



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

**FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y
ADMINISTRATIVA**

CARRERA DE DERECHO

TITULO

**“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA
DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE ALIMENTOS AL
DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE
ADN”**

Tesis previa a la obtención de
grado de Licenciada en
jurisprudencia y Título de
Abogada.

AUTORA: MARJORIE GISSELLA GUAMAN GUAMAN

DIRECTOR: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2019

AUTORIZACION

Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que luego de haber dirigido y revisado durante todo su desarrollo el presente trabajo de investigación jurídica de autoría de la Srta. Marjorie Gissella Guamán Guamán ; que lleva por título “ ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN ”, ha sido dirigido , corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y se encuentra desarrollado en un 100 % por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado .

Loja, 15 de Marzo del 2019



Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Marjorie Gissella Guamán Guamán** 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.

AUTORA: Marjorie Gissella Guamán Guamán

FIRMA: 

CÉDULA: 1105773582

FECHA: Loja, julio del 2019

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

Yo, Marjorie Gissella Guamán Guamán declaro ser la autora de la Tesis titulada "ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN [®]", como requisito para optar el grado de Licenciada en Jurisprudencia y Abogada; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 24 días del mes de julio de dos mil diecinueve, firma la autora.

Autora: Marjorie Gissella Guamán Guamán

Firma: 

Cédula: 1105773582

Dirección: Malacatos, Vía a la Gasolinera

Correo Electrónico: marjo9509@hotmail.com

Teléfono: 0982529124

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez Mg. Sc.

Tribunal de Grado

Presidente: Dr. Shandry Armijos Fierro. Phd.

Vocal: Ab. Sucety Merchan Palacios Mg. Sc.

Vocal: Ab. Maryuri Celi Masache Mg. Sc.

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación, refleja el esfuerzo que he realizado para poder llegar a esta etapa, por lo tanto, lo dedico a Dios ya que gracias a la bendición y fortaleza que me ha dado he podido culminarlo.

De igual forma dedico mi trabajo de Tesis con profundo amor y cariño a mis padres Marcia y Antonio, y mis hermanos Jennifer y Cris quienes son las personas que más quiero en esta vida y quienes me han enseñado que no existe nada imposible, que gracias a su apoyo incondicional pude salir adelante y culminar con éxito este preciado trabajo.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Extiendo mi sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja en especial a las autoridades, docentes y administrativos de la Carrera de Derecho, a mis maestros por haber inculcado y brindarme sus conocimientos, a mis compañeros por todo lo compartido durante el transcurso de mi formación e infinitamente agradezco a mis padres por su apoyo incondicional.

Agradezco de manera especial al Dr. Sebastián Rodrigo Díaz Páez Mg. Sc. quien fue mi Director de Tesis y me orientó para poder conseguir un trabajo de calidad.

Así mismo extiendo mi agradecimiento a aquellos profesionales del derecho que mediante las encuestas y entrevistas pudieron ofrecerme un criterio favorable para el desarrollo de este trabajo investigativo.

La Autora

ESQUEMA DE CONTENIDOS

- I. PORTADA**
- II. CERTIFICACIÓN**
- III. AUTORÍA**
- IV. CARTA DE AUTORIZACIÓN**
- V. DEDICATORIA**
- VI. AGRADECIMIENTO**
- VII. ESQUEMA DE CONTENIDOS**
 - 1. TÍTULO**
 - 2. RESUMEN.**
 - 2.1. ABSTRACT**
 - 3. INTRODUCCIÓN**
 - 4. REVISIÓN DE LITERATURA**
 - 4.1 MARCO CONCEPTUAL**
 - 4.1.1. Identidad
 - 4.1.2. Paternidad
 - 4.1.3. Maternidad
 - 4.1.4. Filiación
 - 4.1.5. Definición de ADN
 - 4.1.6. Obligaciones alimentarias
 - 4.1.7. Devolución de Pago
 - 4.1.8. Derecho a la seguridad Jurídica
 - 4.1.9 . El principio del Interés Superior del Niño
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO**
 - 4.2.1. Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano.

4.2.2. Formas de Determinación de la Filiación.

4.2.2.1. Clases de Filiación

4.2.3. Cuando se establece la prueba de ADN

4.2.4. Determinación del pago de alimentos

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

4.3.2. Convenios Internacionales

4.3.3. Código Orgánico de Niñez y Adolescencia.

4.3.4. Código Civil Ecuatoriano

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1. Legislación de Perú.

4.4.2. Legislación de Chile

4.4.3. Legislación de Nicaragua

4.4.4. Legislación de Paraguay

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Métodos Utilizados

5.1.1. Método Científico

5.1.2. Método Inductivo

5.1.3. Método Deductivo

5.1.4. Método Estadístico

5.1.5. Método Mayéutico

5.2. Procedimientos y Técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de las Encuestas.

6.2. Resultados de las Entrevistas.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.2. Objetivo General

7.3. Objetivos Específicos

7.4. Contrastación de Hipótesis.

7.5. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Jurídica.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

**“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO
DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN.”**

2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado **“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN.”**, el mismo que lo realizare con el fin de reunir toda la información posible identificando todas las variables que atribuyen y perjudican al demandado en el caso de no certificarse la paternidad, pudiendo identificar el daño tanto psicológico, social y moral.

El presente trabajo planteó, la posibilidad de devolver de forma expedita el dinero erogado por el presunto padre a la mujer embarazada, una vez que su paternidad había sido descartada. Para alcanzar el fin mencionado trate de enfocarme en demostrar cuándo nace la obligación de prestar alimentos y también cuándo termina, y bajo esa certeza entender, por qué el hecho de restituir un patrimonio afectado es necesario dentro un proceso expedito, para de esta manera asegurar al presunto progenitor la restitución total de su patrimonio, sin trabas, ni afectación de cualquier índole que dilate dicho proceso.

No obstante, se pudo evidenciar que el presunto progenitor carecía de medios idóneos probatorios y, sobre todo, de un proceso para reclamar el dinero pagado, por concepto de alimentos.

Se analizó el concepto de mujer embarazada, explicando de manera general la discriminación positiva, y como el Estado protege y otorga medios de acción directa a la mujer embarazada, para que, de esta manera pueda garantizar y desarrollar su estado de embarazo de manera óptima y plena.

El objetivo fue conocer también de manera precisa, cuándo nace la figura del presunto padre y las obligaciones que tiene frente a quien es su presunto hijo, llegando inclusive a dar

una definición de lo que significa el presunto padre, se explicó por qué el principio de interés superior no se ve afectado, ya que la acción de reembolso se plantea en contra de la madre y no del hijo, además que el hijo de seguro tiene un padre biológico, a quien debe exigir los alimentos.

Si bien es cierto que los alimentos prestados fueron legítimos a la hora de obtenerlos, posteriormente con la prueba de ADN, dicha legitimación puede desaparecer o desvirtuarse, y el presunto progenitor tiene el pleno derecho de la devolución de los alimentos a quien en un principio los exigió, es decir, la madre sin que necesite prueba, más que la del ADN para hacerlo, y que se lo haga dentro de un mismo proceso.

Finalmente, bajo estas premisas, empezaremos a desarrollar la tesis para alcanzar el fin mencionado y poder concluir proponiendo una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y con ello garantizar a las dos partes sus derechos y con ello garantizar su bienestar.

2.1. ABSTRACT

This research paper called “ESTABLISH RESPONSIBILITY IN THE RETURN OF FOOD PAYMENT WHEN THE DNA TEST IS DETERMINED NEGATIVE”, the same that I will carry out in order to gather all the possible information identifying all the variables that attribute and harm the defendant in the case of not certifying paternity, being able to identify the damage both psychological, social and moral.

The present work raised, the possibility of promptly returning the money paid by the alleged father to the pregnant woman, once her paternity had been discarded. To achieve the aforementioned purpose, try to focus on demonstrating when the obligation to provide food is born and also when it ends, and under that certainty to understand, why the restitution of an affected estate is necessary within an expedited process, in order to ensure the presumed parent the total restitution of his patrimony, without hindrances, nor affectation of any nature that this process dilate.

However, it could be evidenced that the alleged parent lacked adequate evidence and, above all, a process to claim the money paid for food.

The concept of pregnant women was analyzed, explaining in a general way the positive discrimination, and how the State protects and grants means of direct action to the pregnant woman, so that, in this way, she can guarantee and develop her pregnancy state optimally and full.

The objective was also to know precisely, when the figure of the presumed father is born and the obligations he has in front of who is his alleged son, even giving a definition of what the alleged father means, it was explained why the principle of Higher interest is not affected,

since the reimbursement action is raised against the mother and not the child, in addition to the insurance child having a biological father, who must demand food.

While it is true that the food provided was legitimate at the time of obtaining it, later with the DNA test, such legitimation may disappear or be distorted, and the alleged parent has the full right to return the food to those who initially demanded, that is, the mother without needing proof, more than that of the DNA to do it, and that it be done within the same process.

Finally, under these premises, we will begin to develop the thesis to achieve the aforementioned purpose and be able to conclude by proposing a reform to the Organic Code for Children and Adolescents and thereby guaranteeing both parties their rights and thereby guaranteeing their well-being.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo, intitulado **“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN”** lo he seleccionado partiendo de la problemática social que se produce con un alto índice de frecuencia en las Unidades de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia en todo el país, y de la contradicción jurídica que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, al establecer que el derecho a alimentos no admite reembolso de lo pagado, pero no se considera el caso de que el demandado no sea en realidad el progenitor del alimentario, lo cual se verifica con las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), y por ende la imposibilidad de solicitar el reembolso afecta a quien ya ha cancelado pensiones alimenticias en una forma indebida, pues si no existe vínculo parento-filial, tampoco existe la obligación de prestar alimentos.

El presente trabajo lo estructuré de la siguiente manera:

En la Revisión de Literatura se trató en el Marco Conceptual los conceptos de Identidad , Paternidad , Maternidad , filiación, Definición de ADN,Obligaciones alimenticias, Responsabilidad Civil en el tema de pensiones Alimenticias , clasificación de los Alimentos ; desde un Marco Doctrinario se analizó las diferentes Doctrinas escritas por tratadistas sobre Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano , Formas de determinación de la Filiación, Clases de Filiación, Cuando estable la prueba de ADN y la Determinación del pago de Alimentos . Finalmente, en el Marco Jurídico se efectuó un estudio integral de la normatividad vigente en materia de alimentos, iniciando por la Constitución de la República del Ecuador, y Convenciones sobre los Derechos del Niño y Adolescente. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Derecho Comparado.

En Materiales y Métodos, se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas empleadas para la investigación de campo, las cuales son la encuesta y entrevista aplicadas a una población determinada de funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio, docentes universitarios entre otros.

En los resultados se muestra estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de las técnicas antes indicadas, mostrándose la información con su respectivo gráfico, interpretación y comentario del autor.

En la discusión hago un análisis crítico a la problemática investigada, se verificaron los objetivos planteados en el proyecto de tesis, y se fundamentó jurídicamente la propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. En la parte final del Informe se presentan las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Identidad

La cuestión de la identidad puede orientarse, básicamente, hacia dos formas de planteamiento. Por una parte, en un movimiento introspectivo, hacia las formas de auto identificación como 'yo' de cada individuo. En segundo lugar, hacia las formas de objetivación de la personalidad; a las relaciones sociales en que se define la identidad de la persona. El proceso de la identidad hasta constituir un individuo adulto de la especie humana presupone, ineludiblemente, la pertenencia a un sistema social concreto. En esta segunda perspectiva, a la que voy a referirme, la clave está en las formas de interacción dinámica entre identidad y procesos sociales, como lo describe Peter Berger: "La identidad constituye, por supuesto, un elemento clave de la realidad subjetiva, y en cuanto tal, se halla en una relación dialéctica con la sociedad.

La identidad se forma por procesos sociales. Una vez que cristaliza, es mantenida, modificada o aun reformada por las relaciones sociales.

Los procesos sociales involucrados, tanto en la formación como en el mantenimiento de la identidad, se determinan por la estructura social. Recíprocamente, las identidades producidas por el interjuego del organismo, conciencia individual y estructura social, reaccionan sobre la estructura social dada, manteniéndola, modificándola o aun Anuario Filosófico, 1993 (26), 395-413

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.

Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.

El concepto de identidad nos permite reconocer su falta de univocidad dado la complejidad propia de este proceso progresivo atravesado por múltiples aspectos que inciden en la configuración de la identidad a lo largo de la historia individual.

4.1.2. Paternidad

Desde un punto de vista general la paternidad es un vínculo familiar ya que de la unión de dos personas llegan a tener hijos; hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores: padre, madre y, el hijo de ambos, llegando a surgir el derecho de familia. Según la Revista latinoamericana de Derecho Social el concepto de paternidad tiene tres perspectivas: la biológica, la sociológica y la jurídica.

Según la Revista de Psicoterapia Psicoanalítica, uruguaya la paternidad Sociológica la establece como la identidad del hombre ya que los varones deben procrear no sólo para continuar con sus raíces, y con eso podrán ser aceptados socialmente como especie masculina, dando a entender que el hombre es un elemento importante para el desarrollo de la humanidad y no se extinga la especie humana.

En nuestro país cada vez considera de gran importancia el desarrollo familiar y los derechos que tienen cada integrante de la familia.

Pero siempre dejando por debajo al supuesto padre, se entiende que el niño necesita alimentos y más protección pero tenemos más alternativas para evitar que quede desprotegido el presunto padre, y la única forma es dando seguridad en la comprobación de que sea negativo o positivo la prueba prenatal con métodos que no pongan en riesgo el ser vivo que tiene la madre en su vientre.

4.1.3. Maternidad

Es importante recalcar este hecho, ya que siendo básico, permitirá aplicar la presunción de que el hijo tiene por padre al marido, porque la filiación dentro del matrimonio es indivisible. “La maternidad es el elemento básico para establecer la filiación de dentro de matrimonio, porque debe haber nacido una criatura para que sea posible hablar de la filiación, y todos los seres humanos nacen de madre. Es necesario establecer que una mujer haya dado a luz una criatura viable, y que el hijo de que trata la filiación, sea el producto de ese parto

El elemento se descompone en dos momentos:

- 1) El hecho mismo del parto. La madre tiene que haber dado a luz una criatura en realidad y no en apariencia; y,
- 2) La identidad de la criatura. El hijo que pase por hijo de determinada madre, ha de ser producto de un parto determinado, esto se opone a la suplantación de un parto.(Villalda, 2019, pág. 12)

La maternidad se establecerá probando, sin lugar a dudas, los dos hechos mencionados en los literales anteriores. Las partidas de inscripción del nacimiento de una criatura, constituyen instrumentos públicos y por lo mismo tienen fuerza probatoria plena, no sólo como tal justificación, sino como solemnidad. Pero esas partidas, como todo instrumento, pueden ser impugnadas.

4.1.4. Filiación

El hecho natural de la filiación, de fundamentación biológica, tiene importante repercusión jurídica y en el mismo se basa la legitimidad de los hijos.

La filiación es un hecho natural, pero adquiere también fuerza jurídica. “Acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo. I Esas mismas señas personales. I Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan con relación a otras superiores o principales. (Torres, 1993)

Al hablar de la filiación esta va direccionada a los hijos, por lo que se puede determinar que todos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Prohibiéndose que se determinen cualquier indicación que establezca diferencias de filiación, para fomentar con esto la unidad familiar y un desarrollo armónico entre los elementos constitutivos de la familia como son los padres e hijos.

La Filiación es la relación parental consanguínea entre ascendientes y descendiente. En este sentido, es de orden esencialmente genealógico y se refiere a todos los eslabones de la cadena que une a una persona con sus ancestros, aun con los más lejanos. Pero el sentido que suele aplicarse en derecho, es el estricto; es decir, el nexo o relación que une al hijo con su padre y con su madre; o sea, el vínculo parental consanguíneo de primer grado en línea recta. (Villalda, 2019, pág. 13)

La filiación depende esencialmente de su prueba y esta prueba variará de acuerdo al caso, hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él, y también según la comprobación de paternidad o maternidad.

Es de suma importancia la filiación en el campo del derecho, pues junto con el matrimonio forman los dos pilares fundamentales de esta rama del derecho.

Pues si bien, el matrimonio constituye la base de la familia organizada, la filiación lo es de la estructura familiar: el parentesco, provenga o no de la unión matrimonial. De la filiación derivan: el parentesco consanguíneo, la patria potestad.

4.1.5. Definición de ADN

Abreviatura de ácido desoxirribonucleico (en inglés deoxyribonucleic acid o DNA). Es la molécula que contiene y transmite la información genética de los organismos excepto en algunos tipos de virus (retrovirus). Está formada por dos cadenas complementarias de nucleótidos que se enrollan entre sí formando una doble hélice que se mantiene unida por enlaces de hidrógeno entre bases complementarias. Los cuatro nucleótidos que forman el ADN contienen las bases adenina (A), guanina (G), citosina (C) y timina (T). Dado que en el ADN la adenina se empareja sólo con la timina y la citosina sólo con la guanina, cada cadena del ADN puede ser empleada como molde para fabricar su complementaria.

La función principal de la molécula de ADN es el almacenamiento a largo plazo de información para construir otros componentes de las células, como las proteínas y las moléculas de ARN. Los segmentos de ADN que llevan esta información genética son llamados genes, pero las otras secuencias de ADN tienen propósitos estructurales o toman parte en la regulación del uso de esta información genética.

4.1.6. Obligaciones alimentarias

“Las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención o subsistencia; esto es, para comida bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad. Los alimentos se clasifican en legales, voluntarios y judiciales”.(Cabanella , 1993)

Entonces podemos entender como obligación alimentaria como una prestación de carácter esencial para la supervivencia de la persona o en este caso menor.

En cuanto al origen, las obligaciones pueden provenir de la ley, testamentos o convenciones y son derivadas generalmente de las relaciones entre cónyuges, hijos y padres e incluso pueden incluir, según el sistema jurídico que se trate, las que derivan de algún otro grado de parentesco.

De lo indicado en los párrafos anteriores la obligación alimentaria no sólo deriva de la ley; sino también puede originarse en una disposición de última voluntad o en un contrato, ya que es perfectamente posible un legado de alimentos.

La obligación de prestar alimentos nace cuando surge la necesidad de los mismos, pero no es exigible hasta que no se interpone la correspondiente demanda judicial solicitando su establecimiento ante uno de los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia como se los denomina actualmente.

En nuestra sociedad se constata un incremento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos mayores de edad (hasta los 21 años de edad), dado que el mero hecho objetivo de alcanzar la mayoría de edad no es garantía de una independencia económica de los mismos, pues siguen inmersos en sus estudios, que pueden ser de cualquier nivel, ya que anteriormente solo eran sujetos del derecho a alimentos los mayores de 18 años si el estudio era universitario o de tercer nivel, esto es una avance para la legislación ecuatoriana que vale la pena recalcarlos o una manda testamentaria con cargo de pasarlos a un tercero.

4.1.7. Devolución de pago.

Osorio Manuel expresa que: Reembolso o la restitución es la acción o efecto de restituir; un beneficio extraordinario del Derecho Romano, concedido a favor de determinada persona que había padecido lesión en un acto o contrato, aun cuando fuera legítimo, para obtener la

reintegración o reposición de las cosas en el estado que tenían antes del daño o perjuicio.(Osorio, 2010, pág. 56) .

La obligación de reembolso o restituir surge por dos vías: la primera es la restitución propia, que corresponde a la contraprestación que se da a partir del agotamiento de los contratos con obligación de entregar, es decir en que se traspa la sola tenencia de la cosa; la segunda es la restitución impropia que surge como consecuencia del cuasicontrato de pago de lo no debido; bajo este concepto cuando una sentencia declare la obligación de restituir sea por nulidad, prestaciones, lesión enorme, acción de reembolso, entre otras, el deudor está obligado a devolver, porque si no lo hace se produce un enriquecimiento sin causa.

El presente punto del desarrollo de la presente tesis es de vital importancia, debido a que tanto la doctrina como la legislación ecuatoriana determina al pago como la forma perfecta de extinguir la obligación entre el deudor y el acreedor, en este caso sería alimentante y alimentario, pero hay que recalcar que la obligación alimenticia es de tracto sucesivo, es decir que si cumple periódicamente, esto es de forma mensual.

Sin embargo, tanto en las obligaciones en general como en la alimenticia ocurren situaciones en las cuales el deudor por confusiones que pueden suceder que realiza un pago indebido, es decir, pagó a una persona con la cual no tenía el vínculo de la obligación, esto es que no tenía una relación de parentesco o legal como el caso de los alimentos que se debe al cónyuge o al donante de una suma cuantiosa; en el ámbito general de las obligaciones, al existir pago indebido da lugar al derecho o facultad de solicitar el reembolso.

Este enriquecimiento sin causa, surge cuando sin existir una relación jurídica entre dos sujetos, uno de ellos entrega una cosa a la otra con el solo fin de cumplir con una presunta obligación; en nuestra legislación, la restitución o reembolso de lo no debido, es una figura legal, que pertenece al régimen de las obligaciones, y genera la necesidad de restituir

lo pagado, cuando el que realizó dicho pago no tenía la obligación de hacerlo, es decir cuando se dio un pago indebido por parte del alimentante; este pago indebido el régimen civil lo considera como un cuasicontrato del pago de lo no debido. Martínez Edgar explica:

“En un sentido extenso el reembolso es la devolución de una cantidad de dinero desembolsada en una prestación o negocio, que generalmente se causa cuando se cobra al deudor” (Martínez E. , 2010, pág. 47)

Todo desembolso admite la existencia de un compromiso; si esta no existe, la transmisión no tiene razón legal de existir y debe ser restablecida, tal devolución es conocida como repetición de lo indebido; en consecuencia, hay pago indebido cuando el subsidiario no es el deudor (por no ser el padre del alimentario o no tener un vínculo de lazo, ya que los abuelos y tíos son además obligados subsidiarios), entonces jamás el acreedor no tiene derecho y por ende el deber falta de causa; el citado pago indebido ,padece de la falta de alguno de estos elementos, que le quitan del carácter de desembolso; de esta manera poseemos los siguientes conceptos: Constantemente que hay pago injusto, es porque se cumple una obligación que no existe, ya sea que falte totalmente de existencia y nunca la tenga, o se haya acabado, o se yerre en la ayuda, en quien la crea o a quien la forma.

En el ámbito general de las obligaciones, al existir pago indebido da lugar al derecho o facultad de solicitar el reembolso, que Según Cabanellas Guillermo es: Cobro o pago de lo dado o recibido en préstamo, según la posición del acreedor o deudor que se considere. Vuelta a suma a poder del que la había desembolsado o al de su derechohabiente. Reintegro del valor de la cosa remitida, antes de la entrega o en el acto mismo; que es forma característica de tantos envíos comerciales que se valen del servicio “contra reembolso”, que obliga al destinatario a pagar el importe de la mercadería (más los gastos de franqueo, envío y comisión del servicio) antes que el funcionario

de correos, el empleado de ferrocarril o de otro medio de transporte le haga entrega de los adquiridos.

Posteriormente se hace la liquidación del remitente.(Cabanellas,2008, pág. 179)

.En un sentido ya más amplio el reembolso es el reintegro de una cantidad de dinero desembolsada en un préstamo o negocio, que generalmente se produce cuando se cobra al deudor; pero en el sentido estricto al que hace referencia la problemática de la presente tesis, cabe evaluar qué es lo que se puede realizar cuando una persona incurre en error y paga indebidamente, por lo general en otros cuerpos normativos como el Código Civil establece entre los cuasicontratos el pago indebido, así también lo determina el Código Tributario, determinándose la restitución o devolución de lo pagado indebidamente. Martínez Luis menciona acerca de la devolución de ingresos indebidos: Se denominan así los pagos hechos para restituir alguna cantidad indebidamente percibida por el Tesoro, por cuenta de cualquier recurso del Estado o de los administrados por la Hacienda, o bien para dar debida aplicación a un ingreso mal efectuado por error o a título transitorio. Las devoluciones de ingresos indebidos pueden ser aplicadas a las cuentas de Rentas públicas, mediante minoración de ingresos, o a las Cuentas de Gasto Público, créditos presupuestarios para atender la respectiva devolución.(Martínez, 2006, pág. 63) . Como se puede indicar, el reembolso o devolución es una figura que permite amparar los derechos patrimoniales, de quien ha satisfecho una obligación que legalmente no tenía; ese concepto referente a los ingresos fiscales, es aplicado también a cualquier tipo de obligación, y constituye una garantía para los ciudadanos, lo cual también debería ser considerado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de establecer el reembolso de lo pagado indebidamente. Si el pago supone el cumplimiento de una obligación, y es un acto jurídico cuyos elementos son los sujetos,el objeto, y la causa; así también, el pago indebido es una especie

de enriquecimiento sin causa, que se presenta cuando, sin existir relación jurídica entre dos personas, una de ellas entrega una cosa a la otra con el propósito de cumplir la supuesta obligación, esto ocurre cuando en un juicio de alimentos desde la presentación de la demanda y con la consecuente calificación por el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, se fija una pensión provisional contra el presunto progenitor demandado, pero que una vez realizados los exámenes de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) no existe el vínculo parento-filial, entonces no hay causa de la obligación alimenticia. Todo pago presupone la existencia de una deuda; si esta no existe, la entrega no tiene razón jurídica de existir y debe ser restituida, tal devolución es conocida como repetición de lo indebido; en consecuencia, hay pago indebido cuando el solvens no es el deudor (por no ser el progenitor del alimentario o no tener un vínculo de parentesco, ya que los abuelos y tíos son también obligados subsidiarios), entonces tampoco el acreedor no tiene derecho y por ende la obligación carece de causa. El llamado pago indebido, adolece de la falta de alguno de estos elementos, que lo despojan del carácter de pago que de esta manera tenemos los siguientes conceptos: Siempre que hay pago indebido, es porque se cumple una obligación que no existe, ya sea que carezca totalmente de existencia y nunca la haya tenido, o se haya extinguido, o se yerre en la prestación, en quien la hace o a quien se hace. El desplazamiento patrimonial indebido es aquel realizado por una persona que actúa por error de derecho o de hecho al considerarse obligado no siéndolo, creyendo extinguir una relación obligatoria que en realidad no existe o siendo realmente deudor, al verificar el pago, no lo hace quien es titular del crédito.

Según la última reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su Libro Segundo, Título V Del Derecho a Alimentos del año 2009, se establece que el derecho a alimentos es irrenunciable, intransferible y no admite reembolso, es decir, en

el caso de que se compruebe que el demandado no tiene vínculo de parentesco con el alimentario, no puede reclamar el reembolso de lo pagado por concepto de pensiones provisionales de alimentos a alguien con quien no tenía un vínculo obligacional, por lo cual la necesidad de establecer la devolución de lo pagado indebidamente por alimentos es de imperiosa necesidad, y con el objeto de evitar abusos de la regulación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

4.1.8. Derecho a la Seguridad Jurídica.

El estado garantiza a todos los ciudadanos ecuatorianos seguridad jurídica pero en ciertos casos prevalece intereses que marcan en si un desbalance, perjudicando con ello .La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley.

Zavala señala que es” Un principio y no un valor que carece de una virtualidad normativa. Por el contrario, como principio la seguridad jurídica es fuente del Derecho y suple cualquier laguna normativa concreta”. ZAVALA, 2003, Pág. 13

Por lo tanto es deber primordial del Estado, asegurar, la vigencia de todos los derechos de las personas residentes en nuestro país y establecer programas para que aquellas personas, tengan asegurado el uso efectivo de tales derechos.

“Estado psíquico en el que los seres humanos “perciben” satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantiza y, a su vez, como se materializa el catálogo de valores que

posee el ordenamiento jurídico” (GALLEGO, 2012, Pág. 76)

Aquella situación, que sosiega a los individuos y genera tranquilidad frente a la Administración, mediante un ordenamiento jurídico que regula su potestad sancionadora. Esta sanción administrativa actúa mediante la privación o restricción de derechos, derivadas de la comisión de una infracción administrativa “

“Un valor estrechamente ligado a los Estados de derecho que se concretan en exigencias objetivas de corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto con esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva, encarnada por la certeza del derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales”. GALLEGO, Luño. Pág. 78

En la imposición de una sanción administrativa, siempre importará la privación o restricción de derechos pertenecientes al responsable de la misma, la potestad sancionadora podrá ser ejercida por aquella autoridad cuando haya sido expresamente por una norma o rango de ley. En base a la situación personal de cada persona, respetando también el principio de legalidad (infracción/ sanción).

4.1.9. El principio superior del interés superior del niño

En el artículo 11 del Código de Niñez Y Adolescencia expresa . El interés superior del niño, es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se

considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niñas y niños adolescentes, niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

En virtud de esta situación consideramos, en primer lugar, que el interés superior del niño está previsto normativamente en forma expresa y, por lo tanto, no puede ser desconocido por el saber jurídico. Pero, teniendo en cuenta las críticas esbozadas en este punto, debemos darle una función y un contenido que sea acorde al paradigma de la "protección integral", lo cual implicará reducir los márgenes de discrecionalidad de la autoridad pública, y a su vez, asegurar la vigencia efectiva de los derechos de los niños. De este modo, se contribuirá a consolidar este paradigma dando menos espacios para la actuación tutelar del Estado.

El principio del interés superior del menor constituye un conjunto de acciones adoptadas por los Estados, la familia y la sociedad, direccionadas a garantizar derechos de bienestar integral y vida digna de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, el Ecuador ha hecho grandes esfuerzos por formular y aplicar políticas sociales a favor de estos grupos vulnerables.

Se considera que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista, con base en el desarrollo teórico de Ferrajoli, entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano.

La patria potestad, a trevez de la Historia ha trascendido en torno a muchas ideologías y sobre todo con muchas transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes.

Según el Dr. Eugene Petit en su *Tatado Elemental De Derecho Romano*, manifiesta acerca de la patria potestad: “La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia Civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El mismo Gayo afirma que en ningún otro pueblo excepto los galatos, estaba organizada como Roma (Gayo, I, §55). Sin embargo se encuentran principales rasgos entre los hebreos, los persas, los galos, y en general en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal”. (Petit, 1977)

Los romanos consideraban la patria potestad como el poder atribuido al padre de familia, es decir la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción. Como puede apreciarse la idea de esta facultad, la cual se manifiesta abiertamente en la familia, mediante la autoridad máxima del Pater.

Desde luego para ejercitar esa patria potestad en el derecho civil romano era requisito ser ciudadano romano, en cuyo caso según el derecho antiguo el Pater Familia era el propietario de los hijos, tenía el derecho de vida y muerte podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que estos hubieran causado, castigarlos y

matarlos según disponía la ley de las XII tablas; como el padre era el propietario de su hijo los bienes que este adquiría pasaban al poder también del padre.

Según el Dr. Ricardo Ribinovich - Berkman en su obra denominada Derecho Romano respecto de la evolución de la filiación manifiesta: “El paterfamilias antiguo era jefe político, juez y sacerdote de sus fili - familias a los que podía castigar hasta con penas corporales y con la muerte. Cuando ellos delinquían contra un extraño, este debía plantear una queja ante el paterfamilias, que tenía el derecho de entregar al culpable (una especie de extradición familiar). Era el abandono o dación “noxal”, de que habláramos en oportunidad de tratar los delitos. Por cierto, también podía también vender o alquilar a los familiares y deshacerse de los recién nacidos.

En otras palabras, tenía todos los poderes de un gobernante antiguo sobre sus súbditos. Sin embargo esa potestad no era absoluta ni omnímoda, pues él mismo, como sus sujetos, estaba sometido a los mores y al fas, que le imponía reglas de conducta.” (Berkman, 2001)

4.2.2. Formas de Determinación de la Filiación

Doctrinariamente existen dos criterios para establecer la filiación:

1. La Titulación: En donde la filiación se tiene por los títulos de atribución que es la causa iuris de la filiación y títulos de legitimación, que son signos o requisitos legales que refieren a la determinación y tienen una función probatoria. Los títulos pueden entrar en conflictos entre sí respecto de una misma persona.

2.- La Procedimentalización: En donde parte de la separación de ciertos procedimientos independientes para acceder o destruir la filiación, con base en que son de carácter autónomos entre sí, que son el punto de partida, punto de articulación y de

interpretación cada procedimiento, eventualmente factores de determinación, y meta-criterios de decisión para conflictos o choques de procedimientos. Este sistema tiene como sustrato una triple partición entre:

- Los procedimientos constitutivos o impugnativos,
- El estado civil filial constituido; y,
- Los derechos y deberes atribuidos al estado civil

Dentro de las formas legales ecuatorianas de establecer la filiación mediante procedimiento judicial tenemos: la adopción, juicio de alimentos y el juicio de investigación de la paternidad.

4.2.2.1. Clases de Filiación

a.) Hijos concebidos dentro del matrimonio

Para el Dr. Roberto Suárez: “Con fundamento en la idea racional que la paternidad es un hecho que no puede demostrarse directamente, la ley establece, como prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada en el Art. 214.

El artículo 214 dispone: “El hijo que nace después de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido”. Esta norma contempla aquella presunción universalmente aceptada y supone padre al marido, “mientras no se demuestre lo contrario” (*pater is est quem nuptiae demonstran*), lo que equivale a decir que todo hijo concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido de la madre.” (Franco, 2017)

Es lo que se denomina Filiación Legítima, la cual es el vínculo jurídico que se crea

entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya se habían casado. En este caso el hijo puede ser considerado legitimado, o bien, el marido puede impugnarlo, es decir, desconocer la paternidad para que no pueda gozar de los derechos de la legitimidad que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad, y en estos tres casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.

Esta forma de establecer la filiación se basa en la presunción legal de que todo hijo concebido durante matrimonio se entiende hijo del marido de su madre. Con todo ésta presunción admite impugnación, esta acción se denomina de impugnación de paternidad, que solo puede ser planteada por el padre mientras viva y en un plazo de sesenta días desde el parto, y por los herederos de éste en igual plazo desde la fecha del deceso.

b.) Reconocimiento Voluntario.

Para los doctores Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni: “El reconocimiento es un acto jurídico familiar, destinado a establecer el vínculo jurídico de filiación”. (Bossert, 2004)

El reconocimiento voluntario de los hijos o legitimación, es un acto de voluntad que realiza uno o ambos progenitores de un hijo concebido fuera del vínculo matrimonial, tiene algunas características que es importante destacar:

1. Es Solemne, unilateral y calificado: Es un acto solemne pues debe efectuarse mediante las disposiciones que determina el Código Civil, entre estas formas está el reconocimiento otorgado por escritura pública, el realizado ante un juez civil con presencia de tres testigos, por acto testamentario, incluso si se ha planteado acción judicial, todavía se considera como reconocimiento voluntario si el demandado se allana a la demanda o si confiesa ser el padre, esto obviamente antes de que se dicte la sentencia.

2. Es Irrevocable: Una vez efectuado el progenitor que reconoce a un hijo como suyo, no puede revocar tal declaración. Pero si puede cualquier persona impugnarlo si es que se ha hecho de forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil, y que demuestre tener interés actual en ello, el caso concreto de los hijos matrimoniales que impugnan el reconocimiento voluntario que hizo su padre antes de fallecer, y que con la muerte de éste tienen derechos hereditarios. Pero la impugnación se debe basar en que el hijo reconocido no es realmente del padre fallecido.

3. No admite modalidades: Es un acto puro y formal, no está sujeto a ningún modo a cumplir para su validez o sujeto a ninguna condición.

4. Produce Efectos “erga omnes”: Es decir, la atribución de la calidad de hijo natural o consanguíneo que se produce por el reconocimiento produce efectos sobre todas las personas, y no solo para los padres que efectúan tal reconocimiento, en otras palabras, sus efectos son absolutos, pues el reconocimiento de acuerdo a las formas establecidas en el Código Civil Ecuatoriano es un instrumento público.

c.) Declaración Judicial.

En los juicios de filiación, la ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, mediante el uso de toda clase de pruebas, así lo mencionan Gustavo Bossert y

Eduardo Zannoni: “Actualmente, los juicios donde se discute la realidad de un vínculo de filiación, se resuelven en la generalidad de los casos mediante pruebas biológicas. Estas consisten en procedimientos científicos que establecen o bien la imposibilidad de tal vínculo o bien la realidad de éste.” (Bossert, 2004, pág. 454)

Dentro de las pruebas que han utilizado para determinar la filiación tenemos las siguientes:

a.- Prueba de Khüne: Estas pruebas consisten en demostrar parecidos físicos que suelen aparecer en la columna vertebral, tanto de los padres como de los hijos. Se usó de forma tradicional, aunque ha sido desplazada por otro tipo de exámenes científicos que son más confiables a la hora de determinar la filiación

b.- Prueba Hematológica: Consiste en la extracción de sangre de la madre, del hijo y del presunto padre, para analizar los antígenos comunes de la sangre, principalmente de grupo sanguíneo (A, B, O, AB), el factor Rh (Rhesus), el MN o el P. Esta prueba es de carácter negativo o descartivo, no puede determinar quién es el progenitor.

c.- Prueba de Histocompatibilidad: O también conocida como HLA por sus siglas en inglés (Human Lymphocyte Antigen), la misma que se basa en el análisis de ciertos antígenos en las células leucocitos de la sangre propios de cada persona y que se transmiten a la descendencia por las Leyes de Mendel (Leyes de la Herencia), a través del sexto par cromosómico y se encuentra presente en todas las células nucleadas del organismo. Su grado de veracidad es del 96% al 99,9%.

d.- Pruebas de ADN: En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99,9%. En caso que la persona a quien se le imputa la paternidad se oponga al examen de ADN, el

juez lo llamará de nuevo y si se resiste otra vez, el juez tomará este factor como una presunción positiva de paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. Con esto, se termina con la práctica de los padres que evitan realizarse tal examen.

De la cita precedente se puede observar la evolución científica al momento de determinar la filiación de carácter biológico del progenitor hacia su hijo, siendo primeramente utilizado el método de comparación de las características físicas y parecido entre las personas sujetas a este análisis, luego con la comparación de los grupos sanguíneos, ya que existe una gran probabilidad que los hijos hereden el grupo sanguíneo de uno de los padres, pero no es totalmente veraz, pues existen grupos sanguíneos dominantes y otros recesivos.

Uno de los métodos más exactos era la comparación de las células del sistema inmunológico que ofrecía un rango de veracidad del 96% al 99,9%, aunque actualmente y en especial en la legislación ecuatoriana lo que más se utiliza es la prueba de ADN, en la que se compara las secuencias de cromosomas que identifican la filiación o el grado de parentesco entre las personas sujetas a este examen médico.

Para Luis Parraguez: *“En el Ecuador tenemos dos acciones judiciales que sirven para determinar la filiación, estas son:*

1.- Acción de Investigación de la Paternidad: La cual se tramita ante un juez civil, la propone el hijo que considera que un determinado hombre o mujer es su progenitor. Entre las causas que pueden originar tal presunción es que haya existido concubinato durante el periodo legal de su concepción, o que su madre haya sido raptada por el presunto padre, o que su madre haya sufrido una violación, o que el presunto padre haya contribuido económicamente con su educación y crianza.

Esta acción prescribe en diez años desde que el hijo cumple la mayoría de edad.

2.- Acción de Alimentos: En el juicio de alimentos se declara el vínculo parento-filial cuando se ha comprobado científicamente con las pruebas de ADN, si el demandado no se presenta por segunda vez se entiende o se presume que es su hijo y se fija la correspondiente pensión alimenticia.” (Ruiz, 2005)

De lo expresado por el autor Luis Parraguez, se determina que existen dos formas de declarar la filiación en forma judicial, la una que ya está cayendo en un demarcado de suso que es la acción de investigación de la paternidad, permite a quien tuviere las presunciones de ser hijo de determinada persona plantear ante un juez de lo civil esta acción, pero considero que las presunciones de paternidad como la de que el presunto progenitor haya raptado a la madre y la concepción se pudo dar en ese tiempo de rapto, así como la que el presunto progenitor haya proveído los recursos de manutención y educación al accionante, ya no son factibles desde que existen las pruebas de ADN con un 99,99% de eficacia.

Actualmente la mayor parte de los casos que se declara la filiación judicialmente es en los juicios de alimentos, en que se puede demandar hasta que el presunto hijo tenga la edad de 21 años, o si es presenta un grado de discapacidad acreditado por el CONADIS puede demandar durante todo el tiempo de vida. La acción de la investigación de la paternidad prescribe en diez años desde que se cumple la mayoría de edad, es decir hasta que el accionante tenga 28 años de edad.

d.-) Adopción:

La adopción es la creación de una filiación artificial (ficción legal) por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. Etimológicamente proviene de la palabra latina "*Adoptio*".

Es importante establecer una diferencia entre la filiación y la adopción, para lo cual tomare lo que expresa el autor Roberto Suárez Franco: *“La filiación es el resultado de la concepción de la mujer realizada dentro del matrimonio o fuera de él; la adopción es una ficción del derecho, en virtud de la cual se crea una relación semejante a la que existe entre padre e hijos; la filiación da origen a un parentesco de sangre, mientras que la adopción es una fuente de relación eminentemente civil o legal.”* (Franco, 2017, pág. 111)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se hace distinción alguna entre hijos concebidos en el matrimonio, extra- matrimoniales, declarado judicialmente o adoptados, en consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea y adquiere todos los derechos y obligaciones de tal con él o los adoptantes.

La adopción no es una figura reciente sino que tuvo origen en el Derecho Romano, pues había incluso dos modalidades, la una denominada adrogación que consistía en establecer el vínculo filial con una persona sui juris, es decir una persona con voluntad para mandarse por sí misma, y por ende este acto constituía en la extinción de la familia del adrogado, por ello requería autorización del Senado.

La segunda es la ADOPCIÓN propiamente dicha, en la que se establece el vínculo con una persona alieni juris, es decir de una persona que está bajo la patria potestad de alguien como esclavo.

En el Ecuador el procedimiento de adopción reviste dos fases, la primera de carácter administrativo en la que se evalúan las capacidades económicas y psicológicas de los adoptantes, y la fase judicial donde se confiere propiamente la adopción por un Juez de la Familia, Mujer, Niñez y la Adolescencia.

4.2.3. Cuando se estable la prueba de ADN

De conformidad con lo expuesto en el artículo 233 del (Código Civil ecuatoriano se determina :

“Para mayor causa de juicio me permito registrar la filiación del niño, niña o adolescente. Razonablemente es fidedigno determinar acciones legales con el objetivo de indagar su nexa filial, es decir, la paternidad es un derecho intrínseco a la persona, cuyo eje central es averiguar quién es el padre del mismo”(Ecuador , Código Civil, 2010).

El hijo que no hubiere sido reconocido, tendrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el juez, a declarar si cree serlo. El Juez a su criterio, podrá ordenar las pruebas científicas, hereditarias, biológicas y antropomórficas del supuesto padre

La disposición de hacer uso de este derecho constituye a ejecutar hechos que proyectan libertad, por lo tanto, se debe analizar eficazmente las consecuencias jurídicas ante este proceso. Se puede evocar que la información que se refleja después de la prueba de ADN es confiable para ejecutar un dictamen. Es necesario emitir un principio de igualdad donde ambas partes garanticen sus derechos de forma de igualdad y de justicia.

La mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre de quien ha concebido sea citado ante el Juez, a declarar si reconoce ser el padre de la criatura que está por nacer.

La negativa del supuesto padre a comparecer ante el Juez o a someterse a la prueba de paternidad, será considerada como positiva de la existencia de vínculo biológico, sin perjuicio del derecho de impugnarla.

4.2.4. Determinación del pago de alimentos

Jusidman – Rapoport, define la importancia con relación al derecho de

alimentos hacia los niños, niñas y adolescentes donde expone que:

“Tiene igual relevancia que los demás derechos. Por consiguiente, para su desarrollo integral se debe disponer de alimentos en cuantía y calidad, sin sustancias perniciosas. Este derecho no trata de imponer lo que se debe comer, sino que los estados deben respetarlo, protegerlo y garantizarlo” (Jusidman-Rapoport,2014).

Desde el enfoque de este derecho, el compromiso del Estado es tomar las medidas necesarias para que se pueda abastecer paulatinamente de alimentos en cada rincón del país. No hay mejor evidencia de elevarlo a rango constitucional, cuando se trata de proteger a niños, niñas y adolescentes, en especial cuando uno de los padres no desea asumir con su responsabilidad, por lo tanto, la prestación de alimentos es necesaria para proteger sus necesidades mínimas de subsistencia.

Es factible, que tanto padres como madres tengan una ligadura jurídica en común, es decir, un derecho y un deber.

Esto debe enmarcarse en tres elementos fundamentales que son la capacidad legal, el objeto de la obligación y la causa de la misma o razón jurídica.

En este caso, los jueces constituyen un rol imprescindible porque en el instante que van a dictaminar alguna sentencia debe delegar a un tío del menor que tenga los recursos económicos suficientes cuando los padres no quieren asumir con su responsabilidad. (Jusidman-Rapoport, 2014).

Puedo decir que en el caso de los jueces es necesario que fijen alimentos cuando se tenga constancia de la paternidad antes no, para con ello garantizar que ningún derecho de las partes se vea afectado o vulnerado

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Análisis de la Constitución de la República del Ecuador respecto a la familia

Partiendo de lo que es la familia, según García José es: “El conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción”(García, 2011, págs. 1-2)

La familia es la célula fundamental de la sociedad, sobre la cual se establece la organización de un grupo de individuos unidos por el parentesco o por el matrimonio, y que es fuente de todo conglomerado humano; nuestra Constitución de la República del en su artículo 44 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 .”(Ecuador , Constitución de la República del Ecuador, 2009)

De esta importante norma constitucional se dependen dos principios muy importantes que regulan los derechos de niños, niñas y adolescentes, el primero hace referencia a la corresponsabilidad del Estado, la Familia y la Sociedad en la protección y ejercicio adecuado de los derechos de este grupo de atención prioritaria

El segundo principio es el de primacía del interés superior del niño por el cual sus derechos prevalecen sobre el de las demás personas, y en este sentido se ha intentado establecer el no reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, pero no se ha normado el caso en que la demanda se plantee contra alguien que no es progenitor del alimentario, y por ende la prohibición de reembolso afecta al demandado, que ha cancelado las prestaciones alimenticias sin que exista fundamento legal para tal pago, es decir, ha realizado un pago indebido; algo muy característico del Derecho de Familia es que subsisten a la promulgación de una ley posterior, pues su fundamento jurídico está en el Derecho Natural y la función social de la familia. Somarriva Manuel afirma que: "...mientras los contratos patrimoniales se rigen, tanto en lo que toca a sus requisitos internos y externos como a sus efectos, por la ley vigente al tiempo de su celebración, los actos de familia se rigen sólo para la celebración, pero sus efectos quedan normados por la ley posterior"(Somarriva, 2010, pág. 9)

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 69 numeral 1 establece: Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: "Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos."(Ibídem)

En este artículo hacemos hincapié en la protección de los niños, niñas y adolescentes, al desempeño de su protección integral de los derechos como por ejemplo nutrición, salud, educación y al cuidado diario, en el que la Constitución de la República del Ecuador es la encargada de velar por el cumplimiento de este derecho, de tomar las medidas necesarios para la consecución de esta disposición, pero lamentablemente

esto no es posible, ya que con los programas de desarrollo que tiene el Estado se garantiza el cumplimiento de esta disposición pero no en su totalidad.

Uno de los principales deberes del Estado para proteger los derechos de la familia es promover la maternidad y paternidad responsables, es decir asegurarse , gradualmente por medio de políticas públicas adecuadas el cabal cumplimiento de las obligaciones de ambos progenitores frente al niño, niña y adolescente, lo que incluye la obligación alimenticia. Como se denota también la norma citada hace referencia la paternidad y maternidad, es decir al vínculo parento-filial, y si se demostraré científicamente no existir tal vínculo el demandado en un juicio de alimentos tiene derecho a que se le reembolse lo pagado indebidamente por alimentos, así como la indemnización de daños y perjuicios causados si es que se comprueba que existe dolo de la parte actora en el juicio.

4.3.2. Convenios Internacionales

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44, 2 de septiembre de 1990, en el Artículo 1, ” Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”(**Naciones Unidas , Convencion sobre los Derechos del Niño,1989**)

En el artículo 3 de convenios internaciones hace referencia a lo siguiente:

1 En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

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

2. “ Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”(Ibídem)

El estado garantiza los derechos del menor y asegura con ello su seguridad jurídica , sin embargo es necesario enfatizar que , en muchos casos se ven vulnerados otros derechos de la otra parte , en específico en derecho de alimentos y que el interés superior del niño es aquel que protege al niño ,mas no a sus progenitores .

En preciso señalar en el art 4 que :

“Los Estados Partes, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”(Ibídem)

Posterior a esto en el art 5 nos señala que:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según

establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza. .”(Ibídem)

Esta doctrina ha sido consensuada por los Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas mediante la expedición de la Declaración de los Derechos del Niño y su posterior convención, la misma que en su segundo principio prescribe que la protección especial deberá expresarse en la posibilidad de este grupo social de disponer de oportunidades y servicios, dispensados por ley y por cualquier otro medio, para que el niño y adolescente pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. los derechos reconocidos en la presente Convención.”

Posterior a esto en el art 18 enfatiza que:

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Con la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.” .”(Ibídem)

En el art 27 se señala :

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.” (Ibídem)

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. (Humanos C. A.,1967)

La convención Interamericana sobre Derechos Humanos señala en el art 17:

“ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.” (Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969) .

Art. 76.- El debido proceso

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”(Constitución de la República del Ecuador 2008 pag 53)

4.3.3. Código de Niñez y Adolescencia.

Del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia respecto a los alimentos.

En el capítulo I, título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se refiere en tanto a los alimentos:

CAPITULO I Derecho de alimentos

En el Art. 1 hace referencia a regular el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley.

En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.

Sin embargo en el Art. 2 enfatiza que El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
3. Educación;
4. Cuidado;
5. Vestuario adecuado;
6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
7. Transporte;
8. Cultura, recreación y deportes; y,
9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Cabe recalcar que en el Art. 3 señala las características las del derecho como 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 hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.

Es importante identificar la magnitud de este artículo que hace referencia al no reembolso de lo cancelado, es trascendental exponer que también se ve vulnerado el derecho del presunto padre ,y que en caso de no serlo , se vería afectado no solo moralmente sino que afectaría directamente la parte económica por dicho proceso .

En este sentido, podemos encontrar normativa como en el Art. 4. que enfoca a titulares del derecho de alimentos Titulares del derecho de alimentos. Haciendo alusión a quienes Tienen derecho a reclamar alimentos:

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

Por ende en el .Art. 5. Del Código Civil expresa las personas a prestar alimentos Obligados a la prestación de alimentos , ubicando en orden quedando como: Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión

o privación de la patria potestad. En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden:

1. Los abuelos/as;
2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,
3. Los tíos/as. (Lexis C. d., 2018, pág. 33)

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

Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre. Los jueces aplicarán de oficio los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y dispondrán todas las medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de la pensión. La autoridad central actuará con diligencia para asegurar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, responderá en caso de negligencia.

Se puede definir en el Art. 6 como la Legitimación procesal señalando que Estarán legitimados para demandar la prestación del derecho de alimentos a favor de un niño, niña o

adolescente o de las personas de cualquier edad que padezcan de una discapacidad física o mental que les impida hacerlo por sí mismas:

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

2. Los y las adolescentes mayores de 15 años. Para plantear la demanda no se requerirá del auspicio de abogado. El o la reclamante la presentarán en el formulario que para este propósito diseñará y publicitará el Consejo de la Judicatura. Si por la complejidad del caso, el juez/a o la parte procesal consideraren que es necesario el patrocinio legal, dispondrá la participación de un defensor público o de un defensor privado, respectivamente el Art. 7 expresa la Procedencia del derecho sin separación señalando: **La** pensión de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo. Los miembros de la familia ampliada que en virtud de una medida de protección dispuesta por la autoridad competente o en ejercicio de la tutela se encuentren conviviendo con niños, niñas y adolescentes titulares del derecho de alimentos, no serán obligados subsidiarios de la pensión de alimentos.

El Art. 8 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia describe el momento desde el que se debe la pensión de alimentos expresando .La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara Claramente en el Art. 9 determina la - Fijación provisional de la pensión de alimentos esto se cómo primero con la calificación de la demanda el Juez/afijará 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 menos cabo de la fijación provisional de alimentos.

Por ende en el Art. 10 precisa la Obligación del presunto progenitor. Expresando que el Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

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

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

c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el

Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita.

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

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

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 deber ser registrado con indicación de la fecha, la hora y el nombre e identificación de las personas que intervinieron.

El Juez/a, podrá disponer el auxilio policial, la intervención de médicos legistas o de otros peritos a petición de la parte interesada, para asegurar la autenticidad y confiabilidad de la toma de muestras, su examen, custodia y transporte.

Art. 12.- Responsabilidad de los peritos.- Los peritos serán administrativa, civil y penalmente responsables por los procedimientos y metodología, resultados falsos o adulterados de las pruebas que practican y por los informes que emiten, sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria del laboratorio en el que se ha practicado la pericia y de la descalificación del perito por la Fiscalía.

Esta responsabilidad se extiende a los hechos y actos de las personas que intervienen bajo su dirección o dependencia en dichas pruebas o informes.

Art. 13.- Suficiencia de la prueba de ADN.- 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 Código de la Niñez y Adolescencia que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley.

Art. 14.- Forma de prestar los alimentos.- El Juez/a, fijará el pago de la pensión de alimentos y de los subsidios y beneficios adicionales, principalmente, y, si así lo solicitare el alimentario o su representante, a través del depósito de una suma de dinero que deberá efectuarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, en caso de subsidios y beneficios adicionales, en la fecha señalada para el efecto; en la cuenta que para ello se señale, cuyo certificado de depósito constituirá prueba para demostrar el pago o la falta de a favor de la beneficiaria/o o de quien legalmente lo

represente. Podrá además efectuarse el pago de la pensión alimenticia y de los subsidios y beneficios adicionales de la siguiente manera:

a) La constitución de derechos de usufructo, la percepción de una pensión de arrendamiento u otro mecanismo similar, que aseguren rentas u otros frutos suficientes para la debida prestación de alimentos del beneficiario; y,

b) El pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez.

Cuando se trate del usufructo o la percepción de la renta de arrendamiento de bienes inmuebles, el Juez/a comprobará que no se encuentren limitados por otros derechos reales o personales ni afectados por embargo, prohibición de enajenar o gravar, anticresis o cualquier otro gravamen o contrato que afecte o puedan impedir o dificultar dicho disfrute o percepción.

La resolución que los decreta se inscribirá en el Registro de la Propiedad del cantón en que se encuentre ubicado el inmueble.

El hijo o la hija beneficiario no estarán obligado a confeccionar inventario ni rendir la caución que la ley exige al usufructuario.

En ningún caso se obligará al niño, niña o adolescente cuya tenencia y cuidado han sido confiados al otro progenitor o a un tercero, a convivir con quien está obligado a prestar los alimentos, con el pretexto de que ésta sea una forma de pensión alimenticia en especie.

Art. 15.- Parámetros para la elaboración de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.- El Ministerio encargado de los asuntos de inclusión económica y social, definirá la Tabla de Pensiones

Alimenticias Mínimas en base a los siguientes parámetros:

- a) Las necesidades básicas por edad del alimentado en los términos de la presente Ley;
- b) Los ingresos y recursos de él o los alimentantes, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos;
- c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y,
- d) Inflación. El Juez/a, en ningún caso podrá fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.

Sin embargo podrá fijar una pensión mayor a la establecida en la misma, dependiendo del mérito de las pruebas presentadas en el proceso.

Las pensiones establecidas en la tabla serán automáticamente indexadas dentro de los quince primeros días del mes de enero de cada año, considerando además el índice de inflación publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, (INEC) en el mes de diciembre del año inmediato anterior y en el mismo porcentaje en que se aumente la remuneración básica unificada del trabajador en general.

En los casos en que los ingresos del padre y la madre no existieren o fueren insuficientes para satisfacer las necesidades del derechohabiente, el Juez/a a petición de parte, dispondrá a los demás obligados, el pago de una parte o de la totalidad del monto fijado, quienes podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre, legalmente obligados al cumplimiento de esta prestación. (Ecuador , Código

Orgánico de la Niñez y Adolescencia , Ro 737 de 3 de enero del 2003 , última modificación 6 de mayo del 2019)

4.3.4. Código Civil ecuatoriano

Nuestro Código Civil es un cuerpo normativo más antiguo y eficaz de todo el ordenamiento jurídico, pues de él se desprenden importantes figuras que se aplican en las diferentes normas legales en el Ecuador.

Como se clasifican los alimentos según el Código Civil ecuatoriano Art 351 del código Civil ecuatoriano los clasifica en Congruos y necesarios.

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

Necesarios: los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria.(Ecuador Código Civil.2005)

Aquí se entiende que existen los dos tipos de alimentos los congruos que son los que se dan para que el alimentante viva de una manera mejor y que tenga más de lo necesario; y, los necesarios que comprenden lo básico para la subsistencia del alimentante.

Esta división bipartita de los alimentos es la clasificación clásica de nuestra legislación, la misma que se basa en la suficiencia de la prestación alimenticia, así los alimentos necesarios solo sirven para sustentar la vida, y se la debe a los hermanos y ascendientes.

Art. 352.-Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los cuatro primeros numerales y en el último del Art. 349, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia, y generalmente en los casos en que el

alimentario se haya hecho culpado de injuria no calumniosa grave contra la persona que le debía alimentos. En caso de injuria calumniosa cesará enteramente la obligación de prestar alimentos.

Por esto se comprende que la obligación de prestar los alimentos podrá finalizar cuando el alimentante hubiera ofendido al progenitor o alimentante de una injuria calumniosa.

Por ende el art 355 – “Se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento razonable; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria. Cesa este derecho a la restitución contra el que, de buena fe y con algún fundamento razonable, haya intentado la demanda.” (Ibídem)

El alimentante no tendrá derecho a la restitución de valor alguno, también el juez ordenara una pensión provisional para el menor antes de dictar resolución por interés superior del niño como lo estipula la ley.

Art. 356.-“En el caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en él solo.”(ibídem)

Quien haya presentado una demanda de alimentos tratando de causar daño al alimentante tendrá que solidariamente restituir los valores e indemnizar por daños y perjuicios al alimentante.

Art. 357.-“ En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.”(ibídem)

Se deberá analizar la situación económica del alimentante y el estatus de vida que lleva, para de esta manera poder estipularle una pensión alimenticia de acuerdo a su nivel económico.

Art. 358.-“Tanto los alimentos congruos, como los necesarios, no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, o para sustentar la vida.”(ibídem)

Estos alimentos no se deberán siempre y cuando el alimentante no tenga los recursos necesarios para subsistir según su posición social

Art. 359.-Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas. No se podrá pedir la restitución de aquella parte de las anticipaciones que el alimentario no hubiere devengado, por haber fallecido. Siempre los alimentos se deben en pensiones provisionales las cuales siempre serán pagadas en mesadas anticipadas, y no se puede reclamar las mensualidades que no haya pagado el alimentante que hubiese fallecido

Art. 360.- “ Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

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

Los alimentos se deben prácticamente desde que el alimentario nace, esto también en el varón después de los dieciocho años, con las respectivas excepciones que estipula la ley como impedimentos físicos o mentales que le impidan trabajar o sustentarse solo.

Art. 361.-“ El juez regulará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne, a este efecto, en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o sus herederos, luego que cese la obligación.” (ibídem)

Con esto comprende que hay manera de consignar un capital del alimentante para con los intereses de este prestar los alimentos y una vez que se extinga la obligación se lo restituirá al mismo.

Art. 362.- “El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.

El derecho de alimentos por ningún motivo puede transmitirse a persona alguna solo es de responsabilidad del titular de este y ni por ninguna causal se lo hará.”(ibídem)

Art. 363.- “El que debe alimentos no puede oponer al demandante, en compensación, lo que el demandante le deba a él. No se puede extinguir el pago de las pensiones alimenticias por compensación, de lo que la parte actora le deba al demandado” (ibídem)

Art. 365.- “Las disposiciones anteriores, de este Título, no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.”(ibídem)

Todas estas disposiciones son totalmente apartadas de aquellas hechas voluntariamente o en testamento entre vivos las cuales serán necesariamente válidas.

Es preciso señalar que en Art. 366 expresa sobre las asignaciones alimenticias en favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porción de bienes de

que el difunto ha podido disponer a su arbitrio”

Todas las asignaciones alimenticias de personas que por ley no les correspondan, se les dará solo con parte de los bienes del difunto que les entregaba esta prestación voluntariamente.

En este conjunto de artículos, se enumera a las personas a quienes por ley se deben alimentos, y a las que ya enunciamos en la parte primera de este capítulo; siendo importante el hecho de que se señala que la injuria calumniosa en contra de un obligado, cesa la obligación de que éste los preste. Se hace referencia a la calidad de este derecho, siendo que se lo califica como no transmisible, no transferible e irrenunciable; indicándose, no obstante, que lo contrario sí será aplicable al caso de las pensiones adeudadas, las cuales sí podrán ser transmisibles, transferible, renunciables; e, incluso, sujetas prescripción.

Se indica que los alimentos a prestarse por ley se entienden debidos para toda la vida, si subsisten las circunstancias que dieron origen a la obligación, determinándose pautas, en todo caso, para la posibilidad de su exigencia, señalándose tanto la edad y las condiciones en que deba encontrarse un derecho habiente que los demande.

Se enuncia, también, lo referente a la calidad de los alimentos a prestarse; esto es, que pueden ser congruos o necesarios, indicándose a los primeros, como aquellos que, aun modestamente, son congruentes con la posición social del demandante; y, a los segundos, como los que bastan para la manutención de la vida.

Se menciona, así mismo, que un derecho habiente debe delimitar la condición en la que demanda alimentos y ante quién lo hace. Así, por ejemplo; una persona puede ser hijo de una persona; y, también puede ser hermano de otra, pero no por ello podrá demandar a ambos la misma prestación, sino que deberá hacerla en condición de lo uno o de lo otro, y para ello

deberá proceder en orden a la proximidad de grados, considerando que sólo podrá hacerlo contra otro de los obligados en caso de insuficiencia de título preferente.

El contenido de las normas del Código Civil, en este campo, incluye la prescripción de que, una vez demandados alimentos, el obligado, no podrá excepcionarse alegando que quien demanda es su deudor.

Además; se estipula la posibilidad de que a partir de ello, se fije inicialmente un pensión provisional de alimentos; y, el que éstos deban ser fijados, ya en su forma y su cuantía, considerando ciertos criterios para determinar la prestación, tales como las necesidades del derechohabiente y las facultades del obligado, igualmente, se establece que las pensiones de alimentos deben ser pagadas por mesadas anticipadas y que, aun cuando se demuestre finalmente la inexistencia de la circunstancia que motivó dicha prestación, los valores suministrados no serán susceptibles de reembolso; salvando su restitución en caso de demostrarse la concurrencia de dolo para la obtención de los mismos.

Finalmente, se hace observancia respecto de los alimentos no debidos por ley, pero comprometidos en forma voluntaria, campo en el que no nos adentraremos por tratarse de un asunto distinto de la materia que ahora nos ocupa.

Conforme lo he señalado, dicho derecho se enmarca dentro de la concepción de los derechos subjetivos, en el sentido de que se hace necesaria la voluntad del derechohabiente para que el mismo sea ejecutado por la vía del mandato jurídico a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Para fijar una pensión de alimentos se requiere de pruebas que presenten las partes, tanto en lo referente a las necesidades del menor como a la situación económica del alimentante.

Como se observa, el procedimiento para la sustanciación del juicio de alimentos es de trámite rápido y sin formalismos procesales. También hay que señalar que el trámite que se da a la prueba está exento de formalismos, estableciendo un procedimiento oral para impugnarla como es el caso de las repreguntas que se pueden hacer a los testigos presentados, además los medios probatorios son evaluados en conjunto luego de la audiencia única por el juez competente, dando de esta manera cumplimiento a los principios de contradicción, concentración e inmediación. Igualmente se cumple el principio de buena fe y lealtad procesal al establecer el anuncio de la prueba de las partes procesales, de tal modo que en audiencia única el juez debe evaluar estos medios de prueba.

Se cumple el Art. 75 de la Constitución de la República de la tutela judicial, efectiva, imparcial y expedita, pues luego de la audiencia única, el juez dicta la resolución correspondiente.

De todo lo anotado se desprende que el nuevo procedimiento de alimentos, optimiza el tiempo, evita los formalismos del proceso contencioso general y en teoría evita el retraso en la administración de justicia, dando cumplimiento de este modo al nuevo ordenamiento jurídico del país, constante en la Constitución de la República de 2008.

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1 Legislación de Perú

Este vacío legal constituye un grave inconveniente jurídico y social porque no solo afecta económicamente a quien ha sido demandado por alimentos sin tener obligación de prestarlos, sino que además conlleva problemas de carácter familiar; además constituye una clara vulneración del principio de economía procesal, pues se constriñe al

órgano de justicia a iniciar un proceso de alimentos aún a sabiendas que el demandado no es el padre del niño, niña y adolescente.

Por las razones antes anotadas, es necesario incorporar en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, una norma que especifique el procedimiento a seguirse para exigir el reembolso por quien ha reclamado la prestación, en caso de que el resultado de las pruebas de ADN descarten su paternidad.

Legislación Comparada 1. la República de Perú. En la Ley Nro 30628 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial determina en el artículo 1 que *"quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad"*(Peru , ley Nro 30628 , 2017)

Como se puede colegir, para iniciar el proceso de alimentos se requiere que el demandante es decir el padre o madre que tiene al niño o al adolescente en su poder, debe contar con la partida de nacimiento del niño o del adolescente, su constancia de estudios en caso de que se encuentre cursando estudios, boletas o recibos de pago que corresponden a gastos que generan la subsistencia del alimentista, a toda ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

A ello hay que agregar copia de su Documento nacional de identidad y conocer el domicilio real donde va ser notificado el demandado en este caso el obligado a prestar los alimentos; con la actual Ley ni siquiera es necesario contar con un abogado para que haga la demanda por escrito, puesto que la petición se puede hacerse a través

del formato que es otorgado por las oficinas de la administración de las Cortes Superiores distritales del Poder Judicial, cuya entrega es gratuita, es decir sin costo alguno. Por otro lado, el artículo 2 determina que la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes.

El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. *“Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”(ibídem)*

En caso que el demandado haya contestado la demanda en el plazo señalado el juez deberá tener en cuenta que dicha contestación para admitirse debe adjuntarse a esta la declaración de ingresos económicos del demandado sin la cual no podrá admitirse el escrito de contestación del demandado dándosele un plazo de tres días para que subsane tal error, y una vez hecho o vencido el plazo se declara la rebeldía del demandado y señala fecha para la audiencia de saneamiento conciliación, pruebas y sentencia, iniciada la audiencia el demandado puede promover tachas excepciones, o defensas previas, que serán absueltas por la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Demandante en el mismo acto de audiencia, seguidamente se actuarán los medios probatorios. Esta ley determina que *“Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso”.*(ibídem)

Del cuerpo legal en mención dispone *que "Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso". (ibídem)* Cabe indicar que a declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días.

El juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días"⁴⁵. Una vez planteada la demanda ésta se presenta a través de mesa de partes de los Juzgados de Paz Letrados quienes son los llamados a conocer esta clase de procesos, quien una vez que recepcione la demanda deberá admitirla y notificar al demandado para que dentro del término de cinco días cumpla con contestarla bajo apercibimiento de seguirsele el juicio en rebeldía, transcurridos los cinco días sin que el demandado haya contestado el juez tiene la obligación al cumplirse dicho trámite resolver haciéndose efectivo el apercibimiento es decir dar por contestada la demanda en rebeldía y citar a la audiencia de conciliación .

Pruebas y sentencia, y el juez deberá emitir la sentencia. En caso que el demandado haya contestado la demanda en el plazo señalado el juez deberá tener en cuenta que dicha contestación para admitirse debe adjuntarse a esta la declaración de ingresos económicos del demandado sin la cual no podrá admitirse el escrito de contestación del demandado dándosele un plazo de tres días para que subsane tal error, y una vez hecho o vencido el plazo se declara la rebeldía del demandado y señala fecha para la audiencia de saneamiento conciliación, pruebas y sentencia, iniciada la audiencia el demandado puede promover tachas excepciones, o defensas previas, que serán absueltas por el demandante en el mismo acto de audiencia, seguidamente se actuarán los medios probatorios.

No se admitirá reconvencción. Concluida su actuación si el juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliadoramente. Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente se dejará constancia en el acta.

Esta tendrá el mismo efecto de sentencia. Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la municipalidad que corresponda copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso

4.4.2. Legislación de Chile

Ley de filiación a partir del 13 de octubre de 1999, todos los hijos e hijas que hayan nacido en Chile y los que nazcan en el futuro, tendrán derecho a reclamar la filiación del padre o de la madre que no los haya reconocido.

Para ello, "Podrán pedir al juez que investigue la maternidad o la paternidad, usando todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas. Dichas pruebas serán ejecutadas por el Servicio Médico Legal o por laboratorios médicos autorizados por el juez. Las personas de escasos recursos, a las que se les otorgue el privilegio de pobreza, podrán someterse a ellas sin costo alguno. Si el juez llega al convencimiento de que la persona demandada es efectivamente el padre o la madre, lo declarará en la sentencia y desde ese momento, el hijo o hija, tendrá tal calidad respecto de esa persona.

Por lo tanto, podrá ejercer los derechos que tienen los hijos respecto de sus padres y los que eventualmente tienen los hijos respecto de sus abuelos"

La norma prevista en este artículo guarda cierta similitud con los preceptos previstos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, pues en ambos cuerpos legales se recurre a las pruebas biológicas para determinar la paternidad en el caso de hijos no reconocidos cuya paternidad impugna el demandado.

En cuanto al valor de la prueba, la ley de Filiación establece la posibilidad de que se practique el examen de ADN sin costo alguno, cuando se demuestre que el demandado se encuentra en un Estado de pobreza. Al respecto merece señalarse que si bien la Ley Reformatoria al Título V, 46 Ley de filiación. (Santiago-Chile. 1999. Pág. 37)

En el art 39 del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, determina que 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 dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita; hasta la actualidad esta disposición carece de eficacia jurídica ya que no existe tal unidad de investigación genética.

Si el presunto padre o madre demandado, "se negara injustificadamente a la práctica de las pruebas decretadas por el juez, éste presumirá que efectivamente se trata del verdadero padre o madre lo que, unido a otras pruebas, le permitirá dar por acreditada la filiación y lo declarará así en la sentencia. Se exigirá que la persona que presente una demanda para reclamar la filiación del padre o madre que no la ha reconocido, deberá acompañar antecedentes que hagan creíble que él o ella pueda ser hijo/a de la persona a la que está demandando"47.

Este precepto deja claro que dentro del ordenamiento jurídico chileno, la sola negativa de la práctica del a prueba de ADN por parte del demandado no constituye razón suficiente para dar por acreditada la filiación, por cuanto según la ley esta presunción deberá estar unida a otras pruebas; hecho que no ocurre en la legislación ecuatoriana, que ante la sola negativa del demandado de someterse a dicha prueba, se declara en sentencia la paternidad.

En esta ley se establece además que *"ante una acusación o reclamación de paternidad o maternidad infundada, que se hizo con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada, el demandante será obligado a indemnizar los perjuicios que cause el afectado"*

Esta norma posee gran relevancia a fin de evitar el planteamiento de juicios de alimentos sin que existe el mérito para ello, es decir, sin que entre el demandado y el niño, niña o adolescente exista vínculo paterno filial.

Sin duda es importante que el Derecho haya previsto la indemnización de perjuicios en contra de quien propone una demanda con el ánimo de lesionar la honra de una persona, pues incluso este hecho atenta contra el principio de economía procesal, ya que se obliga a la administración de justicia a invertir sus recursos en acciones legales infundadas; por lo tanto la legislación ecuatoriana debería incorporar este tipo de disposiciones en mérito al principio de seguridad jurídica.

4.4.3. Legislación de Nicaragua

La Ley de Responsabilidad Paterna y Materna dispone en el Art. 6 *"que al momento de la inscripción de un niño o niña y no haya reconocimiento del padre; la madre podrá declarar quien es el presunto padre de su hijo o hija"*⁴⁹.

Al respecto es necesario indicar que la declaración a la que se refiere el artículo antes invocado, estará sujeta a comprobación dentro del proceso de alimentos instaurado por la persona declarante.

Según esta ley, la declaración *"se hará mediante acta, ante los funcionarios o funcionarias del registro del estado civil de las personas del municipio que corresponda o ante los funcionarios de las ventanillas de inscripción instaladas en los hospitales o centros de salud"*. Se deberá declarar además de la identidad, el domicilio o lugar de trabajo del 49Ley de Responsabilidad paterna y materna.

Presunto padre. *"Cuando la madre haga la declaración de paternidad de su hijo o hija, el funcionario o funcionaria que corresponda deberá informarles que deberán realizarse la prueba científica de marcadores genéticos o Ácido Desoxirribonucleico (ADN), al presunto padre, a la madre y al hijo o hija"*

Conforme puede determinarse, las acciones para la declaración de paternidad son de tipo administrativo, y es la autoridad del Registro Civil quien dispone la práctica de la prueba de ADN.

Esta misma ley dispone que cuando la madre declare la identidad del presunto padre, se iniciará el trámite de reconocimiento y el funcionario o funcionaria del Registro del Estado Civil de las Personas procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y el apellido de la madre provisionalmente.

El Registrador o Registradora del Estado Civil que corresponda, citará dentro de los tres días posteriores a la inscripción, mediante notificación al presunto padre para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la respectiva inscripción de paternidad a la que se ha hecho referencia, bajo el apercibimiento que de no hacerlo se

procederá a reconfirmar la inscripción del hijo o hija con el apellido de ambos padres. No obstante, *"la inscripción provisional no causará Estado, mientras no se compruebe la paternidad."*

El interesado debidamente notificado a quien se le haya aplicado el reconocimiento administrativo por la no comparecencia ante el Registro Civil, tendrá un plazo de un mes para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente.

El trámite de impugnación no suspenderá la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre"51.

En este caso, de presentarse el presunto padre a la cita hecha por el Registrador negando la paternidad, pero aceptando practicarse la prueba 50Ley de Responsabilidad Paterna y Materna. Nicaragua. (1998. Pág. 5551)

En la prueba de ADN, el Registrador remitirá al presunto padre, a la madre y al hijo o hija para que se practiquen la prueba de ADN en el laboratorio señalado y debidamente certificado para tal efecto. De ser positiva la prueba de ADN, se reconfirma la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre y, de ser negativa se inscribirá sólo con el apellido de la madre.

Las partes citadas, comparecerán para practicarse la prueba del ADN, entregando la cita expedita por el Registrador o Registradora del Estado Civil correspondiente.

La práctica de la prueba científica será conforme a las normas de calidad y seguridad requeridas, de acuerdo al reglamento de la presente Ley. El laboratorio que realice las pruebas de ADN, deberá estar debidamente habilitado, acreditado y certificado por el

Ministerio de Salud, así como tener la tecnología adecuada, obligándose a guardar la confidencialidad de los resultados del análisis.

El Registrador o Registradora del Estado Civil para declarar la paternidad o maternidad, debe fundamentarse, cuando fuese el caso, en el informe de resultados de la práctica de la prueba que determine índice de probabilidad de 99.99%. Recibidos los resultados de la prueba, el Registrador o Registradora tiene un plazo de ocho días para resolver y dar a conocer el resultado a las partes interesadas.

Como se puede deducir, este trámite aparentemente es bastante ágil en comparación con el trámite previsto en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador. Así mismo un aspecto novedoso

Contemplado en esta ley consiste en que *"el costo de la prueba de ADN será asumida por: a) El padre; cuando luego de practicarse la prueba resultare positiva y por ende, quede establecida la filiación. b) La madre; cuando luego de haberse practicado al presunto padre la prueba, ésta resultare negativa. c) El Estado; una vez comprobada por la institución encargada, la situación de pobreza de los presuntos padres, asumirá una sola vez el costo del examen del ADN"*⁵².

4.4.4. Legislación de Paraguay

En Paraguay, el cuerpo normativo que regula las relaciones de menores es el Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que en su artículo 97 establece: El padre y la madre del niño o adolescente, están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados a su edad; la asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente; la mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo; los alimentos comprenden también la obligación

de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto; en ningún caso el Juez dejará de pronunciarse sobre la asistencia alimenticia solicitada. Según El derecho alimentos incluye la educación, alimentación, vivienda, salud entre otras necesidades del niño, niña o adolescente, si bien se determina también la mujer embarazada tiene derecho de alimentos o como en la legislación paraguaya se denomina asistencia alimenticia.

Al respecto el artículo 98 se establece la subsidiariedad de la obligación cuando: En caso de ausencia, incapacidad o falta de recursos económicos de los padres, deben prestar asistencia alimenticia las personas mencionadas en el artículo 4, subsidiariamente, el Estado; cuando los obligados, a criterio del Juez, se hallen materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma singular, ésta podrá ser prorrateada entre los mismos.

La legislación paraguaya establece la división en cuotas de la asistencia alimenticia entre los obligados por ley a la indicada prestación, lo cual difiere de la normativa ecuatoriana, en que se puede demandar tanto al obligado principal como a los subsidiarios, y si estos últimos son quienes cancelan la obligación no pueden exigir que se prorratee el monto de la pensión, pero se establece derecho de repetición contra el obligado principal; el que hubiese sido demandado por asistencia alimenticia no podrá iniciar un juicio para eludir el pago al que haya sido condenado; el pago de la pensión alimenticia será efectuado por el alimentante hasta tanto no exista sentencia definitiva en otro juicio, que pudiera revertir la condena dictada en el juicio de alimentos; el demandado no puede exonerarse del pago de alimentos hasta que no exista sentencia ejecutoriada que revierta la resolución del proceso de alimentos.

En la Legislación de Paraguay los padres son responsables de las necesidades de sus hijos menores de edad, y existe terceras personas que se pueden sustituir para cumplir con estas

obligaciones cuando los padres no pueden cancelar la manutención de sus hijos, en este caso siempre prevalecerá el interés superior del menor como personas consideradas dentro del grupo vulnerable.

En Paraguay existe la solidaridad familiar en cambio que en el Ecuador son los deudores subsidiarios en los dos casos los afines en grados de consanguinidad serán quienes se les obligará a cancelar pensiones alimenticias para cubrir las necesidades del menor; en esta legislación se les pone en cuarto lugar a los abuelos, después de que se haya demandado en su orden:

1.-A los cónyuges.

2.-Los padres y los hijos.

3.-Los hermanos; seguido a estos serán los abuelos quienes luego de comprobar su solvencia económica cancelaran valores adeudados y valores que generen los menores hasta su mayoría de edad o a su vez cuando se demuestra que el padre obligado a cubrir alimentos ya lo pueda hacer.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

En el proceso de investigación jurídica utilicé los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, los mismos que me ayudaron a comprender y analizar de mejor manera la problemática planteada: ***“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN.”***

De esta manera me permito indicar a continuación la aplicación de los distintos métodos, procedimientos y técnicas utilizados en la presente investigación jurídica.

5.1. Métodos Utilizados

La investigación científica es un proceso ordenado y complejo que necesariamente debe estar guiada por la utilización de métodos y herramientas que permitan cumplir a cabalidad los objetivos planteados, recordando que el método es el camino a seguirse en la investigación, pues nos permite llevar en forma responsable, ordenada y confiable el proceso de investigación científica.

Al respecto me permito describir los métodos utilizados y su influencia en este trabajo investigativo.

5.1.1. Método Científico:

El mismo que se desarrolla en las siguientes etapas:

Observación: Es la indagación de todos los aspectos de la problemática, lo cual me ayudó principalmente en lo que fue el acopio de información teórica y empírica.

Análisis: Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitió desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.

Síntesis: Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual se materializó en las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Comparativo: Es un método que permite equiparar dos objetos de estudio de similar naturaleza, el cual lo utilice en la comparación de las legislaciones extranjeras respecto de la de nuestro país, concretamente la normativa relacionada con la figura jurídica de alimentos.

5.1.2. Método Inductivo:

El cual me permitió establecer el nexo común de la problemática investigada, el cual es el perjuicio de la prohibición de reembolso de lo pagado por concepto de pensiones alimenticias, lo cual afecta al demandado que comprueba científicamente no tener vínculo parento-filial con el alimentario, siendo de imperiosa necesidad establecer la devolución del pago indebido de alimentos en el Código Orgánico de la Niñez y **Adolescencia.**

5.1.3. Método Deductivo:

El cual me sirvió para deducir los puntos más sobresalientes de la investigación literaria, que en forma conjunta con los resultados de la investigación de campo me permitirá establecer las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica

5.1.4. Método Estadístico:

Proporcionará información tabulada de fácil entendimiento de la obtención de datos mediante la técnica de la encuesta y así representar la información para elaborar los resultados de la investigación.

5.1.5. Método Mayéutico:

Es un método que sirve para encontrar conocimientos a partir de interrogantes realizadas a los interlocutores; por ende, se va a utilizar para elaborar el conjunto de preguntas a desarrollar en la encuesta y entrevista. Para con ello ayudar a despejar las interrogantes y proponer criterios y sobre todo infundir en la creación de una Reforma al Código de la Niñez Y Adolescencia.

5.2. Procedimientos y Técnicas:

a) Bibliográfica:

La bibliografía es un valioso auxiliar para llegar a las fuentes del saber humano. La técnica de investigación bibliográfica como las demás técnicas de investigación jurídica, tienen como finalidad captar los adelantos científico-jurídicos en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios resultados. Esta técnica implica complementariamente la habilidad en la comprensión de la lectura en la mayor brevedad posible.

Se refieren a estudios generales incorporados en libros o bien, en ensayos o comentarios que se incorporan en artículos de publicaciones periódicas.

En el presente trabajo de investigación jurídica, esta técnica comprendió el manejo de fichas bibliográficas y en su parte fundamental la recopilación de información de las diversas obras de los tratadistas del derecho.

b) Observación:

Con esta técnica de La observación pude asumir muchas perspectivas de la realidad tanto de la parte actora como del demandado pudiendo concluir con muchas resoluciones en tanto a las necesidades del niño como de la vulnerabilidad del derecho del presunto padre.

Hay muchas técnicas para la observación y cada una de ellas tiene sus usos, la ciencia comienza con la observación y finalmente tiene que volver a ella para encontrar su convalidación final de acuerdo a lo anotado, debo manifestar que utilicé esta técnica para lograr una mejor apreciación objetiva y vinculación directa con el problema planteado en la presente investigación.

c) Documental:

El proceso documental, se refiere a la fuente que se constituye por documentos o libros que se encuentran debidamente reunidos en paquetes, legajos y que constituyen archivos sobre ciertas materias, especialidades o rama, del mismo modo, utilicé esta técnica para lograr un afianzamiento eficaz del objeto de estudio y su desarrollo mediante artículos , libros , revistas , relacionados al tema de alimentos y los diferentes puntos de vista que emana el interés superior de niño en cuanto a las necesidades básicas , recopilando información necesaria para mi investigación

d) Encuesta:

La encuesta se define como una técnica basada en cuestionarios, que mediante preguntas permiten indagar las características, opiniones, costumbres, hábitos, gustos, conocimientos, modos y calidad de vida, situación ocupacional, cultural, etcétera, dentro de una comunidad determinada. Puede hacerse a grupos de personas en general o ser

seleccionadas por edad, sexo, ocupación, dependiendo del tema a investigar y los fines perseguidos, esta técnica se concretaron en consultas de opinión a profesionales del Derecho en libre ejercicio, de un escenario de treinta personas, se diseñó cuestionarios derivados de los objetivos e hipótesis planteados para esta investigación. De los cuales puedo concluir que pude obtener diferentes puntos de vista y concepciones opuestas, tanto como el interés superior del niño como la del presunto padre y la necesidad de que se desembolse el dinero entregado por parte del presunto padre a la madre y este es negativo el resultado de la prueba de ADN.

e) Entrevista:

La entrevista es un patrón especializado de interacción verbal, iniciada con un propósito específico y enfocado en áreas de contenido determinadas, lo que implica la eliminación de contenido ajeno a tales áreas de contenido o al propósito concreto de la entrevista, en el presente estudio, la entrevista consistió en diálogos que se mantuvo con profesionales del Derecho de la ciudad de Loja, con el objeto de fundamentar la presente investigación y verificar los objetivos propuestos en el Proyecto de Tesis, situación que proporcionó información muy valiosa para enriquecer nuestra investigación.

6 RESULTADOS

6.1. Resultados de las Encuestas.

En el desarrollo del presente trabajo investigativo he optado por la aplicación de encuestas para la recolección de información, las mismas que han sido aplicadas a treinta abogados.

Esta metodología utilizada me permitió conocer las diversas opiniones que tienen los abogados con respecto al tema prueba del ADN consagrado en la Constitución de la República del Ecuador y su responsabilidad civil en lo relacionado a pensiones alimenticias.

Dando con esto todo un análisis llevando a un sin número de cuestionamientos que ayuden a garantizar los derechos de las partes sin perjudicar el interés superior del menor.

Es así que las encuestas me permitieron cumplir con la metodología de mi trabajo investigativo trazada en su respectivo proyecto, y además obtener valiosa información que sustentan mi tesis, los resultados obtenidos a través de las preguntas planteadas coadyuvan a la comprobación de los objetivos planteados, y a la introducción de una propuesta de Reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia el cual podría ser modificado agregando un inciso.

Pregunta N°1:

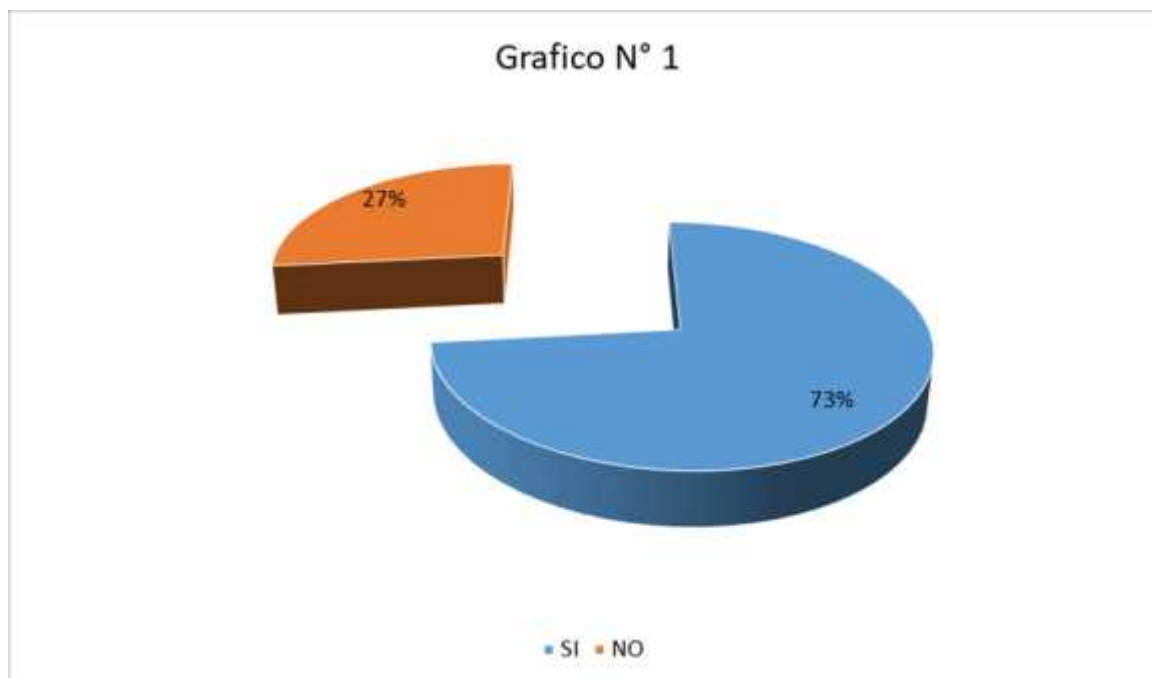
¿Considera que la madre debe reembolsar los valores recibidos post pagos de alimentos al obtener el resultado negativo de la prueba de ADN?

Cuadro N° 1

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	22	73,33%
NO	08	26,66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado: Marjorie Gisselle Guamán Guamán



Interpretación:

A la primera interrogante que se aplicó la encuesta , de los treinta profesionales del Derecho encuestados, **veinte y dos** que corresponde al **73,33%**, consideran que la madre debe reembolsar los valores recibidos post pago de alimentos al obtener el resultado negativo de la prueba de ADN para con ello no afectar la parte demanda y con ello no perjudicar el patrimonio del menor ; Mientras que **ocho** encuestados profesionales del derecho que corresponde al **26,66%** no consideran que la madre debe reembolsar los valores recibidos post pago de alimentos al obtener el resultado negativo de la prueba ADN , porque consideran que se estaría afectando la economía del menor con dicha devolución , siendo este el interés superior de menor que se ve más afectado si se efectuara esa disposición en contra de la madre parte actora de dicho acto .

Análisis:

El porcentaje positivo de esta pregunta es significativo, puesto que la mayoría de los profesionales consideran que es necesario que se efectuó el desembolso de valores al presunto padre, al constatarse la prueba de ADN negativa mediante vía ordinaria. Para con ello garantizar seguridad jurídica al demandado cuando el mismo se ve afectado tanto moralmente como económicamente con estos valores entregados por dicha paternidad, sin afectar los derechos de menor, con ello no se perjudica el interés superior de menor, solo se garantizaría que la actora no perjudique también al demandado en caso de no ser el padre

Pregunta N° 2

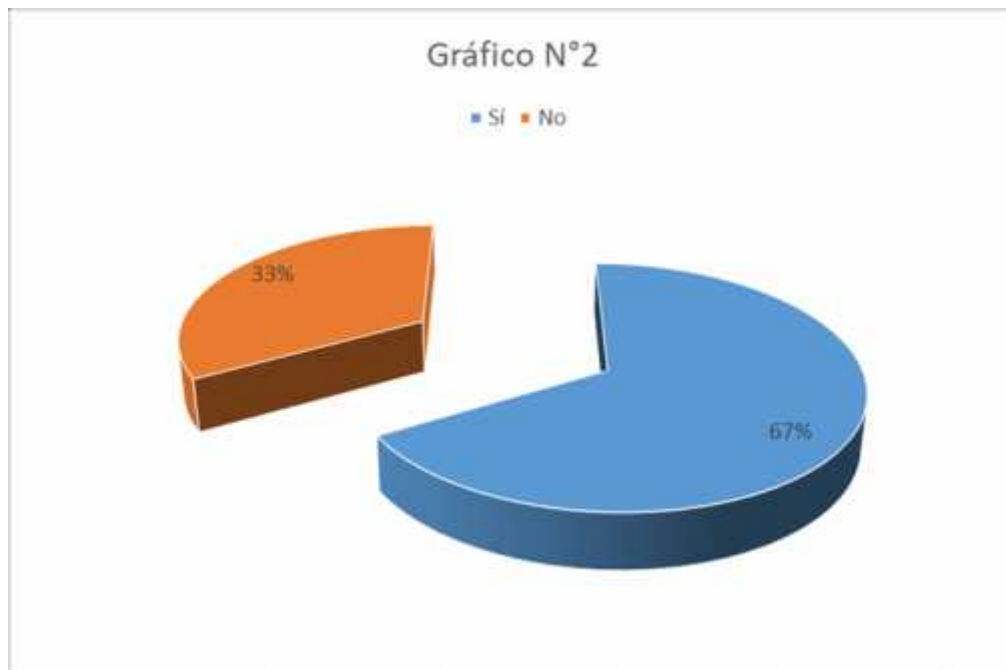
¿Considera usted que afecta la no regularización de los reembolsos de pagos de alimentos ante un resultado negativo de la prueba de ADN al demandado?

Cuadro N° 2

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	20	66,66%
NO	10	33,33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado: Marjorie Gisselle Guamán Guamán



Interpretación:

A la segunda interrogante, de los treinta profesionales del Derecho encuestados, **veinte** que corresponde al **67%**, consideran que se afecta al presunto padre la no regularización de los reembolsos del pago de alimentos ante un resultado negativo de la prueba de ADN; en tanto que **diez** encuestados que corresponde al **33%** consideran que la no regularización de los desembolsos de pagos de alimentos ante resultado negativo del ADN perjudica o afecta a la madre porque es ella quien asume la responsabilidad de la crianza de su hijo.

Análisis:

El alcance de afirmación de esta pregunta es importante ya que lo, expuesto de la mayoría de los profesionales concuerdan en que, si se ve perjudicada la parte demanda, se vulneran algunos derechos y sobre todo no se establece un desembolso en el código de la Niñez y Adolescencia. En situación normal, cualquier pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho.

Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla. Se puede defender que si el alimentante paga la pensión por error, tiene derecho a que le restituyan lo abonado.

Pregunta N°3

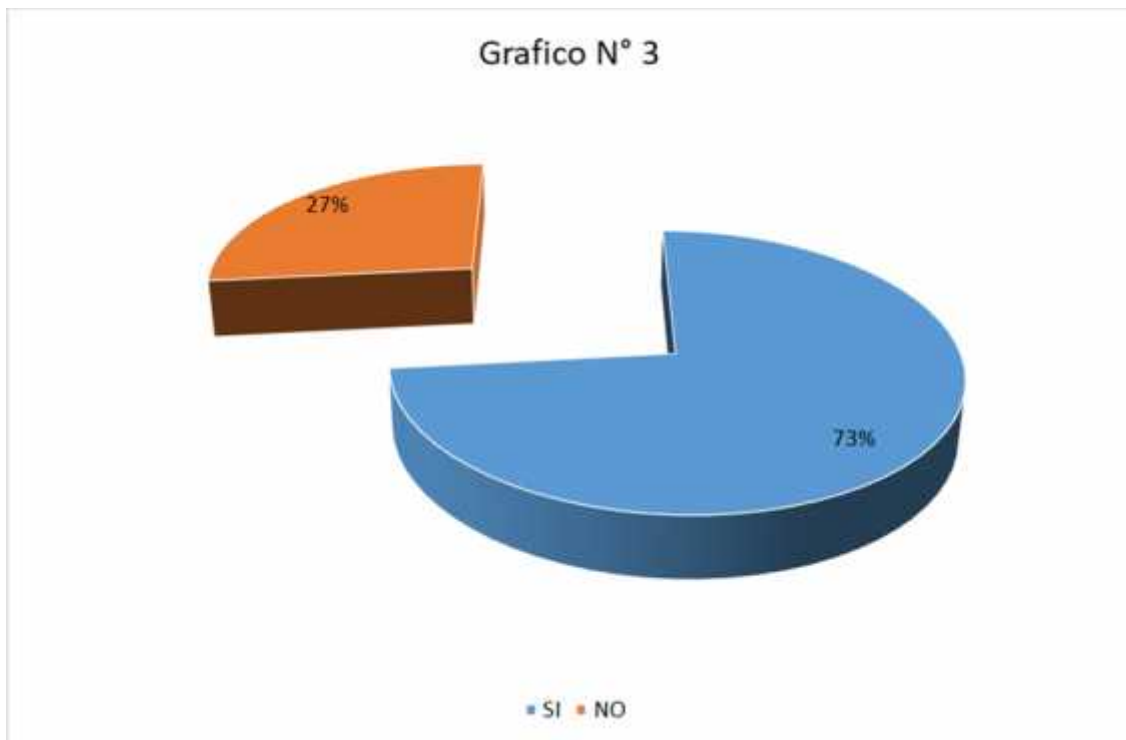
En caso de no existir desembolso del pago indebido de los alimentos ¿cree que se estaría vulnerando el bien jurídico del patrimonio del alimentante?

Cuadro N° 3

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	22	73,33%
NO	08	26,66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado: Marjorie Gisselle Guamán Guamán



Interpretación:

En la tercera interrogante, de los treinta profesionales del Derecho encuestados, siendo **22 personas profesionales del derecho** que corresponde al **73%** consideran que, al no existir el desembolso del pago indebido de los alimentos, se ve perjudicado su patrimonio, en este caso al alimentante y esto no da seguridad jurídica al demandado con la devolución del dinero entregado y no habiendo una norma explícita de la devolución inmediata del dinero , considerándose como un vacío jurídico hacia esa determinante , no obstante se quiere perjudicar el interés superior del menor ; En cambio, **ocho** encuestados que corresponde al **27%** consideran que al no existir el desembolso del pago indebido de los alimentos perjudica a ambas partes.

Análisis:

En esta pregunta el enfoque de la mayoría de los profesionales encuestados considera y cree que se ve afectado el patrimonio del demandado por la cancelación de dinero por pensión de alimentos cuando es negativa la prueba de ADN y dichos valores entregados no son reembolsables para el demandado afectando el patrimonio y perjudicando su integridad y no habiendo una norma que especifique su devolución inmediata cuando se constate lo contrario

Pregunta N°4

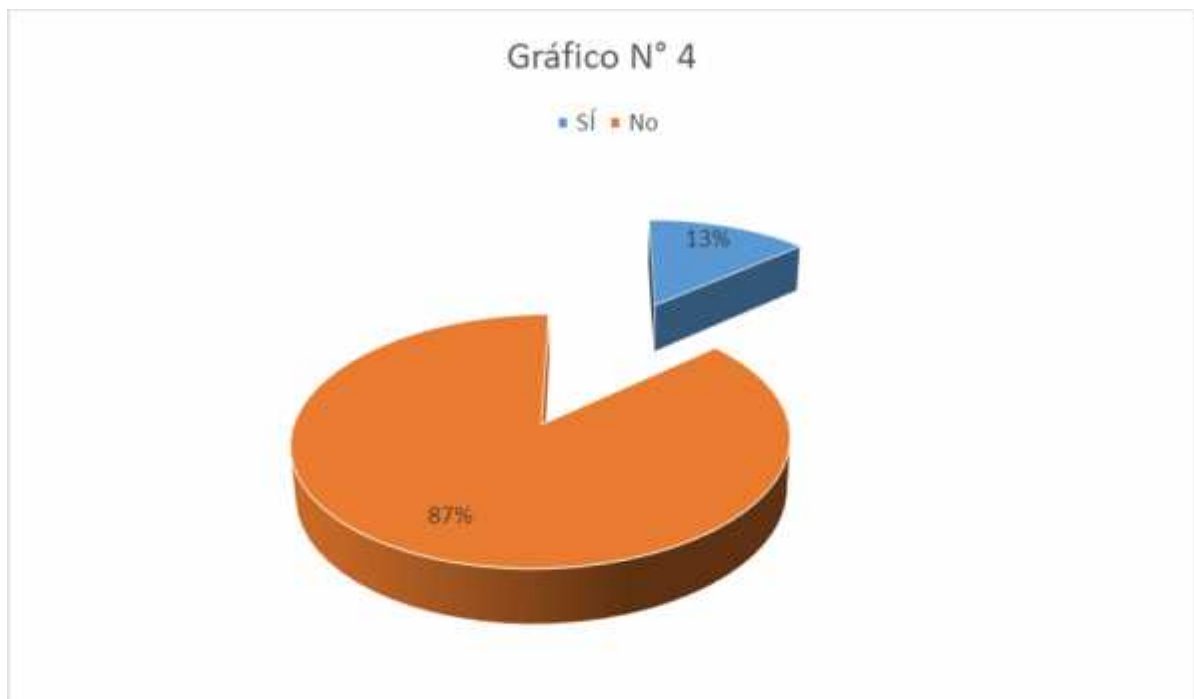
¿Ha conocido un caso en el que el resultado de ADN sea negativo y se plantee una medida de compensación hacia el ilegítimo padre?

Cuadro N° 4

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	4	13,33%
NO	26	86,66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado: Marjorie Gisselle Guamán Guamán



Interpretación:

En la cuarta interrogante, de los treinta profesionales del Derecho encuestados, **4 personas** que corresponde al **13%** consideran que, si conocen un caso en el que el resultado del ADN sea negativo, pero no se plantea una medida de compensación hacia el ilegítimo padre; sin embargo, **veintiséis** encuestados que corresponde al **87%** consideran que no conocen un caso en el que el resultado del ADN sea negativo y que se plantee una medida de compensación hacia el ilegítimo padre.

Análisis:

El resultado negativo de esta interrogante es significativo puesto que la mayoría de profesionales del derecho no han conocido casos en los que al demostrarse negativo la prueba de ADN se reembolse lo pagado, por lo tanto, al no existir normativa que garantice los derechos del presunto progenitor surge la necesidad de crear una ley que garantice los derechos del denunciado. Por lo tanto la mayoría de los profesionales consideran que es conveniente que se desembolse el dinero entregado por el demandante porque se ve afectado su patrimonio y no se ve salvaguardado por las leyes del país en cuanto a una disposición que respalde sus derechos, sin afectar el interés superior del niño.

Para con ello los asambleístas serían quienes ayuden analizar una reforma en el Código Orgánico de la Niñez Y Adolescencia en cuanto al desembolso o compensación al ser negativo al resultado de ADN.

Pregunta N°5

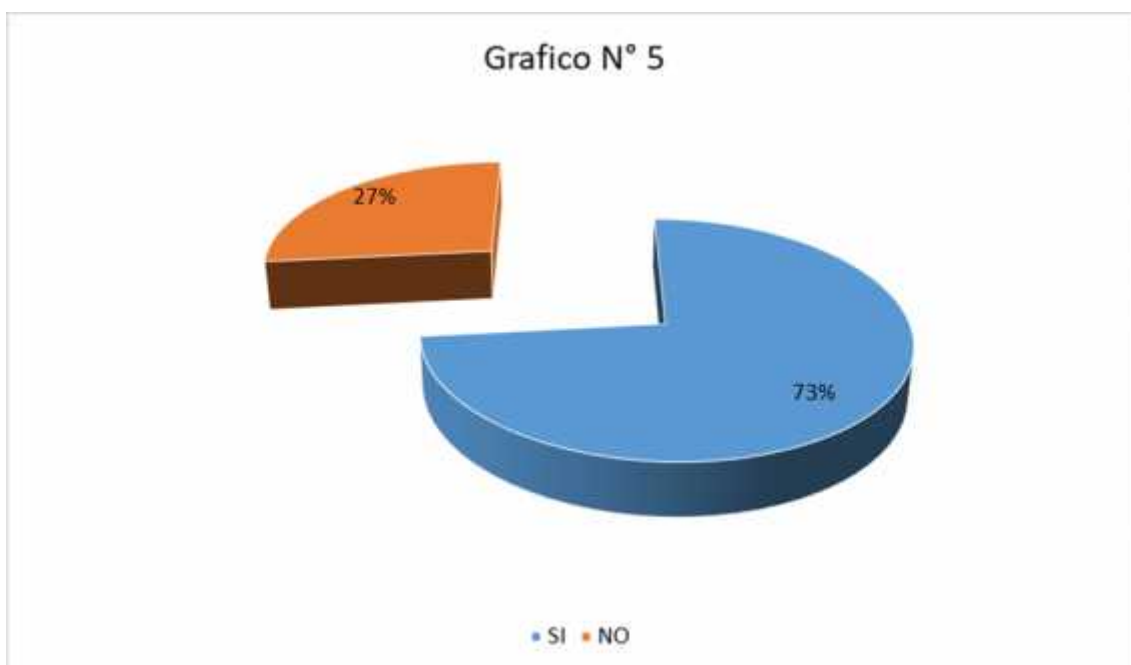
¿Considera que los derechos del demandado resultan vulnerados cuando el examen de ADN es negativo?

Cuadro N° 5

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	22	73,33%
NO	08	26,66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado: Marjorie Gisselle Guamán Guamán



Interpretación:

En la quinta pregunta, de los treinta profesionales del Derecho encuestados, **22 personas** que corresponde al **73%** consideran que se ven vulnerados los derechos cuando el examen de ADN es negativo , derechos que tiene el demandado como seguridad jurídica , integridad y sobre todo morales al ser expuestos de tal manera que perjudica su patrimonio y dando con ello una descompensación económica que desestabiliza su porvenir ; mientras que, **ocho** encuestados que corresponde al **27%** consideran que no se ven vulnerados los derechos cuando el examen de ADN es negativo considerando que es el padre mientras se demuestre lo contrario y que siendo negativo el resultado de la prueba de ADN deja sus obligaciones con el menor , prevaleciendo con ello al menor y la prioridad que tiene ante todo acto .

Análisis:

Es importante identificar que lo expuesto de los abogados encuestados es que la mayoría concuerdan en que si se ven afectados los derechos del demandado (presunto padre) pero que prevalece el interés superior de menor considerándose como razón por la cual se vulnera de alguna manera al demandado , pero 8 encuestados consideran que no se vulnera sus derechos ya que prevalece el interés superior del menor, porque el interés superior es cual debe el Estado proteger y cuidar su desarrollo integral y su bienestar

Pregunta N°6

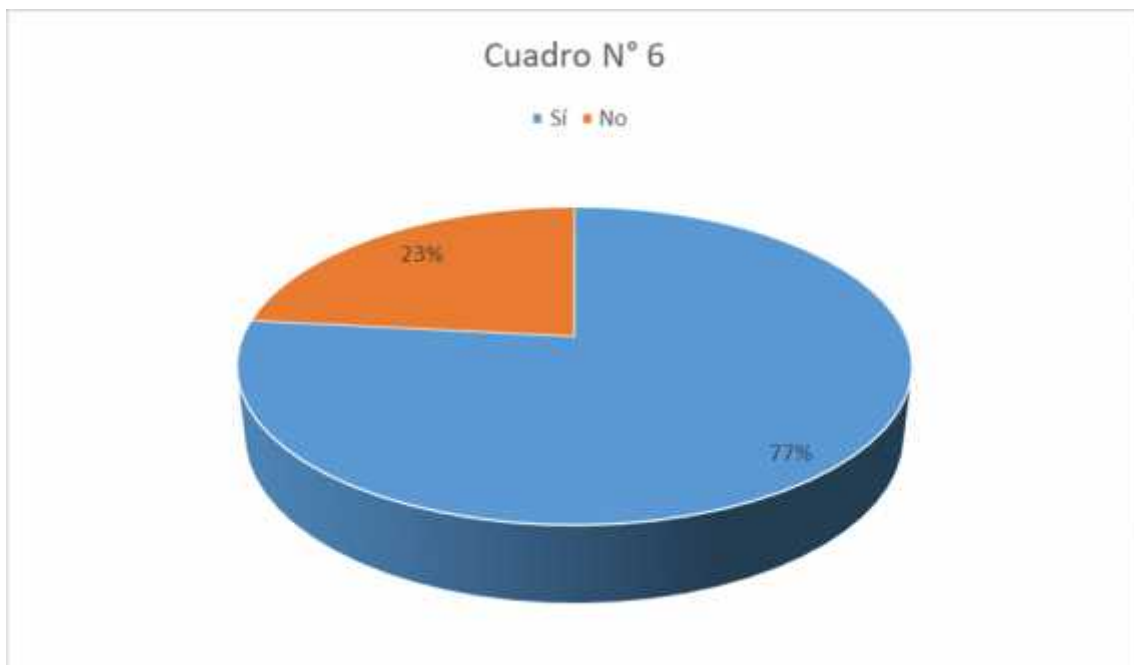
¿Apoyaría proponer una reforma en el Código Orgánico de la niñez y Adolescencia?, concerniente a la devolución de pensiones alimenticias.

Cuadro N° 6

Variables	Frecuencia	Porcentaje
SI	23	76,66%
NO	07	23,33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado: Marjorie Gisselle Guamán Guamán



Interpretación:

En la sexta pregunta, de los treinta profesionales del Derecho encuestados, **23 personas** que corresponde al **73%** apoyan proponer una reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia, concerniente a la devolución de pensiones alimenticias; Mientras que, **siente** encuestados que corresponde al **27%** no están de acuerdo en considerar una reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia, concerniente a la devolución de pensiones alimenticias.

ANALISIS

Sin embargo es claro que es necesario proponer una reforma en el código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el enumerado 128 artículo 3, que sea reembolsable el pago de los alimentos al obtener el resultado de ADN negativo.

Surge la necesidad porque se ven vulnerados los derechos del demandado siendo esta una de las mayores afectaciones tanto en lo económico como en lo moral , sin darse una norma que salvaguarde los derechos de las dos partes sin alterar o perjudicar el interés superior del menor.

Esta necesidad surge de la inseguridad jurídica de la actual normativa y en los principios básicos y esenciales de las obligaciones.

6.2. Resultado de las entrevistas

Con respecto a las entrevistas que pude obtener en los diferentes despachos de los señores abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho de familia y de conformidad a las preguntas planteadas, he llegado a analizar del criterio valioso obteniendo de las mismas lo siguiente:

Pregunta Una:

¿Qué opinión tiene acerca de la característica de alimentos que no permite reembolsos de los valores por pago de personas de alimentos?

Entrevistado 1.- La fijación provisional de una pensión alimenticia se rige conforme a lo determinado en el artículo 146. del COGEP, se establece en la calificación de la demanda y sigue las reglas del procedimiento sumario, sin embargo la fijación de una pensión alimenticia responde al principio de responsabilidad solidaria para con los menores de edad, no obstante en mi criterio personal y profesional considero que la fijación provisional atenta contra los derechos del demandado, ya que causa un perjuicio económico y moral, debido a que al encontrarse inmerso en una controversia judicial de presunción de paternidad atenta contra su honra, a pesar de que se determine que no existe parentesco biológico.

Entrevistado 2.- Es correcto, porque el objetivo de la pensión es cubrir los gastos de alimentación, vivienda, vestido y demás del menor, y como la ley protege prioritariamente los derechos de los menores exigir que se reembolse un dinero que se empleó en su subsistencia sería contrario a los principios que los protegen.

Entrevistado 3.- Que evidencia una realidad un tanto oprimida, y vacío en las leyes, pues carecen de rigurosidad, tanto en su elaboración como en su aplicación, no impera una autenticidad hacia los valores sino una supremacía que se contradice con normas locales e internacionales, en una lucha constante de equidad que no encaja con su definición.

Entrevistado 4.- La Constitución de la República del Ecuador como norma superior protege al ser inmediato de necesidad y vulnerabilidad, que en éste caso es el niño,

por lo que es viable tomar medidas emergentes ante situaciones en las que una vida está siendo perjudicada.

Entrevistado 5.- La característica de alimentos no toma en cuenta reembolsos por lo que apoyar o proponer una reforma constitucional que cubra estos vacíos sería fundamental en pro a la defensa y protección de personas desamparadas, pues se atentan muchos de sus principios resaltando la individualidad.

Comentario del entrevistador:

Las opiniones de los cinco profesionales del Derecho tienen similitud en relación a que es necesario el reembolso de los valores por pago de personas de alimentos por lo tanto creo que es necesario resaltar que se debe considerar las dos partes, tanto la parte actora, como la parte demandante, por ende, se deben considerar muchas cuestiones, tanto morales como económicas, sin perjudicar el interés superior del niño.

Pregunta Dos:

¿Considera usted que debe establecerse la responsabilidad en la devolución de alimentos al determinarse negativa la prueba de ADN?

Entrevistado 1.- Considero que más que determinarse la devolución de la pensión fijada provisionalmente al comprobarse que no existe compatibilidad biológica mediante prueba de ADN, lo que se debe establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es de forma preventiva que los valores fijados deberán ser acreditados en cuanto se establezca mediante la prueba de ADN el parentesco biológico.

Entrevistado 2.- Considero que es una medida oportuna pues acoge la mala intención de la parte demandante -como un acto inconstitucional e inmoral- en el cual un

individuo común y corriente puede verse inmerso.

Entrevistado 3.- Sí, porque al no devolverle a la persona la cantidad que ha venido pagando se está cometiendo un fallo, que no cuenta con las garantías constitucionales que den óptima solución, para que todas las partes resultasen beneficiadas de cierta forma, sin que se atente contra su patrimonio económico.

Entrevistado 4.- Si no es el legítimo padre, estoy de acuerdo en que se devuelva el monto que ha venido cancelando de manera injusta. Por lo tanto, la devolución de alimentos es óptima para cubrir casos extraordinarios.

Entrevistado 5.- Considero que sería idóneo contar con una ley emergente que abarque todos los casos, en los que los vacíos de las mismas provoquen situaciones que no están muy perceptibles en el proceso constitucional.

Comentario del entrevistador:

De acuerdo al comentario emitido por los cinco profesionales del Derecho puedo manifestar que si es necesario la devolución de alimentos al determinarse negativa la prueba de ADN, porque de una u otra manera se puede constatar que hubo dolo de la parte actora, ya que teniendo conocimiento que el demandado no era el verdadero progenitor procedió a plantear la demanda de alimentos con prueba de ADN.

Pregunta Tres:

¿Podría indicar los derechos vulnerados cuando hay un examen de ADN negativo?

Entrevistado 1.- Se atentaría contra la honra de la persona al vincularla en un proceso judicial mediante el abuso del derecho como artimaña para obtener beneficio

de un tercero que no tiene responsabilidad u obligación con un menor de edad con el cual no tiene vínculo biológico.

Entrevistado 2.- El demandante estima vulnerados sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la filiación, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana.

Entrevistado 3.- Sostiene el peticionario que estas decisiones infringen sus derechos fundamentales, toda vez que no tuvieron en cuenta que en el nuevo proceso se aportó prueba de ADN que arrojó como resultado la paternidad del accionado frente al accionante.

Entrevistado 4.- Se atenta en contra la honra y la libertad de las personas que deben cubrir con los gastos de responsabilidades ajenas.

Entrevistado 5.- Se atenta a su patrimonio directamente, acceso a garantías constitucionales y créditos, sin haber dado cuenta o esperar una prueba de ADN.

Comentario del entrevistador:

De acuerdo a lo manifestado por las cinco personas entrevistadas puedo decir que, si se vulnera el derecho a la honra, la moral, dignidad de la persona y debido proceso ya que se impone una pensión provisional sin antes un resultado positivo al mismo, que constate la legitimidad de la paternidad; siendo esto un tema de debate porque prevalece el interés superior del niño.

Pregunta Cuatro:

¿Cuáles serán las limitaciones o vacíos jurídicos para garantizar seguridad jurídica del demandado?

Entrevistado 1.- Lo ideal, considero que se debería hacer es fijar la pensión alimenticia provisionalmente, pero al momento en que se determine el parentesco biológico con el menor, si este es positivo se ordene se haga efectivo el cobro de los valores fijados por concepto de pensión alimenticia, y en caso de ser negativo el resultado obtenido de la prueba de ADN, se disponga que los valores que se han generado por la fijación de la pensión alimenticia provisional, sean condonados a favor del demandado.

Entrevistado 2.- No existen limitaciones ni vacíos que vulneren la seguridad jurídica del demandado, porque en el caso del hijo que nació dentro del matrimonio y que se refuta hijo del esposo, si llega a tener dudas de que no lo es, existe la impugnación de la paternidad y en el caso de los hijos que no nacen dentro del matrimonio. Si el supuesto padre está seguro de que es su hijo lo reconocerá legalmente como tal o sino la madre del menor lo demandará en juicio de alimentos con impugnación de paternidad y ahí con el ADN se verá si es o no el padre.

Entrevistado 3.- Que no se cuente con una ley que establezca una compensación justa hacia quien ha venido cancelando una responsabilidad ajena.

Entrevistado 4.- Una de las limitaciones recaen sobre su patrimonio que se ve afectado a raíz de una demanda incierta que en pocos casos se ha podido comprobar el fallo a favor del demandado en casos de paternidad y ADN.

Entrevistado 5.- Existe un vacío jurídico al no contar con la devolución de alimentos a quien ha cubierto la responsabilidad de otro padre.

Comentario del entrevistador:

Una limitante; se ve en la ponderación de derechos, se debe garantizar las dos partes sin perjudicar ni evadir responsabilidad en el proceso.

Pregunta Cinco:

¿Qué alternativa legal se puede seguir para compensar los intereses o el dinero entregado del padre hacia la madre?

Entrevistado 1.- El dinero se entrega para cubrir las necesidades del menor, las sumas que se fijan provisionalmente son proporcionales al salario básico en vigencia, por lo cual es una suma mínima de interés legal que se generaría, por lo tanto el interés no debería enfocarse en la compensación de los intereses generados, sino de que se creen leyes preventivas que no perjudiquen la estabilidad económica del demandado hasta que no se haya probado el vínculo biológico entre el demandado y el menor de edad.

Entrevistado 2.- Hay confusión, porque además el dinero no se le entrega a la madre, sino al menor, que quien lo administre sea la madre o quien lo tenga al niño es otra cosa y el dinero es a favor del derecho habiente y los derechos de los menores son prioritarios, es el derecho del niño el que la madre reclama como representante.

Entrevistado 3.- Se podría compensar con una indemnización por los daños causados, tanto morales como económicos; que el actor ocasiona al demandado.

Entrevistado 4.- Demandar por daños y perjuicios a la parte actora comprobando el dolo que ejerció con la presunta paternidad.

Entrevistado 5.- No creo pertinente que se deba recurrir a alguna alternativa legal ya que el dinero es destinado para el interés del niño, beneficiando su bienestar.

Comentario del entrevistador:

Es conveniente la devolución del dinero entregado porque no es legal exigir obligaciones cuando no existe un vínculo paternal.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

Concluido el presente trabajo investigativo, tanto bibliográfico, teórico, y de campo, con la aplicación de encuestas y entrevistas, podemos llegar a establecer y determinar la verificación de objetivos tanto general como específicos, que debidamente fueron planteados y propuestos en el proyecto investigativo de este trabajo.

7.2. Objetivo General:

“Realizar un estudio crítico, doctrinario y jurídico, sobre la protección a los menores y establecer la responsabilidad de devolución de alimentos cuando se determina negativa la prueba de ADN”.

7.3. Objetivos específicos:

7.3.1. Conocer los derechos vulnerados cuando hay un examen de ADN negativo.

Los derechos vulnerados se pudieron verificar ya que no existe en la legislación ecuatoriana tanto en la constitución de la República ni en el código Orgánico de la Niñez y Adolescencia un respaldo para cuando se determina un resultado negativo de ADN.

7.3.2. Determinar cuáles son las limitaciones o vacíos jurídicos para garantizar seguridad jurídica del demandado.

El presente objetivo específico se cumplió con la pregunta 2 y 3 de la encuesta, y 1 y 4 de la entrevista, de las cuales se demostró que la disposición del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que prohíbe la devolución de lo pagado indebidamente por alimentos,

es perjudicial al demandado que compruebe no tener vínculo filial con el alimentario o beneficiario de la demanda de alimentos.

7.3.3. Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tendiente a establecer un mecanismo legal de reembolso de lo pagado indebidamente por pensiones alimenticias en contra del actor de la demanda de alimentos.

El presente objetivo se verifica mediante la respuesta favorable del

100% de encuestados, que en la pregunta Nro. 5 de la indicada técnica contestaron afirmativamente a la necesidad de establecer la devolución de lo pagado indebidamente por concepto de alimentos. De igual manera en la pregunta 3 de la entrevista en la cual la mayoría de entrevistados proporcionan valiosos criterios para la reforma, en puntos esenciales como competencia y forma en que se efectuaría la devolución.

7.4. Contratación de Hipótesis.

En el proyecto de tesis se planteó la siguiente hipótesis: “establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia concerniente a la devolución de pensiones alimenticias cuando exista resultados negativos de la prueba de paternidad de Ácido desoxibonucleico ADN .

La hipótesis se contrasto como verdadera, con los resultados de la encuesta en la pregunta 3 de la encuesta, en la que la totalidad de encuestados manifestaron que la imposibilidad de reembolso si afecta al demandado, cuando mediante pruebas de ADN se ha descartado el vínculo parento-filial.

7.5. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

La propuesta de Reforma Jurídica al Código de la Niñez y Adolescencia, específicamente al Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo, se fundamenta en las siguientes razones:

a) Principios Constitucionales: Desde el ordenamiento jurídico constitucional, tenemos que nuestra actual Constitución de la República del Ecuador en su Art. 69 numeral 1 establece dentro de las garantías que amparan a la familia, la paternidad y maternidad responsable, por ello la prestación alimenticia corresponde esencialmente a los padres del niño, niña o adolescente, y en forma subsidiaria a los parientes determinados en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Además, la inexistencia de reembolso de lo indebidamente pagado genera inseguridad jurídica vulnerando el numeral 1 del Art. 76 de la Carta Magna, lo cual se ha evidenciado en nuestra sociedad con el aumento de demandas planteadas de una forma dolosa y simuladamente, con el fin de obtener un ingreso económico a toda costa, y sin que el demandado perjudicado pueda reclamar luego de canceladas ya las pensiones alimenticias mensuales.

b) Reembolso, restitución o devolución del pago indebido:

Esta figura legal es muy esencial para el régimen de las obligaciones en general, pues ante un pago indebido, lo que la legislación civil denomina cuasicontrato del pago de lo no debido, genera la obligación de restitución, pues se ha satisfecho una deuda que legalmente no era del que realiza el pago. Aquello se le puede decir que es esencia en muchas ramas jurídicas como en el Derecho Tributario, aunque en el derecho de

alimentos que regula el Código Civil si se ha establecido la restitución de lo pagado indebidamente si se comprueba dolo.

c) El pago indebido de pensiones alimenticias carece de fundamento jurídico:

Si alguien ha sido demandado en un juicio de alimentos desde la calificación de la demandada se fija una pensión provisional, hasta que se determinen los resultados de la prueba de ADN, ya se ha cancelado la obligación alimenticia en forma periódica, pero sí de los indicados análisis se desprende que el demandado no tiene vínculo de filiación con el alimentante, es necesario, que se establezca la devolución, pues el pago efectuado carece de causa justa.

El artículo enumerado 2 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el derecho a alimentos se fundamenta en el vínculo parento-filial, y por ende los obligados son aquellos unidos por el indicado vínculo.

8. CONCLUSIONES

Primera: Que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia tiene un vacío legal en cuanto a la ausencia de una norma que permita el reembolso o restitución de lo injustamente pagado, cuando las pruebas de ADN descartan judicialmente la paternidad; ya que por lo general, los juicios de alimentos con presunción de paternidad en los que no se logra establecer la existencia del vínculo parento-filial, son inmediatamente archivados, y muy pocos toman medidas respecto de la mala utilización del derecho de alimentos; esto deriva en una inseguridad jurídica para el supuesto alimentante

Segunda : La prohibición legal de no reembolso, contemplada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, como característica del derecho de alimentos, permite que se vulneren el derecho al honor y al buen nombre del alimentante, pues al tener un juicio de alimentos en su historial, la gente lo encasilla dentro del grupo de padres irresponsables, sin importar si la demanda tenía verdadero fundamento legal y más aun sin considerar si el procesado realmente tenía la obligación de cumplir con tal derecho.

Tercera: con mi investigación pude concluir , aprobando mi hipótesis planteada de que debe establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la devolución de las pensiones alimenticias prenatales cuando los exámenes del ADN son negativos ya que el Código orgánico de la niñez y adolescencia tiene un vacío legal , siendo este una vulnerabilidad de los derechos en este caso es preciso señalar que todo esto es debido al interés superior del menor , en tal caso es necesario recalcar que no es desproteger con ello el interés superior del menor sino de garantizar que la madre sea responsable en cuanto a señalar dicha presunción y no haga daños a terceros siendo este un preámbulo para ganar con ello nada mas que vulnerabilidad ante la justicia.

Cuarta : En nuestra legislación, la restitución o reembolso de lo no debido, es una figura legal, que pertenece al régimen de las obligaciones, y genera la necesidad de restituir lo pagado, cuando el que realizó dicho pago no tenía la obligación de hacerlo, es decir cuando se dio un pago indebido por parte del alimentante.

9. RECOMENDACIONES.

PRIMERA: A los o las actoras del juicio de alimentos, que demanden cuando realmente se crean asistidas de derecho para entablar la acción legal, con el objeto de perjudicar a terceras personas.

.SEGUNDA: Al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, que efectúe mediante la planificación de políticas públicas, la verdadera instauración en el Ecuador de la maternidad y paternidad responsable.

TERCERA: A los Jueces de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, que, en la valoración de la prueba aportada en los juicios de alimentos, se cercioren de la existencia del vínculo de filiación, o de que existan indicios de la misma, con el objeto de no perjudicar a terceras personas demandadas sin justa causa.

CUARTA: A los Abogados en libre ejercicio, que planteen las demandas de alimentos de sus clientes, cuando exista certeza del vínculo parento-filial, pues en caso contrario se está atentando contra el derecho ajeno.

QUINTA: A la Sala de la Asamblea Nacional, que se legisle creando normas que garanticen los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica



ASAMBLEA NACIONAL CONSIDERANDO

Que: el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza a las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Que: el artículo 22 de la Constitución trata sobre los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse en su familia biológica. El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia.

Que: el Art. 45 de la Constitución establece las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

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

Que: el artículo 69 de la Constitución señala: se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado de sus hijas e hijos, así como el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Que: en su artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Que: el artículo 3 innumerado del Convención sobre los Derechos del Niño señala las características del derecho de alimentos, intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado.

Que: el artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, 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 parento-filial.

Que: el artículo 149 del Código de la Niñez y Adolescencia trata de los obligados a la prestación de alimentos: están obligados a la prestación de alimentos el padre del niño o niña, el presunto padre, si la paternidad del demandado no se encuentra legalmente establecida, el Juez podrá decretar el pago de alimentos, provisional y definitivo.

Que: El artículo 150 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que se aplicarán a favor de la madre embarazada las normas sobre el derecho de alimentos en favor del hijo o hija.

Que: el artículo 208 del Código de la Niñez y Adolescencia, señala que la investigación científica tecnológica en salud será regulada y controlada por la autoridad sanitaria nacional, en coordinación con los organismos competentes, con sujeción a principios bioéticos y de derechos, previo consentimiento informado y por escrito, respetando la confidencialidad.

Que: el artículo 10 del Reglamento a la Ley Orgánica de Salud establece sobre la participación de los laboratorios acreditados se sujetará a las normas y disposiciones que dicte el Ministerio de Salud Pública.

Que: en su artículo 2 del Reglamento para uso del Material Genético Humano en Ecuador como propósito regular la recolección, utilización, almacenamiento y disposición, del material genético humano acorde con tratados, normativas internacionales y con el mandato de la Constitución Política del Ecuador, la Ley Orgánica de Salud, con pleno respeto a la dignidad e identidad humanas y a los derechos inherentes a la persona. La donación y utilización de cualquier muestra biológica que permitan la extracción de ADN, ARN, con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas.

Que: en su artículo 25 del Reglamento para uso del Material Genético Humano en Ecuador, del Interés científico será competencia del Ministerio de Salud Pública la creación de bancos nacionales de muestras genéticas-ADN- que se estimen convenientes en razón del interés general.

Las muestras podrán ser utilizadas para estudios de parentesco ecuatorianas.

Que: La prohibición del ADN al que está por nacer y la falta de no incorporar métodos no invasivos en la mencionada ley para resolver problemas jurídicos dentro de familia, vulnera derechos del presunto padre y la identidad del nasciturus en nuestro país, ya es considerado sujeto de derecho.

En el uso de las atribuciones que le confiere a la Asamblea Nacional el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

En el artículo innumerado 3(128) en su inciso manifiesta lo siguiente: A continuación de este derecho es intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y **no admite compensación ni reembolso de lo pagado**, salvo las pensiones de alimentos que han sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos. Sustituyendo a la frase ;” Y no admite compensación ni reembolso de lo pagado “

Art. 1. En el artículo innumerado 3 (128) agréguese en el inciso lo siguiente: Este derecho es intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable “*y en caso de haber realizado la prueba de ADN y el resultado sea negativo habrá Derecho a reembolso de lo pagado*” salvo las pensiones de alimentos que han sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.Sustituyendose a la frase :” Y no admite compensación ni reembolso de lo pagado ,...”

Disposición Transitoria: Todas las normas que en su contenido se opongán a la presente queden derogados .

Disposición Final: La siguiente Ley Reformativa entrará en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional en la ciudad de San Francisco de Quito, a los Quince días del mes de marzo del 2019

.....

F. Presidenta

.....

Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA

Libros

- **BERKMAN, R. R.** (2001). Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano. En Derecho Romano (pág. 641). Buenos Aires - Argentina: ASTREA.
- **BOSSERT, G.** (2004). Formas de Determinación de afiliación. En G. B.-E. Zannoni, Manual de Derecho de familia (pág. 457). Buenos Aires - Argentina: ASTREA.
- **CABANELLAS, L. C.** (18 de Marzo de 2018). Código Civil. Obtenido de Codificación_PDF: http://www.logrono.gob.ec/wp-content/uploads/2016/06/codigo_civil.pdf
- **ECUADOR, C. d.** (18 de Marzo de 2018). DERECHOS. Obtenido de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf
- **ECUADOR, Código Civil** (2018 de Abril de 2018). Código Civil del Ecuador_PDF. Obtenido de LEXIS: <http://www.cordicom.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/codigo%20civil.pdf>
- **FRANCO, R. S.** (2017). Formas de ddeterminación de afiliación. En Derecho de Familia: Filiación y Régimen de Lonsincapaces (pág. 20). Santa Fe- Colombia: TEMIS.
- **GALLEGOS** 2012, Colombia, humanos, C.A (1967). Convenios Internacionales. Buenos Aires Argentina. Obtenido de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/DocumentsUDHR_Translations/spn.p

- **PETIT, E.** (1977). Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano. En Tratado Elemental de Derecho Romano (págs. 143 - 144). Buenos Aires - Argentina: ALBATROS.
- **RUIZ, L. P.** (2005). Personas y Familia. En Manual de Derecho Civil Ecuatoriano (pág. 56). Chimborazo - Ecuador: Universidad de Loja.
- **SANTOS, O. M.** (17 de Septiembre de 2017). Repositorio UCSG. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/9492/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-158.pdf>
- **TORRES, G. C.** (1993). Filiación. En Diccionario Jurídico (pág. 277). Buenos Aires- Argentina

Leyes

- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, 2008, RO 449 DE 20 DE Octubre de 2008, última modificación 1 de Agosto de 2018.
- **NACIONES UNIDAS.** Convención sobre los Derechos de los Niños, New York, 5 de Diciembre de 1989.
- **NACIONES UNIDAS.** Declaración Universal de los Derechos Humanos, París. 1948.
- **ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS.** Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969, Costa Rica.
- **ECUADOR. CÓDIGO CIVIL**, RO 46 de 24 de Julio del 2005, última modificación 3 de Diciembre 2012

Linkografía :

- Villalda, J.G.(25 de Marzo de 2019). Tesis UNL. Obtenido de <http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/16199/1/TESIS%20JENNY%20VALLADARES.pdf>

- Lexis, C. d. (07 de Julio de 2018). Código de la niñez y adolescencia_ PDF. Obtenido de https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf

11. Anexos

11.1. Proyecto de Tesis Aprobado



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Título:

**“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA
DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL
DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN”**

*Proyecto de Tesis Previo a Optar
por el Grado de Abogada*

AUTORA:

MARJORIE GISSELLA GUAMÁN GUAMAN

DIRECTOR DE TESIS:

SEBASTIAN RODRIGO DIAZ PAEZ, Mg, Sc,

LOJA-ECUADOR

2018

1. TÍTULO

“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN”.

2. PROBLEMÁTICA

En Derecho de Familia, el derecho de alimentos se puede definir como la facultad jurídica que tiene una persona, denominada alimentista o acreedor alimentario, para exigir de otra, denominada deudor alimentario, lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, de la adopción, del matrimonio o del divorcio, y de sus progenitores en determinados casos.

La aparición del interés superior del niño surge por los acontecimientos generados a partir de la Segunda Guerra Mundial, esto hizo que se ponga énfasis en las minorías, y motivó para que los Estados conviertan a los niños en el punto de enfoque de sus políticas sociales y se empieza a mencionar el tema como un principio de cambio. El interés a la infancia se genera en Europa, se traslada a América y progresivamente se pasan de un continente a otro; y es a partir de 1920 que se empiezan a elaborar tratados internacionales. En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, y en 1989 nace la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se encaja el Principio del Interés superior del Niño en la normativa mundial.

En el Ecuador se han realizado esfuerzos importantes a lo largo de la historia en lo que constituye el suministro de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, pues se han ido fortaleciendo los principios y derechos establecidos en los Libros del Código de la Niñez y Adolescencia, y a medida que ha pasado el tiempo se da un tratamiento especial y garantista al derecho de alimentos, ya que los niños, niñas y adolescentes actualmente gozan de un

derecho que los vincula a tener una administración de justicia especializada y a operadores de justicia debidamente capacitados.

Los alimentos legales se encuentran consagrados en el Art. 13 de la Constitución de la República del Ecuador el cual enuncia lo siguiente; “Las personas tiene derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales”.¹

El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria. Es importante añadir que para que el derecho de alimentos de los niños, debe haber la presencia de tres elementos:

- Parentesco entre alimentario y alimentante
- Necesidad del alimentario
- Posibilidad del alimentante

Cabe recalcar que 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 de 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, alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” Constitución de la República del Ecuador, 2008, numeral tercero del art. 46.

¹ (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 13).

En el Código de Niñez y Adolescencia nos habla Del derecho de alimentos. - El derecho a alimentos es connatural a la relación parento- filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios.

Una de las características de 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 hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.

Por lo tanto, son titulares principales los padres de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.

Por lo tanto, en el artículo 10 numeral 1 del Código de niñez y adolescencia dispone lo siguiente: En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda.

Sin embargo, actualmente en la administración del derecho de alimentos en sede judicial en el Ecuador, vemos que este derecho de alimentos existe, aun cuando no hay la total convicción de la presencia de uno de los elementos fundamentales; un claro ejemplo es el juicio de alimentos con presunción de paternidad, en el cual no se demuestra que coexiste un parentesco real entre el alimentario y alimentante y sin embargo se establece una obligación provisional de alimentos al demandado, y en caso de que el examen de ADN

salga negativo el valor económico que el presunto padre canceló a favor del niño durante un determinado tiempo no tiene ninguna devolución dentro del juicio de alimentos, esto es una clara aplicación del principio del interés superior del niño. (Sin embargo, se puede iniciar una acción Civil).

Al establecer que el derecho a alimentos no admite reembolso de lo pagado, pero no se considera el caso de que el demandado no sea en realidad el progenitor del alimentario, lo cual se verifica con las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), y por ende la imposibilidad de solicitar el reembolso afecta a quien ya ha cancelado pensiones alimenticias en una forma indebida, pues si no existe vínculo parento-filial, tampoco existe la obligación de prestar alimentos.

En el artículo 11 de la Constitución manifiesta: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. Por esta razón el supuesto padre tiene derecho a comprobar si es o no el progenitor a través de la prueba de ADN a la mujer embarazada, haciendo uso de métodos que no ponga en riesgo al feto, no por el simple hecho de haber tenido relaciones con una mujer, a éste se le responsabilice de todos los gastos, en ocasiones hasta por más tiempo de lo que dura el embarazo sin tener una seguridad de que efectivamente es el padre, así como tienen la responsabilidad de pasar alimentos también tienen derecho a tener la certeza de su paternidad a través de una prueba ADN acreditable.

“Las características del Derecho de Alimentos (...) intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo

pagado (...)”. Confirmando que el presunto padre no tiene derecho a recibir una compensación en caso que el resultado sea negativo.

En su artículo 150 del mismo cuerpo legal establece: “(...) se aplicarán a favor de la madre embarazada las normas sobre el derecho de alimentos en favor del hijo o hija(..)”. con este artículo está obligando al presunto padre a pasarle alimentos sin tener la certeza de que es el padre, sino este podría tener problemas legales hasta ser encarcelado, si se niega a pagar, por lo que se estaría vulnerando sus derechos que tiene como ciudadano, por esta razón considero que se debería permitir la prueba de ADN a la mujer embarazada con intervenciones médicas que sean seguras para el feto como es el test prenatal no invasivo de ADN, son pruebas que permiten asegurar la paternidad del bebé que está por nacer antes de que éste llegue al conflicto jurídico entre su madre y el supuesto padre.

Por lo expuesto considero oportuno incorporar en nuestra legislación, se permita en el juicio de alimentos a mujer embarazada, el test de paternidad no invasivo de ADN con la finalidad de garantizar los derechos de los presuntos progenitores involucrados en juicios.

Es necesario que en el Código de la Niñez y adolescencia se establezca como excepción a la prohibición de reembolso a las pensiones alimenticias al hecho de existir resultados negativos en la prueba genética científica del Acido Desoxirribonucleico; se disponga la devolución de los dineros pagados por pensiones alimenticias en forma inmediata luego de una liquidación de los mismos y que se cobren mediante procedimiento de ejecución previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

3. JUSTIFICACIÓN

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente, dentro del Área del Derecho de familia; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la

exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, para optar por el grado de Abogada.

En el ámbito Social la presente investigación tiene justificación jurídico- social ya que implica tanto los derechos que tiene el menor, y lo ampara la constitución de la República y el Código de Niñez y adolescencia, sin embargo, se vulnera los derechos y el bienestar del demandado , cuando al mismo se le ha impuesto una pensión provisional de alimentos , sin que él sea el progenitor , al establecer que el derecho de alimentos no admite reembolso de lo pagado, pero no se considera el caso de que el demandado no sea en realidad el progenitor del alimentario, lo cual se verifica con las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), y por ende la imposibilidad de solicitar el reembolso afecta a quien ya ha cancelado pensiones alimenticias en una forma indebida, pues si no existe vínculo parento-filial, tampoco existe la obligación de prestar alimentos.

Desde un punto de vista legal considero que se tendría que comenzar aplicar este tipo de examen para que no haya ninguna duda al momento de determinar la paternidad y las pensiones alimenticias logrando un efectivo progreso social y jurídico para dejar de cuestionarnos que hay beneficios para unos por su condición de vulnerabilidad, pero en ocasiones sobrepasando por encima de otros derechos que se perjudican como la igualdad de oportunidades, la seguridad jurídica.

El presente proyecto es factible debido a que se cuenta con recursos necesarios, además de las diferentes fuentes de información como libros, documentos e internet, así como la posibilidad de contar con la ayuda de profesionales que han presenciado dicho problema.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográfica, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para su estudio causal explicativo y crítico de lo que son las relaciones incestuosas y sus efectos socio-jurídicos

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GENERAL

- 4.1.1** Realizar un estudio crítico, doctrinario y jurídico, sobre la protección a los menores y establecer la responsabilidad de devolución de alimentos cuando se determina negativa la prueba de ADN.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 4.2.1** Conocer los derechos vulnerados cuando hay un examen de ADN negativo.
- 4.2.2** Determinar cuáles son las limitaciones o vacíos jurídicos para garantizar seguridad jurídica del demandado.
- 4.2.3** Proponer una reforma en el Código de la Niñez y Adolescencia concerniente a la devolución de pensiones alimenticias.

5. HIPÓTESIS

Se debe establecer en el Código De Niñez y Adolescencia la obligatoriedad de realizar la devolución de pensiones alimenticias por excepción cuando exista resultados

negativos de la prueba de paternidad de Acido desoxirribonucleico ADN.

6. MARCO TEÓRICO

Nasciturus. -Es aquel ser humano que se encuentra en el vientre de la madre desde su concepción hasta su nacimiento dejando de ser nasciturus. Según el doctrinario Cabanellas señala “El que ha de nacer; el concebido y no nacido”²

Desde el punto de vista doctrinario toda persona comienza siendo “nasciturus”, “es el ser humano que ha de nacer (concebido y no nacido), y al que se protege en determinadas situaciones, como pueden ser la percepción de donación y la sucesión mortis causas”.

El decir, todo ser humano ha sido procreado hasta llegar al nacimiento, también conocido como feto, es concebido como nasciturus, que es una situación de dependencia basada en consideraciones de equidad.

Paternidad. - Desde un punto de vista general la paternidad es un vínculo familiar ya que de la unión de dos personas llegan a tener hijos; hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre los progenitores: padre, madre y, el hijo de ambos, llegando a surgir el derecho de familia. Según la revista latinoamericana de Derecho Social el concepto de paternidad tiene tres perspectivas: la biológica, la sociológica y la jurídica.

La autora Jiménez Ana manifiesta a la paternidad Biológica que se lleva a cabo “A través de la información genética que el varón transmite al producto procreado con una mujer en si la paternidad implica una autopercepción de hombría, un significado a la condición sexuada de los padres como hombres.”

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Cabanellas de las Cuevas, Guillermo Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Pág. 285

Según la Revista de Psicoterapia Psicoanalítica, uruguaya la paternidad Sociológica la establece como la identidad del hombre ya que los varones deben procrear no sólo para continuar con sus raíces, y con eso podrán ser aceptados socialmente como especie masculina, dando a entender que el hombre es un elemento importante para el desarrollo de la humanidad y no se extinga la especie humana.

Referente al aspecto jurídico en la actualidad lo entendemos como la “Relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre, madre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es recogida por el ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones entre ellos”³.

En nuestro país cada vez considera de gran importancia el desarrollo familiar y los derechos que tienen cada integrante de la familia, pero siempre dejando por debajo al supuesto padre, se entiende que el niño necesita alimentos y más protección pero tenemos más alternativas para evitar que quede desprotegido el presunto padre, y la única forma es dando seguridad en la comprobación de que sea negativo o positivo la prueba prenatal con métodos que no pongan en riesgo el ser vivo que tiene la madre en su vientre.

Presunto Progenitor y Afectividad Mutua. - Para determinar que es el presunto progenitor hay que establecer que es presunción según el autor Manuel Ossorio señala en sentido Civil a las “Presunciones legales las establecidas por la norma para dar por existente un hecho, aun cuando en la realidad pudiera no haber sido cierto”⁴.

Refiriéndose que las presunciones no son seguras, que pudo o no haber sido, por ende, considero que se tendría que tener una mayor precaución y ver alternativas para no

³ BLOGS. URL: <http://definicionlegal.blogspot.com/2012/02/paternidad.html>

⁴ OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1ª Edición Electrónica Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A., Pág.765

vulnerar derechos de los presuntos padres. En cambio, al progenitor lo define el mismo autor como “el que procrea o engendra”⁵.

Es decir, que el presunto progenitor; es el padre que se presume serlo hasta comprobarse de que efectivamente lo es, y para ella a través del ADN, así lo establece la ley, que será posterior al parto o nacimiento del niño, pero sería necesario esperar ese tiempo teniendo la posibilidad de practicarlo en la mujer embarazada, si hay dudas significativas, con métodos que no causen daño al desarrollo evolutivo del embarazo.

A la vez también provoca la falta de atención o la afectividad mutua que debe tener con el nasciturus según un diccionario de la Salud lo define como un “Conjunto de emociones, pasiones, sentimientos y estados de ánimo de una persona. La afectividad incluye la capacidad de reacción ante estas emociones y sentimientos”⁶.

Con esto provocando daños emocionales hacia el niño que ante todo ya se considera un ser humano en desarrollo que necesita el trato y amor de un padre y una madre en su totalidad.

Examen de Acido Desoxirribonucleico._ El ADN ha sido un descubrimiento científico que ha permitido llegar a realizar investigaciones dentro del derecho de nuestro país, para determinar diferentes hechos que son difíciles comprobar ya que solo se tiene meras suposiciones o presunciones, como podemos determinar la paternidad o en el ámbito penal como violaciones u otros delitos; lo definen al ADN como “El Acido Desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irrepitible en cada ser, ya que la combinación de elementos se construye de manera única. Además, contiene, los datos genéticos que serán hereditarios, o sea que se transmitirán de una persona a otra, de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión resulta ser de gran importancia para realizar cualquier tipo de

⁵ OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Ob. Cit,Pág.781

investigación científica o aventurar una hipótesis que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo”⁶

Pensiones Alimenticias y características del derecho de alimentos. –

Los alimentos según el doctrinario Borda a los alimentos los establece: “Recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo en cuenta no solo sus necesidades orgánicas elementales. Sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa”.

Se refiere a la contribución económica que debe pasar el progenitor a su hijo para cubrir las necesidades ordinarias del hijo, también se entiende que cubre todas las necesidades básicas como es la alimentación, vestuario, higiene y educación del hijo, considerados gastos extraordinarios.

El pago de alimentos no es reembolsable. – Como lo establece en Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado”⁷

Por eso con mucha más insistencia se tiene que permitir el ADN en mujeres embarazadas para que no se vulneren derechos sobre todo al presunto progenitor porque no tiene una vía para recuperar lo perdido por daño causado, si la prueba sale negativa después del nacimiento del niño.

Según el autor Jorge Cabrera señala que: “El no reembolso o no restitución es una característica propia del derecho de alimentos, que resulta siendo una prohibición legal, bajo la cual las pensiones alimenticias injustamente sufragadas por el alimentante no

⁶ BEMBIBRE Cecilia, Definición ABC. URL: <https://www.definicionabc.com/ciencia/adn.php>

⁷ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Ley. Cit artículo innumerado 3

pueden ser restituidas o devueltas cuando se descarte judicialmente la paternidad”⁸ , dando a entender que nuestra legislación no tiene suficiente seguridad jurídica para proteger aquellas personas que han pagado alimentos sin ser su obligación de pagarlos, por esa razón considero que se debe tomar más medidas para tener la certeza de que es el verdadero responsable de pagar alimentos empezando por aquellos que se le otorga a la mujer embarazada.

Según el Dr. Iván Montalván determina que a pesar que el juez establece una resolución, y solo al momento de nacer el menor se puede determinar la paternidad con el ADN, pero si da negativo el que aportó económicamente no tiene derecho a que su dinero sea recuperado; a consecuencia de esto esperar para realizarse las pruebas de ADN correspondientes hacia los presuntos padres y al ser que está por nacer ha causado discrepancias, ya que causa vulneración de Derechos porque el supuesto padre debe pagar los alimentos a la mujer embarazada solo con esa presunción de ser el padre biológico, pero si sale negativo, y ha pagado todo el tiempo de manutención a la mujer embarazada que beneficios hay para el padre, por eso considero que es preferible que se realice la prueba de ADN a la mujer embarazada, para establecer la presunción de paternidad, y no se continúe vulnerando derechos del presunto progenitor y del que está por nacer o contar con la alimentación y salud en su proceso de gestación y posterior a conocer a su padre biológico, para garantizar el derecho a la identidad.

⁸ CABRERA, Jorge, Alimentos: Legislación, Doctrina y Practica. Quito, año 2010, Cevallos Editora Jurídica, Pág.70

7. METODOLOGÍA

7.1 MÉTODOS

En el presente trabajo de investigación se utilizarán los siguientes métodos:

Método Científico: Se llevará a cabo con la utilización de instrumentos confiables, admite conseguir conocimientos auténticos, y así poder explicar fenómenos, nos permita obtener los conocimientos y así comprobarlo y manifestarlo.

Método Inductivo: Este método nos permite ir desde lo particular a lo general, mediante el proceso de observación de los casos abarcar sus similitudes importantes y así permitir un juicio universal.

Método Deductivo: Se lo usara para ir de lo general hasta llegar a una conclusión singular del problema, mediante pasos lógicos y descendentes.

Método Analítico: Consiste en la descomposición de todo lo que se va a analizar y así llegar a determinar todos los elementos para tener en claro las causas y efectos.

Método Estadístico: Proporcionará información tabulada de fácil entendimiento de la obtención de datos mediante la técnica de la encuesta y así representar la información para elaborar los resultados de la investigación.

Método Mayéutico: Es un método sirve para encontrar conocimientos a partir de interrogantes realizadas a los interlocutores; por ende, se va a utilizar para elaborar el conjunto de preguntas a desarrollar en la encuesta y entrevista.

7.2 TECNICAS

Las técnicas a desarrollarse en la presente investigación son:

La encuesta: Estará dirigida a 10 personas entre profesionales del Derecho, y a quienes realizaré preguntas cerradas sobre el tema, lo que será tabulado e interpretado cuidadosamente.

La entrevista: Será dirigida a diez personas comprendidas entre servidores de justicia, a los usuarios y docentes con conocimientos relacionados al tema, a quienes dirigiré preguntas. y en los juicios de alimentos con presunción de paternidad, cuando una vez que se ha realizado la prueba de ADN se determina que no es el padre biológico, además realizaré una entrevista a los demandados de juicios de alimentos con presunción de paternidad para palpar la realidad por la que atraviesan.

8. CRONOGRAMA

ACTIVIDAD /TIEMPO	Noviembre				Diciembre				Enero				Febrero				Marzo				Abril				Mayo				
	1	2	3	4	3	4	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	
Elaboración del Proyecto de	■	■																											
Investigación Bibliográfica					■	■																							
Investigación de campo									■	■																			
Confrontación de los											■	■																	
Resultados de la Investigación											■	■																	
Conclusiones,													■	■															
Redacción del Informe Final,															■	■	■												
Presentación y Socialización y																	■	■	■										
Tramites aptitud legal																					■	■	■						
Designación tribunal y sesión																									■				
Defensa y sustentación de																										■			
Grado oral por materias																											■	■	

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humano

- Director de tesis: Por designarse
- Investigador: Marjorie Gissella Guamán Guamán

9.2. Recursos materiales

Recursos materiales	Valor USD
Trámites Administrativos	\$100
Material de oficina e internet	\$150
Bibliografía especializada(libros)	\$250
Elaboración del proyecto	\$200
Reproducción de los ejemplares del borrador	\$200
Elaboración y reproducción de la tesis de grado	\$200
Transporte	\$300
Total	\$1,400

9.3. Financiamiento

El Presupuesto de los gastos erogados la presente investigación, son un total de mil cuatrocientos dólares de los Estados Unidos de Norte América, lo que serán cubiertos con recursos propios de la investigadora.

10. BIBLIOGRAFÍA

a. Documental

- **JIMÉNEZ GODOY**, Ana Belén, Modelos y realidades de la familia actual, Madrid, Editorial Fundamentos, 2004, Pág. 248. (s.f.).
- **JIMÉNEZ**, A. (2005). Modelos y Realidades de la Familia Actual, Madrid, España: Editorial Fundamentos.
- **LACRUZ**, J., **SANCHO**, F., **LUNA**, A., **DELGADO**, J., **RIVERO**, F., y **RAMIS**, J. (2008). IV La familia. Madrid, España: Dykinson.
- **OSORIO**, M. (2013). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales [version electrónica], Guatemala: Datascan, S.A. Obtenido de https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicasy%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf
- **SAZA**, J. (2012). Apuntes sobre Filiación. Bogotá, Colombia: Universidad el Bosque.

b. Lincografía:

- **BEMBIBRE**, Cecilia, Definición ABC.
URL: <https://www.definicionabc.com/ciencia/adn.php>
- **BLOGS**. URL: <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/02/paternidad.html>
- **ENCICLOPEDIA de salud**. URL: <http://www.encyclopediasalud.com/definiciones/afectividad>.

➤ **ROLDAN, María José. URL:**

<https://ritmoromantica.pe/mundomujer/mamas/embarazo-tipos-intrauterino-ectopico-molar-gestacion-65888#1>

11.2. Cuestionario encuestas

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA FACULTAD

JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO



Sr. Abogado

Con el propósito de obtener datos que sustenten mi trabajo de investigación sobre el tema titulado **“ESTABLECER RESPONSABILIDAD EN LA DEVOLUCION DEL PAGO DE ALIMENTOS AL DETERMINARSE NEGATIVA LA PRUEBA DE ADN “**, respetuosamente solicito a usted se digne contestar las siguientes preguntas:

1 ¿Considera que la madre debe reembolsar los valores recibidos post pagos de alimentos al obtener el resultado negativo de la prueba de ADN?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....

2.- ¿A quién afecta la no regularización de los reembolsos del pago de alimentos ante un resultado negativo de la prueba de ADN?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....

3.- En caso de no existir desembolso del pago indebido de los alimentos, ¿qué bien jurídico se afecta al alimentante?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....

4.- ¿Ha conocido un caso en el que el resultado de ADN sea negativo y se plantee una medida de compensación hacia el ilegítimo padre?

Si () No ()

¿Por qué?

.....
.....

5_ ¿Qué derechos resultan vulnerados cuando el examen de ADN es negativo?

a. Seguridad jurídica ()

b. Dignidad humana ()

c. Defensa

d. Otros:.....

.....

6. ¿Apoyaría proponer una reforma en el Código de la Niñez y

Adolescencia concerniente a la devolución de pensiones alimenticias?

Si () No ()

¿Por qué?

.....

.....

Gracias por su colaboración.

11.3. Cuestionario de Entrevistas



Análisis e interpretación de los resultados de las Entrevistas.

1.- ¿Qué opinión tiene acerca de las características de alimentos que no permite reembolso de los valores por pago de pensiones alimenticias?

2.- ¿Considera Ud. que debe establecerse la responsabilidad en la devolución de alimentos al determinarse negativa la prueba de ADN?

3.- ¿Podría indicar los derechos vulnerados cuando hay un examen de ADN negativo?

4.- ¿Cuáles serían las limitaciones o vacíos jurídicos para garantizar seguridad jurídica del demandado?

5. ¿Qué alternativa legal se puede sugerir para compensar los intereses o el dinero entregado del padre hacia la madre?

INDICE

CARATULA.....	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	iv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
ESQUEMA DE CONTENIDOS	vii
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN	2
2.1. ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
4.1. MARCO CONCEPTUAL	8
4.1.1. Identidad	8
4.1.2. Paternidad	9
4.1.3. Maternidad	10
4.1.4. Filiación	10
4.1.5. Definición de ADN.....	12
4.1.6. Obligaciones alimentarias.....	12
4.1.7. Devolución de pago.	13
4.1.8. Derecho a la Seguridad Jurídica.	18
4.1.9. El principio superior del interés superior del niño.....	19
4.2. MARCO DOCTRINARIO	21
4.2.1. Evolución Histórica de la Filiación en el Derecho Romano.....	21
4.2.2. Formas de Determinación de la Filiación	22
4.2.2.1. Clases de Filiación.....	23
4.2.3. Cuando se estable la prueba de ADN	30
4.2.4. Determinación del pago de alimentos.....	30
4.3. MARCO JURÍDICO.....	32
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.....	32
4.3.2. Convenios Internacionales	34

4.3.3. Código de Niñez y Adolescencia.....	40
4.3.4. Código Civil ecuatoriano	50
4.4. LEGISLACION COMPARADA	56
4.4.1 Legislación de Perú	56
4.4.2. Legislación de Chile	60
4.4.3. Legislación de Nicaragua	62
4.4.4. Legislación de Paraguay	65
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	68
5.1. Métodos Utilizados	68
5.1.1. Método Científico:.....	68
5.1.2. Método Inductivo:.....	69
5.1.3. Método Deductivo:	69
5.1.4. Método Estadístico:	70
5.1.5. Método Mayéutico:.....	70
5.2. Procedimientos y Técnicas:	70
6 RESULTADOS	73
6.1. Resultados de las Encuestas.....	73
6.2. Resultado de las entrevistas	85
7. DISCUSIÓN.	93
7.1. Verificación de Objetivos.	93
7.2. Objetivo General:.....	93
7.3. Objetivos específicos:	93
7.3.1. Conocer los derechos vulnerados cuando hay un examen de ADN negativo.....	93
7.3.2. Determinar cuáles son las limitaciones o vacíos jurídicos para garantizar seguridad jurídica del demandado.	93
7.3.3. Realizar una Propuesta de Reforma Jurídica al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tendiente a establecer un mecanismo legal de reembolso de lo pagado indebidamente por pensiones alimenticias en contra del actor de la demanda de alimentos.	94
7.4. Contrastación de Hipótesis.	94
7.5. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.	95
8. CONCLUSIONES	97
9. RECOMENDACIONES.....	99
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica	100

10. BIBLIOGRAFÍA.....	105
11. Anexos	108
11.1. Proyecto de Tesis Aprobado	108
11.2. Cuestionario encuestas.....	127
INDICE.....	131