



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PATERNIDAD PRESUNTA Y LA NO DEVOLUCIÓN DE LA
PENSIÓN PROVISIONAL FIJADA DENTRO DEL JUICIO DE ALIMENTOS
E IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos para
obtener el título de:

Abogado de los tribunales y juzgados de la República.

Profesora Guía:

Ms. ROSANA LORENA GRANJA MARTINEZ

Autor:

CÉSAR ALEJANDRO GUEVARA SOTOMAYOR

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA:

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante César Alejandro Guevara Sotomayor, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación

Rosana Lorena Granja Martínez

MAGISTER EN DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

C.I: 1713443503

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

César Alejandro Guevara Sotomayor

C.I: 171823593

AGRADECIMIENTOS

La presente tesis le agradezco a Dios por haberme permitido gozar de salud y de mis seres amados.

De manera muy especial agradezco a mi madre, por todo su apoyo incondicional y paciencia brindada.

Agradezco a las Doctoras, Rosana Granja y Johanna Ponce, por haberme brindado la oportunidad de recurrir a sus conocimientos y capacidades, así como también por guiarme durante el desarrollo de mi tesis, orientando mis capacidades al máximo.

DEDICATORIA

La presente tesis le dedico a mi madre, que gracias a su apoyo pude culminar mi carrera, por toda la confianza que depositó en mí, apoyándome en todo lo necesario para cumplir mis objetivos como persona y estudiante, brindándome los recursos necesarios y estar a mi lado siempre aconsejándome, con amor y esmero, te amo mamá gracias.

RESUMEN

En la actualidad, se presenta el problema de la falta de un proceso expedito, que garantice el pago del dinero erogado por el presunto progenitor dentro del juicio de alimentos a la mujer embarazada, cuando la presunción de paternidad ha sido desvirtuada.

Con las nuevas tendencias del ADN, aplicadas dentro de los juicios de reconocimiento de paternidad, se puede determinar con precisión la paternidad, siendo este el medio probatorio idóneo, dentro del proceso antes mencionado.

Las justificaciones para el pago de alimentos, están principalmente orientadas a proteger y garantizar el desarrollo pleno del que está por nacer y el de la mujer embarazada, amparados en el principio de interés superior y respecto de la mujer embarazada el hecho de estar considera dentro de un grupo de atención prioritaria.

Sin embargo, el hecho de afectar el patrimonio de una persona bajo estas circunstancias es comprensible, lo que no es posible es que la ley no formule una manera ágil, que facilite el regreso de lo pagado por concepto de alimentos, cuando el vínculo formal que en principio fue el fundamento del cobro de alimentos, se ha descartado.

El presente trabajo de tesis, está destinado a evidenciar la falta de garantía que tiene el presunto progenitor, para que su dinero sea devuelto de forma expedita dentro de un proceso sumario, y ante la autoridad que en primer lugar ordeno el pago de alimentos cuando existió la justificación.

Finalmente, se concluirá si dicha acción de reembolso es viable, de serlo bajo que procedimiento se haría y que propuesta se tiene pensada, o caso contrario se desvirtuará dicha propuesta y se ratificará que las conclusiones de los legisladores, al no facultar en la ley especializada un procedimiento expedito, tiene una justificación convincente que no permita el cobro de lo pagado por concepto de alimentos.

ABSTRACT

At present, there is a problem of the lack of an expedited process, which guarantees the payment of money paid by the alleged parent in the trial of a pregnant woman, when the presumption of paternity has been distorted.

With the new trends of DNA, applied within the paternity recognition trials, paternity can be determined with precision, being this the ideal probative means, within the aforementioned process.

The justifications for the payment of food, are mainly oriented to protect and guarantee the full development of the unborn and the pregnant woman, covered by the principle of superior interest and with respect to the pregnant woman being considered within A priority attention group.

However, the fact of affecting a person's assets under these circumstances is compressible, what is not possible is that the law does not formulate an agile way, that facilitates the return of the paid, when the formal bond that in principle was the Basis of the collection of food, has been discarded.

This thesis is intended to demonstrate the lack of guarantee that the alleged parent has, so that his money is returned expeditiously within a summary process, and before the authority that first ordered the payment of food when it existed the justification.

Finally, it will be concluded if such reimbursement action is feasible, if under what procedure would be done and what proposal is considered, or otherwise will be distorted this proposal and ratify that the conclusions of the legislators, not empowering in the specialized law an expedited procedure, has a convincing justification that does not allow the payment of what is paid for food.

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I: FILIACIÓN	3
1.1. Origen de la filiación	3
1.2. Evolución histórica de la filiación	7
1.3 Desarrollo de filiación en la legislación ecuatoriana.....	10
1.4 Formas de obtener filiación y sus efectos jurídicos.....	15
1.5 La filiación en el siglo XXI.....	18
2. CAPITULO II: MUJER EMBARAZADA	23
2.1 Historia de la mujer y el reconocimiento de sus derechos... 23	
2.1.1. En la legislación del Ecuador	23
2.1.2. En los instrumentos internacionales	26
2.2 Alimentos	27
2.2.1. Competencia y Jurisdicción	27
2.2.2. Provisionales y definitivos	32
2.2.3. Alimentos prenatales	46
2.3. Interés Superior	51
2.3.1. Derecho del que está por nacer	51
2.3.2. Interés Superior	51
2.3.3 Evolución del interés superior	53
2.3.4 Interés superior contemporáneo.....	54
2.3.5 Interés superior y aplicación normativa	55
3. CAPITULO III: LA PATERNIDAD PRESUNTA	59
3.1. Presunto padre.....	59

3.2 La paternidad en el Ecuador	60
3.2.1. Procedimiento ordinario de paternidad	60
3.2.2. Paternidad simplificada.....	62
3.3 Efectos jurídicos de la paternidad presunta.....	65
4. CAPITULO IV: PRUEBA DE ADN Y	
DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS	67
4.1. Definición de ADN	67
4.2 Utilidad Legal	68
4.3 Presunción Desvirtuada	70
4.3.1. Error	70
4.3.2. Procedimiento	74
4.4. Propuesta	83
4.4.1. Indemnización	83
4.4.2. Alternativa al proceso ordinario	85
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	87
5.1 Conclusiones.....	87
5.2 Recomendaciones	89
REFERENCIAS	91
ANEXOS	95

INTRODUCCIÓN

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, fue necesario desarrollar la tesis en 4 capítulos, con la finalidad de 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, en el capítulo 3.

De manera concreta, 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, este tema se lo aborda en el capítulo 4.

Finalmente, bajo estas premisas, empezaremos a desarrollar la tesis para alcanzar el fin mencionado.

1. CAPITULO I: FILIACIÓN

1.1. Origen de la filiación

Para aproximarnos al concepto de filiación, lo idóneo es empezar por definir su concepto, para que al momento de desarrollar el tema no quepa duda de lo que significa filiación, bajo ese contexto podremos decir que la filiación es el: *“Conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos de familia”* (Zannoni, 1981, p. 313).

Otra definición señala que:

“La filiación es esencialmente un hecho biológico que puede acreditarse por todo medio idóneo y particularmente a través del reconocimiento expreso-que no requiere de prueba- o de la presunción legal derivada de la posesión de estado o del concubinato de los padres” (Yapur de Cheli, Ceriani, Sierra , 2004, p. 51).

De estas 2 definiciones, que son precisas y claras, podemos concluir entonces que la filiación es, el conjunto de relaciones jurídicas, entre padres e hijos que pueden ser adquiridas de maneras distintas, que no son exclusivas de la institución matrimonial, y que no necesita prueba de ninguna índole para obtenerla, cuando existe la voluntad de otorgarla, vinculada principalmente al *“iurus tantum”*.

Una vez definido, empezaremos a desarrollar la filiación, por donde la historia marca su inicio de mayor relevancia, en cuanto a leyes se refiere.

El derecho romano, es sin lugar a duda, el principio formal del derecho y a partir de ese momento histórico, podremos relatar la evolución de la familia romana, así también, los conceptos que hoy conocemos como ciertos, tal como la filiación y finalmente, atenderemos a las definiciones que se alumbraron en dicho contexto histórico.

La familia romana, contrariamente a lo que se conoce con la familia actual, se diferencia principalmente por la sujeción al “*paterfamilias*”, que no es precisamente parecido a lo que hoy se conoce como un “padre de familia”.

Para Eugene Petit (1993): “Cada familia está puesta bajo la autoridad de un jefe, “*paterfamilias*”. (p.9).

Por otro lado;

“Lo genuino, lo característico, lo que define con propiedad a la familia –familia, *propio iure*-, es el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad-*manus potestas*-de un jefe-*paterfamilias*, señor o soberano de la familia, y no padre de familia” (Iglesias, 2002, p.328).

A partir de estas afirmaciones, podremos establecer con claridad, cuales son los elementos por los que una familia podía constituirse en Roma, y de manera inmediata, establecer qué era la filiación y establece con posterioridad cuáles eran las formas de obtenerla.

Juan Iglesias (2002, p.329) sostiene que la familia romana se dividía de dos maneras en “*agnatio*” o “*adgnatitia*” y “*cognatio*”, la familia “*agnatio*” era aquella que estaba representada u otorgada por un poder civil, el cual era fundado sobre la autoridad paterna, esto debido a que estaban ligados al “*paterfamilias*” y a su vez cuando el cabeza de familia moría, cada uno de los integrantes podían empezar sus propias familias, sin embargo no perdían su parentesco por sus nuevos vínculos civiles y esto debido a que eran una familia “*agnatio*”.

Por otra parte, la familia “*cognatio*” era el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras en línea directa, por lo que se puede establecer con total claridad que en la época romana era el padre de familia, traducido al español del latín “*PaterFamilias*” quien fungía todas las responsabilidades sobre su familia, en cuanto al alimento, cuidado, sustento y estado de familia se refiere.

Pero, en la época romana en el 753 a.d.c cuando Rómulo fue designado el primer rey Romano, la paternidad era un hecho irrelevante o poco importante,

ya que no existían garantías suficientes para los hijos de familia o tan si quiera para los hijos que estaban por nacer, ya que era una facultad del padre de familia aceptar o no la paternidad y decidir sobre la vida de ellos, sin que tal decisión se hubiese visto mal o pudiera ser considerada como ilegal.

Es precisamente que, en ese momento histórico nace la figura legal conocida como patria potestad, facultad que permitía al poseedor normar sobre sus hijos o los que tuviera a su cuidado, la cual se encuentra contenida en nuestro Código Civil actual en el capítulo XII y en el Código de la Niñez y Adolescencia y en principio el Código Civil señala que:

“La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados” (C.C. Art.283).

Mientras que, el Código de la Niñez y Adolescencia señala que: *“La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley” (C.O.N.A. Art. 105)*, pero difiere en su concepto actual con el de los romanos por diversas razones, la principal diferencia venía dada por la facultad o derechos que tenían los padres sobre sus hijos y, como se puede apreciar en las leyes contemporáneas el padre y en general quien tenga la patria potestad tiene un deber de cuidado y desarrollo integral, mismo que en la época Romana era completamente nulo, en razón del poco tratamiento que se brindaba al derechos de los hijos.

Fue precisamente, en la época antigua que se encontraban normados los derechos del padre frente a sus hijos, el cual estaba clasificado de tres maneras: En primer lugar, el *“lus exponendi”*, en segundo lugar *“lus vitae necisque”* y finalmente, *“lus vendendi”*.

[...]Estos derechos que poseían los padres sobre sus hijos eran relevantes ya que cada uno de ellos eran de vital importancia para la existencia y oficio de sus hijos, el *“lus exponendi”* era precisamente

el derecho del padre de aceptar al recién nacido o no dentro del seno de su familia, cabe mencionar que cuando el niño nacía era puesto o depositado en el piso por parte de la comadrona y era el padre de familia, era quién decidía si aceptarlo o no dentro de su seno familiar, cuando la respuesta era positiva el padre ordenaba que lo levantaran del piso o en su defecto que lo amamantaran, mientras que si su respuesta era negativa el niño era abandonado en un vertedero y posteriormente moría[...] (Petit 1993. p 155).

Lamentablemente en la época romana, no existieron leyes que protegieran la vida del niño y la filiación no era un concepto de protección o garantía, que tampoco podía proteger a que sea el recién nacido sea abandonado por lo que la figura legal del padre seguía mandando o ligada a su potestad de decisión.

[...]El "*ius vitae*" era el derecho que tenía el padre de ordenar la muerte de cualquiera de sus hijos.

Finalmente, el "*ius vendendi*" era el derecho de vender a sus hijos como esclavos, el cual no podía ser alegado, ya que se manifiesta que en la era romana los hijos eran considerados propiedad de los "Paterfamilias", así mismo toda esta recopilación de derechos estaba contenida dentro del Cuerpo del Derecho Civil, el cual presidió a las XII Tablas.

En toda esta época las leyes no eran de acceso público ya que todas estas eran únicamente conocidas por una casta privilegiada y fue después de la publicación de "*ius flavianum*", que la ciencia del derecho cesa de ser privilegio de una casta celosa de guardar el secreto, esta misma fue dada a conocer a todos y fue Tiberio Coruncanio, el primer plebeyo que dio las primeras consultas sobre derecho, las cuales con el pasar del tiempo se volvieron un hábito en todas las disputas de uno o varios jurisconsultos[...] (Petit 1993. p 155).

1.2. Evolución histórica de la filiación

Toda vez que hemos dejado establecidas las formas de obtener el estado de familia, así como la respectiva filiación, derivada de la aceptación del “*paterfamilias*”, diremos que la filiación en Roma era, la razón por la cual los progenitores estaban obligados con sus hijos a prestar todas las obligaciones parentales, consecuencia de la aceptación, definición que ha variado sustancialmente con lo que actualmente se conoce como filiación.

La figura del “*paterfamilias*”, era tan importante en la antigua Roma, que el hecho de decidir el estado de familia, le correspondía únicamente a éste, es decir el padre, siendo el único capaz de decidir sobre ellos.

“[...] en la cultura romana le correspondía al padre decidir la condición de sus hijos; por eso cuando la esposa o la nuera alumbraran a un hijo- para lo cual se había retirado unos aposentos anexos a la vivienda – debían presentárselo al *paterfamilias* [...]”

(Guillen, 1977, pp.165-166)

Por otra parte, Juan Pabón (2011, p.372) sostiene los beneficios que los hijos podían tener al ser hijos de su padre con la respectiva filiación eran muchos. En primer lugar, tenían el estado de familia, el cual les otorgaba un derecho civil frente a la sociedad y, en segundo que, al ser hijos legítimos del padre, podrían acceder a su derecho de sucesiones y como consecuencia de ello acceder a su situación social y política, lo que para tal momento en la historia de gran relevancia.

Pero no en todos los casos el *paterfamilias* aceptaba a los hijos como suyos y fue justamente en tal contexto histórico, que la figura de filiación alumbró sus dos primeras definiciones doctrinarias, que en la actualidad ya no son las únicas debido al avance tecnológico, a las cuales haremos alusión en el desarrollo de este capítulo.

[...] “la filiación era de dos tipos: la legítima, que tenían todos los hijos concebidos dentro del matrimonio y aceptados por el *paterfamilias*, y

la ilegítima, referida a todos aquellos que no nacían en justas nupcias, a su turno la filiación ilegítima era de dos clases: natural, para cuyos padres no estaban impedidos de contraer matrimonio en la época de la concepción, vulgo concepto o espuria, cuando la concepción se producía como consecuencia de relaciones ilícitas” (Pabón, 2011, p.375)

Por lo que, sin lugar a dudas en el derecho romano vemos los primeros pasos del derecho de familia respecto de filiación, donde sus costumbres y pensamientos difieren con los actuales, no obstante, la esencia se mantiene en las definiciones, pero su contenido si ha evolucionado, es por eso que con tales afirmaciones, empezaremos a construir la filiación desde la visión doctrinaria contemporánea más adelante, para diferenciar la filiación romana de la actual y el desarrollo que ha tenido en los últimos años.

Antes de empezar con la definición de filiación según la visión contemporánea, recordemos que, en la época romana, el estado de familia le correspondía únicamente al hombre, ya que la mujer dado el momento histórico que vivía no era considerada un sujeto que generaba derecho pleno, es decir, un sujeto relevante, tal como lo era el hombre, puesto que su figura estaba ligada íntimamente al marido.

Es por eso que, a continuación, podremos observar en el desarrollo de la tesis, como esta figura varía sustancialmente y, ahora padre y madre generan derechos y sus responsabilidades se aparejan de manera paulatina.

La doctrina señala, que éste conjunto de relaciones jurídicas, como sabemos generan el estado de familia entre los miembros que la conforman, el cual trataremos para comprender de aquí en lo venidero qué son los hijos de familia y cuándo nace la figura del presunto progenitor.

Nuestro Código Civil señala que “Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia” (C.C. Art,283), es decir que el estado de familia, no es otro sino el que se obtiene

cuando existe relación filial entre los miembros de una familia, por cualquiera de los medios que actualmente se conocen.

Pero ¿qué sucedía en Roma, cuando no se tenía certeza del embarazo de la mujer y se ponía en duda la correspondiente filiación y el estado de familia?

Al igual que en siglo XX en el Ecuador, las pruebas eran nulas o poco vinculantes, ya que quedaba a discrecionalidad del juez determinar la paternidad correspondiente, en los casos de presunción de la paternidad.

Es en este contexto histórico, las pruebas que se podían presentar en Roma carecían de valor probatoria relevante, debido al carente avance tecnológico de ese momento, y las pruebas que se podían adjuntar simplemente eran el parecido físico y la imputación como tal.

En ese sentido:

“[...] Hipócrates (460-377 antes de Cristo) gran médico griego, quien fue el primero en invocar pruebas más científicas que las del mero parecido físico para determinar la paternidad, y así lo demuestra y exige en la defensa pericial que asume en beneficio de una mujer casada a quien se le acusa de adulterio por existir una disimilitud física del hijo con el esposo.” (Rospigliosi, 1999).

En complemento de lo dicho, se puede determinar que las pruebas inclusive eran prohibidas, tal como se puede deducir de lo señalado a continuación:

“En el período de Justiniano I (482-565 después de cristo) las leyes prohibían la investigación de la paternidad, salvo los casos limitaos de raptó o estupro violento. Cuando una joven soltera se declaraba en cina indicando a un hombre como el autor de su embarazo, este individuo era condenado, por la sola afirmación y juramento de la joven a proveer provisionalmente los gastos del parto y el mantenimiento del hijo [...]” (Rospigliosi, 1999).

Con lo que podemos dejar establecido que inclusive en este período histórico, existía la paternidad presunta, los alimentos, así como las obligaciones de parto. Por lo que, la única prueba como lo fue en Ecuador hasta mediados del siglo XX, era el parecido físico y determinación de la madre referente de la posible identidad del padre.

Se puede concluir con todo lo dicho, que la filiación ha sufrido cambios sustanciales a lo largo de la historia, los cuales han ido desde una escasa protección a los menores de edad en el antiguo imperio Romano, hasta ir evolucionando a un derecho protector y garantista, que vela por cuidar el interés de la familia y principalmente de los menores edad, ya que los legisladores han entendido al derecho de familia y particularmente al interés superior como una “garantía de garantías”, por lo cual la filiación cobra en la actual época una importancia de carácter relevante en el derecho de familia.

1.3 Desarrollo de filiación en la legislación ecuatoriana

La filiación, en la historia del Ecuador ha ido variando de manera positiva, avanzando principalmente en temas de igualdad y no discriminación a los derechos de los niños/as y adolescentes.

Haremos una reseña, que incluya el mencionado avance de manera progresiva, con el afán de que el lector entienda los cambios sustanciales en el concepto de filiación del Código Civil precedente y el actual.

Sin más preámbulo, la filiación históricamente recoge símbolos precarios de protección y menos aún de garantías, evidenciadas en las leyes del Ecuador del siglo XIX y XX, que se regulaban sobre la base de un Estado ligado íntimamente a la iglesia; su moral y sus costumbres, las cuales no permitían avanzar en el sentido progresivo a las normas de aquellos tiempos.

Prueba de lo dicho es el fallo de triple reiteración, referente a la creación y evolución del Código Civil y sus elementos constitutivos:

[...] “el primer Código Civil (1860), cuerpo normativo en cuya redacción el legislador ecuatoriano, replica el proyecto primitivo de Don Andrés Bello, inspirado en el Código de Napoleón; la legislación canónica y el antiguo Derecho Español, en el que se consideraba al matrimonio como fuente de la familia legítima y objeto principal de la regulación del derecho de familia” [...] (CNJ, Resolución 346-2014, Casación, p.1).

Con lo establecido, no cabe duda que, para el legislador de ese entonces, la filiación era un hecho que debía estar ligado a la institución del matrimonio, a la moral y buenas costumbres, es decir que exigía un contrato solemne, para que la filiación sea establecida de manera formal.

Se puede señalar una primera afirmación de todo lo explicado, que los hijos menores de edad, no gozaban de una protección integral o plena, dado que, para gozar de sus derechos, debían estar ligados a la suerte del principal (los padres), debido a que la falta de acto solemne, la ley podía exponerlos a un estado legal dudoso, de aquí partiremos para explicar las clases de reconocimiento existentes en aquel marco histórico, sus beneficios, así como sus perjuicios.

La filiación estaba dividida de 3 maneras:

1. Legítima
2. Legitimados
3. Ilegítima:

Zannoni y Bossert (2014, p.439-440) sostienen que, la filiación efectivamente estaba dividida de 3 formas: la primera, es decir la legítima, era aquella que sucedía cuando los padres habían contraído matrimonio entre sí, en justas nupcias; la segunda (legitimados), eran aquellos que habían nacido de personas que no tenían impedimento para casarse entre sí, y que sin embargo el hijo nació fuera de matrimonio, posteriormente con el matrimonio de la pareja de padres, la filiación se legitimaba, y finalmente la ilegítima, es aquella que se daba entre

personas que; tenían impedimentos para casarse entre ellos y a pesar de eso tuvieron hijos entre sí.

Adicionalmente a lo dicho, encontramos también una subdivisión de la última clasificación (ilegítima), misma que era conocida también por la doctrina como de dañado ayuntamiento:

“y de dañado ayuntamiento (concebidos fuera del matrimonio por personas que no podían contraer matrimonio), y, establecía una subclasificación: incestuosos, sacrílegos o adulterinos. Así las cosas, el estado civil de hijo, era posible verificarlo, bien por la presunción de haber sido concebido dentro del matrimonio, por su reconocimiento voluntario, o por declaración judicial.” (Holguín, como se citó en CNJ, Suplemento 346-2014, 2014, p. 2).

A continuación, se detallará a qué se referían con, *sacrílego*, *incestuosos*, y *adulterinos*, la doctrina se refiere a ellos como:

“Los *sacrílegos*, (art.340) eran los hijos de clérigos de órdenes mayores o de padre o madre ligado por voto católica [...] los *incestuosos* (art. 339) eran los nacidos de quienes eran hermanos, ascendientes o descendientes; los *adulterinos* (art. 338) eran aquellos cuyos padres no podían casarse a la época de la concepción del hijo por tener, uno de ellos o ambos, impedimento de ligamen. (Eduardo Zannoni y Gustavo Bossert, 2014, p.439)

Y eran estos últimos, los “*de dañado ayuntamiento*”, aquellos que no podían ser legitimados, ni aún con el matrimonio de las personas que los tuvieron, ya que como dije al principio, el derecho de aquella época estaba ligado a la moral eclesiástica, y el hecho de haber sido concebidos bajo estas circunstancias, afectaba de manera directa a la moral y buenas costumbres de la sociedad.

Es evidente hasta este momento, que la filiación no cumplía con un sentido de protección al menor de edad, ya que, para obtener dicho carácter, era imperativo el matrimonio entre las personas, un hecho que dejaba desprotegido al menor

de edad, en razón de que, sin su respectiva filiación, los derechos que ahora son elementales tales como; derecho a la identidad, filiación, alimentos, etcétera. Se vieron afectados, porque no existía un vínculo legal, formal, que obligue a los progenitores al cuidado de su hijo y tan solo quedaba la moral y la buena fe de las personas.

Por otra parte, existía una afectación social, ya que aquellos hijos nacidos fuera de matrimonio, eran conocidos con el nombre peyorativo de “*bastardos*” que, ligada a la afectación social, también existía una afectación legal, inclusive su derecho a la herencia estaba vulnerado, por el hecho de no poseer filiación.

Finalmente, podemos decir entonces que, la filiación en el Ecuador hace un siglo atrás, era; la relación jurídica entre, los progenitores y los hijos, que nacía como consecuencia del matrimonio, definición que ha variado considerablemente, tal como a continuación se podrá notar.

Ya que hemos detallado la historia de la filiación en el Ecuador en el siglo pasado, desarrollaremos la evolución que ha tenido la filiación, evidenciando un crecimiento en temas de derechos humanos y meramente en lo que a filiación concierne.

Primero, en la reformada Constitución del 2008, el derecho de filiación, posee una visión más profunda en temas de derechos humanos, tal es su preocupación que la filiación contrariamente a lo que se conocía, ya no distingue clases y de hecho prohíbe toda clasificación normativa que haga distinción, prueba de lo dicho será la Constitución y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en lo venidero CONA.

Primer avance lógico, el *interés superior, del niño/a y adolescente*, los legisladores con el fin de proteger la familia, incorporaron dentro del texto precitado, una protección a los infantes y adolescentes, el cual es la base para la expedición de las demás leyes:

Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se

aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás (Constitución, Art.48)

Respecto de la filiación:

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

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

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2014) manifiesta que: “Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. *Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad*”.

Es imposible, no evidenciar el cambio en estos textos, haciendo referencia a la protección de la familia, teniendo como objetivo principal la protección de los menores de edad que se encuentran en una situación de desigualdad.

Salvo esta regla que señala lo siguiente:

Art. 35.- **Prueba de filiación.** La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos. (LOGIDC).

Y que, de igual forma tiene como objetivo proteger a los niños/as y adolescentes, orientado al derecho a la identidad contenido en el artículo 23.24 y en la Convención del Niño.

"El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá, derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las

obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apartida" (Convención del niño. Art.7,1.2)

En conclusión, podemos observar que, en la legislación ecuatoriana, la filiación ha pasado por cambios progresivos, desde el punto de vista del autor lógico y creo que también desde el punto de vista humanista, que han desembocado en el avance y protección a los menores edad, asegurándoles acciones afirmativas por parte del Estado, para garantizar la satisfacción plena de sus derechos

1.4 Formas de obtener filiación y sus efectos jurídicos

Como hemos dejado establecido, la filiación es el vínculo jurídico que une legalmente a los padres biológicos o no biológicos, con sus hijos, iremos detallando cuales son las formas de obtener la respectiva filiación, y en qué momentos se puede generar los respectivos efectos jurídicos.

De acuerdo al Código Civil la filiación son las "correspondientes paternidad y maternidad", mismas que tienen su origen en un vínculo sanguíneo, afinidad o por adopción (Simon, 2009, p, 461).

En complemento, la filiación, no nace exclusivamente como consecuencia de los hijos nacidos en el matrimonio o unión de hecho, sino incluso por el reconocimiento voluntario, la declaración judicial y la adopción.

La determinación de los efectos jurídicos, están relacionados por la existencia de la filiación, determinados en el Código Civil y la el CONA, que obliga a los miembros de una familia entre sí, así como también concede derechos.

La filiación se ha dividido en 3 maneras, tal como lo señala el artículo 24 del Código Civil:

Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

Por su parte la doctrina señala la forma de acreditar filiación y sus clases de existentes:

“Como se acredita la filiación”

- Por la inscripción en el Registro civil.
- Por documento o sentencia que la determine legalmente.
- Por la presunción de paternidad matrimonial. (Ilisástigui, 2017).

Clases de filiación:

- Filiación social
- Filiación biológica
- Filiación jurídica (Zannoni y Bossert, 2014, p.439).

Los efectos jurídicos respecto del hijo, que la filiación contiene son los siguientes:

1. En el derecho de familia, genera la patria potestad.
2. Derecho a ser, mantenido, cuidado, alimentado y educado, durante su minoría de edad legal, (salvo casos especiales).
3. Derecho a la herencia, respecto de sus padres, siempre que no haya sido por adopción, en los casos que la ley establece. (C.C. Art.327)
4. Derecho a una identidad.

Se deriva de estos derechos, uno que es el principal para esta tesis, y es el derecho de alimentos, figura que será explicada a detalle, cuando hablemos de los derechos de la mujer embarazada.

La filiación correspondiente al matrimonio o unión de hecho legalmente reconocida, es aquella que se dio cuando la mujer se ha embarazado dentro del vínculo matrimonial o de unión de hecho legalmente reconocida.

“El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).” (C.C. Art.233)

Sin lugar a duda esta presunción se hace con base en dos sustentos tal y como señala Simon (2009) “La presunción sobre la época de la concepción, y la presunción de paternidad del marido del hijo concebido dentro de matrimonio [...]” (p.464).

En el caso de la mujer embarazada, no podemos hablar de filiación, ya que tenemos como cierto, que el estado de filiación en este momento existencial no procede, ya que quien está por nacer no conoce de manera verás a su progenitor, puesto que, si se impugna la paternidad en este período, la prueba de ADN, solo cabe en personas nacidas. (CONA, Art.10)

No obstante, al ser la figura de la mujer un caso especial, la ley hace una excepción extraordinaria y a pesar de no existir el vínculo filial entre el padre y el hijo, las obligaciones que presta el presunto progenitor, en este caso el *presunto padre*, son las mismas que las de un padre con filiación legalmente establecida, su razón fundamentalmente está orientada a proteger el derechos de los menores de edad, es decir su interés superior, tal como establecen los instrumentos internacionales, nuestra Constitución y leyes especializadas a las cuales hicimos alusión con anterioridad.

Finalmente dejamos establecido con lo dicho en síntesis que, la filiación son las respectivas maternidad y paternidad, que se obtienen de 4 maneras: 1- Matrimonio/Unión de hecho debidamente reconocida, 2-Reconocimiento voluntario, 3-Declaración Judicial, 4. Adopción, también hemos mencionado que no se necesita poseer un título que avale la filiación al momento de inscribirla y que la figura del presunto padre que ya analizaremos más adelante, existe únicamente, en el caso de la mujer embarazada y la declaración judicial, cuando no ha existido matrimonio.

1.5 La filiación en el siglo XXI

Ahora bien, ya que se ha ido explicando los procesos por los cuales se puede fijar la correspondiente filiación, se empezará a explicar otro punto de vista sobre el tema, un punto de vista, totalmente vanguardista, el cual no está normado en el Ecuador y que otras legislaciones ya tratan y sería interesante entenderlas, ya que paradójicamente en casos como los que se explicará, también puede existir la figura del presunto padre y no necesariamente, se entiende a la familia, como *“tradicional”*.

Empezaremos a construir el tema de filiación en el siglo XXI, con argumentos que encaren el motivo de empezar a entender a la filiación, desde un punto de vista más amplio, es decir, evolucionar el concepto conjuntamente con la evolución de los estereotipos familiares y la ciencia.

Es común entonces hoy en día hablar de métodos de embarazo que no son propiamente los naturales, uno de los más conocidos es del *“la reproducción asistida”*, el cual jurídicamente ha sufrido algunas alteraciones normativas, debido al avance tecnológico que obliga al legislador a estar en constante cambio sobre la manera de redactar la ley.

La ley que regula la *“reproducción asistida”*, en principio fue:

“[...] la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (posteriormente complementada por la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones

y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos, que no resultó afectada por la Ley de 2006 pero sí por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que la deroga)". (Muñoz, 2012)

La alusión de este tema "*reproducción asistida*", viene dada ya que en las técnicas que se utilizan, la figura jurídica aún no ha sido señalada de manera clara, ya que estos métodos consisten principalmente, en prestar órganos reproductivos o a su vez comprar células de un organismo complejo multicelular, llamados espermatozoides, con el fin de generar vida de una manera artificial o manipulada por la ciencia.

Por ejemplo, en estos casos mencionados, la figura de filiación es indeterminada, ya que si la mujer se embarazada mediante un proceso no natural, su condición de madre está definitivamente establecida, pero ¿Qué sucede con el padre?, esta pregunta nace, ya que el proceso usualmente se hace con espermias en criogenización, es decir que, machos donantes de esperma fértil, depositan sus semen en un banco de espermias, para que estos con posterioridad sean vendidos, con la finalidad de que las parejas infértiles, pueda formar una familia.

Sin embargo, no existen contrato alguno que faculte a un padre a renunciar a su paternidad y menos aún, otro que prohíba a la madre a demandar alimentos a quien biológicamente es padre, lo que genera una figura de irregularidad sobre el tema de filiación, ya que usualmente la intención de quienes venden su esperma no es la de ser padre, sino la de ser un donante, pero como ya se establece, puede que su intención no baste y sin querer termine afrontando alimentos en un juicio a la mujer embarazada, ya que como decimos esto aún no está normado de manera precisa.

La doctrina señala características formales de este proceso, y a propósito de esto hablaremos un poco más sobre los contratos que fijan los donantes con los centros especializados para recibir su esperma, que como ya establecimos, ningún contrato puede eximir de responsabilidad al donante.

La doctrina señala algunos aspectos, pero los más relevantes son el formalismo y el anonimato.

El formalismo; *“Es un contrato entre el donante y el centro autorizado habrá de realizarse necesariamente por escrito, y el donante deberá haber sido informado de los fines y consecuencias del acto”* (Muñoz, 2012), esto significa que el fin del contrato es simplemente autorizar el uso del material genético, pero nada con respecto a quien podría llegar a ser persona.

El anonimato; *“La donación deberá ser anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, tanto por los bancos de gametos como en su caso por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituya”*[...] (Muñoz, 2012).

Sin embargo, esta última figura puede acarrear un gran problema jurídico, ya que, al otorgar anonimato, los hijos nacidos vivos, pueden afrontar un problema al tratar de acceder a su identidad biológica, y más aún un problema que podría desencadenar en otro problema salud pública, sin embargo, nos referiremos únicamente a primero, referente a la identidad biológica.

En España, se propuso una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, dirigido precisamente a proteger el derecho que tienen los hijos a una identidad y sobre todo a acceder al conocimiento de su identidad biológica, esta acción se plantea también en una estricta preocupación al interés superior del menor, ya que uno de sus preceptos que es la plena satisfacción de sus derechos, no estarían siendo cumplidos.

Fallo

“La sala ha terminado, declarando la inexistencia de inconstitucionalidad, en este anonimato, por cuanto la Constitución no establecería un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación en todo caso de la identidad de su progenitor, y en este caso estaría justificada la restricción de la investigación de paternidad, ya que la finalidad de esa investigación

(la constitución de la relación parento-filial) aquí no procede, sino que se orientaría a un identificativa del donante” (Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa 116/1999).

Bajo esta tesis, suponemos que, cuando una persona accede a este tipo de fecundación, tiene por objeto formar una familia, ya que la filiación no puede estar sujeta a condición, es decir que la madre quiera o no formar una familia, y que si lo decide finalmente lo haga orientada a proteger el desarrollo integral del menor de edad, a continuación tomará relevancia el tema ya que por primera vez en la historia, se tratan temas de “multi-filiación” y veremos por qué el siglo XXI ha traído consigo, una serie de nuevas construcciones jurídicas.

Con las nuevas corrientes liberales del pensamiento, algunas legislaciones en América, han permitido romper con el esquema de familia “*tradicional*”, ya que personas del mismo sexo pueden en algunos países contraer matrimonio de manera legal, y conjuntamente con esta institución nace los demás derechos que ésta tiene, por ejemplo, la adopción, la cual denota una intención de parejas del mismo sexo que por obvias razones no pueden concebir, la intención de formar una familia, ya sea que utilicen el método de “*reproducción asistida*” o puedan usar la adopción meramente.

Para el fin mencionado haremos alusión a los casos particulares y a uno de los referentes más amplios en el tema.

Atenderemos a una entrevista realizada el 6 de mayo del 2015 a Farith Simon, experto en materia de familia, se formuló una pregunta sobre la adopción entre parejas del mismo sexo, que decía: “¿Está de acuerdo con la adopción entre parejas del mismo sexo?”, a la cual él contestó diciendo “Si apoyo, hay suficiente información disponible[...]”, lo que refleja que la adopción entre parejas del mismo sexo no afecta al desarrollo integral del menor edad, es decir que no afecta al interés superior del menor de edad.

Pero, en los casos de filiación sabemos que nuestro Código Civil únicamente acepta a un padre y una madre como las personas que pudieran establecer filiación, y que de hecho son los miembros tradicionales de una familia.

Simon, hizo mención a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (CIDH), donde señala que fijar filiación por cuestiones de preferencia sexual es un acto de discriminación, sentencia a la que haremos alusión a renglón seguido, por lo que, en algunas legislaciones como la Argentina, es permitida una triple filiación, mujer, mujer y hombre, es decir doble maternidad con paternidad, lo cual representa un avance significativo al derecho de familia en cuestión de filiación, en razón de las tendencias liberales del pensamiento de las personas.

En el caso de *Atala Riffo vs Chile* se manifiesta:

En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”).

Por lo que se puede entender a la filiación como un modelo orientado a adaptación, sujeta principalmente a proteger de manera oportuna el interés superior del niño, niña o adolescente y que como vemos finalmente en el siglo XXI ha sufrido variaciones muy amplias en términos jurídicos.

2. CAPITULO II: MUJER EMBARAZADA

2.1 Historia de la mujer y el reconocimiento de sus derechos

2.1.1. En la legislación del Ecuador

Para empezar, el tema central de este capítulo gira entorno a la mujer embarazada, ya que de aquí se desprende el problema jurídico y las conclusiones del capítulo.

Es conocido socialmente, que la mujer ha sufrido por varios años, actos de discriminación y, también es evidente que hasta mediados del siglo XX, la mujer estaba subyugada al hombre, en el caso de los cónyuges, la mujer a su marido, lo que hacía sentido en ese tiempo, debido a que la iglesia católica cultivó durante años, el sentimiento de que una mujer es simplemente un complemento del hombre.

La mujer inclusive fue en la familia considerada únicamente como dadora de vida, y su labor principal era la del cuidado del hogar, los hijos y su cónyuge.

Tan distanciada se encontraba de la sociedad, que no estaba facultada a ejercer su derecho al voto, es decir para terminar con este epílogo, la mujer era discriminada de una manera desconsiderada y que, a criterio de este autor, estaba infundada.

En el Ecuador, sería imposible no señalar a Matilde Hidalgo de Procel (forosdeEcuador, 2016), mujer lojana, quien impulso el derecho de las mujeres, activista social por excelencia, se convirtió en la primera mujer que culminó sus estudios universitarios y el hito de su trayectoria es sin duda, ser la primera mujer en ejercer su derecho al voto (1924).

Por todos estos motivos, que son apenas una muestra de la discriminación que ha sufrido la mujer históricamente, los legisladores ecuatorianos, las convenciones internacionales, decidieron tomar acción directa para que la mujer no sea más sujeto de discriminación y de ahí se *desprende las acciones afirmativas o discriminación positiva*:

“Por acción positiva” se entiende toda medida; “... destinada a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un mismo sexo están infrarrepresentados” (Castrillon, 2002, p.3-4).

De este contexto, podríamos decir que el fin mismo de la *discriminación positiva*, es conseguir la igualdad de género, a través de actos de no discriminación y compensar a los grupos afectados, con acciones afirmativas.

La doctrina ha señalado, que puede clasificar en 3 grupos:

1. Regular los aspectos desigualdad laboral [...]
2. Equilibrio en las responsabilidades familiares y profesionales [...]
3. Compensar discriminaciones del pasado, que implican establecer preferencias para el grupo desfavorecido [...] (Castrillon, 2002, p.3)

De la segunda y tercera clasificación, podemos observar en nuestra Constitución del Ecuador (2008), en el artículo 11.3 párrafo segundo, que sostiene que el Estado aplicará medidas de acción de afirmativa, frente a derechos que se encuentren en desigualdad con otro.

En la misma línea constitucional, encontramos a la mujer embarazada dentro del artículo 35, como un grupo de atención prioritaria, que básicamente son aquellos grupos desfavorecidos históricamente, al cual hace mención la doctrina.

Así también, encontramos que el principio de no discriminación, también se encuentra inmerso en la Constitución del Ecuador, orientado a la protección de la mujer embarazada y un trato igualitario.

Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.

2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Constitución 2008).

En cuando al principio de no discriminación, la Constitución finalmente ha sido clara al señalar en su título VII “*RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR*”:

“El Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la *no discriminación*, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia, o en virtud de su condición etaria, de salud o de discapacidad” (Constitución. Art.341).

Por todas estas razones, el CONA, dentro de su texto incluye a la mujer embarazada, como facultada a pedir alimentos.

Debido a que la mujer, durante varios años fue puesta en una situación de desigualdad social y más aún cuando se encontraba en período de embarazo, los legisladores otorgaron todos estos derechos a este grupo social, para de cierta manera compensar lo que por varios años sufrieron, esto se infiere de lo dicho en la doctrina.

En conclusión, de este capítulo podemos destacar, el avance del derecho de las mujeres embarazadas, donde pudimos observar en nuestra Constitución el principio de *no discriminación*, así como también se evidenció el principio de *discriminación positiva*, los cuales fundamentan la petición de alimentos y su blindaje mientras se encuentran el período de embarazado, de lo que no queda duda que la mujer embarazada merece todas las protecciones posibles.

2.1.2. En los instrumentos internacionales

De manera introductoria, sabemos con claridad entonces, que la mujer ha sufrido años de discriminación. La cual fue sujeto de estos actos, no solo en una región determinada, sino que su sufrimiento inclusive rebasó fronteras culturales.

En virtud de ese conocimiento, la mayoría de países optaron por medidas de acción inmediata, con la finalidad de frenar el atropello al derecho de las mujeres.

Fruto de esta preocupación, el sistema de Naciones Unidas Panamá, decidió proponer a los Estados parte, la creación de un texto el cual denominarían; *“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”* “La Convención fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU, entrando en vigor en septiembre de 1981, 30 días después del depósito del vigésimo instrumento de ratificación” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 2010).

Es conocido, que todas las normas de derecho internacional, referente a derechos humanos, tienen el carácter vinculante a los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, en lo venidero ONU, para de esta manera asegurar el ejercicio del cumplimiento directo y efectivo de los derechos humanos.

De la Convención, se desprende de su artículo segundo, finalmente lo que hemos hecho alusión durante todo este contexto 2.1.2;

“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; [...]

(Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Art.2)

Finalmente, encontramos que los instrumentos internacionales, en el siglo XXI, se han preocupado por la protección de la mujer, creando instrumentos, plenos y válidos para protegerlas, sin duda una mujer, una madre, merece el máximo de los respetos, en definitiva, todo ser humano lo merece.

2.2 Alimentos

2.2.1. Competencia y Jurisdicción

El fin de conocer la jurisdicción, será la de precisar la facultad que posee el juez competente para ordenar el pago de alimentos, pero con posterioridad la de avocar excepción, en caso de que los alimentos que ordenó pagar sean pedidos de vuelta cuando el pago fue injustificado, tema que se lo abordará desde la visión de la “*indemnización*”, en esta tesis.

Referente a la jurisdicción, observaremos los elementos que la constituyen, el fin mismo es reconocer sus atribuciones, y como ya se dijo establecer una definición clara:

“La teoría clásica del derecho procesal coincide en señalar como elementos de la jurisdicción la *notio*, el *iudicium* y el *imperium*. La *notio* se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada juez. Presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones, etc. El *iudicium* es la facultad de resolver el asunto sometido a consideración del juez. El *imperium*, finalmente, consiste en la “potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales” (Botero e Isabel Jaramillo, 2009. p.160).

Hugo Alsina (1957) referente a la jurisdicción señala que; “[...] pues se refiere a la facultada conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos.” (p.414).

Por otro lado la competencia, se entiende que se desprende de la jurisdicción, como un ejercicio de inferencia.

Pero siendo puntuales, Hugo Alsina (1957) no enseña que “[...] pueda definirse la competencia como la *aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un territorio determinado*” (p.512).

Esta misma, la competencia a la que hacemos referencia, se la puede del texto anteriormente citado, diferenciar por 3 razones.

- Territorio
- Materia
- Persona

Territorio, porque a pesar de que un mismo juez pueda poseer jurisdicción en su territorio, le resultaría casi imposible, trasladarse de un lugar a otro para cumplir con sus obligaciones y, si el territorio fuera corto, la densidad poblacional, sería un factor importante, que impide que pueda conocer de manera eficaz todas las causas.

Materia porque, debido a la extensa cantidad de contenido en el derecho, los jueces pueden conocer de manera general sobre ciertas materias, pero cada uno tendrá su materia donde se desenvuelve con destreza o simplemente no tendrán la facultad para conocer sobre la materia.

Persona, debido a que no todos los jueces, son aptos para conocer todas las causas, por ejemplo, personas que tenga fuero de corte, no podrán sus causas ser sustanciadas antes un juez ordinario.

Dicho eso, en primer lugar, es importante recordar que para conocer temas de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia la competencia recae sobre los jueces de Niñez y Adolescencia, tal como señala el artículo 234 del Código Orgánico de la Función Judicial “Las juezas y jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas: Sobre las

materias del Código Civil comprendidas desde el título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores (...)” (C.O.F.J Art. 234)”, con lo que queda claro la competencia para conocer las causas en temas de familia.

Con referencia a la jurisdicción, es preciso indicar que la acción en temas de Niñez y Adolescencia se la planteará en el domicilio del menor de edad, al cual nos referiremos más adelante con precisión en la ley (Código de la Niñez y Adolescencia).

Toda vez que la demanda haya sido presentada frente a la autoridad competente, ésta deberá cumplir también con las reglas de jurisdicción, es decir el territorio en donde la debe presentar, esto para que el juez pueda administrar justicia, sin que su decisión sea sujeto de nulidad por falta de jurisdicción o competencia.

En el caso de familia y puntualmente en temas de niñez y adolescencia quien proponga la demanda tendrá que plantearla en el domicilio del menor de edad o en el lugar de domicilio del actor, ya sea que se trate sobre la petición de alimentos o sobre la impugnación de la paternidad, puesto que en aras de garantizar su desarrollo integral y su principio de interés superior se demandará donde tenga domicilio el niño, niña o adolescente.

El COGEP establece lo que habíamos señalado y al respecto dice:

“Competencia concurrente. Además de la o del juzgador del domicilio de la persona demandada, serán también competentes a elección de la persona actora, la o el juzgador”

“10. Del domicilio de la persona titular del derecho en las demandas sobre reclamación de alimentos o de filiación” (C.O.G.E.P, Art.10.10).

A todo esto, el COGEP ha señalado la sustitución del artículo 42 del C.O.N.A indicando la inclusión del siguiente texto, referente al lugar donde se debe presentar la demanda:

“Añádase en el inciso final del artículo 6 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en materia de alimentos, incorporada como Título V del Libro II del referido Código, a continuación de la frase "Consejo de la Judicatura" la frase "y que podrá ser presentado en el domicilio del demandado o del actor, a elección de este último” (Décimo octava, Art.42).

En el desarrollo de la presente tesis, se podrá apreciar de manera clara por qué lo referente a niñez y adolescencia, se tendrá que demandar en el domicilio del menor de edad, la cual la será explicada desde la visión doctrinaria a través de su principio de *“Interés Superior”*.

Tenemos clarísimo, que el principio de interés superior, es un conjunto de normas orientadas a proteger el derecho de los niños/as y adolescentes.

Por otra parte, en los casos de “fuero” sigue su regla general, es decir las personas comunes serán demandadas ante la autoridad competente y quienes gocen de fuero de corte ante la autoridad que se les haya designado, sin embargo, existe en el CONA una sola excepción a esta regla a la cual se refiere el artículo 120 del cuerpo legal citado previamente y dice:

“Ejecución inmediata.- Las resoluciones sobre tenencia se cumplirán de inmediato, debiendo recurrirse al apremio personal y al allanamiento del domicilio en que se presume se encuentra el niño, niña o adolescente, si ello es necesario. No se reconocerá fuero alguno que impida o dificulte el cumplimiento de lo resuelto” (C.O.N.A. Art.120).

Para los casos de filiación y alimentos se seguirá el procedimiento común y veremos a continuación, quienes gozan de fuero de corte y ante quién se tendría o tendrían que proponer su acción.

El Código Orgánico de la Función Judicial ha manifestado la competencia y casos de fuero conforme se señala a continuación:

Casos de fuero en materias civiles, mercantiles, de familia, de niñez y de trabajo.- En los casos expresamente permitidos por los instrumentos internacionales ratificados por el Estado en que se siguiere una acción concerniente a otros asuntos que no sean penales, de tránsito o colusorios contra los embajadores y agentes diplomáticos extranjeros, conocerá la sala especializada respectiva, con observancia de las siguientes reglas:

1. La primera instancia será conocida y resuelta por el Presidente de la Sala;
2. El recurso de apelación será resuelto por tres juezas o jueces, constituidos en Tribunal, designados por sorteo;
3. El recurso de casación será resuelto por otras tres juezas o jueces, constituidos en Tribunal, designados por sorteo; de faltar una jueza o juez, actuará una conjueza o conjuez; y,
4. Las diligencias preparatorias serán evacuadas por la Presidenta o el Presidente de la Sala. No se admitirán a trámite diligencias preparatorias si no se precisa la vinculación que tendrá con el juicio que se va a proponer. El mismo procedimiento se observará cuando un particular proponga demanda o solicite acto preparatorio en contra de la Jefa o del Jefe de Estado” (C.O.F.J. Art.195)

Finalmente, tenemos claro que cuando se trate de una persona que goce de fuero de corte, su acción la tendrá que proponer ante la sala de la Corte Nacional

de Justicia, siguiendo un orden similar al del fuero ordinario, la diferencia radica en donde y ante quien tramita.

2.2.2. Provisionales y definitivos

Para introducirnos en los alimentos, lo necesario es primero conocer qué son los alimentos. Para ese efecto usaremos la doctrina, el CONA y la jurisprudencia, con el fin de conocer la importancia de los alimentos.

La palabra alimentos proviene del latino, "alimentum", que se asocia a la figura de comida sustento, dicese también de la asistencia que se da para el sustento. (UNAM) (, (1998) *Instituto de investigaciones jurídicas, nuevo diccionario jurídico mexicano*, Ed. Porrúa, México, Pág. 163)

Antes que todo, continuaremos con lo que constituye el derecho de alimentos en familia, ¿qué comprenden los alimentos? y la visión doctrinaria del tema en relación conjunta con fallos distintos relacionados al tema.

En el Derecho de familia se ampara la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselos solos.

Dicha obligación recae normalmente en un familiar próximo (por ejemplo, los padres respecto de los hijos, o viceversa; aunque también puede ser otro familiar directo, en el caso de alimentarios subsidiarios).

Cuando un juez, mediante resolución obliga al pago de cantidades mensuales por este motivo, se le denomina pensión alimenticia. Por ejemplo, ese es el caso de la pensión que un progenitor debe pagar al otro que convive con los hijos, por concepto de manutención de los mismos, ya sea, durante su separación o tras el divorcio, o simplemente porque los progenitores no conviven juntos (hijos extramatrimoniales de padres que nunca han convivido).

La pensión alimenticia es un derecho irrenunciable de toda persona con la capacidad para reclamarlo, es una obligación que en derecho de familia los padres tienen hacia sus hijos.

Esta pensión se la hará de una forma voluntaria por parte del padre o la madre y en el caso de no hacerlo se lo hará mediante la vía judicial según lo establecido en las leyes de nuestro país.

Esta pensión alimenticia debe cubrir por lo menos: alimentación, habitación, vestido, salud, movilización, recreación, educación básica, media, y el aprendizaje de alguna profesión u oficio, en caso de que ambos progenitores trabajen remuneradamente o lo que es lo mismo bajo relación de dependencia comprobable, ambos deben contribuir para satisfacer las necesidades de los hijos en común. De otro modo, la responsabilidad de la pensión alimenticia hijos, recae exclusivamente sobre el progenitor que reciba remuneración.

“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 hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo” (Constitución. Art.69.1)

Por lo regular, se mantiene el derecho a la pensión alimenticia hijos hasta cumplir los 18 años, pero, en caso de estar cursando una carrera universitaria, podrían recibirla hasta cumplir los 21 años, siempre y cuando se cumplan con los requisitos formales.

Titulares del derecho de alimentos. - Tienen derecho a reclamar alimentos:

2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y (CONA. Art.4.2)

Tenemos como cierto, que el derecho de alimentos propiamente dicho no corresponde únicamente a la comida como se mencionó con anterioridad, el Código de la Niñez y Adolescencia hace referencia a lo dicho, enunciando todo lo que comprende el derecho de alimentos:

“El derecho a alimentos es connatural a la relación parentofilial 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:” Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;

1. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicina;
2. Educación;
3. Cuidado;
4. Vestuario adecuado;
5. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
6. Transporte;
7. Cultura, recreación y deportes; y,

Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva” (CONA. Art. innumerado 2).

El procedimiento para reclamar alimentos será sumario, tal como lo establece el art. 332 del COGEP, ante el juez de Familia Niñez y Adolescencia.

No será necesario para el actor contratar los servicios de un Abogado, con la finalidad de reclamar este derecho tal como señala el COGEP:

Procedencia:

“La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura” (C.O.G.E.P, Art.332).

(Simon 2009, p.550) manifiesta que la razón de que no se demande con el patrocinio de un Abogado se fundamenta en que esta es una acción de defensa

de sus derechos y por lo tanto pueden ejercerlo de manera directa o a través de su representante legal o quien este a su cargo.

En cuanto a la forma de reclamar alimentos judicialmente, se lo hará presentando una demanda de pensión alimenticia en cualquier Unidad judicial de Familia Niñez y Adolescencia.

El juez fijará el monto de la pensión alimenticia a pagar dependiendo de las posibilidades del demandado, el mérito de las pruebas, con base en la tabla de pensiones alimenticias, pero la cifra, nunca puede superar el 50% de los ingresos del progenitor demandado.

La cifra que se paga por concepto de alimentos, relacionada a la tabla de alimentos es siempre relativa al año que se esté prestando alimentos, ya que esta cifra siempre va en aumento, en estricta relación al crecimiento económico, es por eso que esta cifra está regulada por el ministerio de inclusión económica y social y es actualizada cada inicio de año, tal como se dispuso por acuerdo ministerial No. 132-2016.

La forma de prestar alimentos puede ser varias tal como señala el CONA:

“Formas de prestar los alimentos. - Tomando en cuenta los antecedentes del proceso, el Juez podrá decretar los alimentos en una o más de las siguientes formas:

- a) Una pensión consistente en una suma de dinero mensual que deberá pagarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes;
- b) El depósito de una suma de dinero, la constitución de un usufructo, uso o habitación, 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,
- c) El pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez” (CONA, Art.134)

Los alimentos se deben desde la presentación de la demanda

“Momento desde el que se debe la prestación de alimentos. - La prestación de alimentos se debe desde la presentación con 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” (C.O.N.A, Art.innumerado8)
De manera complementaria el COGEP señala que [...] “En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas” (C.O.G.E.P, Art.151), es decir que si la demanda fuera presentada, el juzgador ordenará la pensión provisional de alimentos desde la instancia mencionada.

Debido a la preocupación del Estado y como dejamos establecido con base en las normas internacionales, el deber primordial del mismo es velar porque se cumplan con los principios del interés superior del niño/a y adolescente de manera efectiva y parte de esto fue la modificación al antiguo artículo 133 CONA, referente a la fecha desde la que era exigible el derecho de alimentos.

Desde la visión doctrinaria referente a los alimentos, podemos decir que:

Larrea Holguín (2008, p.415), sostiene que “los alimentos son una expresión jurídica de un deber moral, esto cuando existe vínculos de parentesco o a quienes se debe una especial gratitud.”

(Vodanovic, 1987), manifiesta que: “El derecho de alimentos es uno de los medios por los cuales se hace efectivo uno de los aspectos de la de personalidad llamada derecho a la vida” (p.1)

Con lo que en ambas definiciones doctrinarias encontramos que los alimentos están ligados principalmente al derecho a la vida como un derecho humano y también encaminado al desarrollo integral de los niños y adolescentes, segundo para que este derecho sea exigible es necesario haberse cumplido con los supuestos establecidos en el CONA y C.C para que exista el derecho a

reclamarlos, tal como señala la Resolución 343 de la ex Corte Suprema de Justicia de la primera sala de lo Civil y Mercantil:

“[...] para que proceda el pago de una pensión alimenticia, el juez debe declarar previamente el derecho de percibirla, luego de examinar si se cumplen los supuestos establecidos por el Código de la Niñez y Adolescencia” (CNDJ, Resolución 343, Casación).

Con lo dicho, en concreto tenemos que; el derecho del alimentado debe ser reconocido, para ser exigido como señaló el fallo 343 antes mencionado, claro en el caso de la mujer embarazada, deberá por lo menos pedir de parte el demandado, una prueba de embarazo, que justifique dicho pago.

¿Pero quiénes son los titulares de este derecho?, la ley establece en el Código Civil en el artículo 349 quienes son titulares de este derecho

Se deben alimentos:

1. Al cónyuge;
2. A los hijos;
3. A los descendientes;
4. A los padres;
5. A los ascendientes;
6. A los hermanos; y,
7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada (C.C. Art.349)”.

Dentro de la medida de los apremios se ha incluido un avance lógico, el cual hace referencia a los obligados subsidiarios, mismos que puede ser según el CONA:

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;

Subsidiarios



2. Los hermanos que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;
3. Los abuelos; y,
4. Los tíos. (C.O.N.A, Art.129)

Una vez entendido qué comprende el derecho de alimentos en familia, se precisará cuál es el procedimiento para reclamar alimentos provisionales y cuándo se fija la pensión provisional.

Al respecto, Farith Simon en su análisis al CONA sobre los alimentos provisionales establece que:

“El CNA permite demandar alimentos a los presuntos progenitores, es decir aquellas personas cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas alimentos y el juez puede fijarlos sin que se haya establecido la relación de filiación a partir del momento(para el caso de la pensión provisional) en que el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada[...] (Simon 2009, p.556)”

Por lo que, hablamos de “alimentos provisionales” toda vez que la relación de filiación no está debidamente establecida o se encuentra en duda, ya que por su naturaleza no se los puede llamar definitivos, puesto que no existe un vínculo formal que obligue al demandado a prestarlos de manera definitiva, por su condición de duda y aun cuando ya se estableciera la filiación correspondiente, la pensión siempre podrá variar.

De ahí que el CONA establece la situación de los presuntos progenitores y referente al tema ha señalado:

“Situación de los presuntos progenitores. - El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o

adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:"

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

(C.O.N.A, Art.131).

El presunto padre como hemos dicho, tiene el deber de prestar alimentos, no por un hecho de mandato de ley, sino por el hecho que lo une con quien posiblemente pueda ser su hijo y ante el temor que un hijo no tenga padre y que un padre no tenga responsabilidad, los legisladores a través de la ley propusieron que este derecho se haga efectivo dejando de considerar la conveniencia de uno con el fin de favorecer a otro.

Es indudable con lo dicho que, los alimentos provisionales recaen específicamente sobre el presunto padre o sus obligados subsidiarios de ser el caso, debido a que como hemos manifestado no existe un carácter jurídico que lo obligue a prestarlos de manera definitiva.

Los alimentos definitivos en realidad se dan cuando en la audiencia definitiva se ha establecido la filiación o el nexo de carácter legal que une al padre con el hijo o hija.

La llamada pensión definitiva, tiene un error semántico, ya que la pensión jamás será definitiva debido a que el juez dicta resoluciones, mismas que pueden variar dependiendo como se susciten las posibilidades económicas del demandado, pudiendo el demandado presentar incidente de aumento o disminución.

"Incidentes para aumento o disminución de pensión. -Si cualquiera de las partes demostrare que han variado las circunstancias y hechos que sirvieron de base para la resolución que fija la pensión

alimenticia, el Juez/a, podrá revisar y modificar la resolución, previo el procedimiento establecido en este capítulo.

Será competente para conocer este incidente el mismo Juez/a que fijó la pensión alimenticia salvo los casos de cambio de domicilio del alimentado” (C.O.N.A. Art.innumerado42).

Lo único que pudiera diferenciar a ambas es el hecho que, las pensiones provisionales pueden cesar por la falta de filiación, mientras que las definitivas no, debido a que ya se estableció filiación legalmente.

Con este artículo se fundamenta lo dicho en primera instancia y fue que los alimentos jamás serán definitivos por esta razón, la única diferencia entre los alimentos provisionales y definitivos está en la condición del padre como ya establecimos con anterioridad.

En estos casos el juez estará facultado a imponer según su discrecionalidad, un valor mayor al que establece la tabla de alimentos tomando en consideración las pruebas adjuntadas al proceso, pero en ningún caso podrá señalar un valor inferior al que la tabla señala como mínimo, esto en razón del interés superior del niño/a y adolescente.

El pago de esta pensión alimenticia se lo hará depositando en una cuenta bancaria especial; por débito de sueldo, en caso de que el progenitor sea empleado fijo de alguna empresa; para esto es necesario que se envíe un oficio por parte de la autoridad competente a la empresa o compañía donde labora para que se haga la respectiva retención y depósito en la cuenta mediante una cuenta de ahorros abierta especialmente para tales efectos.

Si el progenitor es empleado independiente, deberá depositar el importe de la pensión mensualmente, en la cuenta bancaria, o en la cuenta de ahorros, para estos efectos siempre se tomará el mérito de la prueba para demostrar los ingresos que pudo tener y con base a eso señalar una pensión alimenticia.

La carga de la prueba en este particular caso se invierte y queda a obligación del demandado demostrar sus ingresos tal como establece el artículo 169 del COGEP: [...] En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima [...] (C.O.G.E.P, Art.169), hemos precisado que este es un particular caso, ya que en todos los trámites comunes la carga de la prueba siempre estará ligada al que acusa, es decir quien acusa, presenta prueba.

Sin embargo, si la carga procesal de la prueba es inversa, el padre podría actuar de manera ilegítima para poder cubrir sus rubros reales, lo cual hace pensar que ningún demandado se pondría la soga al cuello, es por eso que esta figura de la carga de prueba debería ser clarificada, para poder tener una idea real, de cuál es la forma de presentar la prueba y bajo qué parámetros.

Ahora bien, si las personas o persona obligada/s al pago de una pensión alimenticia no cumplen con sus obligaciones, la ley estará facultada a usar la fuerza para que se cumplan a través de las medidas cautelares para obligar a que se efectúe el pago de la pensión alimenticia hijos, los cuales se someten a que el Estado use su fuerza coercitiva para que lo hagan.

Las mismas que van desde una citación intimatoria, prohibición de salida del país, apremio personal, apremio real, contenidas en el Código de la Niñez y adolescencia desde su artículo 141- 143 esto dependiendo de la legislación de cada país.

De acuerdo al COGEP los apremios son:

“[...], aquellas medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos[.] El apremio es personal cuando la medida coercitiva recae sobre la persona y es real cuando recae sobre su patrimonio (C.O.G.E.P, Art.134).

Sin embargo, estas medidas han sido criticadas por un grupo conservador que argumenta que el “*apremio personal*” atenta en contra del derecho de la persona, debido a que, si una persona es puesta en prisión, no tendría los elementos necesarios para conseguir el dinero, ya que se encontraría en imposibilidad obvia de trabajar para conseguirlos.

Referente a la medida de apremio personal, se propuso ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad a esta medida, alegando que violentaban al derecho de la libertad personal y que su contenido es exagerado, sin embargo, la corte considero que:

“[...] es claro que el apremio personal, lejos de consistir una pena, es propiamente una medida de presión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias; [...]” (TC, Causa 0086-2006 TC)

Añadió además que, ésta medida no podía ser comparada con la de una obligación civil, ya que las obligaciones civiles nacen del contrato, pero las obligaciones morales en familia nacen del vínculo con el hijo o hija.

Resulta curioso que, el 1 diciembre del 2016 el régimen decide darse cuenta que las medidas de apremio son un tanto discrecionales y desproporcionadas, tal es así que anuncia en esa fecha, que propondrá ante la corte constitucional una acción de inconstitucionalidad a la misma medida que como citamos anteriormente la corte ya declaró no procedente por las razones ya vistas, ¿será qué la corte se ratifica sobre su decisión o varia su concepto ya que se trata del gobierno?

“El régimen resolvió que debe eliminarse la prisión por la falta de pago de las pensiones alimenticias, así lo decidió este jueves 1 de diciembre de 2016 después de más de cuatro horas de una reunión de gabinete del sector de seguridad en el Ministerio del Deportes, en Quito, la decisión de este jueves se tomó después de que *un ciudadano enfermo de cáncer planteó una demanda de*

inconstitucionalidad ya que por su condición no pudo pagar la pensión de sus dos hijos, fue detenido y perdió su trabajo” (El Comercio, 2016)

En Ecuador cuando no se han pagado dos pensiones de alimentos consecutivas se puede disponer la prisión del alimentante (apremio personal) y es en la actualidad el único caso mediante el cual una persona puede ir detenida por una deuda.

El COGEP nos refiere al apremio y dice que:

“En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días” (C.O.G.E.P, Art.137)

Antiguamente, el apremio personal era una medida de carácter tan severo que incluía que los obligados subsidiarios irían a prisión sino cumplían con la obligación del obligado principal, debido a su indebida coherencia el legislador decidió prescindir de esa medida y no fue sino hasta la entrada en vigencia del COGEP en mayo del 2016 que esto cambio, con la inclusión de un párrafo que niega toda forma de apremio personal a las personas mencionadas en el párrafo anterior.

“No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios.”
(C.O.G.E.P, Art, 137)

Cifras del Consejo de la Judicatura, durante el año 2015 y hasta abril de este del 2016, se tramitaron 141.103 juicios de alimentos y en estos se dictó prisión para 157 familiares puesto que el obligado principal no canceló los valores correspondientes.

“Los jueces asumían a la prisión como la principal medida para garantizar el pago, dijo Fernando Landázuri, juez de la Unidad Civil de Quito”. “El apremio era una medida de última instancia, pero se convirtió en una generalidad”.

Sin lugar a dudas, el apremio es una medida que bifurca a los pensamientos, ya que, por un lado, la Corte Constitucional señala que es la única medida de obligar al pago a los obligados principales y, por otro lado, se sostiene una idea lógica también, que es la situación de un presunto progenitor o persona que no pueda cancelar sus montos por razones de fuerza mayor, deban estar presos por razones de deuda, la cual desde la manera doctrinaria salta todo un procedimiento.

En el caso de prohibición de salida del país puede existir un acuerdo para transferir la obligación de pago momentáneamente ya sea porque el alimentante debe viajar por negocios o una razón de fuerza mayor que lo ausente del país, en este caso el alimentante presentará un oficio al juzgado o unidad judicial indicando con especificidad quien cumplirá con sus obligaciones, el tiempo que estará ausente del país, acompañado conjuntamente con la firma de quien se obliga de momento y la firma de quien transfiere su obligación, con posterioridad se acudirá donde el juez, quien hará el llamado para el reconocimiento de firma y rúbrica y se llamará también a la contraparte para que reconozca dicho acto solmene y acepte dicha transferencia.

Otros tipos de medidas cautelares que existen son el apremio real (C.O.N.A. Art.25), la prohibición de enajenar bienes, estas medidas nacen como respuesta de la falta de compromiso del demandado ya que cuando el demandado se siente intimidado con la demanda, podría suscitarse el que caso que traspasa sus bienes para quedar frente a los ojos de la ley sin bienes y no poder ser obligado al pago de pensiones con el remate de sus bienes.

Finalmente, cuando el demandado no haya sido requerido a ninguna de las medidas previstas, a petición de parte y mediante oficio, el juez podrá ordenar el apremio real de los bienes, para dar cumplimiento con su obligación de pago,

donde podrá ordenar el remate de los bienes y su pago posterior siguiendo el orden de la ley supletoria contenida en el Código Civil.

En el caso que el demandado no se encontrará en el país la o el accionante del derecho podrá solicitar que el juez que depreque la acción, es decir el traslado de su trámite de una autoridad de igualdad jerarquía a otra.

Los jueces y juezas podrán efectuar dentro del territorio nacional reconocimientos o inspecciones en lugares donde no ejerzan competencia, cuando consideren que esas diligencias son necesarias para verificar la verdad. Pero para la práctica de cualquier otra diligencia judicial, deprecarán o comisionarán a la jueza o juez competente en ese lugar (COFJ, Art.145)

En este caso, el juicio de alimentos se remite al consulado para citar al demandado en el lugar en donde se encuentre, con el fin de que se notifique en el consulado del país en donde se encuentre, con la finalidad de que quien se encuentre demandado, tenga la posibilidad de comparecer a juicio, ya sea personalmente o mediante procuración, con el afán de garantizar su defensa.

Se puede recurrir a pensiones alimenticias subsidiarias, que deberán ser prestadas por familiares directos del progenitor incumplidor. También puede efectuarse un gravamen sobre la propiedad del demandado, pudiendo el juez obligar a la venta de dicha propiedad, para el rápido cumplimiento de la deuda.

Pero bien, en todos los casos mencionados no hemos dicho sobre los alimentos que se quieran demandar en el exterior, es decir en un supuesto caso que el presunto padre viaja a otro lugar, el actor a través de sus representantes podría tomar las siguientes medidas.

“En el tema del juicio de alimentos (internacional) se lo puede realizar por tres rutas, una mediante la aplicación de la Convención; la segunda, mediante el Ministerio de Relaciones Exteriores, y la tercera, en forma directa el demandante lo hace a través de las

autoridades del país donde se encuentre el demandado” (UNICEF, SN, p.3).

Es decir que, los alimentos si se podrían demandar fuera del país, no sólo por la ruta que habíamos establecido, la cual consiste en que un juez depreque su acción, a propósito de la demanda en el exterior el cuerpo normativo previamente citado señala también que: “El demandante podrá presentar una solicitud directamente ante la autoridad judicial (donde se encuentra el demandado); o ante la Autoridad Remitente de su Estado encaminada a obtener alimentos del demandado, como lo establece el artículo 1 de la Convención” (UNICEF, p.3), recordando que tiene un carácter vinculante para los Estados parte de la convención.

En definitiva, los alimentos provisionales o definitivos podemos concluir que son el medio que une legalmente al presunto padre o madre con su o sus hijo/s, y se dice que es un vínculo, ya que al ser esta la obligación principal para los ojos de la ley, los vínculos morales no cobran gran importancia, los alimentos quedan como el único medio que liga de manera responsables a los sujetos involucrados, es por eso que esta figura de alimentos es tan necesaria e importante comprender, ya que a falta de este elemento el resto de la presente tesis no podría ser comprendida con claridad.

2.2.3. Alimentos prenatales

Al llegar a los alimentos a la mujer embarazada, tenemos claro la diferencia entre una pensión provisional y definitiva, siendo el caso puntual que la mujer embarazada por su condición, al momento de la presentación de la demanda como bien sabemos tiene derecho a una pensión provisional hasta que en la audiencia se determine una pensión definitiva.

[...] “Si la paternidad del demandado no se encuentra legalmente establecida, el Juez podrá decretar el pago de alimentos, provisional y definitiva, desde que en el proceso obren pruebas que aporten indicios precisos, suficientes y concordantes para llegar a una

convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado” (C.O.N.A. Art,149).

Como ya se sabe, los alimentos se deben desde la presentación de la demanda, tal como se lo establece en la ley, “Los alimentos se deben desde la primera presentación de la demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas” (C.C. Art,359), en ambos casos, pensión provisional o definitiva, el juez deberá fijar al padre o presunto padre alimentos provisionales hasta poder determinar el monto de la pensión definitiva, que como se expuso podrá variar dependiendo de las posibilidades del demandado o demandada y que también se señaló que es un error semántico decir que es una pensión definitiva, ya que siempre podría variar.

Pero ¿Se puede obligar a la prestación de alimentos a cualquier persona?, según el artículo 149 si, ya que en lo pertinente dice: “[...] *el Juez podrá decretar el pago de alimentos, provisional y definitiva, desde que en el proceso obren pruebas que aporten indicios precisos, suficientes y concordante[...]*” (C.O.N.A. Art,149), pero si el Código nos remite a las pruebas, las únicas pruebas que el demandado podría alegar son las del derogado artículo del Código Civil referente al acceso a la mujer o un examen que demuestre infertilidad.

Si bien, son ciertas las causas fundamentales para que la mujer embarazada pueda demandar a quien ella considere el padre ¿qué sucede con quien ha sido demandado?, ¿cuál sería su estado frente a la demanda?, la respuesta parece ser obvia y es que de no existir una prueba como las que hemos mencionado anteriormente, quien es demandado queda por así mal llamarlo en estado de “indefensión” ya que el ADN no se puede practicar en el que está por nacer, sino en el que ha nacido.

Su justificación jurídica se encuentra contenida en la Constitución en el artículo 44 y la protección a la vida desde la concepción en el siguiente artículo 45 del mismo cuerpo normativo “*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 [...] (Constitución, Art.45) pero ¿quién es el titular del derecho?, la madre, el feto o embrión.

Al ser la mujer embarazada un caso especial, es menester de este subcapítulo entender quién tiene el derecho, si la mujer o quien está por nacer.

En términos legales la mujer embarazada, haciendo una analogía con el derecho de propiedad intelectual sería el soporte físico que contiene la obra, que viene siendo el niño/a quien se encuentra engendrando.

El Estado consiente de esta duda protege a la mujer, con el fin de que quien está por nacer lo haga en las mejores condiciones, siendo la mujer embarazada la titular del derecho y esto por una razón que es obvia pero lamentablemente confundida, la cual es que una persona que todavía no nace no puede ser sujeto activo o impulsar su causa, ya que civilmente no existe y si no existe no puede ejercer su derecho por su cuenta.

“El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto” (Constitución, Art, 43.3), con lo que dejamos establecido que durante esta prestación de alimentos la titular es la mujer embarazada y no el que está por nacer bajo ninguna forma.

Por lo tanto, si el presunto padre llegase a no serlo tendría derecho a ser indemnizado según las reglas del Código Civil, por obtención dolosa de alimentos o una prestación ilegítima de alimentos en contra de la madre por supuesto, en vía ordinaria.

Para complementar lo dicho, expondremos una consideración que hace un fallo de casación, fundamentando por qué a pesar que quien suministre alimentos pueda como no ser el padre lo hace.

[...] “no queda duda que nuestra legislación protege la vida desde su concepción y reconoce el derecho de las mujeres embarazadas a

reclamar prestación para gastos prenatales, pues, es deber del Estado precautelar que el embarazo se lleve adelante de manera normal y adecuada, y que el niño se desarrolle y nazca en condiciones de dignidad. En realidad, surgen dos circunstancias, una consentir que quien necesita alimentos no cuente con ellos, elevando significativamente los riesgos para la madre el niño, la niña, propios de su estado de vulnerabilidad, que pueden llevar a la muerte del nasciturus y la otra, de quien suministre alimentos, luego demuestre que no es padre, es preferente optar por esta última” [...] (CNJ, Resolución No. 144-2012, Casación, p.p.4-5).

Una vez entendido quien es el titular del derecho de alimentos, desarrollaremos la idea respecto de las excepciones que puede proponer el demandado y por cuánto tiempo estaría obligado al pago de dichas pensiones.

Como bien se ha manifestado, las excepciones que se pueden alegar durante la prestación de alimentos a la mujer embarazada son pocas, debido a la protección que existe a la mujer embarazada y a quien está por nacer, por lo que sin temor a equivocarnos diremos que las excepciones que pudiera tener el presunto progenitor son ínfimas por lo que estaría obligado a prestar alimentos sin opción a reclamo, claro hasta que nazca el ser humano.

Lo grave es, que el demandado debería pagar los alimentos por un período de 21 meses una pensión, ya que el CONA nos refiere desde y hasta cuándo se deben los alimentos y dice:

Art. 148.- Contenido.- La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a

doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña. (C.O.N.A. Art.148)

En el caso de la mujer embarazada el juicio tendrá una duración de veinte y un meses, divididos de la siguiente manera, nueve meses de embarazo y doce meses del período de lactancia, en caso de que la paternidad se encuentre en proceso de impugnación o ratificación, el demandado podrá solicitar al juez la prueba de ADN desde el nacimiento del menor de edad prueba que será suficiente para la continuación o suspensión de los alimentos prestados, tal como sustenta en el artículo 131, numeral dos del Código de Niñez y Adolescencia.

La salvedad que se encuentra a este capítulo es aquella que nos refiere al ADN del que hablaremos más adelante, ya que los alimentos se pueden suspender únicamente cuando se demuestre mediante prueba pertinente la falta de relación sanguínea entre el demandado y el que ha nacido.

El trámite que se da a la presente causa será especial fijado en el innumerado 34 en adelante, la demanda se la presentará ante el juez de la Familia Niñez y adolescencia.

La demanda tiene su sustento en el capítulo VI del Código de Niñez y Adolescencia a partir del artículo ciento 148 hasta el 150.

El trámite inicia con la presentación de la demanda en la sala de sorteos que los dirigirá posteriormente a la unidad judicial competente.

Con todo lo que se ha expuesto queda en evidencia que la mujer tendrá el derecho prioritario, por lo que a decir de los legisladores su derecho debe prevalecer en toda instancia procesal, pero lo que no se ha mencionado jamás es la razón por la que estos grupos son considerados de atención prioritaria.

Finalmente tomando en consideración estos preceptos es que el legislador prioriza a la mujer embarazada y a quien está por existir, de manera que sus derechos no se vean vulnerados o afectados de ninguna manera, lo cual no solo

debe asegurar los alimentos a la mujer, sino también una protección especial al que va a nacer.

2.3. Interés Superior

2.3.1. Derecho del que está por nacer

El que está por nacer, esta figura, es esencialmente, una adaptación del derecho a una necesidad de protección, el motivo es en esencia crear una garantía al derecho de la persona que todavía no ha nacido.

Encontramos en la doctrina, que al que está por nacer se lo ha denominado “*nacsiturus*”, quien en definitiva es un ser que no existe, pero la ley simula que existe, para que sus efectos sean favorables para éste.

Dicho de otro modo, el que está por nacer, es sujeto de garantías, por cuanto la Constitución como ya he hemos revisado, se ha vuelto súper garantista, es decir que vela por el derecho de cada persona, por eso el que está por nacer tiene todo este cúmulo de protección.

Finalmente, reconocemos que el interés superior al que nos referiremos en lo posterior, es la consecuencia jurídica del que ha nacido vivo, que es importante para esta tesis, ya que como dijimos la Constitución 2008 del Ecuador, es tan garantista, que debemos demostrar, con argumentos que el hecho de restituir lo pagado, mediante una indemnización, no violenta o atenta a este principio superior.

2.3.2. Interés Superior

Antes que nada, hasta este momento el interés superior será fundamental en la presente tesis, explicado básicamente como un conjunto de derechos orientados a garantizar el desarrollo integral de los niños/as y adolescentes, para M. Bruñol (1999) es: “es la plena satisfacción de sus derechos” (p.8).

Concerniente al interés superior existen algunos pronunciamientos oficiales, tendemos como principal a la Convención del Derecho del Niño, donde su

trascendental característica es que sus decisiones tienen un carácter vinculante y sobre el interés superior y señala:

De manera complementaria el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala que:

“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” (C.O.N.A, Art.11)

De esta última definición adoptaremos expresamente lo referente a “deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento”, la afiliaremos a nuestro concepto para conocer más adelante con base en qué criterio el juez adopta o debería considerar el interés superior y cuál sería su correcto uso en la aplicación de este principio.

La Corte Nacional de justicia atendiendo este principio en una de sus sentencias sobre impugnación de paternidad, en donde se trataba de quitar el estado de filiación a una menor de edad, debido a que el reconociente voluntario se arrepintió de dicho acto y trato de hacerse un lado de su responsabilidad se pronunció y dijo:

[...] El interés superior del niño que privilegia la Constitución, Art. 44, en consideración a su vulnerabilidad, Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 3 y Código de la Niñez y Adolescencia, Arts. 1 y 11, debe ser interpretado en su sentido progresivo, dándole la más amplia y efectiva operatividad, de modo que signifique la satisfacción de los derechos del niño. Cabe puntualizar que el Art. 11.3 de la Constitución contempla el principio que orienta la operatividad de los derechos humanos llamado self executing en cuanto los derechos y garantías que establecen la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son de directa e inmediata

aplicación, y, porque su interpretación se orienta por los principios pro nomine y favor libertatis (CNJ -No. 016-2012, p.3).

2.3.3 Evolución del interés superior

Para empezar el principio de interés superior propiamente dicho, es el resultado de años de evolución doctrinaria en temas de derechos, en sus tutelas iniciales los Estados no se preocupaban por garantizar el acceso a la justicia de los menores de edad, debido a que la situación histórica era precaria en cuestión de derechos humanos y la igualdad no era esencialmente un símbolo de los inicios del siglo XX.

No fue sino hasta después de la escuela del *common law* que se pudo evidenciar las primeras incursiones del Estado en la protección de los derechos de los niños/as y adolescentes ya que estos eran considerados como instrumentos y no personas con autonomía plena para ejercer sus derechos.

Miguel, C. Bruñol (1999) manifiesta que “En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres” (p.6), una señal parecida se vivía en el derecho Francés, referente al tema.

“El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido.” (Bruñol, 1999 p.7), esta consideración hecha por Bruñol la hace en el sentido proteccionista de los derechos de los niños y adolescentes, de manera progresiva encaminada a proteger su derecho de manera especial.

Con la progresión de los derechos de los niños y adolescente, se ha concluido que este interés superior tiene un sentido garantista, que impulsa a las autoridades de justicia a distribuir sus pensamientos de manera que la satisfacción de los derechos sea plena y obligue al administrador de justicia a formular un análisis de los derechos afectados para el niño y decida de manera

justa y acorde, finalmente Bruñol sobre el interés superior como una medida garantista dice:

En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades [...] (Bruñol, 1999, p.8).

2.3.4 Interés superior contemporáneo

Los principios rectores enmarcados en el CONA artículo 131 señalan que todas las argumentaciones jurídicas en temas de niñez y adolescencia deben estar plenamente motivadas y seguir obviamente los mandatos constitucionales e instrumentos internacionales, con el fin de cumplir con los principios de eficiencia y eficacia.

El "interés superior" ha generado ciertas dudas en cuanto a su aplicación normativa, debido que su alcance por momentos parece inadecuado o exagerado y por otro lado su uso puede generar una situación de desigualdad injustificada, se explicará la importancia del derecho y sobre todo la razón fundamental que debería tener un juzgador al aplicar este principio.

Cuando un juez se encuentra frente a un conflicto de derechos sus resoluciones deberían ser menos dogmáticas, según Farith Simon (2013): " Me parece que solo una combinación de técnicas contribuiría a disminuir la aplicación discrecional abusiva del principio" (p.247), esta manifestación la hace en el sentido estricto al decir que un juzgador debe tomar decisiones con apego a las leyes a la norma y no a su criterio o moral. (lo que demostraría, si es utilizando inadecuadamente)

Así también, las decisiones dice F.Simon (2009, p.226) deben ser ponderativas y no silogísticas, es decir su encaminamiento debe estar orientado a cumplir cabalmente con lo que más le favorezca al niño/a o adolescente, pero es

justamente este alcance ilimitado del juez lo que puede generar una duda en cuanto a su aplicación, ya que por momentos tendrá que enfrentar situaciones donde estén inmersos 2 niños/as y al carecer de una directriz no sabría cómo aplicar este principio efectivamente.

Cuando al presunto padre se lo demanda por alimentos, éste tendrá que prestar los alimentos mientras su situación se ratifica o niega, es evidente que en este caso hablamos de una aplicación silogística, ya que el único elemento hasta ese momento que obliga al pago de una pensión provisional es el niño/a es la demanda, pero ¿no es acaso una falta al debido proceso del demandado, señalar responsabilidad sin haberla probada?, pues para este caso particular no lo es, debido al principio de Interés Superior exige proteger al derecho del niño cuando se encuentre en situación en conflicto con otro derecho.

Ya para concluir en el derecho de familias, los jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y en general los jueces, aplicarán el sentido legal más favorable para el menor de edad, para garantizar lo dispuesto en la constitución y los tratados internacionales respecto del interés superior, con apego a sus criterios y buscando lo mejor para el menor de edad:

En conclusión, con todo lo dicho dejamos establecido que no es menester de esta tesis el irrespetar o ir en contra de este principio, por el contrario, el afán es velar que este derecho este asegurado en todo momento, es por ello se ha explicado detenidamente lo que significa y como se debería aplicar por parte de las autoridades de justicia este principio, para no crear confusiones venideras en el desarrollo del presente trabajo.

2.3.5 Interés superior y aplicación normativa

En definitiva, no existe una justificación real, clara o precisa que explique con base en que elementos un juez puede ponderar o aplicar su poder sin embargo: J. Habermas (1998) manifiesta que “la ponderación afecta la fuerza normativa de los derechos al rebajarlos a objetivos, políticas o valores, la carencia de criterios racionales para la ponderación hace que la misma se aplique de forma

discrecional o arbitraria” (p.332), lo que para este autor significa que la aplicación está orientada muchas de las veces en el criterio moral o ético del juzgador.

En contrapunto Massimo La Torre (2010) cree que la ponderación posee “una apariencia de racionalidad”, es por estas dos visiones que se puede concluir que la ponderación es un tema doctrinario sin resolver, ya que no existen normas aplicables, más que la jurisprudencia para que el juez tenga una visión precisa de qué hacer cuando se encuentra frente a conflicto de intereses de igual magnitud o inclusive frente a dos de diversa categoría.

Fabián Villamayor (2002) referente a la aplicación del interés superior manifiesta que: “según la disposición jurídica que establece el principio del interés superior del menor, el juez debe resolver los casos concernientes a menores sobre la base de una consideración primordial de su "interés superior". Este estándar puede entenderse como un tipo especial de principio jurídico.”(p.2)

Consideración que es complementaria a la ley, como se dejó establecido en el artículo pertinente del CONA, todas las acciones deben estar motivadas sobre la base de la protección integral del niño/a o adolescente y sus antecedentes históricos lo sustentan.

Es esta motivación es lo que lleva a los jueces a sustentar sus decisiones al aplicar su criterio en los fallos, teniendo en consideración las pruebas adjuntadas al proceso, todas a las que hace referencia el COGEP y así también un ejercicio de sana de crítica para administrar justicia.

Los jueces quienes administran justicia y componen la plataforma judicial, se rigen por un sistema ligado a la búsqueda de justicia, bajo esa premisa el Código Orgánico de la Función Judicial, hace mención a la manera en la que se debe administrar justicia, es decir las consideraciones que se deben tomar en cuenta ante cada resolución, sentencia o providencia, y el COFJ dispone lo siguiente:

INTERPRETACION DE NORMAS PROCESALES. - Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la

Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho (C.O.D.F.J, Art.29)

De lo dicho queda claro, que los jueces y juezas a nivel nacional deben direccionar sus decisiones con base en un criterio que parte de la ley, como vemos señala que cualquier “vacío” procesal se llenará con norma o principios, y como ya se pudo establecer el interés superior es un principio que debe ser considerado en toda resolución, fallo, sentencia o cualquier disposición que contenga derecho de familia y singularmente, temas de niñez y adolescencia.

Posteriormente, a la interpretación normativa el juez está facultado a emitir un fallo en nuestro caso resolución, esta resolución también está ajustada a un marco normativo el cual es definido como la motivación, elemento que obliga al juez a delimitar con precisión qué aspectos consideró para tomar tal decisión y la Ley de Modernización del Estado señala:

MOTIVACION.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios. (L.D.M.E art.31).

Como se ha manifestado el interés superior es un tanto discrecional, ya que no sigue aristas o normas claras, por lo que al aplicar la forma de hacerlo se vuelve confuso, inclusive para quien tiene que aplicarla en el sentido más favorable, ya que, al ser una postura de doble estándar, puede llevar a usar el instinto, más

que la lógica y eso en leyes es un error garrafal, ya que la ley es hecha en el sentido objetivo y no subjetivo.

Problema jurídico, al ser el interés superior una garantía tan estricta, busca en todo momento proteger a los menores de edad sin tener en cuenta una situación que a lo largo del tiempo sucede y es un hecho real, el cual viene dado de las siguientes formas.

Primera situación, si una persona “presunto padre”, es llamado a prestar alimentos a quien se supone que es su presunto hijo y éste lo hace de manera cabal, pero también tiene una familia real y estructurada, ¿qué sucede si al final del juicio, resulta no ser el padre biológico de dicho ser humano?, pues bien pueden existir dos posibilidades, la una que el hogar que tenía esa persona se desplome y de ser el que caso que existan menores de edad dentro de ese hogar, que ellos sufran afectaciones reales, psicológicas, morales, ¿quién reestructura es daño a los menores de edad?, pues bien es por eso que la aplicación normativa que se le da al interés superior en conclusión está muy mal aplicada, ya que la ley se ha tornado un tanto absurda en el afán de proteger posturas y no derechos, lo que como explique afecta íntimamente a los menores de edad involucrados.

3. CAPITULO III: LA PATERNIDAD PRESUNTA

3.1. Presunto padre

Iniciaremos la presunción de paternidad, señalando que no existe una definición doctrinaria, ni tampoco la ley ha definido a la paternidad presunta, por lo que no se ha podido concitar una definición de lo que es el presunto padre, sin embargo, con el estudio de varias visiones doctrinarias afines al tema, en el transcurso de esta investigación hemos dado una definición de lo que es el presunto padre y en qué se diferencia con el padre.

La presunción como se podrá apreciar es un factor que tendrá que cumplir ciertos requisitos o antecedentes para la determinación de dicha afirmación, que se podrán concluir de hechos, pruebas, que sean veraces dentro de un procedimiento.

En el caso de la paternidad presunta los hechos o antecedentes que deben existir son, en primer lugar, la existencia de una demanda para poder fijar la presunción de la paternidad y segundo punto la demanda debe ser calificada y aprobada por la autoridad competente para que dicha existencia sea legal.

Dentro de la demanda, la mujer embarazada expone sus motivos que llevan a sospechar que, a quien está determinando como padre en la demanda lo es.

En este punto estos son los fundamentos de hecho o antecedentes en la demanda, mismos que manifiestan la razón medular de su petición.

El Código Civil ha señalado que la presunción es: “Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancia conocidas” (C.C, Art.32).

Como se ha podido manifestar los antecedentes o circunstancias nacen de la demanda, mismo que tienen su motivación personal en sucesos o hechos y un sustento legal que se encuentra contenido en la ley llamado fundamento de derecho.

“Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal” (C.C, Art32).

Se puede decir que la presunción de paternidad debería estar fijada en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por lo que esta presunción se la puede llamar legal, ya que como manifiesta el Código Civil, nace de la ley y tiene su sustento en todos aquellos antecedentes que en su momento procesal serán probados por quien lo alega, siguiendo el principio procesal de la carga de la prueba, con la finalidad de saber si quien ha sido señalado como presunto padre lo es.

En conclusión, se puede definir a la paternidad presunta como, la consecuencia jurídica que supone que, quien ha sido señalado como presunto padre lo es, debido a la existencia de hechos, antecedentes suficientes que lleven a sospechar que no hay otra persona más que el demandado para ser el presunto progenitor, cumpliendo las obligaciones parentales, sin diferenciación con el padre, por lo que se concluye que no es más que una diferencia semántica.

3.2 La paternidad en el Ecuador

3.2.1. Procedimiento ordinario de paternidad

El trámite empieza con la presentación de la demanda, mismo que se lo tendrá que hacer vía ordinaria tal como establece el artículo pertinente del Código Civil donde señala que; “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.” (C.C. Art.59).

Primero, conoceremos que, la impugnación de paternidad es la disconformidad del padre de aceptar que dicho hijo o hija es suyo o la del hijo contra el padre.

Guillermo Borda (2013, p.18) sostiene que la impugnación de paternidad tiene una característica especial, la cual es que *“al marido le basta con promover la acción; no tiene necesidad de producir prueba”* bajo esta afirmación también señala que, si la demanda es contestada por los demandantes, el marido no está obligado a presentar prueba de la filiación.

También puede impugnar de la paternidad el hijo cuando lo solicite y, este derecho será imprescriptible para él (C.C, Art.255)

Con el establecido dejamos en evidencia quiénes pueden accionar este derecho de impugnación, pero ¿serán únicamente padre/madre e hijos los únicos legitimados para accionar el derecho? o ¿habrá la posibilidad de que lo haga un tercero?

La ley ha establecido que:

El derecho para impugnar tendrán:

- 1) El padre
- 2) La madre
- 3) El hijo
- 4) El consta registrado como padre o madre y cuya filiación impugna
- 5) O cualquier persona que tenga interés directo en la causa

“Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre; y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo” (C.C Art. 345), sin embargo, como el numeral quinto del Código Civil señaló “Cualquier persona que tenga interés directo en la causa”, podemos deducir que también podría ser cualquier persona en contra del hijo o el padre/madre.

Casos en los que se puede pedir la impugnación de la paternidad:

El primer caso será sobre el esposo o marido de la mujer, en este caso cuando el hijo ha nacido dentro del matrimonio se presumirá que el hijo le pertenece a éste, también puede extenderse al caso de la unión de hecho siempre que se cumplan con ciertas formalidades, pero si el marido decide no reconocer al hijo que ha nacido dentro del matrimonio como suyo, podrá impugnar sobre la paternidad de su hijo. (C.C Art. 233^a).

En la impugnación a la paternidad, señalada en el artículo 246 del Código Civil, señala que encontrados dentro del término legal para impugnar la paternidad y siendo el momento procesal oportuno en la etapa probatoria, la prueba que ratificará o desechará la paternidad será el (ADN).

El juicio de impugnación de paternidad, no absuelve su obligación alimentaria frente a su hijo, ya que para los ojos de la ley el hijo sigue siendo del padre, hasta que mediante sentencia se diga lo contrario, como ya hemos establecido a lo largo de esta tesis, se presume la paternidad.

El segundo caso es que el hijo impugne la paternidad, como ya se estableció lo podrá hacer vía ordinaria pidiendo la nulidad del acto de reconocimiento. Él hijo podrá pedir también la práctica de el examen de ADN, para determinar si es hijo de determinado progenitor, en aras de buscar la verdad biológica, esta prueba seguirá las reglas comunes al proceso.

La prueba de ADN, debe en este caso debe seguir el trámite correspondiente, primero debe ser anunciada en la demanda siguiendo los principios de lealtad procesal y segundo debe ser practicada en el momento procesal oportuno siguiendo el principio de oportunidad.

En definitiva, el procedimiento ordinario es un trámite que lo podrán hacer todas las personas que la ley ha facultado, hemos visto que la sustanciación se la hará de manera ordinaria, no habrá lugar a pedir que los alimentos cesen mientras este juicio sigue en marcha, por lo que dejamos una vez más claro que, el interés superior se lo respeta a lo largo de todas las instancias procesales, respetando los principios superiores y el procedimiento legal, tal como dispone la norma.

3.2.2. Paternidad simplificada

A este proceso se lo ha denominada de esta manera debido a la apreciación del profesor y doctrinario Fartih Simon, experto en temas de niñez y adolescencia, quien señala que “[...] el proceso de paternidad y alimentos ha sido incorporado en el CONA” (p.486) como una medida para optimizar el tiempo para el acceso a la justicia del menor de edad, de manera que en un mismo proceso obtenga alimentos y por otro la respectiva filiación a la cual nos referimos en el capítulo primero.

El proceso empieza con la presentación de la demanda de alimentos y declaración de paternidad, primero hay que completar el formulario emitido por

el Consejo de la judicatura en lo venidero (CDLJ), mismo que lleva incluida la petición de la prueba de ADN, este proceso tiene como encabezado en el formulario del CDLJ paternidad y alimentos.

Tal como puede verse el anexo 1 en el literal E) "Solicito prueba pericial" se advierte sobre la petición de la prueba misma que será practicada una vez citado el demandado y posteriormente señalado día y hora para la práctica de dicho examen.

Para corroborar dicha afirmación, la sala de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en efecto sobre la importancia de la prueba de ADN y además que, al existir jurisprudencia suficiente en estos casos, la Corte le bastó con esta prueba para determinar paternidad en cualquier juicio con la inclusión del ADN:

[...] la SALA, basando solamente en el examen del ADN (...) CONFIRMAN la sentencia subida en grado, Desechando el Recurso, de Apelación interpuesto (...) también interpretando en forma errónea las normas de Derecho, Declara la paternidad de la Menor XX con los apellidos XX(...) violando de esta manera también el Art. 3 de la Codificación del Código Civil (...) Por todo lo expuesto (...) por haber hecho errónea interpretación de las normas de Derecho, sin EXISTIR JUICIO DE PATERNIDAD, se declare la Paternidad de la mentada menor, influyendo indudable y notoriamente de esta manera en la decisión del fallo..." (CNJ, Resolución No. 286-2012, p2)

Estableciendo que la prueba de ADN es el hecho fehaciente en todos estos procedimientos de determinación de paternidad.

Ya presentada la demanda, el juez tendrá de oficio 5 días término para calificar la demanda y en caso de que no esté completa el juez ordenará que se complete en el término de 3 días.

Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y

especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas.

Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias (C.O.G.E.P, Art.146)

El demandado podrá contestar de dos maneras: aceptando total o parcialmente el contenido de la demanda, o negando todos los argumentos tanto en los fundamentos de hecho como de derecho.

Cuando el demandado ha negado todos los argumentos del contenido de la demanda, deberá acceder a la prueba de ADN, misma que será fijada con día y hora para realización del examen.

El demandado (paternidad y alimentos) puede justificar que no posee los medios para acceder a una prueba de ADN, en este caso se hará a través de las instituciones pertinentes (Cruz Roja, Fiscalía General del Estado) siempre que exista un informe de la situación social que acredite no se encuentra en condiciones de incurrir con el gasto, tal como lo señala el artículo 131 del CONA:

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

La única excepción a la regla señala que:

“Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales; incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad, o maternidad; y [...] (C.O.N.A, Art, 131.5).

“En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento de la entidad pública rectora en salud” (C.C, Art.246).

El llamado se hará por tres ocasiones, de no existir una respuesta favorable por parte del solicitado/a en las tres ocasiones el juez presumirá la paternidad o maternidad y se la asignará mediante mandato de ley a quien haya sido demandado o demanda.

“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 e n 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.” (C.O.N.A. Art.Innumerado10; Art.131.3)

Para finalizar observamos que, al ser un derecho de interés superior, y que además se lo hace por la vía sumaria, es decir la premura es un objetivo fundamental, la paternidad puede ser pedida conjuntamente con los alimentos con el fin de agilizar el proceso y se pueda ser eficaz en la aplicación del mismo.

3.3 Efectos jurídicos de la paternidad presunta

La paternidad presunta, es evidente que genera efectos jurídicos inmediatos, los mismos de un progenitor que posee filiación, se ha justificado la razón primaria,

el hecho de garantizar alimentos a las personas que, no se encuentran en la capacidad de adquirirlos por sus propios medios.

La argumentación jurídica que hemos abordado, pretendió identificar exclusivamente la necesidad de devolver los alimentos pagados, cuando existió error en la identidad del demandado, derivados de la paternidad presunta.

De la estructura revisada en la norma; Constitución, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, hemos podido deducir que todas las normas, están encaminadas a otorgar alimentos, ya que de no ser ese el fin, sería inentendible que las normas orienten su accionar a la protección de los niños y adolescentes y al desarrollo integral.

De lo dicho, haremos alusión hasta el momento, de los efectos jurídicos que conlleva la figura del presunto progenitor, analizado desde la figura de la mujer embarazada:

1. Alimentos
2. Filiación

Estos 2 elementos, son sin duda lo únicos efectos jurídicos que, pueden de cierta manera asociarse a la figura del presunto progenitor, los alimentos por la razón del derecho de acción directa a obtenerlos, de manera que garantice el desarrollo del que está por nacer, y segundo el de la mujer embarazada, la filiación es anexa a los alimentos, siempre que haya nacido vivo el ser humano, el fin ya es exclusivo de otorgar identidad.

4. CAPITULO IV: PRUEBA DE ADN Y DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS

4.1. Definición de ADN

Antes de usar una definición científica, es necesario precisar que la prueba de ADN es derivada de la biología, y que en sí mismo el ADN “es una macromolécula que codifica los genes de las células, bacterias y algunos virus. Esta información genética del ADN se usa para fabricar las proteínas necesarias para el desarrollo y funcionamiento del organismo” (Enciclopedia de Salud 2016).

Dicho de otra manera, el ADN es una estructura molecular que puede indicar con certeza la similitud genética entre dos personas.

Las funciones biológicas del ácido desoxirribonucleico (ADN) incluyen el almacenamiento de información (genes y genoma), la codificación de proteínas (transcripción y traducción) y su auto duplicación (replicación del ADN) para asegurar la transmisión de la información a las células hijas durante la división celular.

El ácido desoxirribonucleico (ADN) se puede considerar como un almacén cuyo contenido es la información (mensaje) necesaria para construir y sostener el organismo en el que reside, la cual se transmite de generación en generación. El conjunto de información que cumple esta función en un organismo dado se denomina genoma, y el ADN que lo constituye, ADN genómico.

La información genética de un genoma está contenida en los genes, y al conjunto de toda la información que corresponde a un organismo se le denomina su genotipo. Un gen es una unidad de herencia y es una región de ADN que influye en una característica particular de un organismo (como el color de los ojos, por ejemplo). Los genes contienen un "marco de lectura abierto" (open reading frame) que puede transcribirse, además de secuencias reguladoras, tales como promotores y enlaces, que controlan la transcripción del marco de lectura abierto.

En materia de familia, la prueba de ADN es el hecho relevante que determinará con un 99.9% de certeza la paternidad o maternidad en los casos de filiación, prueba que ha sido incorporada con el desarrollo de la tecnología en el Código

de la Niñez y Adolescencia en los artículos 131 y 132 y 233, 245, 246,258 del Código Civil.

4.2 Utilidad Legal

Farith Simon (2012) manifiesta que “La jurisprudencia y algunas normas han introducido las pruebas de ADN para solucionar los casos de paternidad o maternidad. La identidad biológica es la condición fundamental para fijar el vínculo. Los resultados del examen científico obligan a declarar o rechazar la filiación sin prestar atención a otras circunstancias.” (p.1),

La Ex Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación respecto del ADN se pronuncian y en la resolución No. 83-99 que se sigue en proceso ordinario por investigación de paternidad No.170-97 señala que:

[...] Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, *ya que el porcentaje de probabilidades es casi del por cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia*, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica[...]. b) el peritaje ha de haberse actuado conforme a derecho [...] c) el informe ha de tener una conclusión terminante, absoluta [...] (CSJ, Resolución No.83-99. Casación)

Respecto a la prueba de ADN, conoceremos la forma de presentarla, continuando con su finalidad aplicada a casos prácticos para la resolución de los mismos.

La prueba de ADN fue incorporada en los cuerpos legales citados previamente, con el fin de tener un medio para que el juez con base en un criterio real y científico pueda tomar una decisión apegada a la certeza de las pruebas y su

decisión esté motivada en un fundamento casi irrefutable por su altísima efectividad como vimos en la resolución de la sentencia de Casación.

Antes de la introducción de la prueba de ADN, el juez estaba facultado a señalar la paternidad con base en su discrecionalidad, es decir que el juez tomaba como referencia el parecido físico entre el presunto padre y el niño/a nacido para determinar la respectiva filiación, el cual se encontraba contenido hasta 1992 en el “Código de Menores Para afirmar lo dicho en el libro Derecho Civil del Ecuador, Larrea Holguín manifestó que: “Puede sorprender que nuestra ley permita la declaración de la paternidad solamente cuando se prueben las relaciones sexuales ilícitas [...] (Holguín, 1966, p.228) claro, esto refiriéndose al Código Civil que en aquellos tiempos permitía lo expresado.

Por otra parte, en cuanto se refiere a la investigación biológica de la paternidad o maternidad, esta tecnología se ha empleado para:

1. Buscar el reconocimiento de filiación y con ello asegurar el derecho de los niños a una identidad, alimentos, seguridad, entre otros. C.C, Art.24)
2. Negar que exista filiación; acción que se adopta por parte de madres que buscan negar pretendidos derechos de tenencia, régimen de visitas, custodia, etc. Así mismo presuntos padres buscan a través de este mecanismo demostrar que son falsamente acusados de una paternidad, que bien puede representar el asumir ciertas obligaciones. (C.O.N.A, Art. 132.2)
3. Absolución de dudas; tanto en el caso de viejas dudas sobre una paternidad judicial o judicialmente declarada, como aún en los casos de hijos que están por nacer, en cuyo caso, la tecnología permite que las muestras puedan obtenerse del cordón umbilical de la criatura. En el Ecuador esta prueba no puede ser practicada

La prueba de ADN, solo puede realizarse una vez que haya nacido la persona por expresa disposición del Código de la Niñez y Adolescencia:

“Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco.” (C.O.N.A. Art. 131)

Entonces con lo expuesto, es evidente que la prueba de ADN constituye el único medio de prueba 100% efectivo y señalo como el 100%, ya que para el juez el hecho que una prueba de ADN sea positiva aun con el 99.9999% de probabilidad para el constituye definitivamente el 100% porque el margen de error es tan mínimo que no puede o no debería aventurarse a creer que puede existir un fallo en la prueba ya que su fundamentación debería ser tan amplia que no encajaría en los estándares de su duda razonable.

Con este subcapítulo, podemos evidenciar que los procesos actuales, al contar con el apoyo de la ciencia, pueden ser llevados con una veracidad sin precedentes y que las autoridades administradoras de justicia, deberían actuar con mayor prolijidad y rapidez, cumpliendo las disposiciones de los principios dispuestos en el COFJ con aras de agilizar los procesos.

4.3 Presunción Desvirtuada

4.3.1. Error

Para empezar a desarrollar la idea sobre el error, en cuanto al presunto padre, principiaré señalando que el objetivo de mi tesis es *“determinar si la falta de un procedimiento para la devolución de pensiones que se pagaron de manera injustificada, atentan en contra del patrimonio del presunto progenitor, y si la celeridad no es tomada en cuenta”*.

El error dentro del presente juicio, se refiere al dolo o a la identidad del padre que como se conoce son uno de los vicios del consentimiento mismos que pueden existir cuando los alimentos se han obtenido de manera dolosa y también cabe la posibilidad de que en este juicio se hable del error en cuanto a la identidad de quien se presumía padre hasta el momento que se comprobó lo contrario.

El dolo señala el Código Civil que es “la intención positiva de causar daño” (C.C. Art.29) es importante reconocer que la intención no es sujeto de derecho a reclamo, es por ello que el código señala que la intención debe ser positiva, para que la acción sea manifestada y no quede simplemente en la intención de hacerlo.

Pues bien, una vez vista la relevancia de la prueba en los distintos casos de impugnación a la paternidad, es indudable que la prueba de ADN es el hecho que obliga al juez a señalar una decisión concreta en relación al caso, siendo que pueda ratificar la condición de padre o que simplemente revoque dicha presunción.

En este caso ¿Qué pasa con todo lo pagado por concepto de alimentos provisionales?, ¿es el juez de Familia, Niñez y Adolescencia quien tramitará la devolución de lo pagado por el presunto padre? Y, finalmente ¿Tiene el quien fuera señalado como presunto padre la vía para demandar la devolución o la hará en la misma vía sumaria?

Para responder la primera pregunta se remite al Código Civil vigente, que señala “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo” (C.C, Art.1467), el error técnicamente hablando puede ser una idea inexacta sobre un tema, que hizo pensar a una persona que una cosa era cierta cuando no lo era o no lo fue.

El cuerpo legal citado con anterioridad también señala que:

“El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, *salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato*. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato (C.C, Art.1471)

Cuando hablamos de familias, podemos ajustar esta definición como error en la identidad del padre, ya que cuando el juez ha determinado en sentencia que no es biológicamente el progenitor (padre), durante todo el tiempo que prestó alimentos se tuvo una idea inexacta o errada sobre quien debió pagar esta manutención.

Sin embargo, cuando el juez de familias ya ha dictado su sentencia dejando excluido de toda responsabilidad parental a quien hasta ese momento era el presunto padre, éste no tendrá derecho de reclamar lo pagado por concepto de alimentos en la misma vía, tal como señala el CONA en su artículo 127 refiriéndose a las pensiones alimenticias: [...] Tampoco admite reembolso de lo pagado; ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago (C.O.N.A, Art.127), pero ya la razón es obvia en este punto y es el principio de interés superior; Farith Simon sustenta esta idea diciendo:

“Por tanto si se paga por error, por ejemplo; cuando no existe prueba del estado civil, se demanda los alimentos sin esta prueba de la obligación y se la fija sin ella presunción, y posteriormente se determina que no existe ninguna relación de parentesco que sustente la obligación, el beneficiario no tiene que devolver lo recibido en esa materia” (Simon, 2009, pp.548-549)

Quizá para el lector este tema sea polémico y por momentos injusto para el presunto padre cuando ya deja de ser llamado como tal, el hecho es que como hemos visto una y otra vez a lo largo de esta tesis, las normas, instituciones y resoluciones de los jueces en temas de familia y específicamente de niñez y adolescencia deben estar orientadas a proteger al menor de edad, tal como como se dejó establecido con el interés superior del niño contenido en la Constitución.

Otra visión doctrinaria concuerda con lo dicho y sostienen que:

“Cuando se haya fijado aún pensión alimenticia provisional y posteriormente se lo deje sin efecto aún por orden judicial o

voluntariamente, el alimentado no está obligado de devolver el dinero recibido por este concepto. Es decir, no está permitido ni cobro por parte del alimentante ni pago de lo recibido por el alimentado” (Albán, García, & Guerra, 2003, pág. 150)

Respecto del artículo 127 del CONA, F. Simon dice:

“La regla para estar destinada a proteger a aquellas personas que no saben con certeza quien es el progenitor de beneficiario del derecho de alimentos, ante la duda y el temor de equivocarse en la demanda, se da un “blindaje”, pero existe una excepción a la regla citada: cuando ha existido dolo para obtener los alimentos”

Dejando como única posibilidad al demandado a acogerse a la opción del artículo 356 del CC que señala: “En caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en el dolo” (C.C, Art.356)

El CC define al dolo como “la intención positiva de causar daño” (C.C, Art.29.5), en este sentido probar dolo en un juicio de alimentos con presunción de paternidad, es casi imposible, porque pertenece a una esfera tan íntima y ausente de testigos en la que pesa la palabra de actor vs demandado, salvo que se puedan probar casos como el que por encontrarse fuera del país o en distintos sitios, ninguno de los actores haya tenido la posibilidad de mantener relaciones sexuales

En estos casos, debería demandarse daños y perjuicios, ante un juez de lo civil en la vía ordinaria, sería un juicio largo que quizá sea mejor no seguirlo para ahorrar el dinero, tiempo y desgaste y si al parecer esa sería una injusticia al presunto padre, pero la justificación es digna de respetar y comprensible.

En palabras del ex juez del Juzgado Décimo Quinto de la Niñez y Adolescencia y Unidad Judicial Cuarta del Cantón Pichincha el Abogado Raúl Naranjo señala que, “el entrenamiento que se imparte a los administradores de justicia no es

suficiente y la visión legislativa carece de buen juicio al momento de redactar las leyes, ya que están formuladas por personas que desconocen los factores fundamentalmente influyentes en la sociedad, los cuales son el objeto y el principio normativo de toda ley, además de desconocimientos básicos de economía y derecho no son precisamente procesalistas que conjeturan la ley con la realidad social". Naranjo. R (Comunicación personal, 21 de septiembre, 2014), problema que como bien dice Naranjo es por falta de criterio.

De manera conclusiva, veremos la necesidad de crear un procedimiento expedito y si este es viable en otra vía que no sea la ordinaria.

4.3.2. Procedimiento

"Cuatro características corresponden al juez: escuchar de manera cortés, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente" (Sócrates, 440 a.d.c)

Se ha citado la frase de Sócrates ya que al ser éste el último capítulo de la tesis es preciso mencionar los valores éticos y morales bajo los cuales nos regimos como sociedad occidental y también cité esta frase ya que en la Casa de Justicia de Quito antes de ingresar a sus instalaciones se encuentran también esta frase categórica.

Pues bien, cuando nos referimos a un procedimiento expedito, estamos hablando de un proceso rápido de corta duración, que sea efectivo y eficaz para poder resolver casos que por su premura demandan prontitud en sus diligencias.

La duda principal que se encuentra enmarcada en nuestro objetivo de tesis es, saber si era o no viable realizar un procedimiento expedito para la devolución de lo pagado por concepto de alimentos de manera injustificada, por decirlo en cortas palabras.

Hemos establecido que las obligaciones civiles y de familia no corresponden a un mismo género ya que en el uno nace de un contrato, mientras que las

obligaciones alimentarias en familia nacen con el recién nacido o niño, es decir es interseca para él.

Atendiendo a la definición estipulada en las Institutas de Justiniano podemos señalar, en su sentido más simple, que "La obligación es un lazo de derecho por el cual una persona es compelida a hacer o no alguna cosa a favor de otra".

Es por eso que hemos establecido la posibilidad que se la formule en la misma vía sumaria, antes el mismo juez no es posible, pero indudablemente es importante formular un proceso mediante el cual, quien fue afectado sea restituido en la parte económica al menos de manera rápida y eficaz.

Dentro del proceso de impugnación a la paternidad se ha dejado claro que para exigir la devolución de lo pagado injustificadamente, hay que recurrir a una instancia procesal distinta como manda el artículo 351 del CC, lo cual evidencia un problema para quien fue demandado, no obstante la razón que justifica dicha acción es 100% válida a criterio de varios autores tales como; Simon y Villamayor.

Como se explicó el problema consiste en tener que acudir a la vía ordinaria frente a un juez de lo civil para pedir los daños y perjuicios o su indemnización los cuales fueron causados en una vía y ante un juez distinto.

El COGEP nos refiere sobre la diferencia entre un juicio ordinario y un juicio especial o sumario, más allá del tiempo que demanda cada uno, veremos si es loable o no plantear la vía sumaria para la devolución y finalmente, se hará la propuesta un proceso que demande menos tiempo.

Empezaremos por referirnos a los tiempos que tendrá cada uno, en cuanto a la calificación y contestación de la demanda.

En la vía ordinaria el COGEP señala que

[...] La o el demandado tendrá treinta días para presentar su contestación a la demanda. Este término se contará desde que se

practicó la última citación, cuando las o los demandados son varios. Si al contestarla, se reconviene al actor, la o el juzgador en los tres días siguientes notificará y concederá a la o al actor el término de treinta días para contestarla (C.O.G.E.P, Art.291)

Iremos entonces ya estableciendo diferencias claras, la vía ordinaria si fuera el caso del padre que acude a demandar, tendría que esperar 30 días término que en días normales son 43 o 6 semanas, solo para contestar la demanda, mientras que el proceso sumario dice que: “Para contestar la demanda y la reconvenición se tendrá un término de quince días *a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días*” (C.O.G.E.P, Art.333.3).

Es decir que, si el proceso de reclamo u obtención dolosa de alimentos se lo tramitaría por la vía sumaria, se tendría que esperar a penas 14 días plazo o dos semanas que representa los diez días término.

A primera impresión lo recomendable es o sería que el proceso tenga un tiempo corto ya que cuando un derecho está reconocido es imperativo que simplemente se accione el poder judicial ratificándolo.

En ambos casos la manera de citación no varía, lo único que precisaremos es que tendrán que hacerlo según lo establecido en el COGEP, ya sea por boletas, por medios escritos públicos/ medios de comunicación.

La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador [...] (C.O.G.E.P, Art.53).

A pesar del avance de la tecnología no es válida la citación que se haga por correo electrónico sin embargo el COGEP ha señalado que:

[...] Si la o el actor ha proporcionado la dirección de correo electrónico de la o del demandado, la o el juzgador ordenará también que se le haga conocer a la o al demandado, por correo electrónico, el extracto de la demanda y del auto inicial, de lo cual, se dejará constancia en el sistema. Esto no sustituye a la citación oficial (C.O.G.E.P, Art.53).

Lo que se ha incluido como novedoso en la citación es que antiguamente en el Código de Procedimiento Civil ya derogado, se podía citar al demandado por cualquier medio de comunicación, el cual era usado como un método de engaño ya que lo que se hacía era citar al demandado por la prensa sin el que se dé por enterado y proceda a tomárselo en rebeldía por no contestar la demanda, esta facultad finalmente ha quedado superada con la inclusión del texto siguiente en el COGEP:

[...] La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor.

Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado.

La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición. De admitirla, deberá motivar su decisión [...] (C.O.G.E.P, Art.56)

Es decir que, para que proceda dicha citación se deberá tener requisitos que confirmen que el paradero del demandado no es posible tenerlo y no como antes que bastaba la mera palabra para proceder a la citación.

Ahora bien, si en un supuesto caso el que era padre legítimo o presunto padre, demanda a la madre por este medio de citación, los días para la contestación de la demanda se extienden, ya que al tenor del artículo 56 del COGEP tendrá 20 días para que la citación se conozca y se difunda y posteriormente 20 días para que conteste, lo que nos deja un total de 50 días en la vía ordinaria y 30 días en la vía sumaria, “Transcurridos veinte días desde la última publicación o transmisión del mensaje radial comenzará el término para contestar la demanda” (C.O.G.E.P, Art.56) .

Con lo dicho, podemos establecer que solo para contestar la demanda, en un supuesto poco probable que todo se cumpla al pie de la letra el demandante debería esperar por lo menos en la vía ordinaria 2 meses y en la vía sumaria apenas un mes.

Pues bien, sin lugar a dudas hasta este momento se ha desarrollado la diferencia en cuanto a tiempo para la contestación de la demanda, en la vía ordinaria y la vía sumaria, la cual nos deja un saldo de casi un mes de diferencia o 30 días para la contestación.

A partir de este punto veremos adicional al tiempo para contestar la demanda, cuántos días se tendrá para la práctica de pruebas y audiencia que se llevarán a cabo.

En materia de niñez y adolescencia de manera ágil sólo existirá una audiencia, llamada audiencia única, donde se presentarán pruebas, se valorarán y se tomará una decisión:

Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el

término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación (C.O.G.E.P, Art.333)

Vamos a dividir en 2 puntos al trámite sumario y estableceremos los tiempos que demoraría para llegar a la audiencia única

1. Citación personal
2. Citación por medios de comunicación

El primer caso si la citación se hace con un proceso normal demoraría entre 20 a 30 días para llegar a la audiencia única, por los tiempos que el mismo código establece.

Para el segundo caso hemos dicho que se demoraría aproximadamente unos 30 días termino en contestar la demanda sumado los 20 días que da como máximo desde la citación nos quedaría un saldo de 50 días término, que son aproximadamente 2 meses y medio en plazo, lo que significa que en el supuesto que se alargue lo más que da la ley se demorarían dos meses en tener una respuesta para la audiencia lo cual significaría un tiempo similar al que demoraría la vía ordinaria sólo en contestar la demanda y si fuera citado por prensa el mismo tiempo.

Por otro lado, el trámite ordinario tiene 2 etapas:

1. Audiencia preliminar (C.O.G.E.P, Art.292)
2. Audiencia de juicio (C.O.G.E.P, Art.297)

Para la audiencia preliminar se tendrá que sumar a más de los 30 o 50 días término para la contestación un tiempo de 20 días más para la audiencia preliminar, dejándonos un saldo de 70 días para llegar a una audiencia preliminar:

Convocatoria. Con la contestación o sin ella, en el término de tres días posteriores al vencimiento de los términos previstos en el artículo anterior, la o el juzgador convocará a la audiencia preliminar, la que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días. (C.O.G.E.P, Art.292)

Es decir que, el demandado tendría que esperar en meses unos 4 o 5, sólo para llegar a la audiencia preliminar, a todo esto, descartando los honorarios del o de los Abogado/s que representaría hasta ese momento una cuantía extra a lo que ya pudo haber pagado cuando presto a alimentos.

Pero bien llegados a la audiencia preliminar, recién será en este momento donde las pruebas se anuncien, las cuales serán verificadas o practicadas el día de la audiencia final, “Anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio. Formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte” (C.O.G.E.P, Art.95.A).

Lo que nos deja un tiempo más a los 70 ya incluidos solo para llegar a la audiencia.

Existe la posibilidad que las pruebas no se practiquen el mismo día de la audiencia y para eso la ley estipula: “Para el caso de las pruebas que deban practicarse antes de la audiencia de juicio, la o el juzgador, conjuntamente con las partes, harán los señalamientos correspondientes con el objeto de planificar la marcha del proceso” (C.O.G.E.P, Art.294.e).

Ahora bien, puede que en la audiencia preliminar las partes aleguen excepciones de cualquier índole, según el COGEP estas excepciones deberían ser resueltas en la misma audiencia preliminar, pero sucede que cuando estás excepciones son fundamentas el juez deberá proceder según las reglas del 295 del cuerpo legal previamente citado...

2. Si se acepta la excepción de defecto en la forma de proponer la demanda, la parte actora subsanará los defectos dentro del término de seis días, otorgando a la parte demandada el término de diez días para completar o reemplazar su contestación y anunciar prueba, atendiendo las aclaraciones o precisiones formuladas. De no hacerlo se tendrá la demanda o la reconvención por no presentada.

3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litis consorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes (C.O.G.E.P, Art, 295.2.3)

Es decir que, si en la audiencia preliminar se excepciona la parte de demanda con el argumento sólido de una formulación insustentable en su demanda, a este tiempo de 70 días previamente mencionado, también habría que sumarle un término de seis días según la regla segunda del 295, es decir se tendría que fijar 76 días para volver a llegar a la audiencia preliminar, cosas que en materia de familia no sucede.

Recapitulando y para introducirnos a la audiencia de juicio tenemos entonces que hasta el momento para llegar a esta instancia requerimos de 56 o 76 días término para llegar a este punto, siendo que los 56 días se cuenta si la citación ha sido personal o por boletas y los 76 en el caso de que se lo hubiera hecho por la prensa o cualquier medio de comunicación.

Posteriores a los 56 o 76, el juez hará la convocatoria para la audiencia de juicio misma que será: "Audiencia de juicio, La audiencia de juicio se realizará en el término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar, conforme con las siguientes reglas [...]" (C.O.G.E.P, Art.297)

Es decir que, a los 56 o 76 días debemos sumarles 30 más para llegar a lo que finalmente viene siendo el meollo del asunto, el cual es la audiencia de juicio,

pero en resumidas cuentas si fuera 56 más 30 días término, darían un total de 86 días y si fuera el caso segundo serían 106 días término lo que significaría un tiempo real de 6 a 7 meses, claro en el supuesto nuevamente de que todo se cumpliera cabalmente.

Ya que se ha presentado todo en el orden de las reglas del 297 y suponiendo que se cumplió fielmente todo, el proceso debería tener una sentencia en el lapso de tiempo de 8 meses, ya que el juez tiene un término para resolver.

Sin olvidar que a pesar de que exista una sentencia, la misma podrá ser apelada para llevar ante una corte provincial para que se revea el caso.

“Recurso de Apelación. La admisión por la o el juzgador del recurso de apelación oportunamente interpuesto da inicio a la segunda instancia.

El procedimiento en segunda instancia, cuando se ha apelado de la sentencia, será el previsto en este Código” (C.O.G.E.P, Art.298).

Es decir, para analizar la primera instancia únicamente, se precisará de al menos 8 meses para llegar a una sentencia, que bien puede ser apelada es decir que la vía ordinaria para el demandante le exigiría de por lo menos unos 1500 dólares en costas procesales.

En la práctica el proceso ordinario es un trámite engorroso además de lento que demanda tiempo y dinero a las partes procesales, que como dijimos sería recomendable no hacerlo en ciertos casos.

Resulta incomprensible que para reclamar un derecho que ha sido ya ratificado con sentencia de un juez se deba acudir a una instancia procesal distinta para hacer efectivo ese derecho, poniendo en una situación de desigualdad al padre frente a la madre por su evidente enredo para reclamar su indemnización.

Otro punto sensible es el patrocinio del abogado, ya que en la vía especial para la madre que demanda en calidad de representante de su hijo o mujer embarazada no es necesaria la concurrencia de un abogado para el reclamo de

los alimentos mientras que en la vía ordinaria el demandado obligatoriamente debe comparecer con la representación de un abogado.

4.4. Propuesta

4.4.1. Indemnización

Para poder establecer una relación de reclamo, es necesario que el ADN sea practicado, con el fin de tener certeza de la paternidad o el descarte.

Bajo esa verdad irrefutable, lo necesario es buscar una manera para que la devolución sea viable, ya que nace de un mandato de ley, que inclusive se encuentra contenido en la Constitución (la petición de alimentos prenatales), sería difícil viabilizar bajo la figura de del pago de lo no debido, por cuanto el pago tiene un soporte jerárquico real, que no permite orientar a la devolución por ese lado.

Sin embargo, una indemnización si sería factible, de hecho, la ley, específicamente el Código Civil, otorga la posibilidad de indemnizar al cónyuge (marido), cuando se ha demostrado mediante sentencia judicial, que no era padre de quien era su hijo hasta ese momento.

“Durante el juicio se presumirá que el hijo lo es del marido, y será mantenido y tratado como tal. Pero una vez que se declare judicialmente que el marido no es el padre, *tendrá derecho el marido y cualquier otro reclamante a que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida paternidad les haya causado*” (C.C. Art.242).

Evidentemente, se entiende que esto sucede en el juicio de impugnación de paternidad, sin embargo, los perjuicios pueden ser pecuniarios o personales, no obstante, para nuestro caso, nos enfocaremos únicamente en el primero, el dinero erogado para la prestación de alimentos.

Resulta inefable, que exista un proceso que indemnice al cónyuge, cuando se descarta su paternidad, pero no se lo haga cuando el presunto progenitor pasa por la misma situación, aun cuando las obligaciones que prestan ambos (padre

y presunto padre) son similares, es decir que sus obligaciones se aparejan, sin embargo, sus derechos no.

Se ha dejado claro también, que no es posible reclamar la devolución del pago de alimentos al beneficiado, por todas las enumeradas situaciones expuestas, pero lo que se trata de hacer, es indemnizar al presunto progenitor, de manera que su patrimonio no sea afectado a través del paso del tiempo.

Respecto de la obligación, ya hemos señalado las Institutas de Justiniano para definirla con anterioridad la obligación, sin embargo, la traemos una vez más a colación, para que el lector refresque su memoria, Horacio Guillén (2008) "La obligación es el vínculo jurídico que nos constriñe a pagar algo de acuerdo al derecho civil" (p.2).

De lo citado, la obligación de pago es meramente del presunto padre, debido a que nace de un mandato de ley, es decir se obliga a éste a prestar los alimentos, mediante resolución judicial.

Por lo tanto, para extinguir la obligación del pago de alimentos, es preciso que exista una sentencia que, cese o extinga el reclamo de alimentos, apegado a la forma de extinguir las obligaciones de acuerdo al Código Civil en su artículo 1583.3.

Por lo tanto, es totalmente lógico reclamar la indemnización, cuando la obligación ha desaparecido y que se lo haga mediante un proceso sumario y no ordinario, la razón es evidente, la celeridad en el proceso, ya que, si algo es cierto, fue que, quien se señaló como padre no lo fue, y como también se ha dicho, la prueba de ADN es suficiente para demostrar o negar el hecho.

Al señalar, al proceso sumario como el idóneo, se lo hace atendiendo a la lógica que dio en principio lugar a la obligación y por supuesto, en derecho las cosas se deshacen, de la manera que se hacen, entonces, si la obligación nace en familia y ante un juzgado de familia, lo racional es que, si se genera algún perjuicio, la vía para ser indemnizados sea esa, la sumaria, para evitar dilatar un

procedimiento que ya nace con prueba, y que no necesita probar el derecho, sino que se lo reconozca.

4.4.2. Alternativa al proceso ordinario

Para evitar ese trámite largo, se propone la creación de un procedimiento expedito, es decir un procedimiento ágil y rápido.

Toda vez que, hemos analizado los días que se demoraría, en relación al tiempo, haremos una consideración final para saber si enmarca o no la creación de un procedimiento para la devolución de lo pagado injustificadamente.

Este procedimiento estaría además de conveniente para las partes involucradas, también cumpliría con los principios rectores del Código de Niñez y Adolescencia, ya que la propuesta es facultar al juez de Niñez y Adolescencia a resolver sobre la indemnización a que hubiera lugar, no en la misma instancia, pero si en un proceso igual de ágil para asegurar que quien fue afectado sea igualmente reivindicado.

Dentro del proceso se puede plantear la posibilidad proponer un acuerdo de pagos mediante el cual la madre pueda devolver todo lo que percibió de manera tal que no afecte al derecho de su hijo o hija y se restituya la afectación provocada al demandado.

Juicio Sumario:

Para Manuel Ossorio, es aquel en que, por la simplicidad de las cuestiones a resolver o por la urgencia de resolverlas, se abrevian los trámites y los plazos.

Para Eduardo Couture, es el juicio extraordinario de trámite abreviado con la relación al ordinario, que, por oposición al ejecutivo, no tiene por objeto el cobro de suma de dinero líquida y exigible. (Guasp y Alonso, como se citó en Derecho procesal civil, 1968, p.244)

De la última definición vemos que dice que un proceso sumario no tiene por objeto el cobro de una suma de dinero líquida y exigible, pero vemos que el alimento tiene como finalidad el cobro de un dinero, lo cual nos invita a reflexionar sobre la posibilidad de crear un proceso similar al sumario para que quien fue afectado pueda ser restituido de manera integral, y que aquellos rubros estén sujetos a no dañar al menor de edad, ni a su patrimonio, ni a sus intereses.

Diremos que la creación de un proceso si es necesaria y que por el contrario la necesidad de crear un proceso es urgente, ya que no se trata del cobro de un dinero, se trata de la restitución de lo que fue pagado en su debido momento con argumento, pero que dejó de tenerlo con posterioridad.

Al igual que la situación del padre frente a su deuda parental, propondremos que en la medida de lo posible lo que se restituya sea únicamente el dinero que se ha dado por conceptos de alimentos obtenidos por causa del error, ya que si existiera el caso de que hubieran personas involucradas en este caso, el presunto padre sería afectado de manera personal y esta restitución sería imposible cuantificar, ya que podrá en el proceso, perder una familia si la tuviera o un compromiso, es decir no podemos escatimar las posibilidades que existen, en el afán de buscar un padre a quien no lo tiene y por esta desesperación hacer que personas, no en todos los casos claro, pierdan lo que ya tienen, es por eso que a pesar de esta posibilidad, únicamente es nuestro interés es, que la madre, devuelva el dinero que fue obtenido de manera ilegítima, cuando ya existan elementos suficientes y que lo haga mediante acuerdo de pago, que ya se propuso con anterioridad.

Finalmente, de esta manera se evitarían el trámite ordinario y lo podrían hacer vía especial o sumaria y en un lapso de tiempo menor al que demanda la otra vía y se sujetarían a los principios de celeridad y economía procesal para el padre.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

Con lo establecido con base en la doctrina, las distintas resoluciones, fallos, observaciones de la corte, puedo establecer un criterio con imparcialidad mismo que lleva a concluir

En efecto es necesario modificar el Código de la Niñez y Adolescencia, para poder incluir dentro de este cuerpo legal, la indemnización al padre, toda vez que su paternidad haya sido descartada con la prueba de ADN, con esto se garantizará celeridad en el proceso.

La presente tesis tuvo un solo objetivo, el cual consistió en demostrar si la acción para reclamar lo pagado injustificadamente por concepto de alimentos tenía una razón fundada para hacerla por vía ordinaria y no por la misma vía sumaria ante el mismo juez que conoció la causa.

Para probar lo dicho mencionamos lo que era la filiación, vimos los procesos por los cuales pudo haber nacido el presunto padre, construimos un enfoque orientado a explicar la razón de la protección a los menores de edad, analizamos puntos de vista de varios autores y sobre todo respondimos a la pregunta de manera categórica.

Toda la tesis giro en torno al interés superior, explicamos detalladamente la función que cumple y la justificación para poner en prioridad el derecho de los niños/as y adolescentes frente al de otros.

El interés superior sin duda es un concepto que todavía no está conceptualizado en su totalidad, en la tesis pudimos poner a vista del lector que a pesar de que este derecho busca la protección y el desarrollo integral de los niños/as y adolescentes, la aplicación de los jueces está enmarcada con lineamientos para su total desarrollo, sin tener que vulnerar el derecho de nadie.

También pudimos concluir que, si es necesario crear un procedimiento aparejado para la devolución de los alimentos cuando estos fueron obtenidos

dolosamente o por error, debido a que uno de los intereses del Estado es velar por la justicia y la igualdad, proponiendo procedimientos que optimicen a alcanzar dichos ideales.

Con esto pudimos concluir que puede existir devolución de alimentos a quien fue señalado como presunto padre en la misma vía de cobro de pensiones alimenticias, y por lo tanto es el juez de familia de este caso particular quien debe resolver el trámite de devolución.

5.2 Recomendaciones

Mi primera recomendación es dar más prioridad a los padres, es decir a los hombres, ya que si bien la discriminación positiva, reivindica a grupos históricamente segregados, en cuestiones de familia, no se puede hacer una comparación estricta, ya que los casos son particulares y no generales.

Mi segunda recomendación es ser más cautos al legislar y crear leyes, ya que como hemos visto a lo larga de la tesis, los derechos de varios niños/as y adolescentes fueron afectados al no tomar en cuenta que al vulnerar el derecho de un presunto padre, podrían estar vulnerando el derecho de otra familia, en donde pueden existir niños/as y adolescentes, que podrían percibir menos alimentos, inestabilidad emocional e inclusive podrían afectar a un matrimonio o vínculo legal ya establecido por la hipótesis de ser un “presunto padre”.

Tercera recomendación, es la idea de ganar identidad jurídica, la cual se vea reflejada en el espíritu de la ley, misma que deje de ser tan parcializada y empiece a tomar medidas de mayor postura, representando a ambos géneros sexuales por igual, es por eso que sin temor a equivocarme - siento que la ley en temas de niñez y adolescencia debe tomar otra postura, a la altura de la época.

Cuarta recomendación, siento que es urgente otorgar a los jueces directrices, como ya señalé en mi tesis, un juez de niñez y adolescencia, dijo que la falta de capacitación es un problema en el aparato judicial y también como F.Simon dijo, la carencia de técnica legislativa, hace que los abogados y administradores de justicia no sepan a qué atenerse, es por eso que, si es necesario implementar una orientación para que los jueces en lo venidero puedan estructurar sus resoluciones y de esta manera las personas involucradas, en la medida de lo posible no se vean afectadas por una falta notoria y obvia de cómo aplicar la ley, para que con estos antecedente se puedan ir creando jurisprudencia que más adelante sirva para aplicar la ley de manera práctica y eficiente.

Mi recomendación final es capacitar a los jueces, para que sepan cómo ponderar, con la creación de directrices que guíen sus motivaciones en las sentencias y no sea un discurso, sino palabras constructivas de ejemplo judicial para todas las autoridades de administración de justicia, creando argumentación jurídica importante, como modelo de todas las resoluciones, sentencias

Referencias

- Carlos, L. (2013). *Compendio de Derecho de familia*. Madrid : Safekat.
- Castrillon, C. O. (2002). Igualdad, género y medidas de acción-Discriminación positiva en la política social comunitaria. *Revista de derecho comunitario*.
- Cillero, M. (1994). Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile en Pilotti, Francisco (ed.), *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo.
- Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (2009) Publicado en el Suplemento del Registro Oficial. -643 de julio-28-09.
- Código Civil ecuatoriano (2015) Oficio No. 0110-CLC-CN-05 Quito, 19 de junio del 2015 y Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2012). Actualizado a 22 de mayo del 2015 y Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015.
- Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Convención de los derechos del niño. (1990).
- Corte Constitucional, Sentencia interpretativa N. °0088-2006-HC, 26 de enero 2007, Registro Oficial No. 13 de 1 de febrero de 2007
- Corte Constitucional España. Sentencia Interpretativa 116/1999, 20 de junio de 1999. Registro Oficial 181, Suplemento, de 28 de junio del 2016.
- Corte Nacional de Justicia. Sala especializada de la familia, niñez y adolescencia. Recurso de Casación 144-2012. Resolución 144-2012, 28 mayo 2012
- Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de Familia, Niñez y Adolescencia. *Recurso de Casación* No. 004-2012. *Resolución* No. 0042012, 30 de enero de 2012.
- Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de la Familia, mujer, niñez y adolescencia. Resolución 346-2014, 02 de octubre de 2014.
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Recurso de Casación No. 574-2012. Resolución No. 319 de 01 de agosto de 2012.

- Corte Suprema de Justicia. Sala especializada de lo Civil y Mercantil.
Resolución 343-2000, 15 de noviembre del 2006.
- Corte I.D.H. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párrs. 145, 177.
- Echandía Devis, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal, Tomo II: Pruebas*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dilce.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (1946)
- García, A., y Guerra, A. (2010). Derecho de la Niñez y Adolescencia. Quito: Cámara Ecuatoriana del libro – Núcleo de Pichincha
- Guasp, J., y Alonso, A. (1968). Derecho procesal civil. (Instituto de estudios políticos.)
- Guillen, J. (1977). La Crisis de la republica romana vista desde américa latina. Salamnca: sígueme
- Habermas, J. (1998). Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso. Madrid: Trotta
- Holguín, J. L. (1968). *Compendio del derecho civil Ecuador*. Quito.
- Holguín, L. (2008). Manual elemental de derecho civil del Ecuador: *Derecho de familia*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Horacio, G. (2008). *Obligaciones Manual*. Buenos Aires: B&F
- Hugo, A. (1957). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires : Ediar .
- Iglesias, J. (2002). *Derecho Romano*. Bacelona: Ariel S.A.
- Ilisástigui. (2017). De la filiación y sus efectos. *Ilisástigui Abogados*.
- José, L. (2013). *Elementos de derecho civil II derecho de obligaciones*. Madrid: Cevallos.
- La Torre, M. (2010). Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, publicado en La argumentación y los derechos fundamentales Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- Ley de Modernización del Estado. Registro Oficial 349 de 31 de diciembre 1993

- Ley Orgánica de Gestión de la identidad y Datos Civiles, Registro Oficial Suplemento 684, de 04 de febrero de 2016. Última reforma 05 de junio de 2016.
- Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Fabiola, Figuero Giovanni. (1998). *Instituto de Investigaciones, nuevo diccionario jurídico*. México: Porrúa.
- Muñoz, F. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid : Cevallos.
- Osorio, M. (2006). Ciencias jurídicas. Políticas y Sociales. Buenos Aires: Heliasta.
- Pabón, J. (2011). Derecho Civil, Derecho de familia (3.^a ed.). Bogotá: Universidad del Rosario
- Petit, E. (1993). *Tratado elemental de Derecho Romano*. México: Cardenas Editor y Distribuidor.
- Resolución No. 83-99, publicada en el R.O. 159 de 29 d marzo de 1999
- Rospigliosi, E. V. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Lima: Fondo editorial de cultura .
- Sánchez Esther e Jaramillo Isabel. (2009). *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito: V&M Gráficas.
- Segunda sala del tribunal Constitucional. Publicado en el Suplemento de Registro Oficial No.11 de martes 30 de enero del 2007.
- Simon, F. (2009). Derechos de la niñez y adolescencia: *De la convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Quito: Cevallos
- Simon, F. (2012). Familia, filiación y discriminación. *La hora nacional*. Sección opinión. Párr.2
- Simon, F (2013). Interés superior del menor: *técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Recuperado el 22 de noviembre de 2015 de http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%C3%B3n_Campa%C3%B1a_Farith_Tesis.pdf
- Villamayor, F. (2005). Protección Jurídica del Derecho a la Identidad en la Adopción: incidencia de la Convención de los Derechos del Niño. Ponencia distinguida en el Concurso de Ponencias de Alumnos de las " XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil" en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani. Buenos Aires. Recuperado el 26 de Octubre de 2015 de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/proteccion-juridicadel-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-delos-derechos-del-nino.pdf>

Vodanovic, A. (1987). Derecho de Alimentos. Santiago de Chile: Ediar-Conosur

Yapur de Cheli Maria, Ceriani Patricia, Sierra Andrés. (2004). *Prueba de ADN Genoma Humano*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Zannoni Eduardo, Bossert Gustavo. (2014). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires-Bogotá: Astrea.

Zannoni, E. (1981). Tratado de derecho de familia. Buenos Aires: Astrea

ANEXOS