



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO:**

*“La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP”.*

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN  
DEL GRADO DE ABOGADA.

**AUTORA:**

Lilia Eulalia Vinueza Varela

**DIRECTOR:**

Dr. Francisco Sinche Mg. Sc.

**Loja- Ecuador**

**2017**

## CERTIFICACIÓN

Dr.

Francisco Sinche Mg. Sc.

**DOCENTE DE LA UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA Y DIRECTOR DE TESIS**

### CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del Grado de Abogada, titulado "**La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP**", de la Srta. Lilia Eulalia Vinueza Varela; ha sido dirigido, supervisado y revisado en todas sus partes, el mismo que cumple con los requisitos legales que exige la Institución. Por lo que queda autorizada su presentación.

Loja, mayo de 2017



**Dr. Francisco Sinche Mg. Sc.**

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, **Lilia Eulalia Vinueza Varela**; declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Firma:** -----

**Cédula:** 150042396-5

**Fecha:** Loja, Junio de 2017

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

Yo, **Lilia Eulalia Vinueza Varela**; declaro ser autora de la tesis titulada "**La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP**" como requisito para optar al Grado de **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 14 días del mes de Junio de dos mil diecisiete, firma el autor.

Firma:.....

Autor: Lilia Eulalia Vinueza Varela

Cédula: 150042396-5

Dirección: Napo, Barrio el Chaco; calles Brasil de Franco No. 17-27

Correo Electrónico: liliavinuezavarela@gmail.com

Teléfono Celular: 099163229-2

**DATOS COMPLEMENTARIOS.**

Director de Tesis: Dr. Francisco Sinche Mg. Sc.

Tribunal de Grado: Dr. Darwin Quiroz Mg. Sc.

Dr. Augusto Astudillo Mg. Sc.

Dr. Marcelo Costa Mg. Sc.

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo lo dedico en especial a mi familia los mismos que son parte fundamental dentro de estos años de preparación académica, de igual forma lo dedico a la Carrera de Derecho, que forma parte de la nueva generación, y son el manantial del cual nace y se fructifica el derecho y la sociedad

**LA AUTORA**

## **AGRADECIMIENTO**

Dentro de mis años de preparación académica, he recibido el apoyo incondicional de los seres que forman parte de mi existir sin los cuales no podría culminar mi preparación y los objetivos como profesional en la rama del derecho por lo tanto debo manifestar mis agradecimientos; de igual forma al todopoderoso, que forma parte de mi espiritualidad y ser.

El presente trabajo investigativo está dirigido a mis profesores, a mi familia y amigas (os) y en especial a la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, parte fundamental en esos días de tesón y esfuerzo, que me ha permitido culminar en estos años de preparación académica para de esta forma ser útil a la sociedad y a mi familia, de igual forma lo dedico al doctor Dr. Francisco Sinche, en su calidad de Director de Tesis quien supo inculcarme sus conocimientos para la terminación de la presente tesis, por lo que le doy las gracias por el apoyo incondicional.

**LA AUTORA**

## **1. TITULO**

“La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP”

## 2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación cuyo tema es **“La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP”** cuyo objetivo está orientado al análisis crítico, jurídico y doctrinario de la legislación ecuatoriana, en especial sobre la niñez y adolescencia, en lo referente a la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A,D.N., en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos, así como establecer una reforma jurídica al Código Orgánico General de Procesos, para abordar un tema de la realidad jurídica y social del Ecuador.

El artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, regula sobre el contenido de la demanda, que se la deberá presentar por escrito, y en el numeral 7 sobre la prueba nos indica: **“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos.- Se acompañara la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medias pertinentes para su práctica”**<sup>1</sup>. El artículo 143 del mismo

---

<sup>1</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 142 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)



Código Orgánico General de Procesos enumera y describe los documentos que se deben acompañar a la demanda y en el numeral 5 hace notorio que:

**“Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación<sup>2</sup>”.** Y el artículo 146 ibídem patentiza que:

**“Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias...<sup>3</sup>”.** A más de estas normas es imprescindible tener muy en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles, y los jueces deben actuar protegiendo el interés superior del niño.

Del análisis de los principios constitucionales y de la normativa legal, tenemos que por norma expresa del Código Orgánico General de Procesos, la prueba que se quiere hacer valer en la audiencia de juzgamiento ya debe estar aportada o mencionarla para solicitar sus resultados; no está claro en qué momento se debe realizar el examen del ácido desoxido ribonucleico

---

<sup>2</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 143 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

<sup>3</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 146 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

ADN, imperando el criterio que debe anunciársela y aportarla al momento de la demanda; por otro lado existe la norma constitucional que obliga al juzgador a determinar un trámite para que tenga vigencia los derechos de las personas y también velar por los derechos de las personas lo que para el presente caso no existe.

## 2.1. ABSTRACT

The present research work, whose theme is **"The Proof Of Ribonucleic Deoxide Acid -Adn-, In The General Organic Code Of Processes - Cogep"** whose objective is oriented to the critical analysis, legal and doctrinal of the Ecuadorian legislation, especially on childhood And adolescence, in relation to the practice of the test of ribonucleic acid A, DN, in the Code of Childhood and Adolescence and in the General Organic Code of Processes, as well as to establish a legal reform to the General Organic Code of Processes, To address an issue of the legal and social reality of Ecuador.

Article 142 of the General Organic Code of Processes regulates the content of the application, which must be submitted in writing, and in number 7 on the test indicates: "The announcement of the means of proof offered to prove The facts.- The list of witnesses must be accompanied by an indication of the facts on which they will testify and the specification of the objects on which the proceedings will take place, such as judicial inspection, exhibition, expert reports and similar ones. If they do not have access to documentary or expert evidence, their content will be described, with precise indications as to where they are located and the request for means relevant to their practice. " Article 143 of the General Organic Code of Processes lists and describes the documents that must be attached to the application and in paragraph 5 it is well known that: "The means of evidence available, intended to support the claim, specifying the data and all the information that is necessary for its

performance." And article 146 ibidem states that: "Qualification of the demand. Once the lawsuit is filed, the judge or the judge within a maximum period of five days will examine whether it meets the general and special legal requirements that are applicable to the case. If you comply with them, you will qualify, process and arrange the practice of the requested requests. If the claim does not comply with the requirements set forth in this Code, the judge or judge will order that the plaintiff or the plaintiff completes or clarifies within three days, if not, order the filing and return of the documents attached to She, without having to leave copies ... "In addition to these norms, it is essential to take into account that the rights of children and adolescents are inalienable, inalienable, and imprescriptible, and judges must act to protect the best interests of the child. From the analysis of the constitutional principles and legal regulations, we have that by express standard of the General Organic Code of Processes, the test that is wanted to assert in the hearing of judgment already must be contributed or to mention it to request its results; It is not clear at what point the DNA ribonucleotide deoxy de must be tested, with the criterion that must be announced and given at the time of the application; On the other hand there is the constitutional rule that obliges the judge to determine a procedure for the enforcement of the rights of individuals and also to ensure the rights of individuals that for the present case does not exist.

### 3. INTRODUCCION

Con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos, la perspectiva de la justicia da un giro total de entorno al procedimientos de los procesos en materias no penales, es así que el nuevo COGEP, presente un sinnúmero de innovaciones en los procedimientos civiles, y también vacíos legales como lo es la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A,D.N., en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos, por la sencilla razón que no está establecido en que momentos procesal se debe practicar dicha prueba, tomando en consideración que nos constituimos en un estado social de derechos y justicia en donde los juzgadores deben amparar a las partes procesales.

Del análisis de los principios constitucionales y de la normativa legal, tenemos que por norma expresa del Código Orgánico General de Procesos, la prueba que se quiere hacer valer en la audiencia de juzgamiento ya debe estar aportada o mencionarla para solicitar sus resultados; no está claro en qué momento se debe realizar el examen del ácido desoxido ribonucleico ADN, imperando el criterio que debe anunciársela y aportarla al momento de presentar la demanda; por otro lado existe la norma constitucional que obliga al juzgador a determinar un trámite para que tenga vigencia los derechos de las personas y también velar por los derechos de las personas lo que para el presente caso no existe.

Como hemos podido ver existe un vacío legal el cual está creando serias dificultades a las personas para demandar la declaratoria de paternidad, lo que conlleva a la negación de derecho constitucional de la identidad, al derecho de las personas a conocer a sus verdaderos padres, al derecho de alimentos, al derecho de sucesión, entre otros.

Este vacío legal debe ser llenado por el legislador, sin embargo hasta que eso ocurra se está denegando el trámite y ordenando el archivo a este tipo de demandas por falta del aporte de la prueba del ADN rechazado; y en otro casos, que es peor aún, se está aceptando las demandas, sin el aporte de la prueba del ADN, pero están siendo rechazadas sus pretensiones en sentencia, lo que es mucho más grave para los intereses del demandante ya que de acuerdo al artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos una vez ejecutoriada la sentencia no podrá seguirse un nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho, lo que se conoce como “**non bis indent**”.

Finalmente, la intención de este trabajo es dar luces al legislador para que reformen el Código Orgánico General de Procesos, mediante la agregación de un artículo, que como excepción, permita el realizarse el examen del ADN, luego de la contestación a la demanda y antes de la realización de la audiencia de juzgamiento, con lo cual estaríamos actuando conforme al

contenido integral de la Constitución, en especial a los derechos constitucionales de los niños, niñas, y adolescentes.

La presente tesis de investigación se encuentra estructurada de la siguiente manera:

En primer lugar de un Marco Conceptual, que comprende conceptos y definiciones de la prueba del examen del ácido desoxido ribonucleico ADN, características del derecho de alimentos, naturaleza jurídica del derechos de alimentos, familia, tipos de familia, niño, niña y adolescente, patria potestad, privación o pérdida de la patria potestad, legitimación, clases de legitimación, legitimación activa y pasiva, legitimación ordinaria y extraordinaria, por sustitución procesal, defensoría del pueblo, defensoría pública, entre otros conceptos que darán mayor realce al tema propuesto; un Marco Doctrinario, que abarca doctrinas de tratadistas y estudiosos sobre el tema de patria potestad, familia, legitimación, entre otros, una Marco Jurídico, que corresponde el análisis de la Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, el análisis del Código de la Niñez y Adolescencia y Código Civil, respecto a la patria potestad y su legitimación activa para demandar estos procesos, luego se establece una legislación comparada, misma que sirvió para realizar un análisis de la materia de otros países y poder extraerlo lo más positivo.

En segundo lugar el trabajo investigativo comprende un estudio de campo en el que se desarrolla encuestas y entrevistas a conocedores del derecho en el que me ayudan a determinar o contrastar los objetivos e hipótesis planteada.

En tercer lugar luego del análisis de la investigación de campo se procedió a las conclusiones y recomendaciones y por ultimo a una propuesta jurídica necesaria para la solución del problema planteado.



## 4. REVISIÓN DE LA LITERATURA

### 4.1. MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.2.- LA PRUEBA DEL ADN.

La prueba del ADN es una de las pruebas biológicas que actualmente existen, esta consiste en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo. El diccionario Jurídico de Medicina Legal establece que:

**"El ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN, es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria<sup>4</sup>"**

El ADN está presente en todos los indicios cualquiera que sea su origen como son sangre, semen, pelos, salivas, huesos, dientes entre otros, esta es la prueba biológica más precisa es la de la tipificación del ADN pues su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir de una

---

<sup>4</sup>DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE MEDICINA LEGAL, 2008

muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido. La negativa a someterse a las pruebas hará presumir el acierto de la posición contraria.

Estas pruebas biológicas pueden ser pedidas de oficio por el juez, además de ser requeridas por las partes, la combinación de las secuencias de ADN del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del niño o niña; sólo de esta manera se tendrá una seguridad, generalmente de más del 99%, sobre la paternidad del menor de edad.

## **4.2 LA PATERNIDAD**

### **4.2.1 CONCEPTOS**

Para CABANELLAS Guillermo la paternidad es **“La calidad de padre, respecto de los hijos, condición que nace de la relación parentofilial, afectivas y acorde al estado civil de quienes han procreado<sup>5</sup>”**.

CABANELLAS Guillermo señala: **“ vínculo natural, moral y legal; que lo une con ser hijo<sup>6</sup>”**

Para BARRIENTOS Javier **“Es la relación que surge del vínculo biológico de ser tal de quien engendró y de quien desciende<sup>7</sup>”**.

---

<sup>5</sup> CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico 1998.

<sup>6</sup> CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico 1998

<sup>7</sup> BARRIENTOS GRANDON Javier, 2009.

La acción de paternidad puede intentarla una mujer siempre que tenga capacidad para representar a su hijo incapaz

El Art. 22 del Código Civil prescribe lo siguiente:

**“Los grados de consanguinidad entre dos personas se encuentran por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta, y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal”<sup>8</sup>.**

De lo establecido en los artículos anteriormente singularizados, se puede determinar la paternidad debe está bien establecida es decir que tiene que existir un vínculo, natural, moral y legal para poder ejecutar las acciones legales que tengan a bien realizar.

#### **4.2.2. REGLAS PARA ESTABLECER LA PATERNIDAD.**

Dado los principios fundamentales del debido proceso establecidos universalmente e incorporados a la Constitución de la República del

---

<sup>8</sup> CODIGO CIVIL DEL ECUADOR. Art. 362 Ediciones Legales 2016

Ecuador, y con el advenimiento de la Ley reformativa al Título V. Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. La legislación ecuatoriana para los denominados grupos vulnerables, fija el régimen procesal del juicio de alimentos en los artículos enumerados desde el Art. 01 hasta el 45 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Se adecua bastante a las necesidades del proceso encontrando supletoriedad en la norma; situación está que ha resuelto el represamiento de causas, audiencias, autos o resoluciones que fijan las pensiones alimentarias y una pronta solución al problema de la falta de pago de los deudores o morosos alimentantes.

La sustanciación del juicio de alimentos y de paternidad, tiene aspectos judiciales con un procedimiento propio y con el procedimiento sumario, ejecutarse en una sola audiencia. En ella se presentan pruebas que han sido enunciadas en la misma demanda y se resuelve la pensión, en algunos casos, y sobre la filiación y la pensión alimenticia.

#### **4.2.3. REALIZACIÓN DEL EXAMEN DE ADN.**

Cabe destacar que el objetivo principal de la demanda de alimentos al padre que no ha reconocido a su hijo, es precisamente, que dentro del trámite de alimentos el Juez, a petición de parte, disponga el examen de ADN a sabiendas de que con resultado positivo o por la no comparecencia a dos señalamientos del accionado, obtiene que el juez disponga la inscripción del menor con el apellido del padre.

Estimamos que se impone una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en el sentido de que quede abierta la posibilidad que el padre declarado como tal por no asistir al examen en dos ocasiones, pueda en cualquier tiempo, a su costo practicarse la prueba del ADN.

Es importante tener en consideración que para el tratadista del derecho BARRIENTOS Grandon manifiesta **“Hemos verificado casos en los que el presunto padre ha desvirtuado su paternidad, después de muchos años de haber pagado los alimentos, con la prueba negativa del ADN”**<sup>9</sup>.

También para ALSINA Hugo **“No es simplemente el hecho de dar a una persona el apellido, con el tiempo, las circunstancias cambian y los intereses especialmente económicos son muy poderosos que amerita que la filiación entre padres e hijos sean, realmente entre padres biológicos”**<sup>10</sup>.

En la práctica diaria el Juez de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia ordena la realización de la prueba del ADN, mediante providencia señalar día y hora para que el presunto padre comparezca, con la madre y el menor que se pretende reconoce, a un centro médico donde practiquen estas pruebas que, generalmente es la Cruz Roja Ecuatoriana. Si COMPARECEN, padre, madre e hijo, se efectúa el examen y después de quince, días o un mes la Cruz Roja envía al juzgado los resultados de la

---

<sup>9</sup> BARRIENTOS Grandon Javier 2009

<sup>10</sup> ALSINA Hugo 2001 Pag.65

prueba. Si es positivo el juez ordena la inscripción con los datos del nacimiento e inscripción, lugar, fecha, tomo, página y aclarando el nombre completo que debe llevar. Si el presunto padre no comparece por dos ocasiones, el juez está obligado, por disposición del Art. 135 literal b del Código de la Niñez y Adolescencia a ordenar la inscripción del menor, presumiendo que la negativa le hace al presunto padre reo de paternidad.

El llamado análisis de ADN o huellas digitales genéticas constituye un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica aplicarse estará determinada por la cantidad y la calidad del ADN presente. La prueba de ADN es una de las pruebas biológicas más precisas de las que existen en la actualidad. Su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir De una muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido cualquiera.

Analizando las secuencias del ADN puede establecerse con exactitud absoluta la herencia genética, superando los márgenes de duda de la Histocompatibilidad (HLA). La negativa a someterse a la prueba de ADN, como a cualquier otro tipo de prueba biológica en los supuestos de reclamación demandas y acciones de filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio a quien se niega a las pruebas; púes, ninguna otra actitud, en principio, puede justificar esta actitud cuando lo que se está discutiendo es el estado de una persona con relación a su familia.

### **4.3. DERECHO A LA IDENTIDAD**

#### **4.3.1. CONCEPTOS**

El derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos.

La identidad, se define como el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social.

El derecho a la identidad, importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano, constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando, a su vez, la obligación tanto del Estado como de los particulares de respetar esta subjetividad jurídica.

La identidad de la persona, no se agota con los caracteres que externamente la individualizan, y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten

traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social, no interno. Consiste, en que cada persona no vea individualizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad.

En consecuencia, todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser él ser que auténticamente es.

Este derecho protege la finalidad que cada quien tiene de ser auténtico, de poder diferenciarse de los demás pero a la vez ser reconocido por ellos; por ello, la identidad no se da por el solo reconocimiento en un instrumento legal o la sola entrega del DNI, sino que es un proceso dialéctico.

Para el tratadista FERNÁNDEZ Sessarego expresa que **"la identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser igual estructuralmente a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser "uno mismo y no otro"<sup>11</sup>.**

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales.

---

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma 1992.



Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad.

Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia. **“El derecho está incluido en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989”<sup>12</sup>.**

#### **4.3.2. BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD**

En el Art. 66 de la Constitución de la República, señala los derechos de libertad, manifestando en el número 28 **“Se reconoce y garantizará a las personas (...).**

**“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**

---

<sup>12</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_a\\_la\\_identida](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_identida)

**como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales<sup>13</sup>”.**

El principio del socio afectividad es aquella acción que se caracteriza por la voluntad, de parte de quien adopta ser padre, de tener un hijo, de esta manera establece un vínculo de parentesco con el adoptado, y, como la adopción es irrevocable, también es irrevocable la filiación:

**“La verdad socio afectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.**

**El Principio socio afectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo principio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona<sup>14</sup>”**

Establecida constitucionalmente la familia afectiva, **“no hay motivo para que los juristas biologists opongan resistencia a la filiación socio**

---

<sup>13</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del Art. 45

<sup>14</sup> Serejo Sousa, 2005, pág. 510

**afectiva. Al fin y al cabo, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético<sup>15</sup>”**

La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socio afectiva o, como también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético.

La delimitación de la verdad socio afectiva tiene su origen en la evolución de las relaciones paterno filiales, estudiadas desde su aspecto biológico, en razón a su legalidad poco o nada determinan nuestros cuerpos legales en este sentido hago un análisis interpretativo, que identifica la delimitación de la verdad socio afectiva en nuestro país.

Los datos personales referentes a la vida afectiva y familiar son aquellos que se originan del carácter social del ser humano, es decir, de la interrelación e interacción entre dos o más personas. Estos datos representan la materialidad de los diversos vínculos que allende la vida de las personas van creando, fomentando o diseñando, como son los lazos familiares y sentimentales, o aquellos basados en el respeto, amistad o amor.

Esta clase de dato personal se distingue de los dos tipos antes enunciados por su origen, ya que los datos concernientes al origen étnico o racial, o

---

<sup>15</sup> Belmiro, 2011, pág. 504

referentes a las características físicas, morales o emocionales se originan del propio ser humano, mientras que la fuente de los datos relativos a la vida afectiva y familiar no se sitúa en el propio hombre, sino en sus vínculos con sus semejantes.

El dato personal representa la materialidad del ámbito íntimo del ser humano, aun cuando su origen derive del carácter social del hombre, ya que los vínculos o lazos sociales se sustentan o se integran por elementos reflejos de la intimidad, como son los sentimientos, emociones o sensaciones. Motivo por el cual, los datos relativos a la vida afectiva y familiar tienen como finalidad última la protección de la intimidad de las personas. La verdadera importancia se reviste cuanto se reconoce el valor de las dimensiones socio afectivas y éticas, las mismas que nacen de las relaciones sexuales, la familia y el matrimonio, elementos que forman la sociedad conyugal.

Al hablar de la verdad socio afectiva, hacemos referencia inmediatamente a la familia y a la sociedad, especialmente en lo que respecta a su importancia se lo mira desde la incidencia de la socialización de los niños, niñas, ya que representan un grupo prioritario, se lo puede indicar que en sus primeros años de vida solo son representados como un ser físico que solamente necesitan cuidado, alimentación, vestido, atención médica.

La finalidad del derecho de toda persona a accionar un proceso tendiente a establecer el vínculo filial se torna evidente cuando su objetivo es fijar una correspondencia entre la verdad biológica y el vínculo jurídico de filiación si existiere, con respecto a sus progenitores cuyo fin último es indagar el entronque sanguíneo entre la persona y sus progenitores estableciendo de modo adecuado el vínculo jurídico filial entre hijos y padres.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 36 establece las normas para la identificación, la misma consiste, en la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, en el mismo documento debe constar la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida, u solo en casos de inscripción tardía se deberá registrar en la ficha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente. Y, cuando se desconoce la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevaba los apellidos del progenitor que lo inscribirá, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor.

En el caso de desconocer la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente era inscrito por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país.

Esta disposición decreta igualmente que se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su opinión cuando sea posible, de esta manera la inscripción podrá ser solicitada por la persona encargada del programa de protección a cargo del niño o niña o por la Junta de Protección de Derechos.

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

El derecho a conocer los orígenes en materia de procreación asistida se plasma en el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad que han sido regulados por la Carta Magna **“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. Cuando algún niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”**<sup>16</sup>

La verdad biológica se basa en la reproducción natural humana con vínculo genético entre los padres y el niño y hasta hace pocos años imperaba la

---

<sup>16</sup> Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 80

procreación mediante el coito entre el hombre y la mujer como paso previo al embarazo constituyendo presupuesto natural de la filiación que a la vez tiene efectos legales.

La verdad biológica no debe ser el principio que prevalezca en una legislación moderna. Así, nos encontramos con la firmeza de los estados civiles, el proceso de adopción, la reproducción asistida, donde la veracidad queda en un segundo plano. Realidad que debe reconocerse en la ley, quien debe ser en principio un espejo de la realidad social, con lo que la filiación se conceptualiza con un trasfondo más social y cultural que biológico.

No obstante, muchas legislaciones como la reforma española de 1981, prefiere a la verdad biológica sobre la afectiva, confiriendo importancia en primer lugar a la prueba del ADN, y en segundo lugar a la presunción de paternidad por matrimonio por ejemplo.

### **4.3.3. TUTELA JUDICIAL**

#### **4.3.3.1. CONCEPTO.**

El término tutela judicial efectiva plantea uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición, sea porque puede ser observado desde una vertiente estrictamente procesal; bien como un derecho de naturaleza compleja que se desarrolla, o varias vertientes tal como lo ha señalado como

un derecho fundamental con su propia jerarquía, lo que impone una consideración distinta de la mera óptica de componente del debido proceso se está ante un desafío.

Algunos estudiosos del derecho, afirman que el derecho a la jurisdicción, constituye para Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, **“el derecho a la acción constitucionalizado, esa importancia, de antigua seguridad, encuentra sin lugar a dudas su origen en la autonomía del derecho de acción, la cual hoy se reconoce indiscutiblemente y que ayuda a comprender que hay un derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de la existencia ficción del derecho material controvertido”**<sup>17</sup>.

Toda persona, cumpliendo con los requisitos que el ordenamiento jurídico prescribe, puede requerir del Estado la prestación del servicio público de administración de justicia; la intervención estatal que tiene su cauce a través de un proceso, el cual debe reunir unas condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos. La fórmula juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como expresión de la potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho, por jueces y tribunales, con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.

El derecho a la tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta

---

<sup>17</sup> Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, 2008



fundada en derecho a una pretensión determinada que se dirige a través de una demanda, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.

En consecuencia es un que es un derecho de carácter autónomo, independiente, del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.

#### **4.3.3.2. OBJETO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

La tutela Judicial efectiva va dirigida hacia todas las personas como la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, obtengan una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas, que si bien se mencionan unas están destinadas a la concepción de un derecho generado por parte del estado, al mismo como generador jurídico, político, que abarca implicaciones de ser soberano y coercitivo, ya están formadas por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado.

El Código Orgánico de la Función Judicial, expresa literalmente lo siguiente:

**“La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de**

**los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigida.**

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

**La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocando indefensión en el proceso”<sup>18</sup>**

La tutela judicial efectiva nace de la vulneración de un derecho, he allí la necesidad de que se dé la composición de una Litis, que no es más que una contradicción entre las partes estable en diferentes posturas y argumentos, que a su criterio son válidos, es por ello la necesidad de la existencia de un Juez que tenga un conocimiento cabal de la realidad del asunto con respecto a lo tipificado en el ordenamiento jurídico de la Constitución, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales

---

<sup>18</sup> CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. Art. 6 Ediciones Legales 2016

ratificados por el Estado y demás leyes que le van a servir el momento de escuchar a las partes, tanto en sus afirmaciones como negaciones y en la presentación de un sin número de elementos probatorios.

Para el tratadista del derecho Dr. José Sebastián Cornejo expresa:

**“La tutela judicial efectiva y el debido proceso, si a una de las partes se le impugnó el derecho de defensa, lo cual condujo a una sentencia adversa, no podría bastar la sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia correctiva, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual acarrea la determinación de responsabilidad y una posible indemnización”<sup>19</sup>.**

Para el Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, la tutela judicial efectiva **“puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”<sup>20</sup>.**

El derecho a la tutela judicial efectiva requiere mucho más aun unas garantías mínimas de eficacia, la Constitución de la República del Ecuador, a más del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez y la

---

<sup>19</sup> José Sebastián Cornejo, Pag.67 2004

<sup>20</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón.2009 jcbg@andinanet.net

celeridad procesal, destierra la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habría la deseada efectividad en la administración de justicia.

#### **4.4 MARCO DOCTRINARIO**

##### **4.4.1. MARCO DOCTRINARIO**

###### **4.4.1.1. LA PRUEBA DEL ADN**

Para la Dra. Gisela Guillermina Zenere, la prueba del A.D.N. es una **“larga molécula que forma una doble hélice y es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética y posee dentro de sí misma la información genética para ser transmitida exactamente generación tras generación”**<sup>21</sup>.

Representa nuestra primera célula de identidad, un documento biológico que nos identifica como seres únicos a excepción de los gemelos. La propiedad biológica genética es estable, objetiva, y perfecta. Restrictiva en toda definición de identidad.

El genotipo es el conjunto de caracteres que permiten reconocer a un individuo, que se refiere tanto a los caracteres morfológicos (proteínas,

---

<sup>21</sup> ZENERE Gisela Guillermina, Revista saij.jus.gov.ar 2001

grupos sanguíneos, etc.) como a los fisiológicos o a los del comportamiento. Se llama genotipo a la información genética que codifica para un determinado fenotipo.

Para determinar el índice de paternidad es necesario saber con qué frecuencia se da el fenotipo, expresión visible de las combinaciones de genes de los genotipos, en la población.

Hay diversas metodologías para extraer A.D.N. El hisopado es un método importante y de gran aplicación con los testigos de jehová. En los test de paternidad los objetivos de mayor interés son excluir un hombre acusado falsamente o indicar que el hombre que no pudo ser excluido es el padre probable.

Se puede efectuar el diagnóstico prenatal de la filiación a través del estudio de las vellosidades coriales obtenidas por biopsia coriónica luego de la décima semana de gestación. También es posible por estudios en los amniocitos obtenidos por la técnica de amniocentesis y en restos embriofetales.

En los casos de los niños desaparecidos es probable que solamente sobrevivan parientes de la línea materna. En esos casos el método que se utiliza es el del secuenciamiento del A.D.N. mitocondrial.

Este A.D.N. es de herencia exclusivamente materna y homoplástico entre los individuos, por lo tanto cada individuo tiene exactamente el mismo A.D.N. mitocondrial que tienen sus parientes, tíos o tías por línea materna, abuela materna, y así en más, pudiéndose utilizar el material del progenitor premuerto.

Como se ha hecho alusión en el presente análisis, la prueba tiene como finalidad dentro del proceso judicial, la reconstrucción de los hechos para así llegar a la verdad de los mismos, reforzando el convencimiento del juez a la hora de decidir, pues la sentencia se edifica sobre los hechos que fueron probados dentro del proceso.

En ese sentido para Jordi Ferrer ha afirmado que la prueba del ADN debe ser **“considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial”**<sup>22</sup>; lo cual permite inferir que la decisión de fondo que adopte cualquier funcionario jurisdiccional dependerá de los medios de conocimientos allegados al proceso.

Los conocimientos científicos, técnicos y artísticos en ciertas áreas del saber resultan ser, hoy en día, de gran utilidad para el proceso, pues entran a hacer parte del conjunto de elementos probatorios que le permiten al juez efectuar una adecuada elección entre las diversas hipótesis posibles en torno a un

---

<sup>22</sup> FERRER Jordy, Prueba el ADN pag.234. año 2001.

mismo hecho; toda vez que al ser los jueces hombres de cultura común, al momento de juzgar sobre la veracidad de determinados hechos que escapan a su conocimiento, son entonces, las pruebas científicas y periciales las más aptas para la confirmación de los hechos de la causa.

El tratadista Xavier Abel Lluch se refieren a la prueba pericial científica cuando para la determinación de los hechos son necesarios conocimientos que exceden de los conocimientos de los hombre medio y exijan sapiencias de naturaleza técnica o científica, son pues **“operaciones probatorias en las que se utilizan instrumentos de conocimiento concernientes a la ciencia y a la técnica, así como de principios metodologías científicas”**<sup>23</sup>.

En el Código de Procedimiento Civil colombiano establece en su artículo 233 y siguientes lo pertinente a la prueba pericial, y entiende bajo este concepto todos los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que sean requeridos en el litigio.

En tal orden de ideas para el legislador la prueba científica hace parte de la prueba pericial, llevándonos en una relación de género y especie.

El tratadista Jairo Parra Quijano establece que **“el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos**

---

<sup>23</sup> LLUCH Xavier Abel. La valoración de la prueba. Pag. 56 año 2007

**técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hacer para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos”<sup>24</sup>**. Este medio de prueba lleva a la mente del funcionario sucesos que darán nuevas luces al debate.

Por otro lado hay doctrinantes como Enrique M. Falcón que la “**consideran como un medio probatorio autónomo o independiente de la prueba pericial”<sup>25</sup>**. Pues en la actualidad se encuentran claramente delimitados los requisitos necesarios para que un conocimiento sea considerado como ciencia, pasando por las ciencias duras (matemática, física, química, ingeniería, biología, farmacología, toxicología, genética) dirigidas al descubrimiento y formulación de leyes de la naturaleza y a la explicación de fenómenos empíricos, hasta llegar a las ciencias blandas (psicología, sociología, economía, historia, crítica literaria, entre otras) dirigidas al conocimiento de un evento, individuo u objeto concreto, y a la comprensión de actos, comportamientos o tendencias.

Dichos conocimientos y sus procedimientos para la verificación de las hipótesis por ellos planteados aumentan constantemente y pasan por un velo de rigurosidad, alejándola considerablemente de lo que hoy por hoy es la prueba pericial y sus procedimientos.

---

<sup>24</sup> PARRA QUIJANO Jairo. Op. Cit., p. 589

<sup>25</sup> FALCÓN, Enrique M. La Prueba Científica.



Por conocimiento científico se ha entendido aquel en el que por su objeto aspira a obtener, en la medida de lo posible, un conocimiento completo sobre la realidad, fundándose en investigaciones y conclusiones a las que se arribe mediante el estudio y que den la posibilidad de una verificación empírica; se trata entonces, de procedimientos que exigen una experiencia particular en el abordaje que permita obtener conclusiones muy próximas a la verdad o certidumbre objetiva.

En el ordenamiento jurídico colombiano, se ha de entender por prueba científica aquella prueba pericial, que debido al avance del conocimiento o técnicas científicas en un momento dado, es considerada como especialmente compleja y que requiere la participación de varios expertos en forma colegiada o la realización de estudios u operaciones técnicas que sólo algunas instituciones pueden llevar a cabo. Es menester aclarar, que aunque desde esta definición la prueba científica coincide con la prueba pericial, no toda prueba pericial es necesariamente científica, pues no siempre cuando aquella es practicada implica el uso de un conocimiento científico.

#### **4.4.1.2. PATERNIDAD.**

Para algunos tratadistas del derecho es:

**“La paternidad es el establecimiento legal de la relación de parentesco entre padre e hijo. Establecida la paternidad, el nombre del padre puede ser puesto en el certificado de**

**nacimiento, entonces el apellido del padre pasará a formar parte del nombre del hijo y de esta manera, tanto el hijo como el padre gozan de todos los derechos y obligaciones. Pero en cuanto al padre, debe cumplir con la responsabilidad paternal, tal como lo establece la ley”<sup>26</sup>.**

La palabra paternidad se origina de la voz latina paternitie. Paternitas (derivado de paternus), paternal. Es el vínculo que une al padre con el hijo, no sólo como el progenitor masculino, sino también como jefe de una familia o grupo. Es él quien tiene el dominio en su casa, aunque no tenga hijos, ya que esta palabra no se designa solamente a la persona, sino también a su derecho, finalmente lo podemos definir como la unión jurídica entre un padre y sus hijos.

Para el escritor Larios Ochaíta **“la paternidad crea obligaciones, como son la patria potestad, alimentos y otros”<sup>27</sup>.**

Para el maestro Cabanellas, paternidad **es: “La calidad de padre, vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo”<sup>28</sup>.**

Para Escriche, citado por el maestro Cabanellas, expresa que las palabras: **“paternidad y filiación indican calidades correlativas;**

---

<sup>26</sup> [www.MujeresHoy-paternidad-responsable-un-contrasentido.htm](http://www.MujeresHoy-paternidad-responsable-un-contrasentido.htm)

<sup>27</sup> Larios Ochaíta Carlos. Derecho Internacional Privado. Pág. 141.

<sup>28</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Pág. 246.

**esto es, aquella la calidad de padre, y esta la calidad de hijo. La Paternidad y la Filiación se clasifica de tres maneras: 1o. Naturales y civiles con respecto al padre y a los hijos de legitimo matrimonio; 2o. Naturales solamente, con respecto al padre y a los hijos nacidos fuera del matrimonio y 3o. Solamente civiles, con respecto al padre y a los hijos adoptivos”<sup>29</sup>.**

En los principios de la creación, cuando fue creado el ser humano, Dios al hombre (varón) le dio la comisión de procrear hijos y por supuesto de velar por los mismos. En aquel tiempo el padre y la madre velaban por los hijos, ambos cumplían con el papel que se les había asignado. Sin embargo con el transcurso del tiempo esto ha cambiado, hasta el extremo que la figura paternal ha desaparecido. El varón ha buscado la manera de evadir la responsabilidad como padre y la mujer se ha tenido que convertir en un padre y una madre para sus hijos, de varias mujeres entrevistadas que son madres solteras, expresaron que por falta de la figura paternal tienen problemas en el hogar, la mayoría ha coincidido que después de un noviazgo e incluso del matrimonio, muchos padres de familia se han retirado de los hogares y les han dejado el cuidado de los hijos únicamente a ellas. Pero según el Código Civil de Guatemala (Decreto Ley 106), establece que **”el marido es el padre del hijo concebido, a no ser que el mismo alegue imposibilidad para procrear o cualquier otra causa que ampare tal**

---

<sup>29</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Pág. 246.

**circunstancia**<sup>30</sup>, el problema surge cuando el hijo ha sido concebido fuera del matrimonio, es decir cuando la pareja no ha contraído nupcias ni ha estado unida legalmente, es aquí donde comienza el verdadero problema, ya que para establecer la paternidad del menor será necesario que el supuesto padre este de acuerdo o se declare a través de una sentencia en un proceso judicial. Comúnmente el varón es el que tiene la responsabilidad de proveer todo lo necesario para los hijos y la mujer se dedica al cuidado del hogar.

Sin embargo la irresponsabilidad ha hecho que las mujeres se queden solas, cuidando de sus hijos, exponiéndolos a la soledad y al peligro, ellas deben buscar un empleo para mantenerse a sí mismas y a sus menores hijos. Esto convierte a los menores en presas fáciles de la delincuencia.

Actualmente la mayoría de mujeres principalmente las madres solteras que viven en lugares lejanos de la capital ignoran que la Ley es decir la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia, promoviendo la igualdad de derechos tanto entre hijos matrimoniales como extramatrimoniales a través de una paternidad responsable, además proteja a los hijos de toda discriminación fomentando la igualdad entre los mismos. El Estado de Guatemala ha creado instrumentos legales a través de leyes ordinarias, entre ellas el Código Civil Decreto ley 106 específicamente en los Artículos 199 al 227 donde se establece la igualdad y derechos entre los

---

<sup>30</sup> CODIGO CIVIL DE GUATEMALA, Ediciones Jurídicas 2005.

hijos. Estos Artículos claramente establecen "que los hijos nacidos fuera del matrimonio también tienen los mismos derechos que los nacidos dentro de matrimonio"; así también han sido creadas leyes auxiliares como la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia, que protege al niño concediéndole derechos, entre ellos el de tener un padre que vele por su salud, educación, vestuario y alimentación, a ésta se une la nueva Ley que trata lo relativo al ADN (Ácido Desoxirribonucleico) creada recientemente por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto 39-2008, en la que se ordena que el supuesto padre debe realizarse la prueba de ADN, en caso se niegue a reconocer al menor y así establecer el parentesco y obligarlo a cumplir con su responsabilidad de padre.

Es por eso que la palabra padre tiene mucho significado, pero sólo se puede controlar su significado a través de su procedencia del latín pater / patris, que significa padre, que a su vez viene del griego ( (patér / patrós), palabra que se ha mantenido invariable durante años ha cambiado de forma sustancial y aunque no se ha podido fijar el significado original de padre; los que buscan en las palabras antiguas tienen la sospecha de que pudiera significar, sacrificador, refiriéndose a la función de sacerdote doméstico que tenía el padre en tiempos remotos y que en ese caso sería percibida como la principal de sus funciones.

Pero lo que sí está claro es que no significa engendrador, que es como actualmente se cree, porque no era esa la sustancia de la paternidad, sino el

dominio, cuya más alta expresión estaba en el sacerdocio. La sustancia de la paternidad estuvo en la patria potestad, sobre la que está vinculada; todavía hoy, las relaciones paterno filiales.

#### **4.4.1.3. DERECHO A LA IDENTIDAD**

Se entiende como identidad al conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.

Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual se uno mismo y no otro. Las características de la personalidad cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite conocer a la persona, a cierta persona en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano.

La identidad de ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro.

Para Fernández Sessarego, la identidad personal es **“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”**<sup>31</sup>. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Pero además la personalidad muestra un aspecto estático. Cuando nos

---

<sup>31</sup> Fernández Sessarego. Pág. 203. 2010

hallamos frente a una persona nos enfrentamos con una imagen y un nombre, El sujeto ha sido identificado primariamente.

El patrimonio ideológico cultural de la persona lo constituyen sus pensamientos, opiniones, creencias, comportamientos que se explayan en el mundo real y social.

Es el bagaje de características y atributos que definen la verdad personal., entonces el derecho a la identidad supone la exigencia del derecho a la propia biografía, es la situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser fielmente representado en su proyección social.

Para el jurista italiano Adriano de Cupis fue el primero en sistematizar el derecho a la identidad de las personas. Al explicar el derecho a la identidad expresaba que la identidad personal, es decir, **“el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede, en sí y por sí, ser destruida, y ser sí mismo significa serlo también aparentemente, en el conocimiento y en la opinión de los otros, y significa serlo socialmente”**<sup>32</sup>.

El derecho a la identidad incluye el nombre, la nacionalidad, la filiación, los caracteres físicos y morales, la profesión y los acontecimientos diversos de la vida.

---

<sup>32</sup> CUPIS de Adriano. Derecho a la Identidad 2002

En la doctrina argentina se ha abordado el contenido y significado del derecho a la identidad como derecho de la personalidad fundamental; al respecto se ha sostenido que el derecho a la identidad se refiere a los modos de ser culturales de cada uno.

Depende del dinamismo de la vida en su apariencia ante los otros, se auto crea y puede modificarse si se cambian las vivencias personales, las ideas políticas, religiosas y estéticas, hasta las costumbres y hábitos.

Los doctrinarios argentinos han sostenido que la identidad es la verdad exterior del propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico y profesional, según había aparecido con base en circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social.

Para la tratadista del derecho María Dolores Hernández Díaz-Ambrona la filiación se trata de una **“institución rica y compleja donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros, es buena piedra de toque y lugar de enfrentamiento de lo formal y lo material, formalismo y realismo como principios y concepciones jurídicas en continua tensión”**<sup>33</sup>.

Por lo demás últimamente está apareciendo una jurisprudencia relativa a estos problemas que trata de superar al respecto ciertas rigideces formales

---

<sup>33</sup> María Dolores Hernández Díaz-Ambrona Profesora Titular de Derecho Civil, U. C. M.



de carácter procesal, conducente, ante la peculiaridad del caso debatido, a un resultado ilógico y absurdo que parece repugnar al Derecho y a un elemental razonar jurídico.

El derecho a la identidad abarca:

**”Los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia. El derecho está incluido en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989”<sup>34</sup>.**

La identidad como derecho inherente a los niños y las niñas inicialmente, el problema a tratar en el presente trabajo es la discusión acerca de la definición jurídica de niños y niñas. Una vez analizada someramente la discusión, avanzaré sobre el derecho a la identidad, desde una perspectiva de los derechos de niños y niñas. Para ello tomaré como marco histórico la situación de los hijos y las hijas de desaparecidos, apropiados por la pasada dictadura militar en Argentina.

La importancia de analizar el derecho a la identidad desde una óptica de los derechos de niños y niñas, resulta de alta relevancia para toda Latinoamérica, y para Argentina en particular, ya que sigue siendo un tema presente en tanto no se ha llegado a avanzar todo lo necesario en el camino

---

<sup>34</sup> [wikipedia.org/wiki/Derecho a la identidad](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_identidad)

hacia la verdad y justicia, logrando la recomposición y el pleno esclarecimiento de los peores resultados del terrorismo de Estado.

#### **4.4.1.4. TUTELA JUDICIAL**

Para algunos estudiosos del derecho, a firman que el derecho a la jurisdicción, constituye para Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, **“el derecho a la acción constitucionalizado, esa importancia, de antigua seguridad, encuentra sin lugar a dudas su origen en la autonomía del derecho de acción, la cual hoy se reconoce indiscutiblemente y que ayuda a comprender que hay un derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de la existencia ficción del derecho material controvertido”**<sup>35</sup>.

Toda persona, cumpliendo con los requisitos que el ordenamiento jurídico prescribe, puede requerir del Estado la prestación del servicio público de administración de justicia; la intervención estatal que tiene su cauce a través de un proceso, el cual debe reunir unas condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos. La fórmula juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como expresión de la potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho, por jueces y tribunales, con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.

---

<sup>35</sup> Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, 2008

El derecho a la tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada que se dirige a través de una demanda, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.

En consecuencia es un que es un derecho de carácter autónomo, independiente, del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.

Para el tratadista del derecho Dr. José Sebastián Cornejo expresa:

**“La tutela judicial efectiva y el debido proceso, si a una de las partes se le impugnó el derecho de defensa, lo cual condujo a una sentencia adversa, no podría bastar la sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia correctiva, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual acarrea la determinación de responsabilidad y una posible indemnización”<sup>36</sup>.**

---

<sup>36</sup> José Sebastián Cornejo, Pag.67 2004

Para el Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, la tutela judicial efectiva **“puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”<sup>37</sup>.**

El derecho a la tutela judicial efectiva requiere mucho más aun unas garantías mínimas de eficacia, la Constitución de la República del Ecuador, a más del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez y la celeridad procesal, destierra la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habría la deseada efectividad en la administración de justicia.

Para el tratadista del derecho Dr. **José Sebastián Cornejo** expresa:

**“La tutela judicial efectiva y el debido proceso, si a una de las partes se le impugnó el derecho de defensa, lo cual condujo a una sentencia adversa, no podría bastar la sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia correctiva, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual acarrea la determinación de responsabilidad y una posible indemnización”<sup>38</sup>.**

---

<sup>37</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón.2009 jcbg@andinanet.net

<sup>38</sup> José Sebastián Cornejo,Pag.67 2004

Para el Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, la tutela judicial efectiva **“puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”**<sup>39</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva requiere mucho más aun unas garantías mínimas de eficacia, la Constitución de la República del Ecuador, a más del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez y la celeridad procesal, destierra la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habría la deseada efectividad en la administración de justicia.

## **4.5 MARCO JURIDICO**

### **4.5.1 ANALISIS DE LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR CON RESPECTO AL EXAMEN DEL ADN.**

El artículo 75 de la Constitución de la República como uno de los derechos de protección, a la letra prescribe:

**“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”**<sup>40</sup>;

---

<sup>39</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón.2009 jcbg@andinanet.net

<sup>40</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)

Y, el artículo 76 de la misma Carta Magna, expresa que,

**“En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones en 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 derechos de las partes...”<sup>41</sup>.**

De esto destacamos la obligación que tienen los jueces de garantizar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de los ciudadanos.

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

- “1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.**
- 2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.**

---

<sup>41</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)

- 3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.**
- 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.**
- 5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.**
- 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.**
- 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento”<sup>42</sup>.**

La norma es clara en que el Estado Ecuatoriano promueve la responsabilidad tanto maternal como paternal a favor de los niños, niñas y adolescencia, otorgando tanto derechos como obligaciones a los padres de familia, para realizar un cuidado expedito a sus hijos procurando el interés común en cada uno de ellos.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

Numeral 20.

---

<sup>42</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)

**“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”<sup>43</sup>.**

La Constitución de la República del Ecuador establece el derecho a la identidad principalmente a los niños, niñas y adolescentes, un derecho muy importante que se tiene que conseguir a favor de ellos, para que se puedan tutelar en su totalidad los derechos de los niños niñas y adolescentes.

De lo anotado con anterioridad se logra establecer que el deber fundamental del estado en garantizar y tutelar los derechos de todas las personas en este caso de los niños, niñas y adolescentes, que se vinculan en el acceso gratuito a la justicia, la tutela judicial, la paternidad, y el derechos a la identidad.

#### **4.5.2. ANALISIS DE LA LEGISLACION INTERNACIONAL CON RESPECTO AL DERECHO DE LA IDENTIDAD.**

Es abundante la legislación internacional con respecto a la tutela efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en lo que el caso nos ocupa

---

<sup>43</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)



sobre el derecho a la identidad la Convención sobre los Derechos de los Niños, establece en su Art. 8 lo siguiente:

1. **“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.**
2. **Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”<sup>44</sup>.**

Es clara la norma al ser explícita que los estados partes de la Convención sobre los Derechos de los Niños deben respetar el derecho a la identidad y la obligación que tienen ellos en actuar cuando se esté vulnerando este derecho fundamental en los niños, pues un derecho que tiene que estar siempre tutelado y protegido por los estados partes, ya que ellos conlleva a tutelar algunos derechos más sobre su identidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, en cambio establece en su Art. 8 lo siguiente:

---

<sup>44</sup> Convención sobre los Derechos del Niños, Art. 8. 2010

## Artículo 8 El derecho a la protección de tu identidad

- “1. Los estados deben respetar tu identidad. Deben ayudarte a preservar tu nombre, tu apellido, tu nacionalidad y la relación con tus padres.**
- 2. En caso de que seas privado de tu identidad, los estados deben protegerte y ayudarte a recuperarla lo más rápido posible”<sup>45</sup>.**

Así mismo el Artículo 9 establece el derecho a vivir con tus padres:

- 1. “Tienes derecho a vivir con tus padres, excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar (si eres víctima de abusos o descuidos, etc.)**
- 2. Si tus padres se separan, tienes derecho a opinar respecto de las decisiones que tengan que ver contigo en el momento de la separación.**
- 3. Si eres separado de tus padres, tienes derecho a verlos regularmente, excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar.**
- 4. Tienes derecho a saber dónde están tus padres (si están en prisión, por ejemplo), excepto cuando sea en contra de tus intereses y de tu bienestar”<sup>46</sup>.**

Y el Artículo 18 establece:

---

<sup>45</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, Art.8. 2010

<sup>46</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niño 2010

Las obligaciones de tus padres:

1. **“Tus padres deben criarte y garantizarte un desarrollo adecuado.**
2. **El estado debe ayudar a tus padres en esta tarea, creando instituciones y servicios cuyo trabajo sea cuidar de tu bienestar.**
3. **Si tanto tu padre como tu madre trabajan, el estado debe ayudarlos a asumir esta responsabilidad”<sup>47</sup>.**

Las normas citadas nos dan la pauta en la forma como se tutelan los derechos de los niños en lo que respecta a su identidad, siendo claros en la responsabilidad de los estados integrantes del Convenio que se debe establecer políticas públicas para una mejor protección del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

#### **4.5.3. ANALISIS DEL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS CON RESPECTO AL CONTENIDO DE LA DEMANDA.**

En nuestro país el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, regula sobre el contenido de la demanda, que se la deberá presentar por escrito, y en el numeral 7 sobre la prueba nos indica:

**“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos.- Se acompañara la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la**

---

<sup>47</sup> Convención Internacional sobre los Derechos del Niños, Art.18. 2010.

**inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medias pertinentes para su práctica”<sup>48</sup>.**

Si bien el artículo nos habla sobre las pericias, pero nos lleva a las pericias ya realizadas, que siempre son de tipo documental o de bienes o cosas, en la cual se deberá notificar a la otra parte para que, de creer necesario, este presente, pero no de aquellas que obligan a una de las partes a prestar sus fluidos, ya que ellas son inherentes solo en un proceso ya establecido y con la debida pertinencia de la prueba y, claro, bajo prevenciones de ley ante la negativa de realizárselo, tal y cual lo prescriben las normas de la Ley S/N Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 143 del mismo Código Orgánico General de Procesos enumera y describe los documentos que se deben acompañar a la demanda y en el numeral 5 hace notorio que:

**“Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación”<sup>49</sup>.**

Y el artículo 146 ibídem patentiza que:

---

<sup>48</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 142 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

<sup>49</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 143 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

**“Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias...”<sup>50</sup>.**

En el caso de las demandas de alimentos para menor de edad, no se puede adjuntar los resultados de una prueba o examen de ADN, por la sencilla razón de que la parte demandada no quiere hacerse dicha prueba que no sea dispuesta por un juez que conozca de la causa, y al no poder presentar dicha prueba automáticamente el juez puede disponer el archivo de dicha causa, lo cual sería perjudicial para el interés superior del menor por quien se reclama alimentos.

#### **4.5.4. ANALISIS DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA CON RESPECTO A LA PRACTICA DEL EXAMEN DE ADN.**

En lo que se refiere al marco jurídico en el que nos vamos a desenvolver, dentro de este trabajo de investigación, es imprescindible el transcribir

---

<sup>50</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 146 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

algunos artículos de la Ley S/N que reforma al Código de la Niñez y Adolescencia que dicen:

**“Art..... 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 Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, 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”<sup>51</sup>.**

**Art. 10....- “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**

---

<sup>51</sup>LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 9 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

**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”<sup>52</sup>.

**Art. 11.....- “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

---

<sup>52</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 10 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)



**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<sup>53</sup>”.**

**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 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.<sup>54</sup>”**

A más de esta normativa es imprescindible tener muy en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son inalienables, irrenunciables,

---

<sup>53</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 11 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

<sup>54</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 13 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

e imprescriptibles, y los jueces deben actuar protegiendo el interés superior del niño.

Ahora bien, del análisis de los principios constitucionales y de la normativa legal, tenemos que por norma expresa del Código Orgánico General de Procesos, la prueba que se quiere hacer valer en la audiencia de juzgamiento ya debe estar aportada o mencionarla para solicitar sus resultados; no está claro en qué momento se debe realizar el examen del ácido desoxido ribonucleico ADN, imperando el criterio que debe anunciársela y aportarla al momento de la presentación de la demanda; por otro lado existe la norma constitucional que obliga al juzgado a determinar un trámite para que tenga vigencia los derechos de las personas el velar por los derechos de las personas.

#### **4.6. LEGISLACION COMPARADA**

##### **4.6.1. LEGISLACION EN COLOMBIA**

En el vecino país de Colombia precisamente en la Ley 721 de 2001 es la encargada de regular el tema de la prueba científica del ADN, en su artículo 1° **“establece que en todos los procesos de filiación, el juez deberá de oficio ordenar la práctica de una prueba científica cuyo índice sea igual o superior al 99.9%; igualmente establece que hasta que el estado de la ciencia no establezca otra cosa, será la prueba de marcadores**

**genéticos con fragmentos de ADN la que ha de efectuarse”<sup>55</sup>; así mismo instituyó en su artículo 8° que: “una vez en firme el resultado de la prueba, el juez procederá a dictar la correspondiente sentencia acorde con el dictamen científico, y solo se acudirá a los demás medios de prueba que tuviere a su disposición, cuando sea imposible practicar la prueba científica”<sup>56</sup>.**

Esta reglamentación ha suscitado una discusión en Colombia entre los círculos académicos, relativa a si en alguna medida se estableció un régimen tarifado sobre el hecho de la filiación.

#### **4.6.2. LEGISLACION PERUANA**

La ley Nro. 28457 del Perú, es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos.

Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta y viene siendo eficazmente utilizado en la determinación de la paternidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros, exigencia de beneficios de la Seguridad Social, en el establecimiento de derechos triviales y la averiguación de la paternidad.

---

<sup>55</sup> ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. “Algunos Usos Legales de la Información Genética.

<sup>56</sup> ACERO GALLEGO, Luis Guillermo. “Algunos Usos Legales de la Información Genética.

El Derecho no puede ignorar los valores y descubrimientos de la sociedad contemporánea pues no es posible olvidar los avances en la genética y la protección de la persona humana a fin de garantizar el imperio de los valores constitucionales protegidos.

El criterio de uniformización de los avances de la ciencia y su reconocimiento legal, el derecho a la identidad personal y a la ascendencia están mejor protegidos, el legislador con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, uno de los derechos fundamentales más importantes de todo ciudadano, como se mencionó anteriormente.

El sometimiento al examen de ADN, entendido como el único medio que permite el pleno convencimiento del juez, para establecer la paternidad.

El proceso especial que crea esta ley es más rápido y presenta una solución ajustada a la cuestión de la paternidad extramatrimonial, pues el desvío a todos y cada uno de los obstáculos que tiene el extenso y costoso procedimiento de reconocimiento judicial de la paternidad que, en hora buena, viene quedando de lado en la legislación peruana.

#### **4.6.3. LEGISLACION BOLIVIANA**

El artículo 65 que fue aprobado en la nueva Constitución Política del Estado (CPE) en 2009, permite **“la filiación de los niños con la presunción de la**

**paternidad, sin necesidad de la presencia del padre**<sup>57</sup>. Esto garantiza que no se le niegue al niño el derecho que tiene a la identidad con dos apellidos.

La presunción de paternidad es válida, salvo que se demuestre lo contrario a través de una prueba de ADN que, de salir negativo instruye que los gastos corran por cuenta de quien hizo la filiación.

En este caso, el resultado de la prueba estableció que Andrés no era el padre biológico. Pero, él había cumplido su papel, dio cariño y atención al que consideraba su hijo. Todo eso se cortó porque desde la prueba de ADN, los conflictos entre Andrés y Vanessa empeoraron.

En la legislación boliviana, la Ley 2026 del Código del Niño, Niña y Adolescente establece en el artículo 96 que **“el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente comprende: el derecho al nombre propio e individual, a llevar dos apellidos, el de su padre y de su madre, a gozar de una nacionalidad, a conocer a sus padres biológicos y a estar informado de sus antecedentes familiares”**<sup>58</sup>.

La directora de Género y Generacional de la Alcaldía, Raquel Melgar, informó que entre las demandas que reciben el 50 por ciento van por

---

<sup>57</sup> CONSTITUCION POLITICA DE ESTADO BOLIVIANO Art. 65. 2009.

<sup>58</sup> CODIGO DEL NIÑO, NINA Y ADOLESCENTE, LEY 2026, Art. 96.

asistencia familiar. “Es un porcentaje importante que muestra que los padres no quieren asumir esa paternidad”, dice Melgar.

Desde 2008 en Bolivia rige la Ley 3934 otorgando gratuidad en pruebas de ADN (ácido desoxirribonucleico) para paternidad y casos de agresiones sexuales, la norma no se aplica salvo el segundo caso. En Cochabamba las pruebas se realizan en un laboratorio privado y los gastos son cubiertos por los interesados.

#### **4.6.4. LEGISLACION VENEZOLANA**

En el país de Venezuela cuando existe la negativa del padre en reconocer al niño o niña, antes o después de tener una partida de nacimiento; anteriormente era la vía judicial, a través de un procedimiento de inquisición de paternidad, el encargado de resolver este conflicto de conformidad al artículo 210 del Código Civil.

Una reforma novedosa fue la señalada a partir del 2007 en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad publicada en Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007, cuando se estableció que en el caso del reconocimiento de niños y niñas era en la vía administrativa, es decir ante el registro civil competente que se llevaría a cabo este procedimiento de reconocimiento.

La Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, establece el procedimiento que debe llevar el Registro Civil para este tipo de reconocimientos, ya que al ser realizada la presentación del niño o niña; el funcionario o funcionaria competente del Registro, elaborará inmediatamente el Acta de Nacimiento respectiva. Así mismo, dicho funcionario o funcionaria debería notificar a la persona señalada como padre del niño o niña, dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de presentación, a fin de que comparezca ante el Registro Civil a reconocer o no su paternidad, dentro de los diez días hábiles siguientes a su notificación, pero si habiendo sido notificado la persona señalada como padre, comparece ante el Registro Civil y acepta la paternidad, se considerará como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales, dejando constancia del reconocimiento en el expediente y en el Libro de Actas de Nacimiento respectivo, es por ello que la autoridad civil expedirá nueva Acta de Nacimiento que sustituirá la que fue levantada con la presentación de la madre, la cual quedará sin efecto. La nueva acta no contendrá mención alguna del procedimiento administrativo llevado a cabo.

Pero en el caso que la persona señalada como presunto padre del niño o niña niegue la paternidad, se puede solicitar la práctica de la prueba de filiación biológica de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) u otra experticia afín, en este caso el Registro Civil competente ordenará lo conducente a los fines que el organismo especializado realice dicha experticia, en este caso el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC), cuya gratuidad

será garantizada por el Estado. Si el presunto padre se negare a realizarse dicha prueba, se considerará como un indicio en su contra, pero si la experticia para la determinación de la filiación confirma la paternidad, se dejará constancia de este hecho en el procedimiento y en el Libro de Actas de Nacimiento, surtiendo todos sus efectos legales y se procederá a otorgar registro de nacimiento considerándose como un reconocimiento voluntario con todos sus efectos legales.

#### **4.6.5. LEGISLACION ESPAÑOLA**

Una prueba de paternidad legal es una prueba encaminada a determinar si un hombre es el padre biológico de un niño, siendo la finalidad de esta prueba de paternidad su uso en vía judicial.

Este uso legal de la prueba de paternidad es posible en España gracias a que su sistema busca la adecuación de la filiación jurídica a la realidad biológica, esto es, que quien sea padre biológico sea tenido por padre legal, sin embargo en otros países está prohibida o limitada si no la ordena un juez como es el caso de Francia.

En desarrollo de esta ley se dictó la Ley 11/1981 del 13 de mayo del mismo año, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio reconociendo expresamente la admisión de las llamadas pruebas biológicas de paternidad y desapareciendo la



distinción discriminatoria entre hijos legítimos e ilegítimos sustituyéndola por la de hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Así con la reforma el artículo 127 del Código civil consagraba el principio constitucional de investigación de la paternidad.

Actualmente la admisión de las pruebas de paternidad biológicas se encuentra recogida en la legislación procesal civil, específicamente en el artículo 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que **“En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.”**<sup>59</sup>

De esta norma se extraen dos conclusiones: la primera la posibilidad de investigar la paternidad en toda clase de juicios, para así tratar de adecuar la filiación jurídica a la realidad biológica, la otra consecuencia es, la posibilidad de utilizar toda clase de pruebas, entre ellas las biológicas, para llegar a la verdadera filiación, es la denominada prueba de paternidad legal.

La prueba de paternidad es un derecho recogido en la Constitución española de 1978 legitimó en nuestro país el principio de investigación de la paternidad y estableció en su artículo 14 la igualdad de los españoles ante la Ley, lo cual llevado al ámbito familiar supone consagrar la igualdad de los hijos ante la Ley independientemente de su filiación.

---

<sup>59</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil 2001.

## **5. MATERIALES Y METODOS**

Al plantearse el desarrollo de trabajos investigativos de índole científico jurídico, es de total responsabilidad del autor implementar los procedimientos y mecanismos adecuados para que la veracidad de la información recopilada, su objetividad y su adecuado fundamento cumpla con todos y cada uno de los requisitos que la academia y la ciencia plantean para los mismos, por ello procedo a continuación, a enunciar y conceptualizar los distintos métodos que serán empleados para el desarrollo del presente trabajo de tesis.

### **Método Deductivo e Inductivo**

La función del método científico, será principalmente establecer un orden y una coordinación en el presente trabajo de investigación, a través del planteamiento de esquemas y parámetros científicos sobre los cuales se evaluará la problemática hasta obtener los resultados esperados por parte del investigador.

### **Método Histórico – Comparado.**

Para conocer nuestros orígenes, es necesario recurrir a la historia ineludiblemente, por tal motivo el uso de este método posibilitará, conocer el origen y evolución que durante diferentes etapas de la historia de la

humanidad ha tenido, hasta llegar a establecerse una comparación de esa evolución con la situación actual de la problemática.

### **Método Descriptivo.**

Para desarrollar de forma responsable del presente trabajo, es necesario observar y conocer la problemática, desde la perspectiva de quienes la enfrentan día a día, lo cual permitirá adentrarme en la esencia misma del problema, para analizarlo desde un punto de vista personal, que me permitirá no sólo crear conciencia individual, sino enfocar de mejor manera el análisis de la problemática y los factores en los que incide dentro de la sociedad.

Dentro de las técnicas de investigación, emplearé el fichaje utilizando la ficha nemotécnica y bibliográfica para especificar los datos de los textos consultados; haré uso de otros mecanismos como la encuesta. Aplicaré a treinta Abogados en libre ejercicio profesional por otro lado, procederé a desarrollar cinco entrevistas orientadas a personas que se han visto afectadas por esta problemática o que cuyo conocimiento de la misma desde el ámbito social, puede aportar mucho para el desarrollo de la presente investigación.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultados de la aplicación de Encuestas.

**PRIMERA PREGUNTA:** ¿Considera usted que la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N constituye una prueba científica 100% confiable para establecer la paternidad en los procesos judiciales?

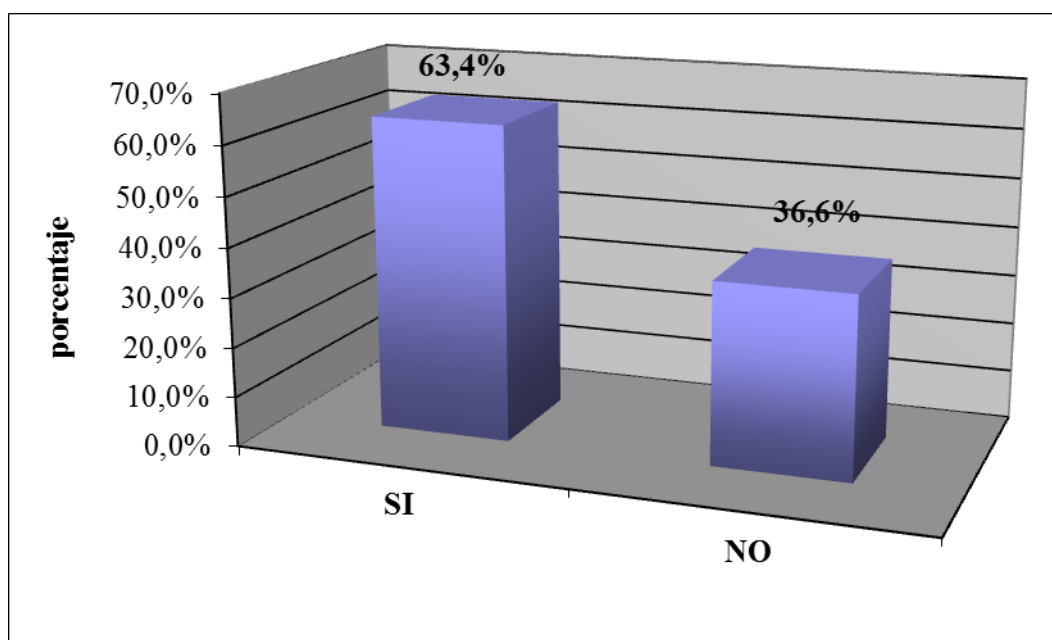
**CUADRO N° 1**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	19	63.4%
NO	11	36.6%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100 %</b>

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio profesional

**GRÁFICO N° 1**



## ANÁLISIS.

De los resultados de esta encuesta de un universo de treinta encuestados, diecinueve que equivale el 63.4% indicaron la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A,D.N es un examen científico 100% confiable para establecer la paternidad de los niños, niñas y adolescentes que demandan juicios de alimentos y otros juicios de paternidad,. En cambio, once personas que corresponde el 36.6% señalaron que confían en la prueba científica del A.D.N. por cuanto constituye científica pero no confían en los laboratorios en donde se practican.

## INTERPRETACIÓN.

Que a la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N, es una prueba 100% confiable para establecer la paternidad de los niños, niñas y adolescentes que reclaman este tipo de procesos.

**SEGUNDA PREGUNTA:** ¿Conoce usted si en nuestro país la tutela judicial es bien aplicada por los juzgadores en todo tipo de procesos judiciales?

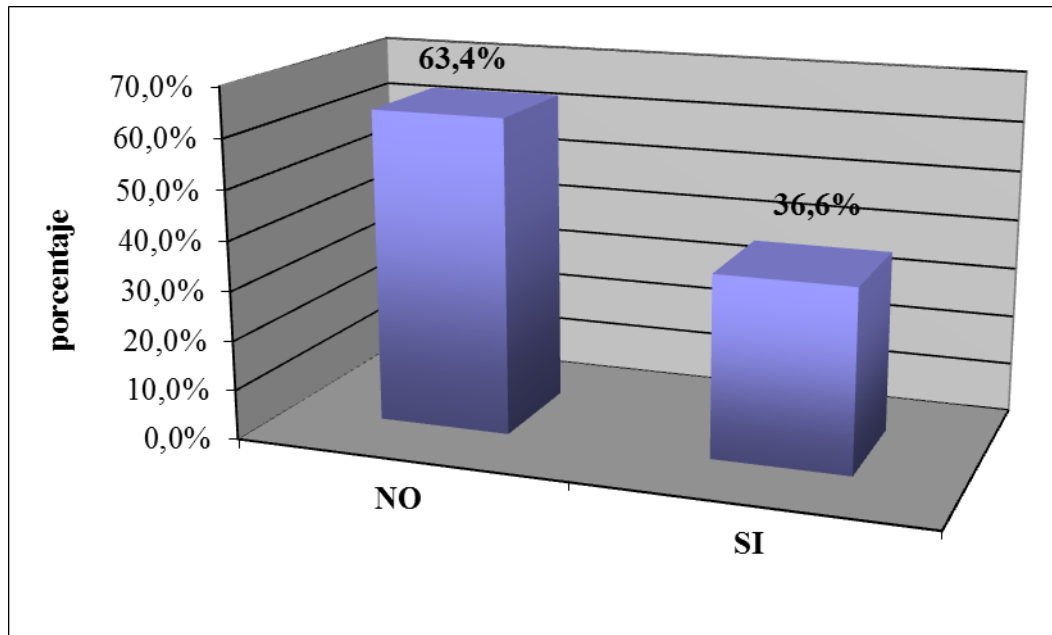
**CUADRO N° 2**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	09	30%
NO	21	70%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100 %</b>

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio profesional

**GRÁFICO N° 2**



### **ANÁLISIS**

En cuanto a esta pregunta, veintiuno personas que corresponde el 70% manifestaron que no que la tutela judicial en la actualidad no está bien aplicada por los juzgadores, se ve mucha parcialidad en los procesos y que esto debería cambiar esta situación, nueve personas que engloba el 30% si está bien aplicada la tutela judicial en nuestro país.

### **INTERPRETACIÓN**

La tutela judicial en nuestro país tiene que mejorar a fin de garantizar el derechos a las parte para evitar todo tipo de violaciones a las leyes, por lo que se sugiere exigir por este derecho constitucional.

**TERCERA PREGUNTA:** ¿Conoce usted si en nuestro país se tutela en forma eficiente el derecho a la identidad que tienen los niños, niñas y adolescentes?

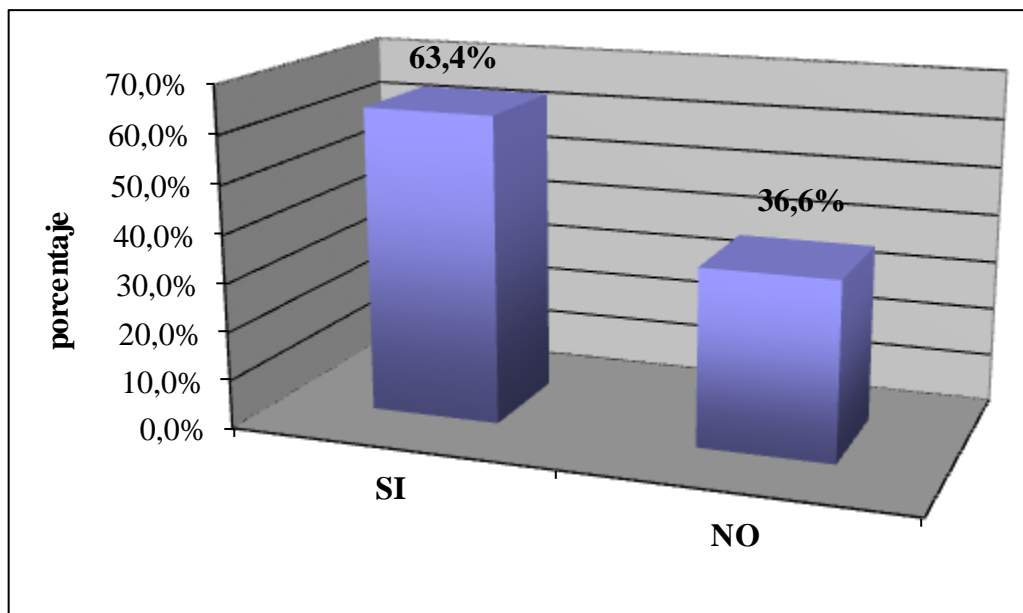
**CUADRO N° 3**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	19	63.4%
NO	11	36.6%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100 %</b>

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio profesional

**GRÁFICO N° 3**



**ANÁLISIS.**

En la tercera interrogante diecinueve personas que corresponde el 63.4% expresaron que si conocen que en nuestro país se tutela en forma positiva el derecho a la identidad que deben tener los niños, niñas y adolescentes. En cambio once personas que concierne el 36.6% manifiestan que la tutela del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país no se cumple en un 100%.

## INTERPRETACIÓN.

El derecho a la identidad debe ser tutelado en su integridad a fin de garantizar a los niños, niñas y adolescentes este derecho constitucional, ya que de este derecho se derivan muchos más que fundamentales para el desarrollo adecuado de los niños, niñas y adolescentes.

**CUARTA PREGUNTA:** ¿Considera usted que Código de la Niñez y Adolescencia, establece con exactitud el momento judicial oportuno para solicitar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N?

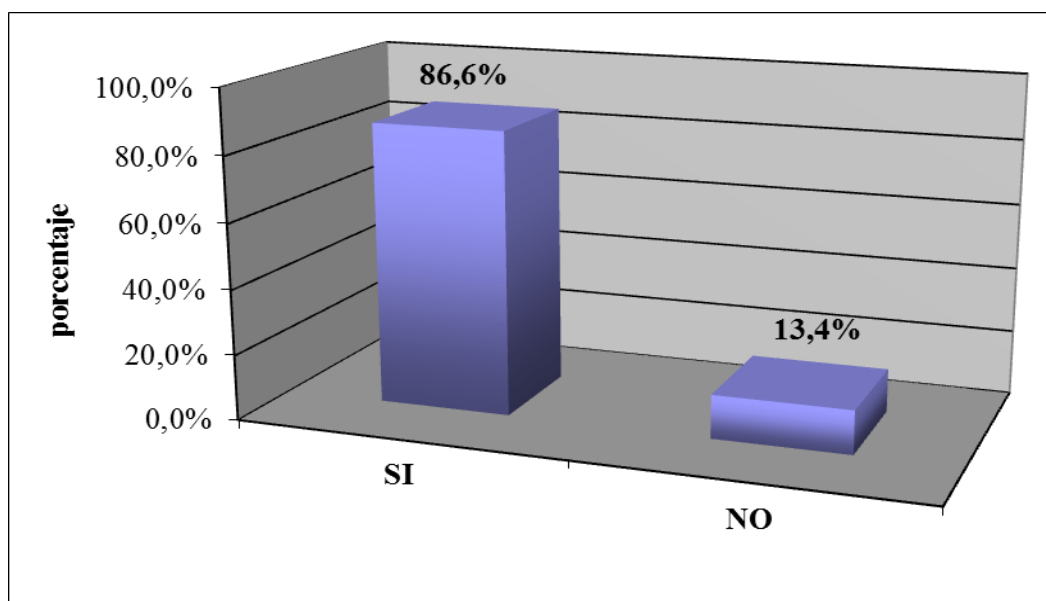
**CUADRO N° 4**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	86.6%
NO	4	13.4%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100 %</b>

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio profesional

**GRÁFICO N° 4**





En esta pregunta veintiséis encuestados que equivale el 86.6% supieron manifestar que sí que el Código de la Niñez y Adolescencia establece con claridad absoluta el momento judicial en que se debe solicitar la prueba científica del ácido desoxido ribonucleico A.D.N; en cambio cuatro encuestados que equivale el 13.4% indicaron que no se establece por cuanto hay contradicción con las normas del Código Orgánico General de Procesos.

### INTERPRETACIÓN

De los resultados de esta pregunta se estable que efectivamente existe norma legal que determina la obligación del juzgador para señalar día y hora para la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N. pero existe contradicción con las normas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos.

**QUINTA PREGUNTA:** ¿Considera usted que el Código Orgánico General de Procesos, establece con exactitud el momento judicial oportuno para solicitar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N?

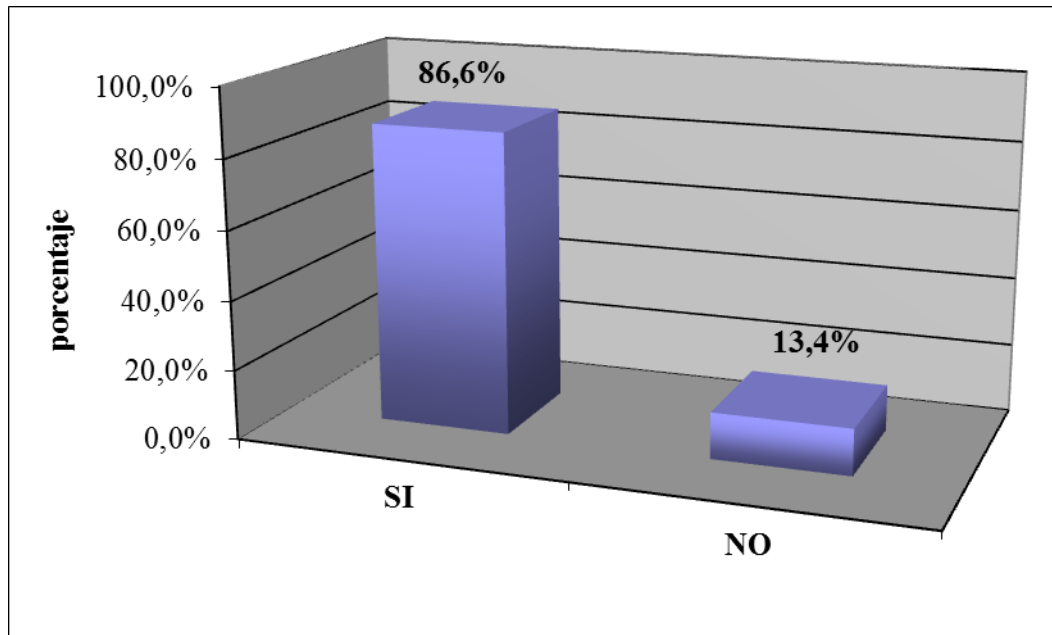
**CUADRO N° 5**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	26	86.6%
SI	4	13.4%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100 %</b>

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio profesional

**GRÁFICO Nº 5**



### **ANÁLISIS**

En esta pregunta, veintiséis encuestados que equivale el 86.6% indicaron que no que dentro del Código Orgánico General de Procesos no existe norma legal que determine con exactitud el momento procesal en que se deba practicar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N. En cambio cuatro personas que corresponde el 13.4% expresaron si existe norma legal.

### **INTERPRETACIÓN.**

Que no existe norma legal exacta que determine el momento procesal en que se debe practicar la la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N.

**SEXTA PREGUNTA:** ¿Considera necesario que el Código Orgánico General de Procesos debe establecer en forma clara el momento judicial oportuno para aplicar la prueba del ácido desoxido ribonucleico, reformando para ello el Art. 333 del Código Orgánico General de Procesos?

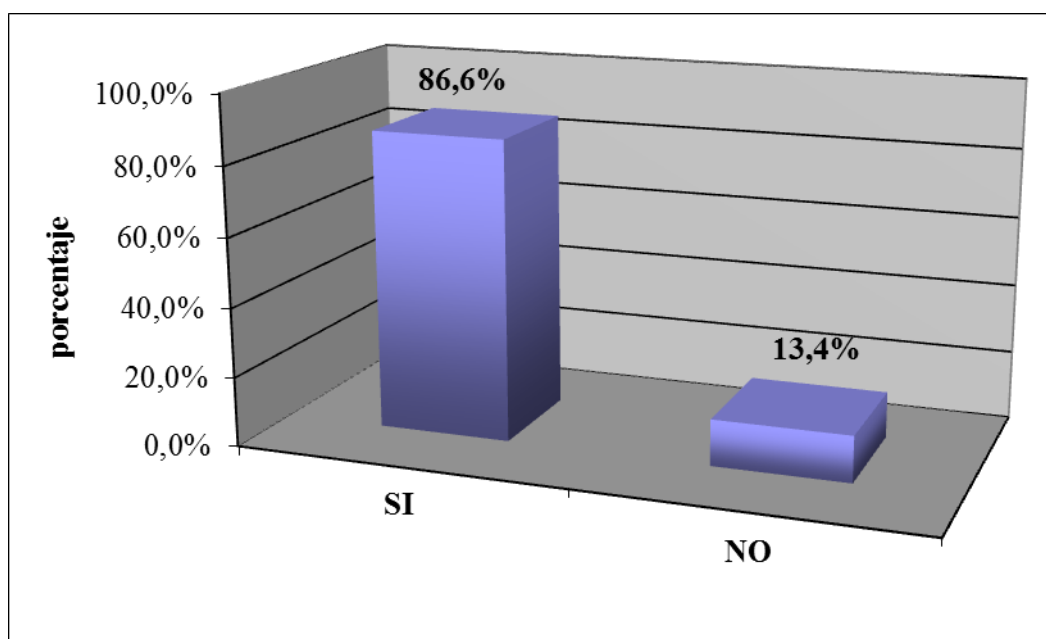
**CUADRO N° 6**

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	26	86.6%
NO	4	13.4%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100 %</b>

**Autor:** Lilia Eulalia Vinueza Varela

**Fuente:** Abogados en libre ejercicio profesional

**GRÁFICO N° 7**



### **ANÁLISIS**

En esta pregunta veintiséis encuestados que equivale el 86.6% supieron manifestar que es necesario reformar el Código Orgánico General de Procesos para determinar en qué momento procesal se debe practicar la

prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N; en cambio cuatro encuestados que equivale el 13.4% indicaron que no es necesario reformar la norma jurídica.

### **INTERPRETACIÓN**

Es de vital importancia que se reforme el Art. 333 del Código Orgánico General de Procesos, a fin de precisar el momento procesal en que se debe practicar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N.

## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1. Verificación de Objetivos**

#### **OBJETIVO GENERAL**

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la legislación ecuatoriana, en especial sobre la niñez y adolescencia, en lo referente a la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A,D.N., en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos.

Con la investigación se pudo verificar que la legislación ecuatoriana con respecto a la niñez y adolescencia se encuentra bien establecida, en lo referente a la práctica de la prueba científica del ácido desoxido ribonucleico A,D.N. en virtud de que en el Art. Innumerado 9 de la ley en mención establece el momento procesal en que debe practicar dicha prueba del A.D.N. pero el inconveniente radica cuando se pretende presentar una demanda de alimentos con el nuevo Código Orgánico General de Procesos, que en su Art. 142, que prescribe el contenido de la demanda y las pruebas que se deben aparejar a la misma, en el presente caso en que se demanda juicios de alimentos con paternidad es imposible obtener la prueba del ácido desoxido ribonucleico A,D.N., por existir una vacío legal referente al momento procesal en que se debe practicar dicha prueba.

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la legislación ecuatoriana en especial sobre la tutela judicial.

Es importante analizar la tutela judicial en nuestro país por cuanto es un derecho constitucional que todo ciudadano debe tener para garantizar el verdadero acceso a la justicia y a que sus derechos sean tutelados en toda su magnitud, en nuestro país la tutela judicial se ve un poco afectada por cuanto los ciudadanos no creen en la justicia, ya que se escucha por todos los medios que existen violaciones a diferentes procesos, en lo que respecta a los procesos de alimentos con paternidad, existen muchos vacíos en la ley que deben ser superados a fin de garantizar una verdadera tutela judicial de todos los ciudadanos que requieren de justicia.

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario sobre el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

Realizando el estudio de este derecho constitucional, se determina que es un derecho fundamental que todo ser humano debe tener para poder a través de aquellos muchos más derechos que le pertenecen así por decirlo como el derecho de alimentos, herencia a tener un nombre y apellido, etc. En este caso para los niños, niñas y adolescentes es fundamental el derecho a la identidad, ya que ellos son considerados como miembros del grupo de

vulnerabilidad, establecido en nuestra Constitución de la República del Ecuador, y les beneficia mucho que la identidad que por derecho deben tener sea garantizada por el Estado Ecuatoriano.

- Proponer una reforma al Código Orgánico General de Procesos, para que se establezca en la norma el momento en que se debe practicar la prueba del ácido desoxido ribonucleico ADN.

Se estableció además la necesidad imperiosa de reformar el Art. 333 del Código Orgánico General del Procesos, en el sentido de establecer el momento procesal oportuno para la práctica del examen del ácido desoxido ribonucleico A.D.N. en los procesos que se reclaman alimentos con paternidad.

## **7.2. Contrastación de Hipótesis**

La falta de norma legal en el Código Orgánico General de Procesos para determinar en qué momento procesal se debe practicar la prueba científica del ácido desoxido ribonucleico ADN, ha permitido en la actualidad denegar el trámite de los procesos y a su vez se han ordenado el archivo a este tipo de demandas de alimentos por falta del aporte de la prueba del ADN., hipótesis que ha sido comprobada por cuanto existe un alto número de demandas que han sido rechazadas o no se le ha dado el tramite respectivo a la misma por carecer de la prueba científica del ácido desoxido

ribonucleico ADN, aduciendo los juzgadores que toda demanda tiene que cumplir con los requisitos que establece el Art. 142 del Código Orgánico General de Procesos.

### **7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal**

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República del Ecuador, el panorama jurídico de nuestro país tomó un nuevo rumbo en lo que tiene que ver el garantizar y tutelar los derechos y obligaciones de todos los ecuatorianos, principalmente de las personas que reclaman la tutela judicial efectiva en los procesos judiciales, en el presente caso de las partes intervinientes en los procesos de alimentos con paternidad en donde se debe aplicar la prueba científica del ácido desoxido ribonucleico ADN, en este sentido el artículo 75 de la Constitución de la República como uno de los derechos de protección, a la letra prescribe:

**“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”<sup>60</sup>;**

Y, el artículo 76 de la misma Carta Magna, expresa que,

---

<sup>60</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)



**“En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones en 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 derechos de las partes...”<sup>61</sup>.**

De esto destacamos la obligación que tienen los jueces de garantizar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, regula sobre el contenido de la demanda, que se la deberá presentar por escrito, y en el numeral 7 sobre la prueba nos indica:

**“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos.- Se acompañara la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medias pertinentes para su práctica”<sup>62</sup>.**

---

<sup>61</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)

<sup>62</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 142 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

Si bien el artículo nos habla sobre pericias ya realizadas, que siempre son de tipo documental o de bienes o cosas, en la cual se deberá notificar a la otra parte para que, de creer necesario, este presente, pero no de aquellas que obligan a una de las partes a prestar sus fluidos, ya que ellas son inherentes solo en un proceso ya establecido y con la debida pertinencia de la prueba y, claro, bajo prevenciones de ley ante la negativa de realizárselo, tal y cual lo prescriben las normas de la Ley S/N reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 143 del mismo Código Orgánico General de Procesos enumera y describe los documentos que se deben acompañar a la demanda y en el numeral 5 hace notorio que:

**“Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación<sup>63</sup>”.**

Y el artículo 146 ibídem patentiza que:

**“Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá**

---

<sup>63</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 143 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias...<sup>64</sup>”.

Finalmente, es imprescindible el transcribir algunos artículos de la Ley S/N que reforma al Código de la Niñez y Adolescencia que dicen:

**“Art..... 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 Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, 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**

---

<sup>64</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 146 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

**desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos”<sup>65</sup>.**

**Art. 10....- “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,**

---

<sup>65</sup>LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 9 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

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 parentofilia<sup>66</sup>.

**Art. 11.....- “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)**

---

<sup>66</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 10 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

**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<sup>67</sup>”.**

**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 por suficiente para afirmar o descartar la**

---

<sup>67</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 11 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

**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.<sup>68</sup>”**

A más de esta normativa es imprescindible tener muy en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles, y los jueces deben actuar protegiendo el interés superior del niño.

Ahora bien, del análisis de los principios constitucionales y de la normativa legal, tenemos que por norma expresa del Código Orgánico General de Procesos, la prueba que se quiere hacer valer en la audiencia de juzgamiento ya debe estar aportada o mencionarla para solicitar sus resultados; no está claro en qué momento se debe realizar el examen del ácido desoxido ribonucleico ADN, imperando el criterio que debe anunciársela y aportarla al momento de la demanda; por otro lado existe la norma constitucional que obliga al juzgado a determinar un trámite para que tenga vigencia los derechos de las personas el velar por los derechos de las personas.

Como se puede observar existe un vacío legal en el Código Orgánico General de Procesos que no establece el momento procesal en que se debe

---

<sup>68</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 13 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

practicar el examen del ácido desoxido ribonucleico ADN, para determinar la verdadera paternidad del menor por quien se reclama alimentos. Por lo que considero que resulta conveniente la reforma a nuestro Código Orgánico General de Procesos en lo referente al Art. 333 incorporando un inciso en que se establezca el momento procesal en que se debe practicar el examen del ácido desoxido ribonucleico ADN.



## **8. CONCLUSIONES**

**PRIMERA:** Constitución de la República del Ecuador, garantiza y tutela los derechos y obligaciones de todos los ecuatorianos, principalmente en los que se denominan los sectores de vulnerabilidad y dentro de estos nos encontramos con los niños, niñas y adolescentes.

**SEGUNDA:** La Constitución de la República del Ecuador establece el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión.

**TERCERA:** El artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia prescribe el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

**CUARTA:** El artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, regula sobre el contenido de la demanda, que se la deberá presentar por escrito.

**QUINTA:** El artículo 143 del mismo Código Orgánico General de Procesos enumera y describe los documentos que se deben acompañar a la demanda y en el numeral 5 hace notorio Los medios probatorios de que se disponga, destinado a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación.

**SEXTA:** El Art... Innumerado 9 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, establece el momento procesal en que se deben presentar las partes para el examen del ADN.

**SEPTIMA:** El Código Orgánico General de Procesos no termina el momento procesal en que se debe realizarse el examen del ADN.

**OCTAVA:** La Constitución Política de la Republica establece y garantiza el derecho a la identidad.

## **9. RECOMENDACIONES**

**PRIMERA:** A los consultorios jurídicos gratuitos del país que patrocinan juicios de alimentos, estos lo hagan demandando alimentos con paternidad, en virtud de que es la oportunidad de obtener el derecho constitucional a la identidad que todo ser humano debe tener en especial los niños, niñas y adolescentes.

**SEGUNDA:** A los abogados del país que patrocinan juicios de alimentos, estos lo hagan demandando alimentos con paternidad, en virtud de que es la oportunidad de obtener el derecho constitucional a la identidad que todo ser humano debe tener en especial los niños, niñas y adolescentes.

**TERCERA:** Al Consejo de la Judicatura, para que exhorte a los Jueces de la Unidad Especializada la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, para que tutelen en todos los procesos judiciales a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran reclamando alimentos y paternidad.

**CUARTA:** A la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, para introduzca en sus planes curriculares el estudio de la figura jurídica de la Paternidad y alimentos, a fin de que se profundicen los estudios en procura de tutelar íntegramente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

**QUINTA:** A los propietarios de medios de comunicación para que realicen programas radiales y televisivos para informa a la ciudadanía la importancia que tienen los derechos de niños, niñas y adolescentes con respecto a la paternidad.

**SEXTA:** A los estudiantes de la carrera de derecho profundicen sus estudios en materia de niñez y adolescencia que tengan que ver sobre la tutela y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes principalmente en materia de alimentos, paternidad e identidad.

**SÉPTIMA:** A los padres de familia de niños, niñas y adolescentes para que en las demandas de alimentos planteen sus demandas con el reclamo de la paternidad.

**OCTAVA:** A los señores Asambleístas para que introduzcan reformas al Art. 333 del Código Orgánico General de Procesos, a fin de establecer el momento procesal en que se debe realizar la prueba científica del ADN, para establecer la verdadera y real paternidad de los niños, niñas y adolescentes.

## 9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.



### CONSIDERANDO

Que, el Artículo 35 de la Constitución del Ecuador manifiesta que niños, niñas y adolescentes se encuentran dentro del grupo de personas de atención prioritaria;

Que, el Artículo 44 de la Constitución del Ecuador prescribe 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;

Que, el Artículo 45 de la Constitución del Ecuador en su parte pertinente manifiesta: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica;

Que el Artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador en su parte pertinente manifiesta: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la

justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios;

Que, el Artículo 66 del Código Orgánico de la Función Legislativa contempla:  
La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa;

Que, la Asamblea Nacional Constituyente, en su comisión De los Derechos Colectivos Comunitarios y la Interculturalidad, mediante un Ante Proyecto de Ley, analizan derogar el Código de la Niñez y Adolescencia, para plasmar sus principales fundamentos en el denominado Código de Ciclo de Vida.

En concordancia con los principios de Interés superior de niños, niñas y adolescentes;

En ejercicio de la facultad contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, resuelve y expide la siguiente:

### **REFORMA AL CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS**

Art. 1.- agréguese a continuación del Inciso 3 del Art. 333 del Código Orgánico General de Procesos, el inciso Innumerado que diga: “En el caso de los procesos de alimentos con paternidad, luego de la contestación a la demanda, se señalara día y hora a efectos de realizarse el examen del ácido

desoxido ribonucleico ADN entre los sujetos procesales, bajo prevenciones de orden legal por su inasistencia.

**ARTÍCULO FINAL:** Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los... días del mes de... de 2017.

f. El Presidente de la Asamblea

f. El Secretario

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Editorial Heliasta Buenos Aires 1974.
- CABANELLAS, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental 2010 Editorial Heliasta S.R.I Buenos Aires
- SALTOS ESPINOZA, Rodrigo. La Conflictividad de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- <https://escuelaserpadres.wordpress.com/2012/01/11/familia-definicion-y-tipos>.
- JELIN ELIZABETH. Instituto de Estudios Latinoamericanos 1988.
- [https://www.unicef.org/republicadominicana/Ley136\\_06.pdf](https://www.unicef.org/republicadominicana/Ley136_06.pdf).
- [guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000013157/20080708](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000013157/20080708).
- Concepto de legitimación - Definición en DeConceptos.com
- Guillermo Cabanellas de Torres, la definición de Legitimación proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental. Derecho.isipedia.com/tercero/derecho-procesal.



- CODIGO ORGANICO DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO, Ediciones Legales 2016.
  
- CODIGO CIVIL, Ediciones Legales 2016.
  
- CODIGO DE LA FUNCION JUDICIAL, Ediciones Legales 2016
  
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ediciones Legales 2016.

## 11. ANEXOS

**PRIMERA PREGUNTA:** ¿Considera usted que la práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N constituye una prueba científica 100% confiable para establecer la paternidad en los procesos judiciales?

**SEGUNDA PREGUNTA:** ¿Conoce usted si en nuestro país la tutela judicial es bien aplicada por los juzgadores en todo tipo de procesos judiciales?

**TERCERA PREGUNTA:** Conoce usted si en nuestro país se tutela en forma eficiente el derecho a la identidad que tienen los niños, niñas y adolescentes?

¿Considera usted que Código de la Niñez y Adolescencia, establece con exactitud el momento judicial oportuno para solicitar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N?

**CUARTA PREGUNTA:** ¿Considera usted que Código de la Niñez y Adolescencia, establece con exactitud el momento judicial oportuno para solicitar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N?

**QUINTA PREGUNTA:** ¿Considera usted que el Código Orgánico General de Procesos, establece con exactitud el momento judicial oportuno para solicitar la prueba del ácido desoxido ribonucleico A.D.N?

**SEXTA PREGUNTA:** ¿Considera necesario que el Código Orgánico General de Procesos debe establecer en forma clara el momento judicial oportuno para aplicar la prueba del ácido desoxido ribonucleico, reformando para ello el Art. 333 del Código Orgánico General de Procesos?



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**  
**“La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP”.**

**PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA  
OBTENCIÓN DEL TITULO ABOGADO.**

**AUTOR:**  
Lilia Eulalia Vinueza Varela

**DIRECTOR:**  
Francisco Sinche

Loja- Ecuador

2017

## **A TEMA.-**

**La prueba del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, en el Código Orgánico General de Procesos –COGEP”.**

## **B.- PROBLEMÁTICA.-**

El artículo 75 de la Constitución de la República como uno de los derechos de protección, a la letra prescribe:

**“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”<sup>69</sup>;**

Y, el artículo 76 de la misma Carta Magna, expresa que,

**“En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones en 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 derechos de las partes...”<sup>70</sup>.**

De esto destacamos la obligación que tienen los jueces de garantizar la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de los ciudadanos.

El artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos, regula sobre el contenido de la demanda, que se la deberá presentar por escrito, y en el numeral 7 sobre la prueba nos indica:

---

<sup>69</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)

<sup>70</sup> CONSTITUCION POLITICA DE REPUBLICA DEL ECUADOR. (Registro Oficial del 11 de octubre del 2008)

**“El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos.- Se acompañara la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medias pertinentes para su práctica”<sup>71</sup>.**

Si bien el artículo nos habla sobre “pericias”, pero nos lleva a las pericias ya realizadas, que siempre son de tipo documental o de bienes o cosas, en la cual se deberá notificar a la otra parte para que, de creer necesario, este presente, pero no de aquellas que obligan a una de las partes a prestar sus fluidos, ya que ellas son inherentes solo en un proceso ya establecido y con la debida pertinencia de la prueba y, claro, bajo prevenciones de ley ante la negativa de realizárselo, tal y cual lo prescriben las normas de la Ley S/N reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 143 del mismo Código Orgánico General de Procesos enumera y describe los documentos que se deben acompañar a la demanda y en el numeral 5 hace notorio que:

**“Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación”<sup>72</sup>.**

Y el artículo 146 ibídem patentiza que:

---

<sup>71</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 142 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

<sup>72</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 143 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

**“Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias...”<sup>73</sup>.**

Finalmente, en lo que se refiere al marco jurídico en el que nos vamos a desenvolver, dentro de este trabajo de investigación, es imprescindible el transcribir algunos artículos de la Ley S/N que reforma al Código de la Niñez y Adolescencia que dicen:

**“Art..... 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 Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, 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**

---

<sup>73</sup> CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. Art. 146 (Registro Oficial del 22 de mayo del 2015)

desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos”<sup>74</sup>.

**Art. 10....- “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.**

---

<sup>74</sup>LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 9 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

**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 parentofilia”<sup>75</sup>.**

**Art. 11.....- “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**

---

<sup>75</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 10 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)



**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”<sup>76</sup>.**

**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 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.”<sup>77</sup>**

A más de esta normativa es imprescindible tener muy en cuenta que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son inalienables, irrenunciables, e imprescriptibles, y los jueces deben actuar protegiendo el interés superior del niño.

Ahora bien, del análisis de los principios constitucionales y de la normativa legal, tenemos que por norma expresa del Código Orgánico General de Procesos, la prueba que se quiere hacer valer en la audiencia de juzgamiento ya debe estar aportada o mencionarla para solicitar sus resultados; no está claro en qué momento se debe realizar el examen del ácido desoxido ribonucleico –ADN-, imperando el criterio que debe anunciársela y aportarla al momento de la demanda; por otro lado existe la norma constitucional que obliga al juzgado a determinar un trámite para que tenga vigencia los derechos de las personas el velar por los derechos de las personas.

---

<sup>76</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 11 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

<sup>77</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 13 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

## **C. JUSTIFICACIÓN.**

Como hemos podido ver existe un vacío legal el cual está creando serias dificultades a las personas para demanda la declaratoria de paternidad, lo que conlleva a la negación de derecho constitucional de la identidad, al derecho de las personas a conocer a sus padres, al derecho de alimentos, al derecho de sucesión, entre otros.

Este vacío legal debe ser llenado por el legislador, sin embargo hasta que eso ocurra se está denegando el trámite y ordenando el archivo a este tipo de demandas por falta del aporte de la prueba del ADN rechazado; y en otro casos, que es peor aún, se está aceptando las demandas, sin el aporte de la prueba del ADN, pero están siendo rechazadas sus pretensiones en sentencia, lo que es mucho más gravoso para los intereses del demandante ya que de acuerdo al artículo 101 del Código Orgánico General de Procesos una vez ejecutoriada la sentencia no podrá seguirse un nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho, lo que se conoce como **“non bis indent”**.

Finalmente, la intención de este trabajo es dar luces al legislador para que reformen el Código Orgánico General de Procesos, mediante la agregación de un artículo, que como excepción, permita el realizarse el examen del ADN, luego de la contestación a la demanda y antes de la realización de la audiencia de juzgamiento, con lo cual estaríamos actuando conforme al contenido integral de la Constitución, en especial a los derechos constitucionales e los niños, niñas, y adolescentes.

## **D. OBJETIVOS**

### **1. OBJETIVO GENERAL**

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la legislación ecuatoriana, en especial sobre la niñez y adolescencia, en lo referente a la

práctica de la prueba del ácido desoxido ribonucleico A,D.N., en el Código de la Niñez y Adolescencia y en el Código Orgánico General de Procesos.

## 2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la legislación ecuatoriana en especial sobre la tutela judicial.

-Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario sobre el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes.

- Proponer una reforma al Código Orgánico General de Procesos, para que se establezca en la norma el momento en que se debe practicar la prueba del ácido desoxido ribonucleico ADN.

## E. MARCO TEÓRICO

### 1.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ALIMENTOS.

El derecho de alimentos tiene el carácter de personalísimo, porque se ha establecido en condición de la persona del alimentario, por que satisface las necesidades vitales, en el Código Civil en sus artículos 362 y 363, en relación con el artículo.... 2 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia establecen ciertas características. Art. 362.-**“El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”**<sup>78</sup>. El Art. 363.- **“El que debe alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba a él”**<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> CODIGO CIVIL DEL ECUADOR. Art. 162 Ediciones Legales 2016

<sup>79</sup> CODIGO CIVIL DEL ECUADOR. Art. 163 Ediciones Legales 2016

Art.... 3.- **Características del Derecho.- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado; salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no han sido reconocidos con anterioridad casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos**<sup>80</sup>.

De las normas anteriormente anotadas se puede encontrar las siguientes características y son:

Es intransferible porque se trata de un derecho inherente a la persona, es intuitu persona, y se encuentra fuera del comercio humano.

Es intransferible, por acto entre vivos, por lo que sólo el titular es quien debe satisfacer las necesidades personales, y no puede cargarse sobre otra persona, porque no puede ser objeto de enajenación ni a título gratuito u oneroso.

Pero puede que el acreedor de las pensiones alimenticias pueda liberar al deudor de la carga alimenticia porque sea asumida por un tercero, esta es una renuncia que no puede ser aceptada en materia de alimentos, pero puede sustituir es una obligación personal con una obligación real o con la entrega de bienes.

El derecho de alimentos no es susceptible de ser transmitido por causa de muerte, porque es de naturaleza pública familiar y ser por ende un derecho personalísimo, por lo que el derecho a pedir alimentos que se tenía en contra del causante y la obligación de éste a satisfacerlos, no puede ni proponerse, ni ejercerse por o contra de los sucesores. **“si el que tenía**

---

<sup>80</sup> LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art.... 11 (Registro Oficial del 16 de julio del 2009)

**derecho a pedir alimentos, un hijo, por ejemplo, fallece viviendo el padre, ya no hay quien los solicite, porque los muertos no comen”<sup>81</sup>.**

Es irrenunciable en caso que existiera se debe considerar como nula su renuncia, porque se encuentra prohibida su renuncia por ser contraria al derecho natural.

El Art. 362 del Código Civil establece que **“El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”<sup>82</sup>.**

Es imprescriptible por lo que se puede deducir que el alimentario en cualquier momento puede pedir alimentos a su favor, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos exigidos por la ley, porque es un derecho que se renueva día a día en la medida que se originan las necesidades del alimentario.

Es inembargable por cuanto la pensión alimenticia para los acreedores del alimentante, así lo dispone el artículo 1643 del Código Civil.

Al respecto el Art. 1634 prescribe lo siguiente:

**“La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.**

**No son embargables:**

**1.- Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores.**

**La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que deba el Estado, y a las pensiones**

---

<sup>81</sup> Enrique Coello García, Colección Bibliográfica Nacional de Libros de Derecho, Pagina 66, Ecuador 1982.

<sup>82</sup> CODIGO CIVIL DEL ECUADOR. Art. 362 Ediciones Legales 2016

**alimenticias forzosas. Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debidos por ley.**

**No es susceptible de transacción”<sup>83</sup>.**

Cuando existe una transacción significa renunciar a ciertas pretensiones, por eso también es prohibido transigir, pero si se puede transigir en cuanto al monto de la pensión alimenticia y la forma del pago que bien puede ser en manos de la deudora, o en la pagaduría del juzgado, esto tiene relación con el artículo 2353 del Código Civil. y nos dice: Art. 2353.-“La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363.

No hay compensación es decir que el alimentado fuere deudor del alimentante, éste no podrá liberarse de la obligación alimenticia, esto se deriva de la característica de que es intransferible e irrenunciable, pero de acuerdo al artículo 364 del Código Civil nos dice que puede compensarse las pensiones alimenticias atrasadas.

La compensación no es sino la extinción de la deuda con otra, entre dos personas que se deben en forma recíproca, por lo que está prohibida la compensación como una forma de extinguir la obligación alimenticia.

Se extingue con la muerte del alimentante o del beneficiario por cuanto al beneficiario pueden sus herederos demandar el pago de las pensiones alimenticias atrasadas, no pagadas pero que estas no se encuentren todavía prescritas.

No admite reembolso de lo pagado, cuando se ha fijado una pensión alimenticia sea de manera provisional o definitiva, que por una orden judicial

---

<sup>83</sup> CODIGO CIVIL DEL ECUADOR. Art. 362 Ediciones Legales 2016

se declare que ha cancelado el obligado por un hijo que no es suyo, todo lo que ha cancelado por el supuesto hijo, el que ha pagado las pensiones alimenticias no puede pedir que se devuelva lo pagado por concepto de pensión alimenticia, así lo dispone el artículo 127 del Código de la Niñez y Adolescencia.

## **2. Naturaleza Jurídica del derecho de alimentos desde el punto de vista histórico, doctrinario y social.**

### **2.1 Naturaleza Constitucional y Jurídica del Derecho de Alimentos.**

Es importante realizar una descripción de la naturaleza del derecho de alimentos partiendo de la Constitución de la República del Ecuador, ya que es la base de la actuación Estatal relacionada al derecho de alimentos tanto en sede administrativa como judicial.

Nuestra Constitución dentro del Capítulo I, Elementos Constitutivos de Ecuador, Art. 3 prescribe que: "**Son deberes primordiales del Estado: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes**"<sup>84</sup>.

En el Capítulo III, Derecho de las personas y grupos de atención prioritaria; el Art. 35 señala que:

**“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma**

---

<sup>84</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del art. 46

**atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”<sup>85</sup>.**

En la Sección Sexta, Niñas, Niños y Adolescentes, Art. 44 de la República del Ecuador 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.**

**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”<sup>86</sup>.**

Por su parte el Art. 45, de la Constitución de la República del Ecuador prevé que:

**“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.**

---

<sup>85</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del art. 35

<sup>86</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del Art. 44



**El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.**

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

**El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”<sup>87</sup>**

De la Constitución es de donde nace el derecho de alimentos, ya que es la base de la protección que se le da a cualquier persona que necesitare por su condición acogerse a este principio y demandar una calidad de vida digna, haciendo uso del derecho que le brinda nuestra Carta Magna, ya que esta, junto con el Estado prevé la protección de las personas, garantizándoles el buen vivir que contempla el derecho de alimentos, servicios básicos y necesarios para una subsistencia digna.

Es importante mencionar que muchas necesidades se resuelven hoy en día mediante las provisiones sociales; de este modo el Estado tiene la responsabilidad de que se cumplan las garantías y formas de asistencia enunciadas en la Constitución, ya que las mismas fueron creadas para

---

<sup>87</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del Art. 45

proteger entre otros derechos: la vida, que es el derecho esencial que tienen todas las personas y de cual se derivan los demás derechos.

También hemos visto la necesidad de acotar el tema de las normas jurídicas conexas referentes al derecho de alimentos, y para hablar de las mismas vamos a recurrir a los Tratados Internacionales que nos permitan analizar esta figura jurídica, además de la normativa propia del derecho de alimento, que se encuentra en el Código de la Niñez y Adolescencia.

La primera posición, se enfoca en que el derecho de alimentos tiene naturaleza patrimonial y por lo tanto lo hace transmisible, pero con el paso de los años y con la evolución del tema, actualmente esta concepción ya no se la considera como un sistema apropiada de aplicación porque el derecho alimentario no es sólo de naturaleza económica sino también personal; lo cual nos lleva a mencionar la segunda posición que nos habla de que tiene un carácter no patrimonial convirtiendo los alimentos en un derecho personal que se manifiesta como un derecho a la vida haciéndolo un derecho inherente a la persona, lo cual significa que son intransmisibles.

Tanto la primera posición como la segunda llegan a concatenar la tercera posición, que se la considera de naturaleza sui generis, ya que se basa en que la institución de los alimentos es un derecho de carácter especial que conlleva un contenido patrimonial, pero con una finalidad personal enlazada a un interés superior familiar. Esta última posición es la que se apega a nuestra realidad jurídica y social.

En el Ecuador en lo que constituye el conjunto del derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes y la institución del suministro de alimentos, se han realizado esfuerzos importantes a lo largo de la historia, comenzando por la vigencia del primer Código de Menores en el año de 1938, que implementaba el funcionamiento de los Tribunales de Menores, Corte de Menores y demás organismos que trabajaron en favor de los niños, niñas y

adolescentes, en ese entonces, bajo dependencia del Ejecutivo; los avances continuaron enmarcándose actualmente en las dos últimas Constituciones, en la Constitución de 1998 se institucionaliza el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y, además se plasma que los menores de dieciocho años estarán sujetos a la Legislación de Menores y a una Administración de Justicia Especializada en la Función Judicial, los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales; con esto se dan las bases para el nacimiento de una nueva Ley conocida como el Código de Niñez y Adolescencia de 2003; cuya finalidad se encuentra plasmada en su Art. 1, el mismo que establece que:

**“Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.**

**Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral”<sup>88</sup>.**

Lo exhibido por el antes prenombrado artículo, nos establece una de las principales bases del sustento de la Naturaleza Jurídica del Derecho de alimentos, ya que el Estado Ecuatoriano, a raíz de la publicación de este mentado cuerpo legal, tiene la capacidad de hacer valer el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes de una manera correcta, eficaz y garantista.

---

<sup>88</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art. 1 Ediciones Legales 2016

Los principios establecidos en los Libros del Código de la Niñez y Adolescencia, se respetaron y se fortalecieron en la nueva Constitución de la República del Ecuador, puesta en vigencia en el año de 2008, ya que se fortalece el Principio del Interés superior, así mismo, en el Art. 175 de nuestra Carta Magna, se señala, lo referente a que los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a una Administración de Justicia Especializada.

Esta obligación descrita en nuestra actual Constitución nos permitirá focalizarnos en el transcurso de la presente investigación, en analizar si la Administración de Justicia Especializada ha logrado cumplir con este mandato de forma cabal.

Con el énfasis de realizar cambios valorables en la materia de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, los procedimientos cambiaron y para la fijación de una pensión alimenticia se dio un trámite denominado Contencioso, otro elemento de trascendental importancia surgió en torno a que los Tribunales de Menores pasaron a convertir en Juzgados de Niñez y Adolescencia con jurisdicción cantonal, lo que nos permite hacer mención a la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial No.643 con fecha 29 de julio del 2009, fue expedida con el fin de alcanzar una correcta aplicación del derecho de alimentos tanto en el ámbito Administrativo como Judicial.

## **2. LA PRUEBA DE A.D.N**

### **2.1 Conceptos**

La prueba del ADN es una de las pruebas biológicas que actualmente existen, esta consiste en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo. El diccionario Jurídico de Medicina Legal establece que:

**"El ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN, es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria"<sup>89</sup>.**

El ADN está presente en todos los indicios cualquiera que sea su origen como son sangre, semen, pelos, salivas, huesos, dientes entre otros, esta es la prueba biológica más precisa es la de la tipificación del ADN pues su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir de una muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido. La negativa a someterse a las pruebas hará presumir el acierto de la posición contraria.

Estas pruebas biológicas pueden ser pedidas de oficio por el juez, además de ser requeridas por las partes, la combinación de las secuencias de ADN del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del niño o niña; sólo de esta manera se tendrá una seguridad, generalmente de más del 99%, sobre la paternidad del menor de edad.

### **3. LA PATERNIDAD.**

#### **3.1 CONCEPTOS**

Para CABANELLAS Guillermo la paternidad es **"La calidad de padre, respecto de los hijos, condición que nace de la relación parento filial, afectivas y acorde al estado civil de quienes han procreado"**<sup>90</sup>.

CABANELLAS Guillermo señala: **" vínculo natural, moral y legal; que lo une con ser hijo"**<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE MEDICINA LEGAL, 2008

<sup>90</sup> CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico 1998.

<sup>91</sup> CABANELLAS Guillermo, Diccionario Jurídico 1998

Para BARRIENTOS Javier **“Es la relación que surge del vínculo biológico de ser tal de quien engendró y de quien desciende”**<sup>92</sup>.

La acción de paternidad puede intentarla una mujer siempre que tenga capacidad para representar a su hijo incapaz:

El Art. 22 del Código Civil prescribe lo siguiente:

**“Los grados de consanguinidad entre dos personas se encuentran por el número de generaciones. Así, el nieto esta en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre si. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta, y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal”**<sup>93</sup>.

De lo establecido en los artículos anteriormente singularizados, se puede determinar la paternidad debe está bien establecida es decir que tiene que existir un vínculo, natural, moral y legal para poder ejecutar las acciones legales que tengan a bien realizar.

### **3.2. REGLAS PARA ESTABLECER LA PATERNIDAD.**

Dado los principios fundamentales del debido proceso establecidos universalmente e incorporados a la Constitución de la República del Ecuador, y con el advenimiento de la Ley reformativa al Título V. Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. La legislación ecuatoriana para los denominados grupos vulnerables, fija el régimen procesal del juicio de alimentos en los artículos enumerados desde el Art. 01 hasta el 45 del

---

<sup>92</sup> BARRIENTOS GRANDON Javier, 2009.

<sup>93</sup> CODIGO CIVIL DEL ECUADOR. Art. 362 Ediciones Legales 2016

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Se adecua bastante a las necesidades del proceso encontrando supletoriedad en la norma; situación está que ha resuelto el represamiento de causas, audiencias, autos o resoluciones que fijan las pensiones alimentarias y una pronta solución al problema de la falta de pago de los deudores o morosos alimentantes.

La sustanciación del juicio de alimentos y de paternidad, tiene aspectos judiciales con un procedimiento propio y con el procedimiento sumario, ejecutarse en una sola audiencia. En ella se presentan pruebas que han sido enunciadas en la misma demanda y se resuelve la pensión, en algunos casos, y sobre la filiación y la pensión alimenticia.

### **3.3. REALIZACIÓN DEL EXAMEN DE ADN.**

Cabe destacar que el objetivo principal de la demanda de alimentos al padre que no ha reconocido a su hijo, es precisamente, que dentro del trámite de alimentos el Juez, a petición de parte, disponga el examen de ADN a sabiendas de que con resultado positivo o por la no comparecencia a dos señalamientos del accionado, obtiene que el juez disponga la inscripción del menor con el apellido del padre.

Estimamos que se impone una reforma al Código de la Niñez y Adolescencia en el sentido de que quede abierta la posibilidad que el padre declarado como tal por no asistir al examen en dos ocasiones, pueda en cualquier tiempo, a su costo practicarse la prueba del ADN.

Es importante tener en consideración que para el tratadista del derecho BARRIENTOS Grandon manifiesta **“Hemos verificado casos en los que el presunto padre ha desvirtuado su paternidad, después de muchos años de haber pagado los alimentos, con la prueba negativa del ADN”**<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> BARRIENTOS Grandon Javier 2009

También para ALSINA Hugo **“No es simplemente el hecho de dar a una persona el apellido, con el tiempo, las circunstancias cambian y los intereses especialmente económicos son muy poderosos que amerita que la filiación entre padres e hijos sean, realmente entre padres biológicos”**<sup>95</sup>.

En la práctica diaria el Juez de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia ordena la realización de la prueba del ADN, mediante providencia señalar día y hora para que el presunto padre comparezca, con la madre y el menor que se pretende reconoce, a un centro médico donde practiquen estas pruebas que, generalmente es la Cruz Roja Ecuatoriana. Si COMPARECEN, padre, madre e hijo, se efectúa el examen y después de quince, días o un mes la Cruz Roja envía al juzgado los resultados de la prueba. Si es positivo el juez ordena la inscripción con los datos del nacimiento e inscripción, lugar, fecha, tomo, página y aclarando el nombre completo que debe llevar. Si el presunto padre no comparece por dos ocasiones, el juez está obligado, por disposición del Art. 135 literal b del Código de la Niñez y Adolescencia a ordenar la inscripción del menor, presumiendo que la negativa le hace al presunto padre reo de paternidad.

El llamado análisis de ADN o huellas digitales genéticas constituye un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica aplicarse estará determinada por la cantidad y la calidad del ADN presente. La prueba de ADN es una de las pruebas biológicas más precisas de las que existen en la actualidad. Su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir De una muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido cualquiera.

Analizando las secuencias del ADN puede establecerse con exactitud absoluta la herencia genética, superando los márgenes de duda de la Histocompatibilidad (HLA). La negativa a someterse a la prueba de ADN,

---

<sup>95</sup> ALSINA Hugo 2001 Pag.65



como a cualquier otro tipo de prueba biológica en los supuestos de reclamación demandas y acciones de filiación tanto matrimonial como extramatrimonial, hará presumir el acierto de la posición contraria a la que sostiene en juicio a quien se niega a las pruebas; pues, ninguna otra actitud, en principio, puede justificar esta actitud cuando lo que se está discutiendo es el estado de una persona con relación a su familia.

## **4. DERECHO A LA IDENTIDAD**

### **4.1 CONCEPTOS**

El derecho a la identidad es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen derecho inalienable a contar con los atributos, datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad y a no ser privados de los mismos.

La identidad, se define como el modo de ser de cada persona, proyectada a la realidad social.

El derecho a la identidad, importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano, constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando, a su vez, la obligación tanto del Estado como de los particulares de respetar esta subjetividad jurídica.

La identidad de la persona, no se agota con los caracteres que externamente la individualizan, y que conforman sus signos distintivos, sino que incluyen un conjunto de valores espirituales que definen la personalidad de cada sujeto, sus cualidades, atributos, pensamientos, que permiten traducirlos en comportamientos efectivos de proyección social, no interno.

Consiste, en que cada persona no sea individualizada, ni alterada, ni negada la proyección externa y social de su personalidad.

En consecuencia, todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser él ser que auténticamente es.

Este derecho protege la finalidad que cada quien tiene de ser auténtico, de poder diferenciarse de los demás pero a la vez ser reconocido por ellos; por ello, la identidad no se da por el solo reconocimiento en un instrumento legal o la sola entrega del DNI, sino que es un proceso dialéctico.

Para el tratadista FERNÁNDEZ Sessarego expresa que **"la identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser igual estructuralmente a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser "uno mismo y no otro"**<sup>96</sup>.

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales.

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad.

Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

---

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma 1992.

El derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscripto en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres y a ser parte de una familia. **“El derecho está incluido en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en 1989”<sup>97</sup>.**

#### **4.2 BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD**

En el Art. 66 de la Constitución de la República, señala los derechos de libertad, manifestando en el número 28 **“Se reconoce y garantizará a las personas**

**“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”<sup>98</sup>.**

El principio del socio afectividad es aquella acción que se caracteriza por la voluntad, de parte de quien adopta ser padre, de tener un hijo, de esta manera establece un vínculo de parentesco con el adoptado, y, como la adopción es irrevocable, también es irrevocable la filiación:

**“La verdad socio afectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.**

---

<sup>97</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho\\_a\\_la\\_identidad](https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_identidad)

<sup>98</sup> Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del Art. 45

**El Principio socio afectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo principio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona”<sup>99</sup>.**

Establecida constitucionalmente la familia afectiva, **“no hay motivo para que los juristas biologists opongan resistencia a la filiación socio afectiva. Al fin y al cabo, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético”<sup>100</sup>.**

La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socio afectiva o, como también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético.

La delimitación de la verdad socio afectiva tiene su origen en la evolución de las relaciones paterno-filiales, estudiadas desde su aspecto biológico, en razón a su legalidad poco o nada determinan nuestros cuerpos legales en este sentido hago un análisis interpretativo, que identifica la delimitación de la verdad socio afectiva en nuestro país.

Los datos personales referentes a la vida afectiva y familiar son aquellos que se originan del carácter social del ser humano, es decir, de la interrelación e interacción entre dos o más personas. Estos datos representan la materialidad de los diversos vínculos que allende la vida de las personas van creando, fomentando o diseñando, como son los lazos familiares y sentimentales, o aquellos basados en el respeto, amistad o amor.

Esta clase de dato personal se distingue de los dos tipos antes enunciados por su origen, ya que los datos concernientes al origen étnico o racial, o

---

<sup>99</sup> Serejo Sousa, 2005, pág. 510

<sup>100</sup> Belmiro, 2011, pág. 504

referentes a las características físicas, morales o emocionales se originan del propio ser humano, mientras que la fuente de los datos relativos a la vida afectiva y familiar no se sitúa en el propio hombre, sino en sus vínculos con sus semejantes.

El dato personal representa la materialidad del ámbito íntimo del ser humano, aun cuando su origen derive del carácter social del hombre, ya que los vínculos o lazos sociales se sustentan o se integran por elementos reflejos de la intimidad, como son los sentimientos, emociones o sensaciones. Motivo por el cual, los datos relativos a la vida afectiva y familiar tienen como finalidad última la protección de la intimidad de las personas. La verdadera importancia se reviste cuanto se reconoce el valor de las dimensiones socio afectivas y éticas, las mismas que nacen de las relaciones sexuales, la familia y el matrimonio, elementos que forman la sociedad conyugal.

Al hablar de la verdad socio afectiva, hacemos referencia inmediatamente a la familia y a la sociedad, especialmente en lo que respecta a su importancia se lo mira desde la incidencia de la socialización de los niños, niñas, ya que representan un grupo prioritario, se lo puede indicar que en sus primeros años de vida solo son representados como un ser físico que solamente necesitan cuidado, alimentación, vestido, atención médica.

La finalidad del derecho de toda persona a accionar un proceso tendiente a establecer el vínculo filial se torna evidente cuando su objetivo es fijar una correspondencia entre la verdad biológica y el vínculo jurídico de filiación si existiere, con respecto a sus progenitores cuyo fin último es indagar el entronque sanguíneo entre la persona y sus progenitores estableciendo de modo adecuado el vínculo jurídico filial entre hijos y padres.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art. 36 establece las normas para la identificación, la misma consiste, en la certificación de nacido vivo,

que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, en el mismo documento debe constar la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida, u solo en casos de inscripción tardía se deberá registrar en la ficha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente. Y, cuando se desconoce la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevaba los apellidos del progenitor que lo inscribirá, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor.

En el caso de desconocer la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente era inscrito por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país.

Esta disposición decreta igualmente que se respetará el nombre con el cual ha sido conocido y se tomará en cuenta su opinión cuando sea posible, de esta manera la inscripción podrá ser solicitada por la persona encargada del programa de protección a cargo del niño o niña o por la Junta de Protección de Derechos.

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

El derecho a conocer los orígenes en materia de procreación asistida se plasma en el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad que han sido regulados por la Carta Magna **“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. Cuando algún niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la**

**asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente** <sup>101</sup>.

La verdad biológica se basa en la reproducción natural humana con vínculo genético entre los padres y el niño y hasta hace pocos años imperaba la procreación mediante el coito entre el hombre y la mujer como paso previo al embarazo constituyendo presupuesto natural de la filiación que a la vez tiene efectos legales.

La verdad biológica no debe ser el principio que prevalezca en una legislación moderna. Así, nos encontramos con la firmeza de los estados civiles, el proceso de adopción, la reproducción asistida, donde la veracidad queda en un segundo plano. Realidad que debe reconocerse en la ley, quien debe ser en principio un espejo de la realidad social, con lo que la filiación se conceptualiza con un trasfondo más social y cultural que biológico.

No obstante, muchas legislaciones como la reforma española de 1981, prefiere a la verdad biológica sobre la afectiva, confiriendo importancia en primer lugar a la prueba del ADN, y en segundo lugar a la presunción de paternidad por matrimonio por ejemplo.

## **5. TUTELA JUDICIAL**

### **5.1 CONCEPTO.**

El término tutela judicial efectiva plantea uno de los conceptos de mayor dificultad en su definición, sea porque puede ser observado desde una vertiente estrictamente procesal; bien como un derecho de naturaleza compleja que se desarrolla, o varias vertientes tal como lo ha señalado como un derecho fundamental con su propia jerarquía, lo que impone una

---

<sup>101</sup> Varsi Rospigliosi, 2009, pág. 80

consideración distinta de la mera óptica de componente del debido proceso se está ante un desafío.

Algunos estudiosos del derecho, afirman que el derecho a la jurisdicción, constituye para Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, **“el derecho a la acción constitucionalizado, esa importancia, de antigua seguridad, encuentra sin lugar a dudas su origen en la autonomía del derecho de acción, la cual hoy se reconoce indiscutiblemente y que ayuda a comprender que hay un derecho a la tutela judicial efectiva, con independencia de la existencia ficción del derecho material controvertido”**<sup>102</sup>.

Toda persona, cumpliendo con los requisitos que el ordenamiento jurídico prescribe, puede requerir del Estado la prestación del servicio público de administración de justicia; la intervención estatal que tiene su cauce a través de un proceso, el cual debe reunir unas condiciones mínimas que aseguren a las partes la defensa adecuada de sus derechos. La fórmula juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como expresión de la potestad jurisdiccional, no es más que la aplicación del derecho, por jueces y tribunales, con el propósito de dirimir conflictos y hacer efectivo el derecho declarado o constituido.

El derecho a la tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada que se dirige a través de una demanda, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.

En consecuencia es un que es un derecho de carácter autónomo, independiente, del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material.

---

<sup>102</sup> Gimeno Sendra y Garberi Llobregat, 2008



## **5.2 OBJETO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

La tutela Judicial efectiva va dirigida hacia todas las personas como la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, obtengan una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas, que si bien se mencionan unas están destinadas a la concepción de un derecho generado por parte del estado, al mismo como generador jurídico, político, que abarca implicaciones de ser soberano y coercitivo, ya están formadas por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado.

El Código Orgánico de la Función Judicial, expresa literalmente lo siguiente:

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

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

**La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocando indefensión en el proceso”<sup>103</sup>.**

---

<sup>103</sup> CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. Art. 6 Ediciones Legales 2016

La tutela judicial efectiva nace de la vulneración de un derecho, he allí la necesidad de que se dé la composición de una Litis, que no es más que una contradicción entre las partes estable en diferentes posturas y argumentos, que a su criterio son válidos, es por ello la necesidad de la existencia de un Juez que tenga un conocimiento cabal de la realidad del asunto con respecto a lo tipificado en el ordenamiento jurídico de la Constitución, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado y demás leyes que le van a servir el momento de escuchar a las partes, tanto en sus afirmaciones como negaciones y en la presentación de un sin número de elementos probatorios.

Para el tratadista del derecho Dr. José Sebastián Cornejo expresa:

**“La tutela judicial efectiva y el debido proceso, si a una de las partes se le impugnó el derecho de defensa, lo cual condujo a una sentencia adversa, no podría bastar la sola sanción de nulidad por violación al debido proceso y la expedición de una posterior sentencia correctiva, pues la indefensión también significa que se ha denegado justicia oportuna a la parte afectada y que no existió efectividad, lo cual acarrea la determinación de responsabilidad y una posible indemnización”<sup>104</sup>.**

Para el Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, la tutela judicial efectiva **“puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”<sup>105</sup>.**

El derecho a la tutela judicial efectiva requiere mucho más aun unas garantías mínimas de eficacia, la Constitución de la República del Ecuador, a más del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez y la

---

<sup>104</sup> José Sebastián Cornejo, Pag.67 2004

<sup>105</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón.2009 jcbg@andinanet.net

celeridad procesal, destierra la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habría la deseada efectividad en la administración de justicia.

## **F. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS**

La falta de norma legal en el Código Orgánico General de Procesos para determinar en qué momento procesal se debe practicar la prueba científica del ácido desoxido ribonucleico ADN, ha permitido en la actualidad denegar el trámite de los procesos y a su vez se han ordenado el archivo a este tipo de demandas de alimentos por falta del aporte de la prueba del ADN.

## **G. METODOLOGÍA**

- Flash Memory
- Libros de Investigación
- Internet
- Computador
- Microsoft Word
- Bibliografía Especializada

### **7.1. MÉTODOS**

Para la presente investigación utilizaremos los siguientes métodos que nos ayudarán a buscar la verdad:

**Método Lógico o Científico:** Ya que conducen conjuntamente al establecimiento de la verdad, mediante el análisis y la síntesis; de ahí que, el análisis es descomponer en partes algo complejo a fin de explicar los hechos o fenómenos que constituyen el todo; y, la síntesis, es el método mediante el cual se reconstruye el todo uniendo sus partes, facilitando la comprensión cabal del asunto.

**Método Inductivo:** El conocimiento de varias cosas particulares nos permitirá llegar a establecer una verdad general. Los conocimientos proporcionados a través de este método, no son de una validez absoluta, sino más bien de probabilidad variable, en razón de que se toman únicamente unos cuantos elementos de la casuística.

Se aplicaran encuestas a profesionales del derecho, con la finalidad de determinar la falta de norma jurídica para la aplicación de la prueba científica del ADN a fin de garantizar el derecho a una tutela judicial ágil y expedita a favor de las partes. La encuesta está dirigida a 30 profesionales.

**Método Deductivo:** De los conceptos, leyes, principios, definiciones y normas generales analizadas se extraerán conclusiones de carácter particular permitiendo obtener conocimientos completamente válidos.

**Método Histórico:** Está vinculado al conocimiento de lo que constituye la práctica del examen científico del ADN.

## **TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

**Técnica de Campo:** Las técnicas que utilizaremos para la obtención de información directa, son la entrevista y la encuesta.

La entrevista se realizará a jueces de las unidades judiciales de la niñez y adolescencia y civiles, la encuesta se aplicará a 30 profesionales del Derecho de la ciudad de Loja.

## H. CRONOGRAMA

Meses Actividades	ENERO 2017				FEBRERO 2017				MARZO 2017				ABRIL 2017				MAYO 2017			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
	Selección del tema e Investigación Bibliográfica			X	X	X														
Definición del problema, justificación, objetivos y marco referencial						X	X													
Elaboración de marco doctrinario, jurídico y legislación comparada						X	X													
Metodología e Investigación de campo							X	X												
Confrontación de los resultados de investigación con los objetivos e hipótesis							X	X	X	X										
Conclusiones, Recomendaciones y propuestas jurídicas													X	X						
Redacción del informe final, revisión y corrección															X	X				
Presentación y socialización de los Informes Finales																	X	X	X	X

## **I. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO**

### **1. Talentos Humanos**

- Director de Tesis.
- Postulante: Lilia Eulalia Vinueza Varela

### **2. Recursos Materiales y Económicos**

Material bibliográfico	100.00
Material de escritorio.	80.00
Artículos de Internet	100.00
Adquisición de textos	90.00
Movilización y alimentación	50.00
Digitación de trabajo	100.00
Reproducción y encuadernado	120.00
Derechos timbre y más especies valoradas	150.00
Imprevistos	50.00
TOTAL:	840.00

### **4. Financiamiento**

La presente investigación será financiada con mis propios recursos.

## **J. BIBLIOGRAFÍA**

- OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Editorial Heliasta Buenos Aires 1974.
- CABANELLAS, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental 2010 Editorial Heliasta S.R.I Buenos Aires
- SALTOS ESPINOZA, Rodrigo. La Conflictividad de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

- <https://escuelaspadres.wordpress.com/2012/01/11/familia-definicion-y-tipos>.
- JELIN ELIZABETH. Instituto de Estudios Latinoamericanos 1988.
- [https://www.unicef.org/republicadominicana/Ley136\\_06.pdf](https://www.unicef.org/republicadominicana/Ley136_06.pdf).
- [guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000013157/20080708](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000013157/20080708).
- Concepto de legitimación - Definición en DeConceptos.com
- Guillermo Cabanellas de Torres, la definición de Legitimación proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental.
- [Derecho.isipedia.com/tercero/derecho-procesal](https://derecho.isipedia.com/tercero/derecho-procesal).

## ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN .....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO .....	VI
1. TÍTULO .....	1
2. RESUMEN .....	2
ABSTRACT.....	5
3. INTRODUCCIÓN .....	7
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	11
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	68
6. RESULTADOS.....	70
7. DISCUSIÓN .....	79



8. CONCLUSIONES .....	91
9. RECOMENDACIONES .....	93
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	95
10. BIBLIOGRAFÍA .....	98
11. ANEXOS.....	100
INDICE.....	138