido pues el tema es de alimentos, ese dinero se gastó se lo envió, más bien felicitar al que contribuyo para la crianza de este niño.

Tercer Entrevistado.- La sanción más factible sería, el reembolso de los valores dados por el perjudicado, más intereses de ley, disculpas públicas, y una indemnización al perjudicado por el daño psicológico que se le causo, ya que este en muchos caso es encarcelado para después de eso demostrar su inocencia y no paternidad

INTERPRETACIÓN

La primera entrevista manifiesta que en el proceso debe contemplarse el daño, el pago de daños y perjuicios y que a la vez esto viene crear un daño moral: el segundo entrevistado manifiesta que no debería haber sanción más bien se debería felicitar al padre que contribuyó a la crianza del niño.

5. Usted considera que el juzgador al momento de la fijar de la pensión provisional de alimentos al presunto padre como obligado subsidiario conforme a la legislación actual del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se vulnera el principio del debido proceso?

Primer Entrevistado.- Necesariamente se está vulnerando el derecho a la defensa en el proceso de alimentos ya que están protegiendo al menor, es cierto que el menor debe recibir alimentos, no se los puede generar por su propio medio pero tampoco se lo puede regular a cualquier persona, sino que debe determinarse primero la obligación de recibir y pasar alimentos la relación parentofilial.

Segundo Entrevistado.- si se podría, el tramite al debido proceso como estudiante de derecho usted debe saber que el trámite es nulo, entonces prácticamente se les ha dado la oportunidad para la defensa a ambas partes, si no se ha vulnerado tienen mejores beneficios, vuelvo y repito, de los alimentarios en este caso la madre y los hijos, pero de que se haya vulnerado no.

Tercer Entrevistado.- Si se está vulnerando, porque en el momento de imponer una pensión, lo está realizando sin tener prueba alguna de la paternidad, solo contando con el alegato de la madre y sin pruebas científicas, y que para mi parecer, lo más importante es que el juzgador sabiendo que los dineros por alimentos no se devuelven impone una pensión.

INTERPRETACIÓN

El primer entrevistado menciona que si se está vulnerando el derecho a la defensa ya que se está protegiendo al menor, pero que se debe pasar alimentos habiendo la relación parentofilial; el segundo entrevistado dice que se le da a ambas partes la misma oportunidad para la defensa, pero como antes ya había dicho en alimentos la madre y los hijos tienen mejores beneficios

6.2. ESTUDIO DE CASOS.

Para la realización de la presente investigación se ha analizado un juicio de alimentos, que se encuentra reposando en la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia Mujer Niñez y Adolescencia de Loja, en donde el demandado es una

persona a la cual se les impone una pensión provisional de alimentos sin tener la certeza de que exista vinculo de parentesco alguno entre los mismos:

CASO 1:

Juicio nro. 7127-2014

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA 3ERA DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LOJA.- Viernes 17 de octubre del 2014.- en lo principal la demanda presentada por la señora **XX**, al reunir los requisitos de ley, se la califica de clara, precisa y completa, por lo que se la admite a trámite respectivo, establecido en el Título V libro II de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.- 1.- se halla justificada la calidad de la accionante y el derecho de la beneficiaria; y, 2.- que la beneficiaria, al momento tiene seis meses de edad en merito procesal, la signataria Jueza DECRETA: fijar como pensión alimenticia provisional a favor de la niña **XY** la cantidad de \$92.00 NOVENTA Y DOS SOLARES, que el señor **YY** cancelara mensualmente, a partir del 14 de octubre, más el décimo tercero y cuarto sueldos en la misma cantidad.- Cítese al demandado, advirtiéndole la obligación que tiene de señalar domicilio judicial y/o correo electrónico para sus notificaciones.- agréguese a los autos los documentos que adjunta.- como anuncio de pruebas, con notificación contraria practíquese lo siguiente: **PRIMERO.-** practíquese y reproduzcase toda la prueba anunciada.- **SEGUNDO.-** Practíquese el examen de ADN entre las partes procesales, para cuyo efecto se realizara el día MARTES 04 DE NOVIEMBRE DEL 2014, diligencia que se realizara en el laboratorio de la Cruz Roja de esta ciudad de Loja. Remítase oficio al laboratorio descrito.- **TERCERO.-** Se dispone la prohibición de salida del país del demandado **YY**, para el efecto, ofíciase al señor Jefe de Migración de Loja a fin de que se dé cumplimiento a lo dispuesto.- de conformidad al Art. Innumerado 19 de la ley Reformatoria al Código de la Niñez, se dispone que la actora en el término de 48 horas confiera un número de cuenta o la copia de la cartola en los que se realizara los depósitos.- tómese en casillero judicial y correo electrónico señalado por la compareciente.- el demandado podrá hacer su anunciación de pruebas hasta 48 horas antes de la audiencia única.-**CUARTO.-** realizándose la audiencia única el 17 de

diciembre del 2014.- agotado el proceso y encontrándose en la causa en estado de resolver; para hacerlo este juzgado considera.- **QUINTO.-** conforme al código de la niñez y adolescencia, se establece la competencia privativa para resolver la presente causa.- **SEXTO.-** el proceso se ha tramitado con las normas del Código de la Niñez y Adolescencia; sin omisión o vicio de procedimiento que ocasione nulidad o influya en el resultado.- **SEPTIMO.-** en la audiencia única no se puede llegar a ningún acuerdo.- el demandado al contestar la demanda, manifiesta negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y de derecho, solicitando la reproducción de los resultados del examen científico de ADN y en base a esta prueba se racha la demanda.- la actora a través de su abogado defensor, no ha impugnado los resultados, y contrariamente ha solicitado que “en base al principio de lealtad procesal, se resuelva en base a las pruebas presentadas”.- **OCTAVO.-** constan los resultados de la prueba de ADN, en cuyo contenido consta la exclusión “por los estudios de los marcadores de ADN, **SE EXCLUYE** la existencia de vínculo biológico de paternidad del señor YY respecto de la niña XY ”, ante estos resultados dados y tratándose de la diligencia de toma de muestras, de una prueba científica, llevada a cabo con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en este código, la suscrita de conformidad a la norma prevista en el Art Innumerado 11 y 13 de las reformas al Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, considera suficiente dicha prueba para descartar la paternidad, por cuanto la menor tiene derecho a su propia identidad, que le incluye nombres y apellidos debidamente registrados, conocer su verdadera procedencia familiar y biológica conforme el numeral 28 del Art. 66 de la Constitución en concordancia con el Art. 44 ibídem en donde le garantiza que tiene derecho a un desarrollo integral con su entorno familiar, consecuentemente no se le puede conceder una paternidad no establecida legalmente porque se afectaría sus legítimos derechos; por lo que de conformidad con lo establecido en el Art. Innumerado 32 (147.10) Nral. 3 en concordancia con lo establecido en el Art. Innumerado 13 (138) del código de la niñez y adolescencia se descarta legalmente la paternidad del demandado hacia la alimentaria, ante ello no es necesario referirse a la demás documentación presentada por las partes, pues en efecto el demandado no resulta ser el legítimo contradictor en esta causa.- por las consideraciones expuestas la suscrita Jueza **RESUELVE:** rechazar la presente

demanda por improcedente, por cuanto el demandado no ha resultado ser el legítimo contradictor de este proceso, dejando sin efecto la pensión provisional dictada en el presente asunto.- ejecutoriada la presente sentencia, se dispone su archivo. **HAGASE SABER.-**

ANÁLISIS

Si bien nos podemos dar cuenta una vez que la parte actora presenta la demanda la juez acepta a trámite y mediante resolución ya impone una pensión provisional de alimentos de acuerdo a la tabla de pensiones mínimas y esto también incluye los décimos y los cuartos sueldos y más aún que se le da a la actora un término de 48 horas para que facilite un número de cuenta o copia de cartola para que se le depositen los valores adeudados, hay que tomar en cuenta que al imponer esta pensión queda sin lugar la defensa del demandado eh aquí donde se está vulnerando el Derecho a la Defensa en el Marco del Debido Proceso derecho que se encuentra garantizado en nuestra Carta Magna y que se lo está violando ya que el CON y A es flexible en materia de menores ya que prevalece el interés superior del niño, pero donde queda el derecho de igualdad de las partes.

Así mismo este derecho a la defensa se hace efectivo previa citación del demandado ya cuando se le ha establecido una pensión y este no ha podido defenderse para desvirtuar el hecho y presentar las pruebas que haya a favor del mismo donde pueda demostrar que no tiene ningún parentesco con el menor para tener la necesidad de pasar una pensión provisional de alimentos, al mismo tiempo se le impide la salida del país al procesado como si hubiera cometido un delito grave cosa que no es así ya que esto sucede por la manera mal intencionada en que actúa la madre del menor al verse beneficiada por la pensiones mensuales que le pasa una persona que no tiene ningún vínculo de parentesco con el menor. Con la contestación de la demanda el procesado pide la realización del examen comparativo de patrones (ADN) y consecuente previa autorización del juez se la realizara.

CONCLUSIÓN

Establecida la pensión alimentaria, por una supuesta filiación, en el desarrollo del juicio la juez establece una prueba de ADN, previa petición del demandado, al conocer el resultado la juez, resuelve rechazar la demanda por improcedente, y queda sin efecto la pensión establecida al inicio, puedo suponer que hubo una duda por parte de presunto padre hacia la madre del menor por este motivo pide la prueba sabiendo las consecuencias que traería, al final el resultado es favorable para él y se verifican las sospechas. Sin embargo en la resolución nada ve de respecto de los indumentos debidamente pagados por el presunto padre por una obligación que legalmente no le correspondía, ni mucho menos alguna sanción para la madre que pone en funcionamiento el aparataje estatal, para reclamar un derecho respecto de una persona a quien no es el legítimo contradictor, dejándose de lado incluso al afectación psico-social, jurídica y económica que este acto hubiese podido ocasionar.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.1.1. OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio teórico, jurídico y crítico acerca de la institución jurídica de la pensión provisional de alimentos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones a derechos de terceras personas visto el precepto de la no devolución de los valores.

El Objetivo General ha sido verificado con la realización de un estudio teórico, jurídico y crítico del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia TÍTULO V DEL DERECHO A ALIMENTOS Capítulo I Derecho de Alimentos así como también en los resultados obtenidos tanto de las Encuestas y Entrevistas, en donde se ha visto la necesidad en cuanto a establecer el examen de ADN o (filiación) como diligencia previa dentro del proceso de alimentos, ya que al pasar alimentos a quien no se tiene ningún parentesco existe la no devolución de los valores pagados al representante del menor ya que algunas madres vienen a ser beneficiadas indebidamente por estas pensiones.

7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.- Analizar la importancia de comprobar, la existencia del vínculo de parentesco (filiación) para la imposición de las pensiones alimenticias provisionales.

Este Objetivo, se lo verifíco mediante la realización del presente trabajo investigativo, de manera concreta en el Marco conceptual de la tesis ya que se realizó un análisis profundo acerca de la importancia del derecho a la familia, la Filiación y el derecho a la identidad que todas las personas poseemos, así mismo se

cumplió con el análisis del examen del ácido desoxirribonucleico (ADN) desde varios puntos de vista, así también en cuanto a la importancia de este como diligencia inicial para la imposición de pensiones alimenticias provisionales.

2.- Determinar daños psico-sociales, económicos al presunto progenitor como al presunto hijo al fijar la pensión provisional cuando no existe filiación.

Este objetivo queda verificado con las respuestas dadas a la pregunta 4 de la encuesta y con la pregunta 4 de las entrevistas, en la que mayoritariamente contestan que en realidad existen daños psico-sociales y económicos tanto al presunto padre como al presunto hijo y estos son, daño moral, daño psicológico y emocional al presunto padre, afectación económica, conflicto familiar y daño psicológico y emocional al presunto hijo, todas estas son los daños que se ocasionan cuando no hay la existencia de la realización de la filiación.

3.- Analizar la efectividad del derecho a su defensa del procesado en los juicios de prestación de alimentos en que no esté determinada la filiación.

En este objetivo se comprobó en el Capítulo Octavo Derechos de Protección de la Constitución del Ecuador y en la pregunta 5 de la entrevista, es claro manifestar que en nuestra Carta Magna en el art 76 numeral 7 claramente establece el derecho a la defensa en cualquiera de sus etapas, y en la forma como actualmente está regulada la fijación de pensión provisional la cual no permite el ejercicio de este derecho, al no cumplir afecta la seguridad jurídica y existe el riesgo de que el procesado tenga que pasar alimentos a quien no tiene ningún parentesco, mientras que primeramente si se determina la filiación habrían resoluciones inmediatas y se evitarían daños morales al presunto padre como al presunto hijo.

4.- Plantear una propuesta de reforma legal al CON y A que garantice la seguridad jurídica armonice el evaluó a alimentos de niños, niñas y adolescentes, con derecho a la defensa con el marco del debido proceso.

En este objetivo queda establecido prudente y necesario que se realice cuanto antes una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que en la pregunta 6 de la encuesta los profesionales manifiestan en su mayoría que se debería plantear una reforma a fin de asegurar y salvaguardar el bienestar y alimentación del niño, niña o adolescente beneficiario del derecho de alimentos y observar el debido proceso respecto del presunto padre y de las partes.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

“Es necesario determinar la filiación previa a la fijación de pensión provisional de alimentos, de lo contrario puede generarse vulneración de los derechos del presunto padre, cuando se determine que no es el progenitor.”

Esta hipótesis se la ha confirmado y demostrado en el presente trabajo de investigación de la siguiente manera:

Se la desarrolla a partir del Marco Doctrinario y Legislación Comparada, en la misma que se puede recalcar que prevalece el interés superior del niño y no le da la oportunidad al presunto padre de defenderse, mientras que en otras legislaciones como la de Perú, España y Bolivia se garantiza en primer lugar el derecho a la defensa del presunto padre y que antes de fijar una pensión provisional se establezca la filiación, además en el cual se realizó también un análisis de la norma Constitucional, con respecto al debido proceso en lo que se refiere al derecho a la defensa, así también se la puede comprobar en el resultado de las encuestas en las preguntas 1 y 2 y en las entrevistas las preguntas 2 y 5.

Estos datos se logran contrastar con esta hipótesis luego de tabular los datos que en un 80% de los encuestados y entrevistados arrojaron resultados positivos en los que creen que efectivamente se debe realizar la filiación antes de la imposición de una pensión provisional de alimentos ya que existen madres que de forma mal intencionada interponen una pensión de alimentos a una persona que no tiene ningún parentesco con el alimentado.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

Siendo un verdadero problema social y una preocupación muy grande, luego de haber analizado e interpretado las respuestas de las encuestas y entrevistas, me permito formular el siguiente sustento jurídico para el planteamiento de la propuesta de la reforma legal.

En nuestra carta Magna en la Sección Quinta; Niños, Niñas y Adolescentes en el Art 45 menciona que “las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; **a su identidad, nombre y ciudadanía**; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; **y a recibir información acerca de sus progenitores** o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar”.

*Es claro darnos cuenta que el Estado tiene una flexibilidad mayor en cuanto a los menores por cuanto se garantiza el desarrollo efectivo y eficaz de los derechos hacia ellos pero así mismo se debería tomar a consideración que los niños tienen el derecho a una **identidad verdadera y a recibir información acerca de sus progenitores** cuestión que hasta el momento si se viene dando pero de una manera errónea ya que existe prioridad en materia de alimentos para estos siendo así que de esta situación algunas madres actúan de mala fe para obtener un beneficio ajeno a ellas y no se dan cuenta del daño que ocasionan a los mismos ahí es donde el Estado debería poner más énfasis para evitar un daño moral al niño.,*

La Constitución menciona en el Capítulo Octavo Derechos de Protección Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el **Art Innumerado 9.- Fijación provisional de la pensión de alimentos.-** 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.**

El examen de ADN que se solicita en la demanda y que mientras ello se realiza se genera pensiones alimenticias provisionales y gastos judiciales, para el demandado genera inseguridad jurídica vulnerando el numeral 1 y numeral 7 del Art. 76 de la Carta Magna, lo cual se ha evidenciado en nuestra sociedad existe un aumento de demandas planteadas de una forma dolosa y simultáneas, con el fin de obtener un ingreso económico a toda costa.

Eh aquí donde nace la necesidad de reformar este código en el sentido de que antes de fijar una pensión provisional de alimentos se ordene la realización del examen comparativo de los patrones del ácido desoxirribonucleico (ADN) para determinar el vínculo de parentesco que se tiene entre en presunto padre y presunto hijo ya que al no realizar esto se producirían daños psicológicos tanto al presunto padre como al presunto hijo debido a la mala fe de actuar de la madre del menor.

Así también el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia menciona en su **Art 13 suficiencia de la prueba de ADN.**- “La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta Ley, se tendrá como 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 cumplimiento de las condiciones previstas en la presente Ley”.

Es así que el ADN es la prueba principal y fehaciente, que determina la consanguinidad y parentesco.

De ahí, la importancia de abreviar el procedimiento de fijación de alimentos, ya que como es conocido se debe salvaguardar los derechos del menor ante todo. Por lo que en lugar de esperar que se califique la demanda, luego se fije una pensión provisional y posteriormente esperar la realización de la prueba de ADN y su resultado. Se debería incorporar la prueba de ADN como diligencia previa a un proceso de alimentos, con el ánimo de ahorrar tiempo, dinero y trabajo, no solo a las partes del proceso sino también a la Función judicial, de manera que mediante esta diligencia previa judicial se establecerá la filiación del menor que reclama alimentos.

Concluyo argumentando que la seguridad jurídica y el debido proceso son fundamentales para poder garantizar a todos los ciudadanos sus derechos y así efectivizar las actividades con justicia y sin discriminación de clase y dentro del ámbito legal

8. CONCLUSIONES

- El derecho de alimentos nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación.
- El juicio de prestación por alimentos acarrea consecuencias que han sido y son casi irreparables para las partes, que tienen que ver con la afectación: económica, social, moral y familiar en el caso de personas que han tenido que pasar alimentos a título de pensión provisional a quienes no tienen obligación alguna de proveerlos por no existir el vínculo de parentesco paterno-filial.
- En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el Art. Innumerado 3 establece plenamente que el derecho a los alimentos es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, por lo que el examen del ADN, es imprescindible para evitar consecuencias.
- El debido proceso es un principio legal por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley y estos son los que protegen a las personas de los posibles excesos o riesgos de abusos o desbordamiento de la autoridad o mala fe por parte de actores en los juicios.
- El ADN (ácido desoxirribonucleico) es uno de los mecanismos científicos considerado como prueba plena en la legislación ecuatoriana y el mismo permite alcanzar la verdad y realidad biológica excluyendo cualquier tipo de prueba que pueda o trate de confundir al juzgador la misma que podría definir la identidad del menor involucrado en litigio de alimentos y filiación a su vez exonerando del pago si los resultados fueren negativos.
- Que habiendo comparado el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia de nuestro país con las legislaciones de otros países se ha encontrado que: La

legislación Salvadoreña dentro de su ordenamiento jurídico, manifiesta que para determinar la filiación y alimentos será necesaria la práctica de pruebas científicas, puesto que la Legislación Colombiana condenara a la indemnización de perjuicios al demandante si hay lugar a ellos y La legislación Peruana para determinar la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, la realización del examen de ADN como prueba única e irrefutable para declarar la paternidad. Por lo que insisto es necesario que en nuestra legislación ecuatoriana se incluyan las reformas conducentes a armonizar la norma constitucional con la norma legal.

9. RECOMENDACIONES

- Que se tenga en cuenta los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, así como también es de mucha importancia que se les conceda el derecho a la verdadera identidad y su filiación.
- Que se reforme el procedimiento para la fijación de la pensión provisional de alimentos, se practique el examen científico de ADN el mismo que permitirá determinar la verdadera paternidad del alimentado y a la vez no se vulnere los derechos del accionado establecidos en la Constitución como derecho al debido proceso, derecho a la defensa, seguridad jurídica, igualdad procesal y la equidad de género, libertad probatoria.
- Que se le otorgue al demandado las acciones legales adecuadas, para poder ejercer su legítima defensa, ante los órganos de justicia con el fin de que sus derechos no sean vulnerados ni legal ni constitucionalmente en los procesos de prestaciones alimenticias principalmente en la fijación de pensiones provisionales de alimentos.
- Que mediante la creación de una disposición legal aprobada por la Asamblea Nacional le permita al demandado tener las garantías indispensables que posee el mismo así como el debido proceso y el derecho a la defensa en los casos de los juicios de alimentos en base a la fijación de pensiones provisional de alimentos practicando previamente el ADN.
- Que la Asamblea Nacional, proceda a analizar la presente propuesta de reformar Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia Título V Capítulo I Art 9 incluyendo al examen ADN como diligencia inicial en el proceso de pensiones provisionales de alimentos.
- Debe tomarse en cuenta aquellos principios constitucionales que se están vulnerando en el momento de imponer un pensión alimenticia provisional en

el actual proceso como lo son el derecho a la defensa, igualdad procesal, favorabilidad, seguridad jurídica, inmediación, contradicción.

- La filiación de las personas ha sido la base fundamental para la identificación de los individuos como tales y con respecto al grupo familiar y social a los cuales pertenecen, es un derecho natural e inherente al ser humano por cuanto toda persona tiene derecho a una identidad, en lo concerniente a lo jurídico tiene gran importancia por cuanto a través de la filiación se le determina la legitimidad del niño, niña o adolescente.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA



LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Considerando:

Que, es necesaria regular de mejor forma la normatividad jurídica de nuestro Estado garantizando el cumplimiento de los derechos de las personas obligadas a pasar pensiones alimenticias.

Que, el numeral 9 del Artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Que, el párrafo segundo del Artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial.

Que, nuestro país en la actualidad está inmerso en un proceso de desarrollo, requiere de normas legales que el permitan el ejercicio pleno de sus derechos políticos de los

presuntos padres siendo indispensable aplicar y fomentar el debido cumplimiento de sus garantías constitucionales.

Que, el numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza El derecho de las personas a la defensa. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento y a contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Que, se presente de forma urgente la necesidad de regular de diferente modo la organización y estructura del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en cuanto a lo Título V, Capítulo I artículo Innumerado 9 de la FIJACION PROVISIONAL DE LA PENSION DE ALIMENTOS, ya que los acontecimientos ocurridos obligan a que se reforme el Régimen Legal para permitir a los supuestos padres demostrar su verdadero parentesco antes que el juez fije una pensión provisional de alimentos.

Que, es menester en los casos en los que se haya establecido la fijación de alimentos y se compruebe la no filiación, se obligue a quien recibió esta pensión se devuelva en su totalidad los valores adeudados del alimentante.

Que, el numeral 6 del Art 120 de la Constitución de la República del Ecuador, menciona las atribuciones de la Asamblea Nacional Constituyente en esta se encuentra Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

ART 9.- FIJACIÓN PROVISIONAL DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS.-

Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el juez ordenara la realización de la prueba de ADN, para poder establecer la filiación, de acuerdo a este resultado el juez fijara una pensión provisional de alimentos de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas

que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborar el Consejo Nacional de la Niñez y 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.

En los casos en los que el juicio haya sido iniciado y se establezca la pensión provisional de alimentos sin comprobarse la filiación y al recibir los resultados del examen de ADN, y al ser negativos, el juez ordenara la devolución de todo los valores por concepto de pensiones alimenticias percibidos por el representante del menor que inicio la demanda de alimentos y además se ordenara la reparación integral del afectado.

Art. Final. - La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los..... días del mes de..... del año dos mil dieciséis

Firma para constancia.

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFIA

- PLANIOL Y RIPERT, ROUAST, Tratado de Derecho Civil, teórico-práctico, t. II, pag.597.
- CLEMENTE DE Diego, Institución de Derecho Civil, t. II, 1959, pág. 276.
- LARREA HOLGUÍN Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, pág. 318
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo XII, 1980, pág., 210
- Escolet, Miguel Ángel. Estadística Psicoeducativa Editorial Trillas. México, 1973.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto: Derecho de Familia, Tomo 1 Ed. Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1984, pág. 3
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de Familia. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1984, pág. 9
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de Familia. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1984, pág. 9
- <http://www.monografias.com/trabajo65/ADN/>
- <http://www.monografias.com/trabajo65/ADN/>
- <http://es.wikipedia.org/wiki/DebidoProceso>
- <http://es.wikipedia.org/wiki/DerechoDefensa>
- URRUTIA, Francisco, Estudios de Legislación y Derecho Civil, Vol. II, Quito 1902, Pág. 9
- [codigo-civil-educador-libro-uno/codigo-civil-educador-libro-uno2.shtml#filiaciona#ixzz3Zl5SDR7s](#)
- [Codigo-Civil-Ecuatoriano-Arts-255--pag-16](#)
- estudios de derecho procesal, tomo i: Hernando Devis Echandia, 1979, pág. 414
- falta de legitimación en la causa o no legitimo contradictor: gaceta judicial 4 de 23 de abril de 2007, serie 18
- http://html.wikipedia.com/partes-procesales_1.html.
- Enciclopedia jurídica. Consultado el 9 de mayo de 2015

- Corte Constitucional. Sentencia T-1341 del 11 de diciembre de 2001 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).
- <https://manualdeconvivencia.wordpress.com/estudiantes/el-debido-proceso/>
- <http://www.aporrea.org/ddhh/a126549.html>
- http://www.lahora.com.ec/noticias/show/1101145719#.VVERK_AqKNU
- BASILE, Alejandro Antonio. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS AFINES. Ediciones Jurídicas CUYO. Buenos Aires-Argentina. 2006. Pág. 570
- ALBAN Escobar, Fernando. Derecho de la Niñez y Adolescencia. MEGAGRAFIC. Quito-Ecuador. 2003. Pág. 41.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. Pág. 23.
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ediciones Legales. Quito-Ecuador.
- ALCOCER Estrella, Víctor Hugo Práctica Forense sobre la Acción Civil de la investigación de la paternidad. Ediciones Carpol. Cuenca- Ecuador. 2003. Pág. 269.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Ediciones legales. Quito-Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- SANTOS AZUELA, Héctor; ob. cit.; p. 18.
- ESPINOSA, Galo; Enciclopedia Jurídica Práctica; Editado por el Instituto de Informática Legal; Volumen II; Quito-Ecuador; Pág. 526.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia-Art 9 al 13.
- VACA Andrade Ricardo, “Manual de Derecho Procesal Penal”, Pág. 30.
- Constitución De La Republica Del Ecuador Art 76.
- https://www.oas.org/dil/esp/Ley_Procesal_de_Familia_El_Salvador.pdf
- <http://www.col.opsms.org/juventudes/Situacion/LEGISLACION/FAMILIA/F L7568.htm> 05-04-2011.
- <http://www.gparlamentario.org/spip/spip.php?article487>

11. ANEXOS

ANEXO N° 1

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TEMA

“Necesidad de reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia art 9 (134) tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones al derecho a la defensa”

PROBLEMÁTICA

La verdadera solidaridad humana nos impone el deber de ayudar a quien sufre necesidades tanto más aún si se trata de un **“allegado familiar”**. De allí nace la obligación legal impuesta al pariente pudiente de ayudar al necesitado. Esta figura es llamada **ALIMENTOS** de este concepto están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo presente no solo las necesidades orgánicas elementales, sino también los medios tendientes a permitir una existencia digna.

Los alimentos para los niños, niñas y adolescentes siempre han estado presentes en todas las sociedades.

El presente tema investigativo lo efectúo frente a la problemática que existe en lo referente a la Pensión Provisional de Alimentos en nuestra Legislación Ecuatoriana, es claro manifestar que en nuestro país el Código de la Niñez y Adolescencia adolece de vacíos legales ya que vulnera el derecho a la defensa del presunto padre, esto se fundamenta principalmente en la necesidad de garantizar los derechos al presunto padre ya que según el Código de la Niñez y Adolescencia se impondrá una pensión alimenticia provisional al momento de calificar la demanda, el art 76, numeral 7, de

nuestra Constitución de la República del Ecuador que nos habla sobre las garantías básicas del debido proceso, la primera garantía dice “ a) nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento y el literal c) ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.

Los núcleos familiares se han ido disgregando y, consecuencia de esto, se ha venido afectando la situación de los niños/as y adolescentes de tal manera que estos vienen a sufrir el abandono y seguidamente la indiferencia del progenitor/a que se desinteresa por completo de su cuidado, dejándolos a merced de una sociedad cada vez más consumista y cada vez menos solidaria.

Ah este tema lo eh seleccionado por tratarse de un problema de realidad jurídica actual, debido a su gran trascendencia ya que existen casos en donde de manera errónea o mal tensionada se interpone este tipo de pensiones provisionales de alimentos a personas que no tienen ningún parentesco con el alimentado puesto que algunas madres vienen a ser beneficiadas por estas pensiones y no toman en cuenta el daño psicológico que ocasiona a terceros, sin tener una parte de certeza si es o no el padre del niño, niña o adolescente, si bien es cierto el art 128 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dice que los valores que son cancelados por pensiones alimenticias no serán objeto de reembolso es decir si no hay parentesco porque se paga pensiones que a la final no son reembolsables.

El **Art. 134** del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia nos habla acerca de la Fijación provisional de la pensión de alimentos.- 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. Para que proceda a la prestación de estos alimentos considero que se debería tomar en cuenta en primer lugar la realización de una prueba de paternidad mediante ADN vale recalcar que esto se produciría en el caso de que el supuesto hijo no haya sido reconocido por el supuesto padre, luego de que se muestren los resultados de la prueba ahí si pueda establecerse la fijación de la pensión alimenticia teniendo la certeza de que el niño es el hijo.

El contenido de la presente Tesis es un esfuerzo intelectual en el ámbito científico y metodológico, y tratando de proteger el derecho del presunto padre con respecto a la imposición de pensión alimenticia en cuanto se produzca la filiación, en vista de la inexistencia de inconstitucionalidad legal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica por nacer de un problema social y jurídico, que si bien es cierto es trascendental, novedoso, de interés general y de actualidad ya que está relacionado con la prestación de alimentos y las responsabilidades que tienen los verdaderos alimentantes.

Estas prestaciones alimenticias están obligadas a pasar las personas que tengan vínculo de consanguinidad o parentesco, sean estos padres, abuelos y tíos.

Así mismo la ley determina quién o quiénes son los obligados a satisfacer esta prestación alimenticia, en tal virtud el Art. 129 del Código de la Niñez y Adolescencia establece un orden lógico de los obligados para cumplir esta obligación con los menores y sus excepciones estos son 1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados; 2. Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y, 3. Las personas de

cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos; y, el Código Civil en su Art. 349 norma este tema en general así como 1. Al cónyuge; 2. A los hijos; 3. A los descendientes; 4. A los padres; 5. A los ascendientes; 6. A los hermanos; y, 7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

Si bien es cierto que el verdadero fundamento para esta prestación, está dado por la existencia de un **determinado vínculo de consanguinidad** que une al alimentado con el alimentante, y que este hecho crea necesariamente una obligación moral para la existencia del Derecho a Alimentos, no es menos cierto que la existencia de la ley es imperativa, pues hace efectiva y exigible esta obligación meramente natural que no crea obligatoriedad, y la convierte en un derecho positivo para efectos de su demanda y cumplimiento.

Podemos darnos cuenta que mediante la impugnación de la paternidad, podremos consolidar el derecho a la verdadera identidad del niño y fundamentalmente el derecho de reclamar a su progenitor las obligaciones de proveer una formación moral, educación y los medios necesarios para su subsistencia

Por tal razón es que se debería reformar el artículo en mención y con esto acabar con este problema, que es muy común en nuestro medio y que ha traído más de un problema para los afectados y para jueces, que en algún momento quieren actuar con buena voluntad pero la ley no los deja ya que aún existen algunos vacíos que deben ser llenados.

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio teórico, jurídico y crítico acerca de la institución jurídica de la pensión provisional de alimentos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para evitar afectaciones a derechos de terceras personas visto el precepto de la no devolución de los valores.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Analizar la importancia de comprobar, la existencia del vínculo de parentesco (filiación) para la imposición de las pensiones alimenticias provisionales.
- 2.- Determinar daños psico-sociales, económicos al presunto progenitor tanto al presunto como al presunto hijo al fijar la pensión provisional cuando no existe filiación.
- 3.- Analizar la efectividad del derecho a su defensa del procesado en los juicios de prestación de alimentos en que no esté determinada la filiación.
- 4.- Plantear una propuesta de reforma legal al CON y A que garantice la seguridad jurídica armonice el evaluó a alimentos de niños, niñas y adolescentes, con derecho a la defensa con el marco del debido proceso.

HIPÓTESIS

Es necesario determinar la filiación previa a la fijación de pensión provisional de alimentos, de lo contrario puede generarse vulneración de los derechos del presunto padre, cuando se determine que no es el progenitor.

MARCO TEORICO

ALIMENTOS

Definición.- La palabra alimentos procede del latín ALIMENTUS, de ALO.- nutrir, es decir es el conjunto de fenómenos que tiene por objeto la conservación del ser viviente.

Para Larrea Holguín: “los alimentos consisten en las prestaciones de orden económicas a las que están obligadas por ley determinadas personas

económicamente capacitadas, en beneficio de ciertas personas necesitadas e imposibilitadas para procurarse esos medios de vida por sí mismas, con el objeto de que atiendan a las necesidades más apremiantes de su existencia”⁴²

Borda, manifiesta “Dentro de éste campo están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo en cuenta no solo sus necesidades orgánicas elementales como la palabra alimentar parecería sugerir, sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa”⁴³

Pensión Alimenticia.- “Cantidad que periódicamente perciben las personas que tiene derecho de ser alimentados de parte de la persona obligada a darlos”.

FILIACION

Definición.- Proviene de la raíz latina filius, la filiación se puede definir como el vínculo jurídico que une al hijo con sus padres, se predica entonces una relación jurídica productora de consecuencias en el campo del derecho y esta relación que se establece entre padres e hijos varía de acuerdo a ciertas circunstancias y aspectos.

Según Demolombe, “La filiación es el estado de una persona considerad como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre”⁴⁴

Bellusio dice: “La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con los progenitores”⁴⁵

La filiación significa entonces, emplazar a dos personas de distinto sexo en el estado de padre y madre y a una tercera en estado de hijo.

La filiación es un derecho natural e inherente al ser humano por cuanto toda persona tiene derecho a una identidad, en lo concerniente a lo jurídico tiene gran importancia por cuanto a través de la filiación se le determina la legitimidad de los hijos.

⁴² Larrea H, Juan “Derecho Civil del Ecuador” Corp. Estudios y Publicaciones-Quinta Edición pág. 401

⁴³ Borda A, Guillermo “Tratado de Derecho Civil Argentino” Edit. Perrot-Buenos Aires Tomo II pág. 343

⁴⁴ DOLOMBO, Louis, Derecho Civil, Tratado Civil de las Personas, Buenos Aires, 1952, Pág.82

⁴⁵ BELLUSIO, Edit. Derecho de las Personas, Ley de Chile 1965,Pág. 34

No ofrece dificultad, normalmente, la filiación materna, por ser hecho fácilmente conocido, a no ser en caso de las modernas prácticas genéticas. En cambio, respecto de la filiación paterna, es más compleja por cuanto se debe de presentar

Clases de Filiación

Filiación Legítima.-La filiación legítima, se sustenta en el hecho de haberse llevado a efecto el matrimonio, es el conjunto de vínculos o lazos jurídicos que une al hijo con sus padres casados.

La fuente de la legitimidad es el matrimonio, por lo tanto el “Art. 233 del Código Civil párrafo primero manifiesta que “el hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido”⁴⁶.

El fundamento de este principio está amparado en la presunción legal de la fidelidad de la mujer y de la cohabitación conyugal, por consiguiente, sólo se exige que los padres estuvieran casados en el momento de la concepción, lo cual indica que no afecta la legitimidad el hecho de que el matrimonio se destruya más tarde por el divorcio o por una causal de nulidad.

Filiación Extramatrimonial.- Es el vínculo que une al hijo con sus padres no casados entre sí. Se origina en las relaciones sexuales que tienen operancia por fuera del matrimonio, es decir que los procreantes no son casados entre sí, y por ello el hijo concebido será llamado extramatrimonial.

El término extramatrimonial, es de gran importancia puesto que es el resultado de un largo proceso dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para lograr el principio de igualdad de los hijos nacidos por fuera del matrimonio.

⁴⁶ Código civil ecuatoriano art 233

El Código Civil Ecuatoriano, permite que todos los hijos sin importar de qué padre provengan puedan ser reconocidos como hijos extramatrimoniales, además, se permite que el hijo extramatrimonial pueda investigar judicialmente su paternidad, se estable que el hijo extramatrimonial hereda la misma cuota que el hijo legítimo.

Filiación por Adopción.- La adopción está regulada por el Código de la Niñez y Adolescencia, el Art. 151 establece que la adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentra en aptitud social y legal para ser adoptados.

Cabe indicar que el Art. 152 del mismo cuerpo legal exige la adopción plena, es decir que en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial, en consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

Podemos afirmar que la adopción es el acto por medio del cual se le otorga la calidad de hijo legítimo a quien por naturaleza no lo es, y se establece un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptivo el cual se denomina parentesco civil.

Algunos autores explican que la adopción es una ficción, pues trata de imitar los vínculos de sangre al tener como hijo a quien biológicamente no lo es; es así como autores franceses, como Planiol, Colin y Capitant, definen la adopción como el “vínculo ficticio que crea entre personas extrañas las relaciones inherentes a la paternidad y la filiación”⁴⁷.

La filiación tiene como caracteres esenciales la certeza y la estabilidad. Con la certeza la ley requiere que no haya dudas sobre la filiación, pretendiendo una paternidad indudable; y con la estabilidad la ley requiere que el estado que la filiación ofrece sea permanente, firme y duradero, que se traduce por garantía de firmeza por la no posibilidad de impugnación o aceptación del padre.

⁴⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Edición 2010 Pág. 235

Las obligaciones alimenticias y el reconocimiento de la filiación, son elementos integrantes de la paternidad responsable ya que estos representan algunos de los temas más importantes en el ámbito de la justicia en nuestro país, ya que las fallas y ausencias en los mecanismos que garantizan estos deberes constituyen una violación a los derechos de las niñas y los niños y una de las variantes de violencia económica y emocional que con mayor frecuencia padecen las mujeres ya que por esto viene a surgir una serie de conflictos donde de una forma mal intencionada la madre procede a mentir sobre la paternidad del niño.

Un reconocimiento de Paternidad y Filiación, sería lo más rápido y efectivo y siempre protegiendo los derechos del niño que esto fuera por la vía voluntaria, para que no se vuelva un trámite largo y caro para las partes.

Al igual que muchos libros, tesis sobre la Paternidad y Filiación Muchos coinciden en “Los hijos nacidos dentro del matrimonio, gozan de privilegio especial por el solo hecho de ser hijos nacidos del matrimonio, pues serán inscritos como hijos de sus padres, pudiendo entonces desde ese momento gozar de la protección que la ley prevé. Contrario pasa con los hijos nacidos fuera del matrimonio, pues existe un alto índice de niños que no son reconocidos por sus padres, ello debido muchas veces a factores sociales, culturales, étnicos, económicos y hasta religiosos, quedando el niño en un estado de desprotección legal, desde su propio nacimiento.

La mayoría de las veces, ante la indiferencia del padre ante su paternidad, las madres acuden ante el Registrador a inscribir a su hijo, como hijo natural, para que quede inscrito únicamente como hijo de ella y que tenga derecho a usar ambos apellidos maternos

LA IDENTIDAD.

Cada individuo se reconoce a sí mismo como persona y percibe, además, que su personalidad es diferente a la de los demás, es importante que para adquirir una identidad, se necesita convivir con otras personas y sobre todo con la madre y el padre.

La identidad también incluye la capacidad de reconocer y estimar la pertenencia a una sociedad, a una nación, a una comunidad, esto implica que la persona comparte con otros una historia común, así como unos ciertos valores que todos respetan.

Cabanellas define a la identidad como: “Calidad de idéntico, igualdad absoluta; lo cual integra un imposible lógico cuando existe dualidad de seres u objetos por la distinta situación, entre otras circunstancias de inevitable diversidad. Parecido, semejanza, similitud, analogía grandes. Filiación, señas personales”⁴⁸.

“La identidad, se comprende como aquel núcleo del cual se conforma el yo. Se trata de un núcleo fijo y coherente que junto a la razón le permiten al ser humano interactuar con otros individuos presentes en el medio”⁴⁹

El derecho a la identidad no debemos de entenderlo o dirigirnos a los rasgos o señales físicas, biológicas, fisiológicas o psicológicas, sino a una personalidad frente a la familia sociedad y Estado.

PATERNIDAD

Definición.- Es el vínculo natural, legal y moral que une al padre con su hijo, ahí se adquiere la calidad de padre, paternidad y filiación son dos facetas de una misma cuestión o prácticamente, dos términos correlativos. La relación natural establecida por la generación entre generado y generadores se denomina filiación con relación al hijo, la paternidad legal se la puede adquirir por presunción cuando el hijo ha sido concebido dentro del matrimonio, voluntariamente por un reconocimiento por voluntad propia y por decisión judicial declarada por el Juez mediante sentencia.

Este vínculo jurídico genera automáticamente derechos y obligaciones recíprocas, como los alimentos, patria potestad, educación, identidad, sucesorios y más que establezcan las leyes.

⁴⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Edición 2010 Pág. 235

⁴⁹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Identidad>

ACCIONES

Definición.- Acción es la facultad de pedir una cosa mediante el planteamiento de un proceso o procedimiento, es el ejercicio legal que tiene una persona para hacer algo cuando considere que alguno de sus derechos está siendo afectado, es un derecho subjetivo por cuanto es potestad de la persona en plantearlo, en lo concerniente a la paternidad existen algunas acciones que se pueden entablar para determinar la filiación.

DEBIDO PROCESO

Definición

“El debido proceso es un principio legal por el cual el estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener la oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez. el debido proceso establece que el gobierno está subordinado a las leyes del país que protegen a las personas del estado. Cuando el gobierno daña una persona sin seguir exactamente el curso de la ley incurre en una violación del debido proceso lo incumple el mandato de la ley.”⁵⁰

DERECHO DE DEFENSA

Definición

“Es el derecho de una persona física o jurídica, o de algún colectivo a defenderse ante un tribunal de justicia de los cargos que se le imputan con plenas garantías de igualdad e independencia. Se trata de un derecho que se da a todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en cualquiera de las fases del procedimiento. Así mismo

⁵⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/DebidoProceso>

se impone a los tribunales de justicia el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes e impedir que las limitaciones de algunas de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión.”⁵¹

METODOLOGÍA.

La investigación es un proceso descriptivo, explicativo y creativo; en el presente trabajo aplicare todos los conocimientos adquiridos en las aulas universitarias los mismos que estuvieron enmarcados y complementados con la deducción, la inducción, el análisis y la síntesis, mediante el método dialéctico en un continuo de ir y venir de conceptos y razonamientos jurídicos. En el presente trabajo recorreré del nivel teórico al práctico; de lo abstracto a lo concreto, problematizando de acuerdo con el tema, la hipótesis y los objetivos planteados, a fin de reproducir la realidad objetiva.

MÉTODOS

En el presente trabajo investigativo utilizare algunos métodos que a continuación los detallo:

Método Científico: Método de estudio sistemático de la naturaleza muy principal dentro del acopio bibliográfico que incluye las técnicas de observación, reglas para el razonamiento y la predicción, ideas sobre la experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos, se constituye en la base de toda investigación.

Método Deductivo: Posibilitaran tener una referencia de los aspectos generales, para aplicarlos en los casos particulares y específicos, base fundamental para la elaboración de la propuesta jurídica de reforma.

⁵¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/DerechoDefensa>

Método Hipotético Deductivo: Permitirán comprobar la hipótesis con respecto a la consecución de los objetivos; en donde se podrá evidenciar la falta de incisos los cuales los planteare en la propuesta de reforma Legal.

Método Analítico: lo utilizare para analizar el entorno jurídico de las personas que pasaron por circunstancias similares al tema de mi tesis.

Método Experimental: lo utilizare para en base a la información obtenida elaborar los cuadros y gráficos estadísticos que permitan comprender mejor la información recolectada.

Método Descriptivo: Se usara para realizar los análisis de los cuadros estadísticos, desde la tabulación hasta enunciar el porqué de los hechos.

PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Encuesta: utilizaré esta técnica para conocer el criterio de las personas que fueron afectadas por este vacío legal, respecto del entorno jurídico, información que permitirá la verificación de los objetivos y contrastación de la hipótesis.

CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1) Tutoría: Explicación y orientación del proyecto		■																						
2) Elaboración de la Matriz Problemática;			■																					
3) Selección y formulación del problema; indagación científica, problematización, justificación, objetivos, hipótesis y marco teórico: biblioteca, Internet, revistas			■	■	■	■																		
4) Recopilación de información							■	■																
5) Elaboración del Proyecto de Investigación									■	■														
6) Acopio científico de la información bibliográfica										■	■													
7) Acopio empírico de la investigación de campo												■												
8) Elaboración de encuesta													■											
9) Aplicación de encuesta														■										
10) Presentación, interpretación, análisis y confrontación de los resultados de la investigación														■	■									
11) Verificación de objetivos e hipótesis y concreción de las conclusiones, recomendaciones y propuesta																■	■	■						
12) Redacción del informe final																				■	■			
13) Socialización, presentación y evaluación de los informes finales																							■	

PRESUPUESTO Y RECURSOS

Talento Humano

a. Proponente del proyecto:

- Susana Estefanía González Guamán

b. Director de la tesis

- S/N

c. Encuestados

d. Entrevistados

Recursos Económicos

RECURSOS MATERIALES

Material de oficina	\$	150,00
Material bibliográfico	\$	50,00
Digitación del texto	\$	150,00
Transporte, movilización y alimentación	\$	350,00
Servicio de internet	\$	40,00
Imprevistos	\$	150,00
TOTAL	\$	890,00

El total de gastos asciende a la suma de \$ 890,00 (OCHOCIENTOS NOVENTA DOLARES AMERICANOS)

Financiamiento

El presente trabajo investigativo, será financiado con mis propios recursos.

BIBLIOGRAFÍA

- <http://www.monografias.com/trabajo65/ADN/>
- DOLOMBO, Louis, Derecho Civil, Tratado Civil de las Personas, Buenos Aires, 1952, Pág.82 4BELLUSIO, Edit. Derecho de las Personas, Ley de Chile 1965,Pág. 34
- Borda A, Guillermo “Tratado de Derecho Civil Argentino” Edit. Perrot-Buenos Aires Tomo II pág. 343
- Larrea H, Juan “ Derecho Civil del Ecuador” Corp. Estudios y Publicaciones-Quinta Edición pág. 401
- <http://es.wikipedia.org/wiki/DerechoDefensa>
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Edición 2010 Pág. 235
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Identidad>
- OSSORIO, Manuel, Ob. Cit. Pág.406
- <http://es.wikipedia.org/wiki/DebidoProceso>
- código civil ecuatoriano art 233

ANEXO N° 2



**FORMATO DE ENCUESTA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
CARRERA DE DERECHO**

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Señor encuestado le solicito a usted muy comedidamente se sirva contestar la presente encuesta orientada recoger la información suficiente para fundamentar mi trabajo de investigación titulado, **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 9 DE LA LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA TÍTULO V CAPÍTULO I, DERECHO DE ALIMENTOS (FIJACIÓN PROVISIONAL DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS) TENDIENTE A QUE PREVIA SU FIJACIÓN SE ESTABLEZCA LA FILIACIÓN, PARA EVITAR AFECTACIONES AL DEBIDO PROCESO”**

CUESTIONARIO

1. Cree usted que en juicios de alimentos se debería comprobar la existencia del vínculo de parentesco (filiación) para fijar las pensiones alimenticias.

SI () NO ()

2. Está usted de acuerdo que en los juicios de prestación alimenticia se ordene inicialmente la prueba de ADN en el proceso a disponer el pago de pensión alimenticia provisional?

SI () NO ()

3. Considera necesario que haya sanción para las personas que demanden prestación de alimentos a quien no es el padre del alimentado.

SI () **NO ()**

Si su respuesta es afirmativa, cuál de estas penas sería correcto aplicarlas

- a) Privación de libertad
- b) Devolución total de los dineros pagados por el supuesto padre al representante del menor
- c) Multa
- d) Trabajo comunitario

4. Cuáles serían las consecuencias que acarrearía una vez establecida la no filiación al supuesto padre

- e) Daño psicológico y emocional al presunto padre
- f) Afectación económica
- g) Conflicto familiar
- h) Daño psicológico y emocional al presunto hijo

5. Piensa que con la reforma al Art...9 (134).- fijación provisional de la pensión alimentos del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se evitarían daños psicológicos al presunto padre e hijo, ocasionado por la irresponsabilidad o mala fe procesal de la madre al demandar a una persona sobre la cual no tiene la certeza respecto de su paternidad.

SI () **NO ()**

6. Cree usted que es necesario y urgente reformar el Art...9(134) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tendiente a que previa su fijación se establezca la filiación para afectar derechos a terceras personas.

SI () **NO ()**

ANEXO N° 3



**FORMATO DE ENTREVISTA
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
CARRERA DE DERECHO
ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Señor encuestado le solicito a usted muy comedidamente se sirva contestar la presente encuesta orientada recoger la información suficiente para fundamentar mi trabajo de investigación titulado, **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 9 DE LA LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA TÍTULO V CAPÍTULO I, DERECHO DE ALIMENTOS (FIJACIÓN PROVISIONAL DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS) TENDIENTE A QUE PREVIA SU FIJACIÓN SE ESTABLEZCA LA FILIACIÓN, PARA EVITAR AFECTACIONES AL DEBIDO PROCESO”**

CUESTIONARIO

1. Usted cree que al presunto padre y obligados subsidiarios según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia garantiza el derecho a la defensa en el momento de la fijación de la pensión provisional de alimentos?
2. Considera usted adecuado que en un juicio d alimentos, antes de determinar la filiación se fije una pensión provisional de alimentos?
3. Considera usted que tanto el demandado como el demandante tengan los mismos derechos en un juicio de alimentos?
4. Cuál cree usted que debe ser la sanción a las personas que de manera mal intencionada se interpone una acción de prestación alimenticia a personas que no tienen ningún parentesco con el alimentado?
5. Usted considera posible que al momento de la fijación de la pensión provisional de alimentos conforme a la legislación actual del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se vulnera el derecho a la defensa en el marco del debido proceso del presunto padre y obligados subsidiarios?

INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACION.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	8
6. RESULTADOS.....	65
7. RESULTADOS	67
8. DISCUSIÓN.....	84
9. CONCLUSIONES.....	90
10. RECOMENDACIONES.....	92
9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	94
10 BIBLIOGRAFÍA.....	97
11. ANEXOS.....	99
ÍNDICE.....	118