



REPÚBLICA DEL ECUADOR

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TITULO: “ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD SIN HABERSE REALIZADO LA PRUEBA DE ADN”.

**Trabajo de Investigación
previo a la obtención del
Título de Abogado de los
Tribunales de Justicia de
la República.**

AUTOR: LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE

Número de cédula: 0604578880

TUTOR: DR. LUIS ERNESTO QUINDE QUIZHPI. MGS

AÑO: 2020

ÍNDICE

Dedicatoria.....	vi
Agradecimiento.....	vii
RESUMEN.....	viii
Palabras claves.....	viii
ABSTRACT.....	ix
Keywords:.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I.....	12
1.1 DECLARATORIA DE PATERNIDAD.....	12
1.1.1 Evolución histórica.....	12
1.1.2 Concepto de la declaración de paternidad.....	15
1.1.3 Concepto de paternidad.....	16
1.1.4 Concepto de presunción de paternidad.....	17
1.1.5 Declaración judicial sobre el vínculo paterno-filial.....	17
1.1.6 Importancia de la declaración judicial de la paternidad.....	18
1.2 La Filiación.....	19
1.2.1 Etimología.....	19
1.2.2 Conceptos.....	20
1.2.3 Antecedentes históricos de la filiación.....	21
1.2.4 Filiación como vínculo.....	24
1.2.5 Importancia de la Filiación.....	25
1.2.6 Clases de la filiación.....	27
1.2.7 Características de la filiación según Varsi.....	28
1.3 (ADN) EXAMEN COMPARATIVO DE LOS PATRONES DE BANDAS O SECUENCIAS DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO.....	30
1.3.1 Definiciones.....	30
1.3.2 Origen de la Prueba de ADN.....	31
1.3.3 La prueba de ADN.....	32
1.3.4 La Prueba de ADN en el Ecuador.....	33
1.3.5 Procedimiento de la prueba de ADN.....	35

1.3.6	Examen de ADN y la Ley.....	36
1.3.7	La prueba de AND como valor probatorio	38
1.3.8	Negativa para realizarse el examen de ADN	39
1.4	Juicio de paternidad	42
1.5	Principio del interés superior del niño	43
1.5.1	Funciones del principio del interés superior en el esquema de la Convención de los Derechos del Niño	46
1.6	Derecho a la identidad.....	47
1.6.1	Jurisprudencia sobre el Derecho a la Identidad	50
1.6.2	Derecho a la identidad genética	51
1.6.3	Características del derecho a la identidad	52
CAPÍTULO II.....		53
2.1	Marco Situacional.....	53
2.2	Derecho Comparado.....	53
2.2.1	En México	53
2.2.3	En Colombia.....	54
2.2.4	El derecho a la Identidad en Ecuador	55
CAPÍTULO III.....		58
3.1	PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA	58
CONCLUSIÓN		60
BIBLIOGRAFÍA		62

ACEPTACIÓN DEL TUTOR

CERTIFICÓ

Que, el presente Trabajo de Investigación realizado por la señora LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE, de la carrera de Derecho Extensión La Troncal, ha sido orientado, corregido y revisado minuciosamente por lo que lo declaro APROBADO.

En calidad de tutor de grado, doy fe que dicho trabajo reúne todos los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a presentación pública y evaluación por parte del jurado examinador que se designe, dando mi aprobación respectiva para que la señora LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE, pueda optar por el título de Abogado.

La Troncal, 03 de febrero de 2020

Dr. LUIS ERNESTO QUINDE QUIZHPI. Mgs

DOCENTE TUTOR

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE, declaro bajo juramento que, las ideas, conceptos, procedimientos y resultados del trabajo aquí descrito son de mi autoría, que no han sido previamente procesados para ningún grado ni calificación profesional y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA EXTENSIÓN LA TRONCAL, según lo establecido por la ley de propiedad intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

Sra. LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE

AUTOR

Dedicatoria

El presente trabajo lo dedico de manera especial a mi hija Stefany Ordoñez Peralta, quien es y ha sido mi motor de inspiración para superarme cada día y el principal pilar para la culminación de mis estudios, a mi esposo Omar Ordoñez, quien con su apoyo me ayudado a continuar para alcanzar mi propósito, a mis padres Miguel Peralta y Patricia Chinlle, por sus consejos y ayuda incondicional que siempre me han brindado en todos estos años de preparación académica, a mis hermanas Mayra y Jenny, quienes siempre me alientan para superarme, a mis abuelitos Gonzalo y Manuela, quienes con sus consejos me han ayudado a continuar en mi formación, a mi suegra Elizabeth Herrera, quien desde el inicio de mis estudios universitarios me ha prestado su ayuda desinteresada y a toda mi familia quienes han sido un aporte muy importante a lo largo de mi vida.

Agradecimiento

A Dios, por bendecirme cada día y darme la oportunidad de ir alcanzado mis metas, a mi Director de tesis Dr. LUIS ERNESTO QUINDE QUIZHPI. Mgs. por su ayuda, paciencia, predisposición, y conocimientos dados para guiarme en la culminación de este trabajo de investigación y al cual expreso mi gratitud por todas sus enseñanzas brindadas para avanzar con mi preparación académica, a los docentes de la Universidad Católica de Cuenca ext. San Pablo de la Troncal, por enseñarme a lo largo de mi preparación profesional.

RESUMEN

La presente investigación permite clarificar la importancia que tiene resolver los trámites de paternidad en base a una prueba que confirme la filiación biológica entre las personas inmersas en estos procesos, para ello se ha realizado una revisión bibliografía histórica de las evoluciones que ha dado el derecho respecto a la paternidad y como se han ido implantando diferentes métodos y leyes para que se pueda garantizar que se dé cumplimiento.

Dentro del trabajo investigativo se revisó normativas, tratados internacionales, jurisprudencia, donde se evidenció la relevancia de la prueba de ADN para probar la relación biológica entre los individuos por el grado de confiabilidad de la prueba.

Se aborda un análisis sobre la declaratoria de paternidad con presunción de paternidad, cuando el demandado por negarse a realizar el examen de ADN obstaculiza determinar el nexo biológico que corresponde entre el padre con su hijo, evitando garantizar el derecho a la identidad.

Se determina el significado e importancia que toda persona tiene de conocer su identidad, no en base a presunciones sino con pruebas científicas que determinen su lazo biológico de consanguinidad, entendiéndose que conocer la identidad biológica forma parte del desarrollo integral de una persona dentro de una sociedad.

Palabras claves: (Declaratoria, Paternidad, ADN, Identidad, Filiación)

ABSTRACT

This research study allows us to be clear about the importance of resolving paternity procedures based on a test that confirms the biological affiliation that may exist among people who are immersed in this kind of processes, for which a bibliography review of historical facts has been carried out of the different evolutions that the law has given regarding paternity and how over time different methods as well as laws have been implemented so that compliance can be guaranteed.

Within the investigative study, regulations, international treaties, jurisprudence are reviewed where the relevance of the DNA test to prove the biological relationship between individuals as evidenced by the degree of reliability that this test shows, as well as knowing the rights that should prevail. For this, an analysis is addressed on the declaration of paternity with a presumption of paternity when the defendant for refusing to carry out the DNA test makes it difficult to determine the biological link that corresponds between the father and his child, in this way guaranteeing the right to identity.

The meaning and importance that every person has of knowing their identity will be determined, not based on presumptions but on scientific tests that determine their biological relationship of consanguinity, understanding that knowing their biological identity is part of their integral development of a person within a society.

Keywords: Declaratory, Paternity, DNA, Identity, Filiation.

INTRODUCCIÓN

El establecer la identidad a la persona le permite acceder a la protección de un núcleo familiar, que es parte esencial para que el niño, niña y adolescente crezca en un ambiente de armonía, rodeado de amor; conocer su lazo biológico, evitando que en un futuro se generen daños emocionales en el menor, debido a que el niño crecerá conociendo de que la persona que él cree que es su padre después de un tiempo resulta que no lo es realmente, condición central desde la cual se enfoca el presente estudio y desde la que se pretende generar una propuesta que garantice que efectivamente el derecho a la identidad sea establecido en base a pruebas eficientes y seguras.

Para ello se proponen tres capítulos donde se aborda temas importantes y de realidad jurídica, así como los problemas que se presenta en los trámites sobre la declaratoria de paternidad cuando no se establece el nexo biológico a través de una prueba que confirme tal hecho.

En el capítulo primero consta el marco teórico, donde se aborda temas relevantes para la investigación como: la evolución histórica acerca de la declaratoria de paternidad, detallándose cómo surgió y los avances que se han ido dando sobre este tema, así también se implantó diferentes conceptos de paternidad, filiación, ADN, identidad mediante una revisión bibliográfica de varios autores.

Se jerarquiza en el desarrollo de este capítulo además la importancia de la declaratoria de paternidad y el vínculo que se establece a través de la misma, se revisa diferentes normativas legales vigentes de nuestro país, jurisprudencia donde varios magistrados dan su punto de vista sobre la importancia que tiene establecer la paternidad biológica en base a pruebas científicas que demuestren el parentesco consanguíneo y la relevancia que tiene para determinar y garantizar el derecho a la identidad.

En segundo capítulo se plantea el marco situacional, se detalla el tipo y métodos que se ha utilizado para la realización de la investigación y se efectúa un análisis de derecho comparado entre las legislaciones de nuestro país con normativas legales de México y Colombia.

Para el tercer capítulo se desarrolla una posible solución al problema detectado, proponiendo la necesidad que exista algún tipo de sanción ejemplarizadora para el demandado que no acuda a la realización de la prueba de ADN, considerándose que dentro de este trámite judicial se está asegurando no solo la situación económica del menor sino un derecho tan importante y que se encuentra consagrado en la Constitución del Ecuador como el de la identidad, teniendo en cuenta que deben prevalecer los derechos del menor de acuerdo al principio de interés superior del niño. Finalmente se exponen las conclusiones de la investigación.

CAPÍTULO I

1.1 DECLARATORIA DE PATERNIDAD

1.1.1 Evolución histórica

La determinación de la paternidad no se le atribuía a la humanidad en la tierra, es mas no se consideraba que el ser humano era responsable de la paternidad, para (Llamas, 2014) “lo atribuyó al tótem del grupo, al espíritu de los antepasados, o a la obra de los dioses, incluso lo relacionó con los astros o con fenómenos atmosféricos”.

Con el pasar del tiempo esta hipótesis fue descartada, de acuerdo a las investigaciones y estudios realizados por filósofos, pensadores griegos y romanos se pudo determinar que la paternidad se atribuía a la íntima unión entre la relación sexual de la pareja y fruto de esto se daba el nacimiento del hijo.

Considerando esta hipótesis se plantearon varias acepciones sobre la paternidad, en donde se dedujo, que el hombre que convivía con la mujer se lo consideraba que es el padre del hijo, a esta se le llegó a conocer como paternidad presuntiva, mientras que Ulpiano, indicaba que la paternidad era ligada directamente al hombre, por lo que se debía contabilizar el tiempo de gestación del menor a la fecha de su nacimiento; y otras simplemente alegaban que la paternidad se podía determinar de acuerdo al parecido físico que este tenía con su padre.

Por otro lado, los romanos consideraron que padre no era solo el biológico, sino que también padre es aquel que se le denominada como pater familias, es decir aquel que ejercía derechos, dominio, poder y obligaciones para los hijos que estaban reconocidos, también sobre mujeres o sus esclavos.

De igual manera el reconocimiento de la paternidad era voluntario y público, tenían una forma peculiar de realizar el reconocimiento de sus hijos, la madre del menor lo colocaba en el suelo a vista de su padre y si este alzaba al menor en sus manos se establecía que este es el padre del menor y que por lo tanto lo reconocía como hijo suyo, luego de realizar el reconocimiento se daba una celebración que era denominada “tollere liberum”.

Así mismo la determinación de la paternidad era una incertidumbre desde los tiempos precristianos así tenemos un ejemplo de esto cuando Cleopatra llevo a su hijo ante Julio Cesar atribuyéndole la paternidad del mismo, provocando con esto problemas políticos en Roma y que tuvo fin con el asesinato de Julio Cesar.

Desde esta época hasta aproximadamente en el año 1900 en que se estableció que el parecido físico era el único medio para poder determinar la paternidad y poder saber si era el padre biológico o no de dicho niño o niña. Se puede considerar que este era un método poco confiable para poder establecer dicha paternidad.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí que la determinación de la paternidad en aquellos tiempos no era de toda clara, pues las presunciones sobre la paternidad se encaminaban a sugerencias de cultos, tradiciones religiosas, todas estas sin juicios lógicos, peor aún estudios científicos, por lo que en base a esto se cometía injusticias para determinar la paternidad.

Hay que mencionar, además que el Derecho Romano, fue la base y origen de la creación del Derecho Civil latinoamericano y de nuestro Código Civil, donde establecen leyes que regulan la presunción de paternidad y de esta forma poder determinar la paternidad.

“Durante la época colonial y en los primeros años de la República

del Ecuador, rigió la legislación española. Finalmente, el 13 de abril de 1837, se dicta la primera ley sobre filiación ilegítima, inspirada en los principios individualistas del Código de Napoleón, que exigía que para que alguien sea declarado “hijo natural”, fuera expresamente reconocido por el padre o en su defecto probare que, al tiempo de la concepción, vivía la madre en la casa de aquel que se pretende sea el padre, y que fuese una sola casa” (Larrea H. J., 2008).

Por lo que se refiere que desde tiempos históricos ya se establecía la filiación y como medio de prueba para que este fuera reconocido como hijo se fundaba en dos preceptos: bien el padre del mismo lo reconociera como hijo suyo o en su efecto el que pretendía que la filiación fuera recocida debía demostrar que el presunto padre mantenía una relacionan marital con su madre, todo esto parece confirmar que existía un medio de prueba que demuestre la filiación entre padre e hijo.

En cuanto a la filiación, el en Ecuador, se podría considerar que parte de su origen tiene relación con el derecho español, la ley de Indias y la legislación nacional, que en el año 1822, para luego dictares el primer Código Civil en el año de 1857, el mismo que está inspirado en el proyecto primitivo del abogado Andrés Bello y en el Código de Napoleón, aprobado por Congreso Nacional del Ecuador en el año de 1855 entrando en vigencia el primero de enero de 1857, en este código se establecía normas que regulaban la filiación, paternidad y los efectos que se producían en el mismo.

“En la Constitución del Ecuador de 1929, se reconoce el Derecho a la Familia, consecuentemente se protege el matrimonio, familia, sin embargo, lo más importante de esta Constitución, fue el establecimiento del derecho de investigar la paternidad y se observa la necesidad de crear una ley que haga efectivo este derecho” (Larrea H. J., 2008).

En la constitución antes citada consta el principal propósito de los legisladores que tiene como matiz esencial establecer medios pertinentes para investigar la paternidad cuando no se haya determinado el vínculo filial biológico, además se crean normas que regulen los medios probatorios, es así que desde la expedición de esa Constitución se buscaba que la paternidad sea investigada para de este modo poder esclarecer la relación biológica que existiere entre las personas involucradas, esto es entre padres e hijos a efectos de tener filiación biológica.

Anteriormente existían muchas cuestiones en cuanto a la eficacia de las pruebas de paternidad para establecer la certeza biológica del presunto padre, hoy en día es someterse a una prueba científica ADN (Ácido Desoxirribonucleico), la cual es considerada como infalible y por ende precisa para la determinación de la paternidad, tema que abordaremos más adelante.

1.1.2 Concepto de la declaración de paternidad

Se considera que al determinar la declaratoria de paternidad se radica la derivación de los derechos que los padres toman de manera inmediata, por lo que al configurarse esta situación jurídica da origen al nacimiento de los derechos que tiene el padre con su hijo, para ello Azula indica que:

“La declaración de paternidad es aquella acción de tipo civilista y jurisdiccional, por medio de la cual, la autoridad judicial, deriva y otorga aquel conjunto de derechos de paternidad de forma absoluta y duradera”. (Azula, 2005)

De acuerdo al criterio dado por este autor se puede indicar, que cuando una persona no ha sido reconocida de forma voluntaria puede acudir ante una instancia judicial para solicitar que el Juez sea el encargado

de hacer que sus derechos sean reconocidos y declare la paternidad que le corresponde mediante un trámite a seguir.

Por tal razón al establecerse la paternidad, se otorgan los derechos que le asisten al menor los cuales son considerados de carácter absolutos porque existen por sí mismo y son autónomos de cualquier relación; duraderos porque son derechos que van a estar establecidos para toda su vida.

1.1.3 Concepto de paternidad

Se entiende la atribución de la paternidad según (Rivero, 1971) “como señorío o poder sobre el hijo, tanto o más que como lazo biológico, se funda en el poder sobre la madre, de la que el hijo es un fruto o algo accesorio: hay una especie de derecho de accesión”.

Mientras que para (Ossorio M. , 2012) paternidad indica “calidad de padre, es la procreación, relación parenteral que vincula al padre con el hijo y que puede ser legítima cuando está concebido en el matrimonio o ilegítimo cuando es concebido extramatrimonialmente”.

Se considera que la paternidad es otorgada por el fruto de la relación que el padre tenga con la madre del menor, entiéndese que para declarar la paternidad se debe considerar este aspecto importante que solo se deberá establecer la paternidad cuando se encuentre demostrado que efectivamente existe un vínculo biológico entre el padre con el menor.

Del criterio de estos autores, se entiende que existe evolución en cuanto a los derechos de cada persona, actualmente no se considera si un hijo es legítimo o ilegítimo en razón del principio de igualdad establecido en la norma suprema y convenios supranacionales.

1.1.4 Concepto de presunción de paternidad

La presunción de la paternidad implica que quien desempeña el rol de esposo por inherencia sería el padre de todos los niños concebidos bajo esta unión, es decir que el marido “es el padre de los hijos que su mujer dé a luz, ésta afirmación es lo normal, lo corriente y la ley presume lo ordinario y no lo extraordinario... supone el deber de fidelidad de la mujer hacia su marido”, esto según (Parra, 2017).

Se considera presunción de paternidad, porque de la relación marital que el hombre que tiene con la mujer va a procrear hijos, por tanto, al existir esta relación entre un hombre y una mujer se presumen que los hijos son producto de la relación de convivencia que tiene establecida la pareja.

Según (Palacio, 1973) afirma que “la presunción comporta, pues, un razonamiento que, partiendo de un hecho determinado (indicio), y de consentimiento con la experiencia referente al orden normal de las cosas, permite afirmar la existencia del hecho que se desea probar”.

Hablar de presunción de paternidad es cuando un hijo no ha sido reconocido legalmente por la persona que lo engendró, a pesar de existir herramientas técnicas científicas que permite establecer la relación biológica, es decir no se ha establecido la paternidad del mismo vulnerando el derecho de filiación que está garantizado en el ordenamiento constitucional vigente.

1.1.5 Declaración judicial sobre el vínculo paterno-filial

Es importante determinar la paternidad considerando el vínculo paterno filial, debido a que el menor pueda gozar de los derechos que se establece cuando se configura esta situación legal, teniendo en cuenta que solo al momento de entablarse la relación filial, tanto el menor como el

padre podrán gozar de los derechos que se configuran con la declaratoria de paternidad.

La solicitud de declaratoria de paternidad se da cuando los padres del menor no tienen establecido el vínculo del matrimonio, puesto que los hijos nacidos dentro de un matrimonio legalmente establecido su paternidad es determinada sin necesidad de iniciar un trámite legal, por lo contrario esto no sucede cuando los padres tienen establecida una relación sin que exista la figura legal del matrimonio, por tal razón en estos casos lo que procede es que en vista que el padre no realice el reconocimiento voluntario, el menor por medio de su representante legal debe iniciar el trámite que corresponde para determinar su vínculo paterno filial.

Los motivos por los cuales el padre no reconoce voluntariamente al menor se pueden producir por varias circunstancias ya sea por descuido, confusión, falta de seguridad que el niño sea suyo, actitud machista, desconocimiento del procedimiento que se debe seguir para realizar el reconocimiento, por un acto de mala fe o por los costos que esto pueda implicar, en fin, son varios los motivos por los cuales el padre no procede a reconocer de manera voluntaria.

En estas situaciones el más afectado siempre será el menor, quien, ante la negativa de parte de su progenitor de no reconocerlo, tendrá que iniciar el trámite indicado para que la filiación sea establecida, teniendo en cuenta que hasta la resolución del proceso conlleva tiempo en tanto el menor se le privará de este derecho hasta que el juez pueda establecer su filiación biológica.

1.1.6 Importancia de la declaración judicial de la paternidad

Por lo que se refiere a este tema, tanto la ley como el derecho deben reconocer lo importante que es determinar la paternidad de una persona

más aún si se trata de un menor de edad, el cual se encuentra inmerso dentro del grupo prioritario según como está señalado en la Constitución de la República del Ecuador, de modo que al establecerse la paternidad se pueda gozar de sus derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones por parte de su padre.

El rol del estado está en la obligación de fijar medidas de protección para que se dé cumplimiento a los derechos que tiene los niños, niñas y adolescentes, especialmente a que se reconozca la filiación biológica para determinar la paternidad. Al establecer este vínculo tan impórtate al niño se le reconocerá su derecho a la identidad, a conocer su procedencia biológica y por ende a originar los lazos de afectividad que esto con lleva, permitirá no solo unirse a su padre sino a su familia, que es un medio para que el niño, niña y adolescente se desarrolle a plenitud y no crear confusión en su crecimiento.

Además la paternidad es considerado como un derecho, nace del derecho a la familia y que se encuentra establecido en el artículo 44 y 45 de la norma suprema, por tanto, los derechos de la niñez toman un significado importante por su interés superior respecto a los demás derechos de las personas, estos derechos prevalecen sobre los demás derechos, hay que considerar si bien es cierto estos derechos son considerados de carácter privilegiado no es menos cierto que existen fallos que vulneran el derecho de filiación.

1.2 La Filiación

1.2.1 Etimología

El “término Filiación deriva del latín “FILIIUS” que significa hijos. La filiación es una situación judicial que se deriva del hecho natural de la procreación.

Es la relación natural de descendencia existente entre padres e hijos” (Andrade, 2008).

1.2.2 Conceptos

El concepto de filiación tiene a nivel doctrinal un vínculo con la persona, el núcleo familiar y evidentemente la sociedad pero también la filiación se lo analiza desde el enfoque genérico como “aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y la filiación, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos” (Varsi, Filiación Derecho y Genética, 1999).

Dicho de otra manera, de acuerdo a las concepciones planteadas, existen dos tipos de apreciaciones: genérico y estricto, que en si las dos nociones coinciden que la filiación se da por el vínculo de consanguinidad entre el padre con su hijo y solo se diferencia en que en el sentido genérico hace referencia a la filiación que se da no solo con su padre sino con todos sus parientes; mientras que en el sentido estricto se refiere a la relación de filiación biológica solo con su padre.

Otra idea de filiación según (Ramos, 2009) es “el fundamento de toda filiación es el parentesco de sangre existente entre el padre y el hijo, descendiente de las relaciones sexuales, lícitas o ilícitas, de los padres”. Como se ha dicho la filiación se funda del vínculo de consanguinidad que existe entre dos personas en este caso entre el padre e hijo.

La Filiación para (Azpiri, 1992) indica que es el “vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendra y con la mujer que lo alumbró”. Consecuentemente el fundamento de la filiación es el parentesco de sangre que tiene el padre con su hijo, es el lazo de consanguinidad, es

decir es el vínculo jurídico entre un padre con su hijo(a) y para esto debe existir parentesco de sangre para que sea considerado la filiación biológica.

Desde una idea jurídica la filiación sería una forma de expresión de tipo jurídico que se anexa a la relación biológica de la procreación “de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura socio jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc.” (Galindo, 1994).

Lo dicho hasta aquí se admite que, la filiación es el hecho biológico que está ligado al lazo de consanguinidad que existe entre el padre con el hijo y que a raíz de esto se formaliza la relación jurídica no solo con el padre sino también con la familia de éste.

1.2.3 Antecedentes históricos de la filiación

En Roma se consideraba que era un favor que los dioses les concedían otorgándoles la paternidad y la carencia de esto se pensaba que era un castigo de los mismos, por lo que en base a creencias religiosas se procuraba rendir cultos a los antepasados.

La procreación se consideraba como símbolo de fertilidad, en estas épocas los hijos nacidos de un matrimonio denominado cum manu o sine manu como hijos legítimos, hijos naturales, por lo que si los niños nacían en el matrimonio gozaban de derechos y los que nacían fuera del matrimonio sufrían las consecuencias.

La filiación en Ecuador se la clasificaba de la siguiente manera: hijos legítimos e hijos ilegítimos que estos a su vez se subdividían en ilegítimos e hijos de dañado ayuntamiento; se los denominada ilegítimos debido a que eran hijos concebidos fuera del matrimonio, porque sus padres tenían algún impedimento para casarse, mientras que hijos de dañado ayuntamiento

eran hijos concebidos de una relación sexual considerada como delictiva (sacrilegio, adulterio, incestos), los hijos concebidos de estas relaciones tenían una categoría inferior a los hijos ilegítimos, porque eran engendrados de una forma que la ley y las costumbres no permitían.

El 21 de noviembre del año 1935, mediante el decreto supremo número noventa y cuatro y publicado en el Registro Oficial número cuarenta y seis de fecha 22 de noviembre del año 1935, el ingeniero Federico Páez, hizo constar algunos principios que fueron declarados en la Constitución del año 1929, entre los cuales se detallaron:

- 1.- Que aquella denominación que se daba de “natural”, se le consideraría como hijo ilegítimo.
- 2.- La distinción de los llamados hijos “de dañado ayuntamiento”, y sus clasificaciones (incestuosos, adulterinos y sacrilegios), desaparece de manera que cualquier hijo puede ser reconocido y llegar así a ser ilegítimo y aún puede ser legitimado, si sus padres contraen matrimonio.
- 3.- Los hijos ilegítimos pueden acceder a una cuota hereditaria igual a la mitad que tiene el hijo legítimo.
- 4.- Aquellos hijos ilegítimos a quienes no se les haya reconocido de forma voluntaria ni declarado judicial como hijos, se les consideraba como hijos que no es legalmente de nadie, debido a que no se determinaba la relación biológica, pero no le impedía que pudieran seguir alguna acción para reclamar sus derechos de alimentos y otros beneficios que podía acceder mediante un trámite legal.

La ley nombrada de menores, fue otra legislación que pretendió establecer la figura legal de la filiación, pero no fue de mucha ayuda para corregir el estado de hijos ilegítimos, por tal razón el 1 de agosto del año 1938 se expidió el primer Código por el Director General Alberto Enríquez

y que fue publicado en el Registro Oficial número 2, de fecha 1 de agosto del año 1938, el cual fue reformado por el Congreso Nacional mediante decreto de fecha 2 de marzo del año 1939, regulado y publicado en el Registro Oficial número 84 y Registro Oficial número 107 y 108 del 10 y 11 de marzo del año 1939.

El 3 de enero del 2003, se publica el Código de la Niñez y la Adolescencia, que anula al Código de menores y las constituciones de los años 1967 y 1978, otorgaron derechos para los hijos extramatrimoniales y en el año de 1998 se establece la presunción de paternidad en relación para los hijos que eran concebidos en uniones de hecho.

Existía una clasificación entre los hijos nacidos dentro del matrimonio llamados legítimos y los hijos nacidos fuera del matrimonio como ilegítimos, y se les privaba de diferentes derechos, para luego ser conocida como matrimonial y extramatrimonial, con esto el propósito de la filiación era establecer la paternidad, su origen, para que de esta manera los hijos puedan acceder a los beneficios y derechos que le corresponde.

Se debe agregar que el 4 de junio de 1970 se crearon normativas que beneficiaban a la figura jurídica de la filiación puesto que se estableció el principio de igualdad entre los hijos, de este modo se excluye las designaciones que se daba de legítimos o ilegítimos.

En la actualidad en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 4, en concordancia con el artículo 11 numeral 2 *Ibidem*, se garantiza el principio de igualdad, por lo que todas las personas gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades y se prohíbe algún tipo de discriminación en cuanto a su nacimiento, filiación, identidad entre otros.

1.2.4 Filiación como vínculo

(SCHMIDT & VELOSO, 2001) Perfecciona, que la filiación “constituye un vínculo jurídico, quizá uno de los más importantes que el Derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida (...) casi siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero”.

De esta definición se comprende la gran importancia que tiene establecer la filiación biológica debido a que son lazos que perduran para toda una vida como indican los autores y que por tanto es necesario ultimar todos los mecanismos judiciales para investigar la paternidad y que el niño pueda gozar de todos sus derechos.

La filiación es aquel vínculo que se da entre el padre, madre e hijo, que da origen a derechos y obligaciones, partiendo de esta figura jurídica se configura el núcleo social principal de la familia de manera que no puede ser materia de transacción, convenios o sujetarse a compromisos, por tanto, lo que se pretende es reclamar que se reconozca el vínculo biológico que existe entre padre e hijo.

Al determinarse este vínculo jurídico no solo implica que el niño acceda a que se le establezca un apellido y por ende su derecho a la identidad, la filiación va más allá, se configura un vínculo de afectividad, confianza, respeto entre padre e hijo, que al momento de demostrarse que la persona que se configura como padre del menor en realidad no lo es, causaría problemas en el menor, por ello la importancia de que se establezca el vínculo de la filiación en base a la certeza biológica y de esta

manera precautelara el desarrollo integral del menor.

1.2.5 Importancia de la Filiación

Establecer la filiación es un acto jurídico de gran importancia para todo individuo de la especie humana, por medio de éste se constituyen aspectos jurídicos y sociales, más aún que a partir de la filiación se fundan derechos entre los cuales constan “Derechos personales; patrimoniales; Derecho a la identidad biológica; Derecho a tener un nombre; Derecho a alimentos; y, Derechos sucesorios” (Abeliuk, 2000).

Se considera entonces que al referirse sobre los derechos personales y que al momento de no establecer la filiación esto perjudica esencialmente este derecho, debido a que afecta la necesidad de alimentos que el menor tiene y que el padre debe cumplir como obligación, tal como se encuentra especificado en el artículo 596 del Código Civil, donde se hace mención que este derecho nace de las acciones personales, es por ello la importancia que tiene de garantizar que la filiación sea establecida, considerando que el derecho a los alimentos es un derecho personalísimo y que no puede ser transferido.

Así también al establecerse la filiación se concede el derecho al patrimonio, debido a que al momento de iniciar el trámite legal para que se determine el lazo de filiación el menor tiene derecho de acceder al patrimonio que su padre posee, por lo que al no determinarse la filiación biológica afecta a los intereses económicos que el niño, niña y adolescente posee por ser hijo legal de su progenitor, entonces se puede entender la relevancia que tiene de instaurar la filiación biológica.

Se considera también como parte importante el derecho a la identidad biológica, que toda persona tiene que conocer su raíz ancestral permitiéndole un desarrollo psíquico emocional normal, el conocer su

identidad biológica forma parte del desarrollo de la persona y sus derechos son garantizados.

Otro derecho que se funda al establecer la filiación y también importante es de tener un nombre, el cual se encuentra consagrado en el código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 33 del capítulo III sobre los derechos relacionados con el desarrollo, así como en el artículo 45 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el numeral 28 del artículo 66 de la norma constitucional antes citada, se especifica que los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a su identidad, pues la forma de poder garantizar este derecho es mediante la filiación por tal razón existe la importancia que se garantice establecer esta figura jurídica de forma científica.

Cuando la filiación se encuentra instituida, la persona accederá al derecho de exigir la presentación de una pensión alimenticia que es una obligación económica que los padres tienen con sus hijos, pero esto solo se podrá solicitar cuando se haya determinado la paternidad o maternidad solo ahí podrá acceder a la reclamación de este derecho.

Entiéndase que el derecho sucesorio es parte del derecho privado por lo que normaliza la sucesión de mortis causa que quiere decir “por causa de la muerte”, mediante esta figura legal se establece las relaciones jurídicas y titularidades de los activos y pasivos que una persona deja después de su muerte, por consiguiente se considera la importancia de la filiación en asuntos de derechos sucesorios, debido a que cuando se origina el nexo bilógico que los niños, niñas y adolescentes tiene con sus padres, les asiste el derecho de reclamar los bienes que su padre haya adquirido, es decir tiene el derecho de ser considerados herederos de su padre cuando este fallezca, por lo que se puede confirmar que es necesario establecer la filiación biológica para que de esta manera los niños, niñas y

adolescentes puedan reclamar sus derechos.

1.2.6 Clases de la filiación

De acuerdo a su origen en el Derecho Romano existían dos clases de filiación que se consideraban, la filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial. Filiación matrimonial llamada también filiación legítima según el derecho romano, esta hacía referencia a la filiación que se daba cuando los hijos nacían dentro del vínculo matrimonial que sus padres tenían constituidos, por consiguiente, estos hijos nacidos dentro de un matrimonio legalmente establecido gozaban de un estado de libertad reconociéndose sus derechos tanto civiles como políticos.

Mientras que la filiación extramatrimonial, llamada también ilegítima su historial se da en el derecho romano clásico en donde se consideraba que los hijos nacidos de una relación que no estaba establecida legalmente no podían recibir el trato de hijo natural. Por lo que se refiere que la filiación extramatrimonial, es considerada de esta forma debido a que carece de un estado legal con relación a su descendencia, es de ahí que se ha empleado medios al referirse que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal a la (declaración judicial).

De acuerdo a la normativa vigente en el artículo 24 del Código Civil se establece las formas de filiación.

- 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 (Asamblea Nacional d. I., Código Civil, 2015).

Se puede entender que una de las formas como se puede establecer la filiación es cuando sea declarada judicialmente, es decir cuando se inicie un trámite legal en donde el juez será quien declare dicha paternidad según el artículo en mención del Código Civil.

Ahora analizando el artículo 252 y siguientes del Código Civil, respecto a la filiación por declaración judicial, indica que cuando no haya sido reconocido voluntariamente, la persona interesada podrá acudir ante el juez para solicitar la declaratoria de paternidad o maternidad, para esto se deberá someter a una investigación de la paternidad por medio de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico ADN.

De este modo corresponde la investigación de la paternidad al hijo o sus descendientes ya sea de forma directa o por medio de su representante legal o quien ostenté el cargo de la patria potestad del menor.

1.2.7 Características de la filiación según Varsi

La filiación tiene como importantes características:

Imprescriptibles: El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento.

Inalienables: No pueden ser limitados ni restringidos sus efectos.

Personales: Sólo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas.

Intransmisibles: No pueden ser transferidas bajo ningún título.

Irrenunciables: El goce natural de estas acciones limita la posibilidad de que pueda renunciarse a la acción, no obstante que sí podrá renunciarse al derecho a ejercitarlas.

Eficacia erga omnes: Sus efectos son generales con respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación in diminuto (Varsi, Filiación derecho y genética, 1999).

La filiación es considerada imprescriptible debido que es un derecho que tiene toda persona a que se reconozca su descendencia de donde proviene sus lazos de consanguinidad, de modo que, la filiación es una figura legal que no perece por el transcurso del tiempo, con esto toda persona podrá iniciar el trámite correspondiente en cualquier momento para que pueda conocer sus lazos biológicos y por ende se establezca su identidad.

Es inalienable debido a que es un derecho fundamental que todo individuo tiene y que no puede ser restringido, negado ni revocado a ninguna persona por ningún motivo, este derecho es esencial de toda persona, tal es el caso que ni el Gobierno ni instancias judiciales pueden privar a las personas de este derecho a lo contrario estas son las autoridades competentes que deben velar por que este derecho sea garantizado.

Es personal porque es innato de la persona que consiste en la relación que se va entablar entre dos personas determinadas que son padre e hijo, es decir nadie más puede reclamar ese derecho que solo les compete a las personas interesadas.

Es intransmisibles debido a que es un derecho que no se puede transferir a ninguna persona, es un derecho que tiene cada individuo lo cual

no es objeto de ceder, la filiación se configura a través de los lazos de consanguinidad que existe entre dos personas, por tanto, no se puede transmitir ese nexo biológico.

Es irrenunciables porque es un derecho humano inherente al ser humano, es la esencia de cada persona y nadie puede renunciar a este derecho que es parte fundamental de todo individuo.

La filiación tiene carácter de eficacia erga omnes, debido a que es un derecho que es para todos, las leyes que se han establecido para reclamar este derecho son leyes que van dirigidas para que todas personas puedan acceder y reclamar sus derechos personales en base a las normativas legales que se han dictado para que se regule dichos derechos y que son consideradas de aplicación general.

1.3(ADN) EXAMEN COMPARATIVO DE LOS PATRONES DE BANDAS O SECUENCIAS DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO

1.3.1 Definiciones

El ADN está definido para (Lorente, 2012) como “un poli nucleótido constituido por cadenas anti paralelas de unidades de desoxirribonucleótidos unidos covalentemente, dispuestos de forma complementaria y adoptando una estructura enrollada de doble hélice dextrógira”.

Mientras que (Abeliuk M. R., 2003) indica que ADN es "el ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN (y también DNA, del inglés deoxyribonucleic acid), es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el

funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria".

Es necesario recalcar que las células de un individuo todas tienen el mismo ADN, por tal motivo existe la precisión y confiabilidad que los resultados sean los mismos, independientemente del material biológico que se haya manejado, además de esto al ADN está presente en todo nuestro organismo ya sea en los dientes, huesos, sangre, semen, salivas, pelos etc., por lo que este examen científico es una de las pruebas con mayor grado de confiabilidad para establecer la paternidad biológica.

Además, la prueba de ADN es aquel examen que brinda el porcentaje de seguridad más confiable para determinar la relación biológica en este caso entre padre e hijo, debido a que el ácido nucleico es una macromolécula que se encuentra en todas las células en las cuales se encuentra la información genética de cada persona.

1.3.2 Origen de la Prueba de ADN

La prueba de ADN originado en el siglo XX, a partir de que Karl Landsteiner en 1900 detalló que los grupos sanguíneos A, B, O, podían o no estar coligados a los glóbulos rojos, mientras que en el año 1915 los científicos admitieron que estos antígenos seguían un patrón que se transmitía por herencia, mismo que fue explicado en 1924 por Félix Bernstein.

Por otro lado, los exámenes de los grupos sanguíneos A, AB, B y O, fueron utilizados de forma legal en Alemania en el año de 1924, la cual realizó más de cinco mil pruebas entre los años de 1924 y 1929, para luego seguir su ejemplo los tribunales de Austria, Escandinavia e Italia, así mismo American Medical Association dispuso usar la prueba de ADN en EE. UU, en el año 1937.

Es así que luego de varios estudios realizados el ADN fue descubierto por Watson y Crick en el año de 1950, es ahí que descubren que el ADN está formado por una doble hilera de macromoléculas por lo que se llega a la conclusión que la mitad de información genética que se recoge proceden del padre, pese de haber hecho este descubrimiento su medio probatorio aún era incipiente, por lo que entre los años 1940 y 1970 se realizaron varios progresos científicos pues Levine y Stetson, revelaron el sistema Rh.

En el año de 1984 el maestro Jeffreys, perfecciona los métodos para descubrir las secuencias del ADN, plasmadas en placas de rayos X es así como se consigue la primera prueba dactilografía de ácido desoxirribonucleico.

Por lo tanto, el estudio para descubrir el ADN, fue esfuerzo de varios estudios científicos y que hoy en día es la más utilizada para poder determinar la investigación genética para los diferentes procesos legales, por lo que este avance genético es considerado como un avance jurídico.

1.3.3 La prueba de ADN

Según (Rombola, 2004) la prueba de ADN es aquella que “consiste en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo”. Dicho de otra manera, lo que se puede entender es que la prueba genética ADN, es el medio para poder determinar o descartar los vínculos genéticos, por esta razón que se ha considerado la prueba de ADN un medio seguro para establecer la intervención de personas en asuntos ilícitos o para esclarecer los lazos de paternidad, maternidad o parentesco que tengan los individuos.

Se considera que el ADN no es codificante porque esta molécula de ADN es individual de cada persona, así la probabilidad para determinar la

paternidad es segura, en la población mundial no se lograría encontrar otra persona que presente iguales porcentajes de posibilidad genética con los marcadores analizados del presunto padre a no ser que se trate de gemelos un vitelinos, cuyo ADN es parejo.

1.3.4 La Prueba de ADN en el Ecuador

En el año de 1997 se efectuó la primera prueba genética de ADN por la doctora Dora Sánchez, en la cual se pudo identificar que la realización de esta prueba puede cambiar la vida de varias personas ya que al someterse a este examen génico denominado ADN se podrá determinar la paternidad biológica entre el padre con su hijo.

Es por esta razón que al momento de realizar estas pruebas se la efectúa con la máxima seguridad y llevando un estricto protocolo de calidad para que no exista inconvenientes al momento de tomar la muestra y realizar el examen y de esta manera pueda brindar la confiabilidad y certeza, por ello la prueba de ADN en el Ecuador se la considera como una prueba valiosa y eficientes que sirve como medio de auxilio directamente al sistema judicial.

Por tal motivo el estado ecuatoriano se ha visto en la necesidad de predestinar recursos para que se creen laboratorios bilógicos especializados, para que de esta forma en los diferentes trámites judiciales que se procesan en las Unidades Especializadas de la Cruz Roja del país se pueda resolver los casos de paternidad con certeza y así poder determinar judicialmente la filiación biológica.

De este modo las personas involucradas tendrían un grado elevado de certeza y todo individuo tiene derecho a conocer su verdadera identidad de donde viene sus lazos de consanguinidad sabiendo con exactitud que la persona que se ha sido establecido como padre realmente lo sea,

actualmente por los avances científicos se puede acceder a este medio de prueba, para que la paternidad sea establecida y no quede en meras presunciones.

Además, se considera que la prueba de ADN cumple con todas las condiciones de confiabilidad para determinar la filiación biológica así se encuentra mencionado en nuestro ordenamiento jurídico denominado Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo Innumerado 13 de la Ley Reformatoria al Título V Libro II de la Ley Orgánica de la Niñez y Adolescencia, donde expresa:

“La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley.” (Asamblea Nacional d. l., 2017).

Por consiguiente, se indica que esta prueba será medio suficiente para descartar o afirmar la maternidad o paternidad y no se permitirá que este procedimiento sea dilatado alegando o solicitando que se realice una nueva prueba pues al momento de la realización de este examen, la entidad encargada de tomar la muestras y realizar el examen cumple con todas las formalidades que están establecidas para que no exista margen de error en dichos exámenes salvo que demuestre con pruebas eficientes el incumplimiento de los medios previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Por otra parte, de acuerdo a los fallos de triple reiteración dictados por la ex Corte Suprema de Justicia indicaban que para establecer la filiación se debía realizar el examen de ADN, el informe pericial de este

examen genético se consideraría como definitivo por su de acuerdo al porcentaje con una probabilidad de cien por ciento, por ello este análisis genético serviría para que el juez dictará una resolución determinado la paternidad.

La prueba genética de ADN se la ha considerado como una prueba concluyente y definitiva para demostrar la filiación biológica que existe entre su padre con su hijo siendo este examen de gran aporte para los trámites de investigación de paternidad y por ende para los administradores de justicia, los juzgadores podrán dictar una resolución apegada a derecho con lo cual se velaría por los derechos que toda persona tiene entre estos el derecho a tener su identidad establecida con seguridad jurídica.

Es necesario recalcar que, la prueba de ADN ayuda al individuo conocer su huella biológica, para que la paternidad de una persona sea identificada, este examen genético ADN se lo ha considerado como confiable comparándose las secuencias de ADN tanto del presunto padre como de la madre y del menor, como ya se había mencionado en líneas anteriores el ADN es aquella molécula que se da por características hereditarias por tanto es más preciso determinar la paternidad biológica.

1.3.5 Procedimiento de la prueba de ADN

Para poder realizarse el examen de ADN uno de los requisitos indispensables es identificar a las personas que se van a someter a la realización de la prueba en este caso sería madre, padre e hijo, posteriormente deberán presentar sus cédulas de identificación para poder identificar que realmente se trate de las personas que deben realizar este examen, papel que le corresponde verificar al perito que este designado.

Una vez que se haya constatado que se trate de las personas indicadas se procederá a firmar el documento de consentimiento para

realizarse dicha prueba, donde autoriza al personal del laboratorio genético a tomar las muestras necesarias para la realización de este examen genético ADN, estas muestras biológicas sería de saliva, cabello, sangre periférica, células bucales, entre otras, teniendo en cuenta que si se toma la muestras de sangre periférica se deberá verificar que la persona no haya recibido en los últimos 90 días transfusiones de sangre o trasplantes de medula ósea.

Así también para realizar las pruebas de ADN a los recién nacidos se debe tomar muestras de frotis bucal o sangre periférica, esta prueba de ADN también puede ser tomando cuando la mujer está embarazada, pero en nuestra legislación esto no está permitido, el estado vela por precautelar a las nunciaturas.

Posteriormente es preciso recalcar que durante este procedimiento todas las muestras tomadas y hasta la entrega de los resultados formaran parte de la cadena de custodia que dicho personal maneja para de esta manera garantizar la idoneidad, integridad, autenticidad, preservación y manejo adecuado de las muestras tomadas, de los resultados obtenidos

1.3.6 Examen de ADN y la Ley

El ADN como método auxiliar en la Ley se la considera como una norma jurídica moderna para la investigación de la paternidad por medio de sus marcadores genéticos ya que por medio de esta prueba existe la posibilidad de conocer el vínculo de filiación biológica que existe entre individuos y de esta manera poder identificar al padre dentro de un trámite legal en donde se esté ventilando un proceso de paternidad, así también para trámites de derecho de herencias, exigencias de beneficios, reclamaciones de seguros entre otros.

Es por ello que la Ley no puede ignorar los descubrimientos que ha logrado la ciencia y los avances que ha dado la genética, con el fin de garantizar la protección de la persona y los derechos constitucionales que se encuentran establecidos en nuestra norma suprema, como lo es el derecho a la identidad personal que todo individuo tiene derecho a conocer y que el estado ecuatoriano por medio de sus administradores de justicia es el responsable por velar que esto se cumpla.

La identidad es un derecho tan fundamental e importante que los ciudadanos deben tener por lo que se debe agotar todos los mecanismos legales para poder garantizar este derecho.

El estado debe garantizar la posibilidad de investigar la paternidad para que las personas inmersas en este tipo de trámites conozcan su origen biológico por lo que la investigación de la paternidad constituye un elemento positivo para proteger al menor, no solo a los aspectos de su reconocimiento sino también para su desarrollo familiar, social, afectivo, cultural y psicológico.

Por consiguiente, una de las herramientas más útiles para demostrar la paternidad es la prueba de ADN, por medio de este examen se podrá saber si el demandado es o no el padre del menor inclusive en el Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 9 inciso segundo indica:

“Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en caso de los demás parientes consanguíneos, el juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos” (Asamblea Nacional d. l., Código de la Niñez y Adolescencia., 2017).

Por tal motivo la filiación biológica es un derecho que está ligado al Derecho a la Identidad y como veracidad biológica de una persona, por lo que es necesario dentro de los trámites de paternidad se realice el examen de ADN.

Es por ello que se hace necesario que la paternidad sea declarada con certeza absoluta y de esta manera garantizar que el menor sea hijo de la persona quién biológicamente lo procreó o fecundó es decir saber la verdad biológica frente a presunción de paternidad es un derecho que tiene todo individuo por tanto es necesario que se acuda a la realización del examen genético ADN que permitirá despejar toda duda y resolver en base a la seguridad que el demandado es el padre del menor.

1.3.7 La prueba de AND como valor probatorio

Se considera que el examen de ADN, es un medio de prueba tan valioso que el juez deberá resolver en base a los resultados arrojados en la prueba de ADN, por lo que el juez se obligará a considerar la validez de esta prueba científica para la resolución del proceso de filiación ya sea para descartar la paternidad o establecer la misma, gracias a la efectividad de este examen genético se ha conseguido que los jueces se convenzan del grado de probabilidad que se obtiene en estas pruebas.

Por tal razón no se hace necesario acudir a más pruebas pues el examen de ADN es un medio que brinda la confiabilidad para establecer la paternidad biológica por lo que no será necesario que el juez agregue ni quite información de las conclusiones periciales de estos exámenes genéticos.

Es por ello que dentro de los trámites de paternidad en la actualidad se considera como medio de prueba eficaz al examen de ADN, el examen de ADN como valor probatoria ayuda al juez a dictar una resolución con

certeza por eso es tan importante que dentro de un trámite de investigación de la paternidad se dé el validez probatorio que esta prueba amerita, es por ello que el autor (Couture, 1951) señala que “la prueba en su acepción común, es la acción y efecto de probar, y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”.

Se hace necesario que se obligue a la realización de esta prueba tan importante para poder conocer la filiación biológica que el padre tiene con su hijo, de manera que los jueces puedan resolver apegados al derecho y respetando los derechos que del menor y que se ha mencionado el derecho a la identidad, para que de este modo no se vulnere sus derechos y se le imponga una identidad que no le corresponda y que se resuelva a meras presunciones lo cual causaría un daño en el desarrollo del menor.

1.3.8 Negativa para realizarse el examen de ADN

Para referirse a este tema se hace necesario mencionar el pensamiento de (GROSMAN & ARIANNA, 1992), quienes se referían lo importante que es la realización de este examen, en base a la negativa de una presunción, si bien esto admiten la declaración de la filiación, provoca una deficiencia de ética que resolver una causa de paternidad por la negativa del demandado a recurrir a la realización de esta prueba no da la seguridad que sea el padre biológico del menor y por ende esto reemplaza la posibilidad de poder saber sobre la paternidad en cuestión, originada por un acto de inconducta procesal.

Por tal motivo al dictar una resolución en base a la presunción de que el demandado es el padre por no acudir a realizarse la prueba de ADN, se está afectado al derecho identidad verdadera del menor, por declarar una paternidad en base a un reconocimiento ficto o criterio subjetivo.

La normativa vigente que se encuentra establecida en nuestro país en el Art. 258 y siguientes del Código Civil establece que:

“Si propuesta la demanda de investigación para que se declare la maternidad o paternidad, el demandado negare ser suyo el hijo, el actor solicitará al juez la realización del examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). En el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a este examen dispuesto por el juez, se presumirá de hecho la filiación con el hijo” (Asamblea Nacional d. I., Código Civil., 2015).

Por lo que se puede evidenciar que efectivamente en caso de rebeldía para someterse al examen genético de ADN el juez deberá resolver en base a presunciones porque así se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de acuerdo a la revisión sobre contenido doctrinal para obligar a las partes que están inmersas en asuntos para establecer la filiación biológica se hace necesario hacer mención lo que sucede en otros países cuando el demandado no presta su colaboración para poder esclarecer la paternidad es así que (Zapata R. , 2012) indica que:

“En Alemania, Austria y algunos estados americanos el examen biológico puede llegarse a cumplir coactivamente. Así en la República Alemana cabe la práctica forzosa en virtud del principio ‘Duldungspflicht’ (deber de sometimiento), que obliga a las partes y terceros a soportar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la verdad biológica. (Art. 372 ZPO), siempre que existan repetidamente negativas injustificadas, en el mismo sentido manu militari, se obliga al desarrollo de pruebas biológicas, si media

oposición improcedente, en las legislaciones de Dinamarca, Austria y algunos estados de Norteamérica, el Código suizo tras las reformas de 1976, establece la obligación de que las partes y los terceros presten su colaboración a la práctica de las pruebas necesarias para aclarar la filiación correspondiente, siempre que ello no entrañe un peligro para la salud”.

En base a estos dos presupuestos se deduce que efectivamente se hace necesario que dentro de la normativa ecuatoriana correspondiente exista una obligatoriedad para que el demandado acuda a realizarse el examen de ADN y de este modo evitar que se dicte una resolución en base a presunciones de filiación sino más bien se dé la seguridad al menor de que la persona que lo están declarado como su progenitor realmente lo sea.

El estado debe brindar las facilidades para que el demandado acceda a la realización de este examen genético tal como lo establece el artículo 10 literal c del Código de la Niñez y Adolescencia en donde se indica que en caso que el demandado no pueda acceder a realizarse el examen de ADN por falta de recursos económicos existe la facilidad que el Juez ordene que dicho examen sea realizado de manera gratuita mediante la Unidad de Investigación Genética del Estado.

Ahora bien si el demandado alega su irresponsabilidad por no tener los medios económicos para contratar un abogado, el estado ecuatoriano por medio de sus Defensorías Públicas le otorga el patrocinio gratuito de un abogado de esta manera se puede evidenciar que no existe impedimento para que el demandado acuda a la realización del examen de ADN, quedaría entonces decir que el demandado no acude a realizar el examen por capricho e irresponsabilidad de su parte provocando de esta manera un daño al menor de acceder a su derecho de conocer su filiación biológica.

1.4 Juicio de paternidad

En cuanto al trámite para reclamar la paternidad (Ossorio M. , 2008) manifiesta que es la “Acción dirigida a obtener una declaración que niegue la paternidad atribuida respecto de determinada persona”, entendiéndose entonces que el juicio de paternidad o juicio de presunción de la paternidad es aquel trámite en donde una persona acude ante la justicia para que por medio de esta se resuelva un problema legal en cuanto a la determinación de su paternidad ya que por diversos motivos que existen esta persona no cuenta con una paternidad establecida y desconoce su filiación biológica.

Por esta razón es necesario iniciar un trámite donde solicita que su problema sea resuelto, en razón de que el padre se ha negado a realizar su reconocimiento de forma voluntaria respecto a determinada persona. Este trámite se da debido a que el padre por irresponsabilidad se niega a asumir las obligaciones que tiene con su hijo, habiendo nacido fuera del matrimonio, ante la negativa a cumplir con sus responsabilidades se ve la necesidad de iniciar este trámite judicial para que por medio de este juicio el juez declare su paternidad y de este modo pueda acceder a su identidad biológica.

Esta demanda la podrá presentar en las Unidades Judiciales, como primer paso siendo la presentación de la demanda ante el juez, quien calificará la misma y fijará una fecha para que el presunto padre acuda a realizarse el examen de ADN.

En esta instancia existe dos probabilidades por la cual se dicta la paternidad, la más idónea, factible y justa es cuando el demandado acude a realizarse este examen genético, y que es la forma más segura por medio de la cual el juez podrá dictar su resolución en base a pruebas claras donde podrá verificar que efectivamente el demandado es el padre biológico del menor que esta solicitado se declare su paternidad. La otra forma y poca

justa para el menor es cuando el juez declara la paternidad en base a presunciones es decir por la rebeldía, irresponsabilidad del demandado de acudir a realizarse la prueba de ADN.

El juez apegado a derecho resuelve y declara la paternidad del menor en base a que si el demandado no acudió a realizarse la prueba se presume que este es el padre y por ende ordena que su paternidad sea inscrita en el Registro Civil en la acta de nacimiento del menor, causando de esta forma un daño al menor pues el juez al declarar una paternidad en base a presunciones siempre existirá la duda de que la identidad que fue establecida a dicho le corresponde o no.

Hay que mencionar, además que por la irresponsabilidad del padre se declara una paternidad en base a presunciones, esto causa un grave problema social al menor, las cuales son irreparables, no solo en cuanto a la identidad del menor sino también en aspectos psicológicos, emocional, afectivo y especial en el desarrollo integral del menor, debido a esta situación existirá la duda de que la persona a quien el niño o niña considere como padre realmente es su progenitor biológico.

Por ello resulta necesario que debe existir algún tipo de sanción ejemplarizadora para el demandado que no acuda a la realización de la prueba de ADN, considerándose que dentro de este trámite judicial se está asegurando no solo la situación económica del menor sino un derecho tan importante y que se encuentra consagrado en la Constitución del Ecuador como el de la identidad, teniendo en cuenta que debe prevalecer los derechos del menor de acuerdo al principio de interés superior del niño.

1.5 Principio del interés superior del niño

Está consagrado en los diferentes tratados internacionales y es considerado como una ley a nivel mundial específicamente consta en la

Declaración de Ginebra que fue aprobada el 26 de diciembre de 1924 por la Sociedad de Naciones y también consta en la Convención de los Derechos de los niños y niñas la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el veinte de noviembre de 1989, considerando que esta convención es la que más estados han ratificado.

Anteriormente los derechos de los niños y niñas no eran considerados de gran importancia y más bien solo existían leyes que velaban y cuidaban los intereses de las demás personas dejando a lado los derechos de los niños, y más bien cualquier asunto que tenía que ver con los niños eran ventilados en contenidos privados.

Los derechos de los niños y niñas empiezan a ser reconocido a nivel internacional mediante la Convención de Ginebra del año de 1924, consecutivamente paso a establecerse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año de 1948, donde se reconoce que los derechos de los niños deben ser considerados como un comienzo para los demás derechos de la humanidad.

Mientras que en la Asamblea General de la Naciones Unidas en el año de 1959 aprobó la Declaración de los niños y niñas especificándose que el interés superior del niño es un principio que debe ser considerado con grado de jerarquía, por tal razón siempre se debe tomar en cuenta que al momento de dictar una resolución se considere lo más favorable para el niño.

La Asamblea General de la Naciones Unidas mediante su resolución 44-25 de fecha veinte de noviembre del año 1989, firmo y ratifico la Convención de los derechos de los niños y niñas y que entró en vigencia desde el 2 de septiembre del año 1990, por tanto con esta ley internacional se pretende que los derechos de los niños y niñas no sean objeto de

violación sino a lo contrario que las niñas, niños y adolescentes tengan una base legal que respalde que sus derechos que deben ser protegidos y garantizados.

El incumplimiento de estos derechos, será el estado el responsable de ante esta violación o falta de aplicación de derechos que se encuentra establecidos en los diferentes tratados internacionales y en la Constitución de la República del Ecuador que son las normativas que se encargan de proteger los derechos descritos en los instrumentos internacionales y locales

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 11 establece 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.

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

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

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla” (Asamblea Nacional d. l., Código de la Niñez y Adolescencia., 2017).

Como se puede entender de acuerdo a este artículo el Estado ecuatoriano a través de esta normativa señala que los derechos de los niños, niñas y adolescentes deben prevalecer ante cualquier otro derecho por lo que el sistema de administración de justicia debe hacer que se dé cumplimiento a esta figura legal, así también que cuando se trate de resolver sobre un derecho se debe considerar la opinión del niño, niña y adolescentes, para resolver en beneficio de los mismos.

Por tal razón cualquier entidad sea esta pública o privada tiene el deber de velar que este principio de interés superior del niño se garantice y están obligados hacer que estos derechos sean respetados, así como todas las políticas, planes, programas se ejecuten en base a este principio.

1.5.1 Funciones del principio del interés superior en el esquema de la Convención de los Derechos del Niño

1. “Apoyar, justificar o aclarar un enfoque concreto para la Convención; en este contexto sirve de guía para elaborar una normativa de derechos humanos, y para aplicar los otros derechos de la Convención;
2. Actuar como “principio de mediación” para resolver los eventuales conflictos entre los derechos consagrados en la Convención, y;
3. Evaluar las leyes, prácticas y políticas referentes a los niños que no estén expresamente incluidas en la Convención” (GILMOUR & ALSTON, 1997).

En base a lo expresado por los autores se puede entender la forma como funciona la aplicación del principio del interés superior del niño, quienes manifiestan que tiene como función servir de apoyo tanto para crear nuevas leyes en beneficio de la humanidad, así como aplicar las mismas.

Este principio tiene como función ayudar a mediar los conflictos que se presentan en los trámites legales donde se ventilen derechos de menores al estar consagrado este principio en una norma internacional es de aplicación directa para beneficio del menor y aplicando estos derechos sobre cualquier otra disposición de poder público.

1.6 Derecho a la identidad

En cuanto a la concepción de este derecho para (Zapata R. , 2012) indica que “es esencial poder contestar las interrogantes en forma satisfactoria de: ¿quién soy? O bien: ¿quiénes son mis padres? Son interrogantes que angustian a parte de la población no solo de un lugar, sino a nivel mundial”.

Por tanto, se puede decir que el establecer el derecho a la identidad es parte importante del ser humano puesto que toda persona tiene el derecho de conocer su origen biológico es decir saber quién es su padre o su madre saber cuál es su descendencia biológica, así mismo al determinar este nexo biológico trae como resultado la relación de lazos afectivos que se va a producir entre el padre con su hijos y por ende con la familia del mismo, por tanto, que el establecer este vínculo permite el desarrollo de la identidad de la persona.

Mientras que para (Barco, 2010) “la identidad personal resulta trascendente en los estudios del derecho del niño, en tanto el reconocimiento jurídico de la identidad personal comprende la protección de todas y cada una de las facetas del patrimonio biológico, psíquico y espiritual del hombre”.

El conocer su verdadera identidad biológica le admite a la persona ser auténtica, saber cuál es su origen biológico, su historia familiar, lo cual todo esto le permite que su identidad se desarrolle para que se pueda

desenvolver en el entorno que le rodea, toda persona tiene el derecho de conocer su descendencia biológica que le ayuda a formar su personalidad.

El establecer la identidad a la persona le permite acceder a la protección de un núcleo familiar que es parte esencial para que el niño crezca en un ambiente de armonía rodeado de amor, conocer su lazo biológica evitará a un futuro daños emocionales en el menor, debido a que el niño crecerá conociendo de que la persona que él cree que es su padre después de un tiempo resulta que no lo es realmente, por tal motivo se debe garantizar que efectivamente el derecho a la identidad sea establecido en base a pruebas eficientes y seguras.

En cuanto al derecho a la identidad en el Ecuador, es considerado en la constitución en su art. 66 numeral 28 en donde se detalla que “el derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales” (Asamblea Nacional d. l., Constitución de la República del Ecuador., 2015).

Mientras que en el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 33 se define el derecho a la identidad e indica que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.

Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración,

sustitución o privación de este derecho” (Asamblea Nacional d. I., Código de la Niñez y Adolescencia., 2017).

De lo indicado se puede entender que el reconociendo del derecho a la identidad funda un papel importante en el desarrollo de la persona es por esta razón que, tanto en la Constitución como en el Código de la Niñez y Adolescencia, establecen derechos para los niños, niñas y adolescentes, establece la individualidad del ser humano e identifica al núcleo familiar al que corresponden.

Así también los nexos familiares y relaciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, por medio de estos se vincula derechos familiares como el derecho a los alimentos, derecho de herencia, la patria potestad, tenencia, en fin, el derecho a la identidad permite otros derechos como políticos y civiles a los cuales el Estado tiene la obligación de garantizar su acatamiento, ya que toda persona tiene el derecho a vivir y poder desarrollarse en su familia biológica.

Hay que mencionar, además que el derecho a la identidad se encuentra recocado en tratados internacionales así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23, Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 6, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 3, 17 y 18, en donde se establece que las personas naturales poseen derechos como a la protección de familia, derecho del niño a su condición de menor y derecho al nombre, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Por consiguientes es importante que el vínculo filial que les corresponde a los niños, niñas y adolescentes sea investigado pues la identidad no solo es considerada como una obligación que el estado tiene con los ciudadanos sino más bien se considera que la identidad es un

derecho que todo individuo tiene, tal como se encuentra señalado en la Constitución Ecuatoriana del país.

1.6.1 Jurisprudencia sobre el Derecho a la Identidad

Con respecto a este derecho cabe mencionar lo que manifestó la Corte Suprema de Argentina en cuanto al derecho de identidad, en este país sucedió un caso muy interesante debido a que se mandó que un menor se realizara un examen de histocompatibilidad, que tenía como objetivo saber su auténtica identidad, por su parte la corte de este país anula tal medida porque señalan:

“Que el derecho a la identidad es una interpretación de una supuesta garantía constitucional, mientras que el juez que salvó el voto manifestó “es evidente que sólo en el interés del menor puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad”. Los otros jueces que disintieron y entre ellos Enrique Petrachi señaló “entre los derechos no enumerados debe sin duda incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. Poder conocer su propia génesis, su procedencia es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende” (Corte Suprema de Argentina en ESCALANTE, 2017)

Dicho de otra manera, el derecho a la identidad se considera como un aspecto estático que vas más allá de aceptar su identificación, es más bien conocer su verdad personal, su autodeterminación, su realidad biológica y sus raíces de consanguinidad, es cierto que uno de los deberes de cada estado es garantizar el fiel cumplimiento de los derechos que se encuentran establecidos en sus normativas, pero las leyes deben ir más allá de solo hacer que se cumpla sino más bien enfocarse en que los derechos que supuestamente están velando que se formalice realmente se

cumpla, es decir si la persona a quien se le reconoció un derecho se encuentra satisfecho.

Es lo que está sucediendo en la actualidad porque si efectivamente en un trámite de declaratoria de paternidad al no presentarse el demandado a la realización de la prueba de ADN, el juez por dar cumplimiento al derecho de la identidad, emite la resolución designado que el demandado es el padre del menor pero lo que no se analiza es que el menor en realidad se encuentra satisfecho con esa resolución, si en verdad se garantizó el derecho a la identidad, estableciendo una paternidad en base a una presunción, son aspectos que se debería cambiar.

1.6.2 Derecho a la identidad genética

Se puede decir que el conocer su identidad genética es parte esencial del ser humano, saber cuál es su descendencia y conocer a los seres que lo procrearon es un derecho que todo individuo tiene y el cual debe ser garantizado.

Para referir a este tema se toma el pensamiento de (Fernández, 1992) que indica que:

“En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano, surge en el momento de la concepción cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo, esta huella o pauta genética viene a ser el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de ahí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación. De este se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad”.

De lo dicho por el autor se pueden entender aún mejor que la identidad genética es aquella que se puede determinar solo cuando se haya consumado una relación entre un hombre y una mujer y producto de esto nace un ser humano que tendrá un patrón o huella genética de las personas quienes lo procrearon y que la certeza de su origen biológico solo se podrá determinar mediante un examen de ADN.

1.6.3 Características del derecho a la identidad

El Dr. José García Falconi, ha establecido algunas características que para entender de una mejor manera lo que conlleva el derecho a la identidad y como es considerado tal derecho entre las cuales tenemos:

- a) Vitalicio, porque es concedido para toda la vida;
- b) Innato, pues con el nacimiento aparece la individualidad propia que tiende a mirarse exactamente en el conocimiento de los otros;
- y,
- c) Originario, esto es el poder jurídico a su consideración y protección contra las indebidas perturbaciones” (García, 2006).

La forma como ha caracterizado el derecho a la identidad este autor se puede ver que efectivamente este derecho es de vital importancia para la persona debido a que es un derecho que va formar parte de su vida, así mismo es innato, se lo adquiere al momento de su nacimiento que individualiza su personalidad, es decir es algo que corresponde a cada persona.

CAPÍTULO II

2.1 Marco Situacional

La presente investigación es educativa, considerándose por el objetivo como básica puesto que se identificó el problema, por el lugar, la investigación es de laboratorio con revisión bibliográfica y documental, realizándose referencias a varias normativas legales como: la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, Código Civil, Código Orgánico General de Procesos; por el nivel es de tipo histórica-descriptiva, por el método la investigación es de tipo cualitativa porque se infiere resultados desde la perspectiva del investigador describiéndose además un contexto histórico – cultural mediante la revisión en las diferentes normativas legales establecidas en nuestro país, es también descriptiva pues se ha hecho la revisión de diferentes documentos y se ha descrito los eventos, por el método de investigación es de carácter analítico sintético, porque se ha partido de la descomposición de los objetos de estudio como son la revisión de cada uno de los articulados de los diferentes cuerpos legales en donde hacen mención sobre la declaratoria de paternidad de forma individual para luego analizarlos de forma integral y holístico, el diseño de la investigación es no experimental.

2.2 Derecho Comparado

2.2.1 En México

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en relación a la identidad y al derecho del interés superior del niño se encuentra consagrado en su normativa Constitucional en el artículo 4o. en los incisos 7 y 8 los cuales indican que:

“Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá

gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”. (Congreso Constituyente, 2020)

En relación a los derechos que establece la legislación mexicana se puede evidenciar que los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a que se les reconozca la identidad así también que la misma sea en base a certeza jurídica es decir tiene el derecho de conocer su origen genético y el estado mexicano es el responsable de hacer que estos derechos sean garantizados, así como a garantizar y priorizar el derecho del interés superior del niño.

2.2.3 En Colombia

En la Constitución Política de Colombia en el artículo 44 se reconoce los derechos de los niños y las niñas en el cual se establece que:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán

también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. (Asamblea Nacional Constituyente, 2019)

En la normativa suprema de Colombia se explica sobre el derecho al nombre, a la familia y el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes de no ser separada de ella, así mismo el estado, la familia y la sociedad son los encargados de velar por la protección del niño y garantizar el desarrollo armónico e integral del mismo, por lo que se puede entender que en el estado Colombiano se preocupa por hacer que los derechos de los niños se cumplan tal como consta en su Constitución es parte esencial del estado garantizar su fiel cumplimiento, dado que al reconocer el derecho al nombre que todo niño tiene influye en su crecimiento y desarrollo.

2.2.4 El derecho a la Identidad en Ecuador

En el capítulo tercero, Sección quinta de la Constitución de la República del Ecuador, se instaura los derechos de Niñas, niños y adolescentes en el cual indica:

En el “Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

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

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”.

Mientras que el Art. 66 numeral 28.- Se reconoce y garantizará a las personas:

“El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales” (Asamblea Nacional d. l., Constitución de la República del Ecuador., 2015).

De la revisión de los artículos 45 y 66 numeral 28 de la Constitución de la República del Ecuador se puede apreciar los derechos que se encuentran establecidos en nuestra carta magna entre los derechos indicados se estipula el derecho a la identidad de las niñas, niños y

adolescentes y que el estado ecuatoriano es el encargado de garantizar que estos derechos sean concedidos y protegidos a plenitud.

CAPÍTULO III

3.1 PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA

De acuerdo al análisis realizado de esta investigación se propone que la Asamblea Nacional realice un estudio respecto a las resoluciones emitidas por los operadores de justicia que provoca la declaratoria de paternidad resuelta en base a presunciones por la rebeldía del demandado ante su no comparecencia a realizarse la prueba de ADN.

Debido a que los jueces por hacer prevalecer el interés superior del niño, niña y adolescente emiten resoluciones declarando la paternidad aún si el demandado se negó a realizarse la prueba de ADN, por tal razón el derecho a la identidad queda en duda de que si realmente se garantizó a plenitud este derecho que está consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, por consiguiente los administradores de justicia ante la negativa por parte del demandado resolverán en base a una presunción declarando una paternidad incierta.

Quedando de esta manera la duda de saber si el demandado es el padre biológico del menor, debido a que en el Código de la Niñez y Adolescencia solo establece la forma legal de cómo puede resolver el Juez en base a una negativa pero más no hay algún articulado que indique algún medio alternativo para que en caso de negativa del demandado como puede actuar los jueces en base a la ley para hacer cumplir al demandado con su obligación de realizarse la prueba de ADN o bien que sabiendo que el menor es su hijo lo reconozca de manera voluntaria.

De esta manera se podrá garantizar el derecho a la identidad, si bien al momento de establecer un medio obligatorio para que el demandado asista a realizarse la prueba de ADN se podría decir que se está violentando el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad del demandado, ahora

por otro lado está el derecho a la identidad e identificación que el menor tiene, aquí se presenta un conflicto entre derechos para ver cuál es el que prevalecerá, por lo que se hace necesario realizar una ponderación de derechos para establecer cual derecho debe predominar.

Por tal razón como ya se ha indicado en esta investigación los derechos de los niños, niñas y adolescentes están por encima de los demás derechos, es así que debe primar el derecho a la identidad y permitir llegar al fondo una investigación de la paternidad para poder establecer la verdad biológica y de esta manera evitar que se dicten tantas resoluciones en base a presunciones sino más bien se analice la posibilidad de establecer un medio alternativo para que los jueces tengan instrumentos legales para hacer que el demandado cumpla con su obligación.

De esta manera exista algún tipo de sanción para la persona que obstaculice garantizar el derecho a la identidad que toda persona tiene tal como se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador.

Por lo expuesto, es preciso que se haga constar en la normativa pertinente un tipo de sanción para la persona que no presta la colaboración necesaria para establecer la paternidad biológica que permita determinar de manera segura y clara los lazos de consanguinidad de las personas que ha acudido para que se reconozca su derecho a identidad.

CONCLUSIÓN

Luego de la investigación realizada y analizado las diferentes normativas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico se concluye que no se garantiza a plenitud el derecho a la identidad que todas las personas tienen, debido a que se declara una paternidad en algunos casos en base a presunciones sin que exista una prueba certera que determine la relación biológica entre el padre y el menor.

Así también no se garantiza el derecho a la investigación de la paternidad para poder establecer la verdad biológica con la relación jurídica a la filiación, por lo que es necesario que se emitan resoluciones en base a la prueba contemplada en la normativa legal vigente en donde se comprobaría el nexo biológico.

Conforme al tema investigado se pudo determinar que la filiación es una figura jurídica que está ligado directamente al derecho a la identidad y que todo individuo nace con este derecho, por consiguiente se considera un derecho fundamental para todo ser humano el mismo que requiere protección, así mismo se pudo verificar que la filiación se genera por la concepción de sus progenitores por lo que cada individuo cuenta con una sola filiación biológica es por ello que toda persona cuando aún no se haya establecido su paternidad tiene derecho de requerir la investigación de la misma para de esta forma se establezca su derecho de saber su origen biológico

En base a la investigación realizada, el examen de ADN tiene una relevancia que garantiza confiabilidad para ambas partes y sirve de medio para la declaratoria de paternidad, especificándose el grado de confiabilidad para determinar los lazos de consanguinidad que existe entre el padre con el hijo, por lo que a falta de esta prueba si se dicta un fallo jurídico en donde no exista la certeza del vínculo biológico, se afectaría

directamente al derecho a la identidad del menor por cuanto el menor no podrá saber si realmente es hijo o no de la persona que figura como su padre, causando con esto un daño en el desarrollo del menor quien crecerá creyendo que la persona que fue declarado como su padre resulta que con el tiempo en realidad no lo es.

En consecuencia, de la revisión de las diferentes normativas legales que regulan la declaratoria de paternidad se puede indicar que existen vacíos legales, debido a que se dictan resoluciones estableciendo paternidades biológicas sin existir un medio de prueba que determine que efectivamente el demandado es el progenitor biológico del menor, por consiguiente, no se garantiza el cumplimiento efectivo del derecho a la identidad, así como el derecho a la investigación biológica.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, M. R. (2000). *La filiación y sus efectos*. Chile: Jurídica de Chile.
- Abeliuk, M. R. (2003). *La Filiación y sus efectos. Tomo I*. Chile: Jurídica de Chile.
- Andrade, B. (19 de Abril de 2008). *Diccionario Jurídico Educativo De los Derechos De la Niñez y Adolescencia*. Quito: Jurídica. Obtenido de Deconceptos.com.: <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/filiacion>
- Asamblea Nacional Constituyente, d. C. (2019). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá-Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público-IEMP.
- Asamblea Nacional, d. I. (2015). *Código Civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional, d. I. (2015). *Código Civil*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional, d. I. (2015). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional, d. I. (2015). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional, d. I. (2017). *Código De La Niñez y Adolescencia, Ley Reformatoria al Título V Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito-Ecuador: Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de Julio del 2009.

- Asamblea Nacional, d. l. (2017). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito-Ecuador: Registro Oficial 737 del 03-Jan-2003.
- Asamblea Nacional, d. l. (2017). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito-Ecuador: Registro Oficial 737 del 03-Jan-2003.
- Asamblea Nacional, d. l. (2017). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial Suplemento 283 de 7 de Julio del 2014.
- Azpiri, J. (1992). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires-Argentina: Universidad.
- Azula, C. (2005). *Manual de Derecho Civil Pág.70*. Bogotá: Alfajurix.
- Barco, M. (2010). *La Constitución y los derechos de los niños y niñas*. pág. 32. Caracas-Venezuela: Progreso.
- Congreso Constituyente, M. (2020). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Diario Oficial de la Federación.
- Corte Suprema de Argentina en ESCALANTE, C. (2017). EL DERECHO DE ALIMENTOS Y LA DECLARATORIA DE. Ambato: UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES.
- Couture, E. J. (1951). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Primera Edición*. Buenos Aires: Depalma.
- Fernández, S. C. (1992). *Derecho a la Identidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Galindo, G. I. (1994). *Estudios de Derecho Civil. 2ª edición*. México: Porrúa.
- García, F. J. (2006). *Manual teórico y práctico en materia de constitución y civil.: Los juicios por las acciones de investigación y de impugnación de la paternidad en la legislación ecuatoriana: la*

filiación y el derecho constitucional a la identidad. Quito, Pichicha, Ecuador: Ministerio de Justicia de Quito.

GILMOUR, W., & ALSTON, P. (1997). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales.* Pag. 105. Buenos Aires: Unicef Argentina.

GROSMAN, C., & ARIANNA, C. (1992). *Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, en la Ley.* Buenos Aires: B-1193.

Larrea, H. J. (2008). *Enciclopedia jurídica ecuatoriana.* Ecuador: Fundación Latinoamerica Andres Belló-CODEU.

Larrea, H. J. (2008). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana.* Ecuador: CODEU.

Llamas, L. M. (08 de Octubre de 2014). *Vlex-españa.* Obtenido de La presunción de paternidad legítima: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/presuncion-paternidad-legitima-37761916>

Lorente, A. J. (2012). *Criminalística actual, Ley Ciencia y Arte.* México: Euroméxico S.A.

Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.* Buenos Aires - Argentina: Heliasta.

Ossorio, M. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales.* Buenos Aires: Heliasta.

Palacio, L. (1973). *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. (p.554).* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Parra, J. (2017). *Derecho de Familia .* Bogota-Colombia: Temis S.A.

Ramos, R. F. (2009). *Derecho de Familia.* Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

- Rivero, H. F. (1971). *La Presunción de Paternidad Legítima*. Madrid: Tecnos.
- Rombola, N. D. (2004). *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES*. Buenos Aires- Argentina: Ruy Díaz.
- SCHMIDT, C., & VELOSO, P. (2001). *La filiación en el nuevo Derecho de familia*. Chile: Jurídica Cono Sur.
- Varsi, R. E. (1999). *Filiación derecho y genética*. Lima-Perú: Fondo de Desarrollo Editorial.
- Varsi, R. E. (1999). *Filiación Derecho y Genética*. Lima-Perú: Fondo de Desarrollo Editorial.
- Zapata, R. (2012). *La Prueba en los Procesos de Filiación*. Salamanca-España: Universidad de Salamanca Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal.
- Zapata, R. (2012). *La Prueba en los Procesos de Filiación*. Salamanca - España: Universidad de Salamanca Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal.

ANEXOS

PERFIL DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

DISEÑO DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

TÍTULO: “Análisis jurídico sobre la declaratoria de paternidad sin haberse realizado la prueba de ADN”.

AUTORA: LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE

Número de cédula: 060457888-0

TUTOR: DR. LUIS ERNESTO QUINDE QUIZHPI. MGS

FECHA: 2020

Página 68 |

www.ucacue.edu.ec

1. ESTRUCTURA DEL DISEÑO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1.2 TEMA

Realidad jurídica sobre la declaratoria de paternidad en las demandas de alimentos con presunción.

1.3 TÍTULO

Análisis jurídico sobre la declaratoria de paternidad sin haberse realizado la prueba de ADN.

1.4 JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene la necesidad de establecer la vulneración que existe del derecho a la identidad del o la menor en los tramites de alimentos con presunción de paternidad, cuando se declara la paternidad sin que el demandado se haya realizado la prueba de ADN, debido a la negativa del demandado de realizarse el examen de ADN, que es el método más eficaz para poder determinar el vínculo biológico de consanguinidad de los padres con sus hijos, el Juez cumpliendo con el trámite que establece el Código Civil y cuando exista la negativa por parte del demandado a someterse a esta prueba se presumirá de hecho la filiación con el hijo quedado de esta manera la duda, que el demandado es o no realmente el padre biológico del menor y si el apellido que se marginara en su certificado de nacimiento efectivamente es el que realmente corresponde, afectando de esta manera la identidad del menor y por ende a su desarrollo en torno a su familia paterna.

Es necesario que exista algún tipo de sanción ejemplarizadora para el demandado que no comparezca al llamado del Juez a realizarse

la prueba de ADN, solamente de este modo se obligaría al demandado someterse realizar la prueba de ADN, con lo que se garantizaría el auténtico derecho a la identidad del menor.

1.5 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo afecta la declaratoria judicial de paternidad en los tramites de alimentos con presunción de paternidad cuando el demandado no se realiza en examen de ADN?

1.6 OBJETO DE ESTUDIO

Derecho Civil.

Constitución del Ecuador

Código Orgánico General de Procesos

1.7 CAMPO DE ACCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Sentencias alimentos con presunción de paternidad.

1.8 LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DE LA CARRERA

Derecho y Administración de Justicia

1.9 OBJETIVO GENERAL

Analizar las consecuencias jurídicas sobre la declaratoria de paternidad sin haberse realizado la prueba de ADN en las demandas de alimentos con presunción de paternidad en relación a la vulneración del derecho a la identidad.

1.10 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Describir las afectaciones jurídicas que se produce en las demandas con presunción de paternidad cuando no se realiza el examen de ADN.
- Analizar las disposiciones legales sobre como la declaratoria de paternidad vulnera el derecho a la identidad del menor.
- Identificar las causas probables que provocan que el demandado no acceda a realizarse la prueba de ADN.
- Enunciar las afectaciones que se generan en el menor el no saber cuál es su identidad biológica.

1.11 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación que se aplicará en el presente trabajo es de revisión bibliográfica, se enfocará en el estudio y análisis del Código Civil, Código Orgánico General de Procesos y Constitución del Ecuador respecto a la fijación de paternidad mediante sentencias de alimentos con presunción.

Realizare un análisis que determine las consecuencias jurídicas que existe cuando se declara la paternidad judicial del menor sin haber probado por medio del examen de ADN que el demandado es el progenitor biológico del niño o niña y para esto se revisara las diferentes normativas, revistas, opiniones, ensayos respecto a este tema.

La investigación que voy a realizar es de carácter bibliográfico porque es un contenido que se va analizar e investigar sobre aspectos de la realidad que se está viviendo en la actualidad y que todavía no han sido profundizados.

En base a esta investigación se va a detallar como se vulnera el derecho a la identidad del menor cuando el demandado se rehúsa a comparecer a juicio sin someterse a la prueba de ADN, es una situación actual que se está percibiendo.

1.12 MARCO TEÓRICO

Para (Flores-Flores, 2015) “El derecho a la filiación “concurriendo en el aspecto propuesto, el derecho de filiación extramatrimonial, recae sobre la base del reconocimiento del vínculo que existe (biológico) y el que debe existir (legal) entre los padres del menor y este último. Según la Convención de los Derechos del niño, toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria (conocer a sus padres, corresponder y; saberse correspondido a la identidad del vínculo con sus familiares). Nos situamos en el marco actual, y teóricamente, el Código Civil, destaca la sociedad paterno-filial, y distingue tres modalidades: la filiación matrimonial (para los hijos nacidos dentro del matrimonio), filiación para los hijos adoptivos, y la filiación extramatrimonial (los concebidos y nacidos fuera del matrimonio). En esta última modalidad, se avocarán las siguientes líneas.

La filiación extramatrimonial, ha pasado por un proceso legislativo, evolutivo y paradigmático, donde el legislador y la normatividad, han tenido que afrontar la difícil tarea de disolver lo normado en la materia, por encontrarse obsoleto y porque evidentemente, no correspondía la normativa previa a una sociedad actual, donde el formalismo, no puede prevalecer por sobre la realidad. En referencia a lo anterior, el autor Varsi, E (2006:14) lo describe de la siguiente manera: La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada- desde el punto de vista

social- sino que de iure condendo, la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba”. La ley, regula un proceso judicial, meramente probatorio, lo que constituya la prueba de ADN, es la evidencia biológica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el realizarse esta prueba, el efectuarse la mencionada prueba u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negatividad o rebeldía del demandado, el juez declarará judicialmente la paternidad”.

En tiempos anteriores la declaratoria de paternidad era un tema discutido porque no había una forma segura de determinar la paternidad ya que se hacía por medio de testigos u otros métodos pocos eficaces pero gracias al avance de ciencia hoy en día existe un método seguro para poder determinar la paternidad y es la prueba de ADN y sobre todo teniendo en cuenta que la filiación es un derecho que tenemos todas las personas es necesario que se establezca con seguridad esta figura jurídica, ya que por el bienestar y el desarrollo integral del menor se debe declarar una paternidad con la certeza que realmente el apellido con el cual se le va inscribir en acta de nacimiento sea el de su padre biológico, es por esto que para tener la seguridad de que se dé cumpliendo es necesario que se realice la prueba de ADN ya que este es el método más eficaz para determinar la filiación.

Para (Huaroto, 2018)“La falta de contestación de una demanda de filiación o la negativa a realizarse la prueba de ADN son elementos suficientes para declarar la paternidad. En tal sentido, si un demandado

no se presenta al proceso judicial o contradice la paternidad en el proceso sin realizarse la prueba de ADN entonces es declarado padre. La determinación de la declaración de paternidad ante la falta de oposición del demandado y, sobre todo, ante la negativa a someterse a la prueba de ADN tuvo su base en las constantes negativas injustificadas de los supuestos padres que repercutían en que en buena parte de los casos, juezas y jueces no emplazarán la paternidad, sino que se limitarán a otorgar una pensión de alimentos”.

La constante negativas injustificadas por parte del demandado a realizarse la prueba de ADN trae como consecuencia que se vulnere el derecho a la identidad del menor ya que por rebeldía del demandado el Juez debe declarar la paternidad sin tener la certeza de que realmente el demandado sea el verdadero padre biológico del menor y que por ende esta declaratoria con el tiempo acarreará problemas tanto sociales como jurídicos, es por esta razón que es necesario que se obligue al demandado a someterse a la realizarse la prueba de ADN para garantizar el bienestar del menor.

Para (Ramírez Porras, 2020), indica que “El medio probatorio más idóneo y conducente a demostrar la relación parento filial entre dos personas, es la práctica de un examen de ácido desoxirribonucleico ADN; cuyo resultado permite garantizar la identidad de los referidos menores. En la actualidad, en este tipo de juicios, hay ocasiones que el demandado, se opone a la práctica de la prueba de ácido desoxirribonucleico ADN, lo cual impide que los jueces de las Unidades Judiciales de la Mujer, Familia, Niñez y Adolescencia, cuenten con los elementos probatorios suficientes y contundentes, para determinar si una persona es o no el padre biológico de otra; ante la negativa e

inasistencia de uno de los padres, por varias ocasiones a los laboratorios clínicos de la Cruz Roja Ecuatoriana, o de la Fiscalía del Ecuador, para practicarse la referida prueba; se han presentado casos, en los cuales, los jueces dictan sentencias, sin haber garantizado la práctica de la mencionada prueba; lo que podría ocasionar que el Juez, declare la paternidad, en base de presunciones, situación que está contemplada en el artículo numerado 10, viñeta a) del Código de la Niñez y Adolescencia; que establece que en los casos de que exista la negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas científicas, se presumirá de hecho la relación parento filial (Ecuador. Congreso Nacional, 2014); es decir, se presumirá que es el padre; situación que puede afectar el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente, por cuanto, no existirá la certeza de que la persona efectivamente sea su padre biológico; sin embargo judicialmente puede ser declarado como tal; en base de presunciones; y, no en base de pruebas plenas y científicas, como lo es la prueba de ADN, contrariando criterios emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador (2015), que señalan que es imperativo la práctica esa prueba en los procesos de paternidad”.

De acuerdo a lo indicado por las autoras de este artículo concuerdo con las mismas ya que el hecho de declarar una paternidad por rebeldía, por la no comparecencia del demandado para la práctica de la prueba de ADN, vulnera el derecho que toda persona tiene y aún más un niño o niña a conocer su identidad biológica, su lazo de filiación, sobre todo el daño que se causa al desarrollo tanto integral como psicológico del menor, es por esta razón la importancia que tiene que la paternidad sea demostrada y declarada con el examen de ADN y no más por presunciones causadas por la rebeldía del demandado a no querer

realizarse dicha prueba, finalmente sería necesario que existiera una sanción para el demandado cuando se rehusó a la realización de la prueba de ADN, para así de esta manera garantizar el derecho a la identidad del menor.

Para (Rospigliosi, 2019) “El examen de ADN es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos. Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta y viene siendo eficazmente utilizado en la determinación de la abuelidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros, exigencia de beneficios de la Seguridad Social, en el establecimiento de derechos triviales y la averiguación de la generalidad. Este adelanto se consignó por el legislador con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, uno de los derechos fundamentales más importantes de todo ciudadano, como se mencionó anteriormente. De ahí que la nueva ley exija, a fin de canalizar la oposición, el sometimiento al examen de ADN, entendido como el único medio que permite el pleno convencimiento del juez”.

En la actualidad gracias a los avances de la ciencia y de la tecnología existe un método científico por el cual se puede determinar la filiación biológica que existe en relación a los padres con sus hijos, así también esta técnica es una de los métodos que mayor seguridad puede dar a los administradores de justicia, así mismo la certeza de la filiación biológica sobre todo para que puedan dictar sentencias en base a la prueba de ADN que establezca con seguridad el vínculo de filiación del padre con el menor y de esta manera poder garantizar el desarrollo del

menor ya que su identidad está definida por medio de un examen científico que va demostrar la relación biológico de filiación.

Para (Noral & Correa, 2015). Según lo que señala la Corte Constitucional en Sentencia C-807 de 2002, con los avances de la ciencia y la tecnología ya es posible obtener, no sólo la exclusión de la paternidad, sino también la atribución de ella, determinado, con un alto grado de probabilidad, que el supuesto padre lo es verdaderamente respecto del hijo que se le imputa. Esta prueba biológica asegura, sin lugar a dudas, la confiabilidad y seguridad del resultado. Así mismo, la Corte Constitucional también recalca que el avance de la ciencia y la tecnología han transformado en obsoletas muchas de las leyes y códigos, en especial el Código Civil que cumple ya 114 años de vigencia y que entre sus disposiciones consagraba un sinnúmero de presunciones para establecer la filiación que actualmente han quedado relegadas a causa del avance científico por medio de las pruebas antro-po-heredo-biológicas; es por esto que los legisladores, preocupados por adecuar las normas a las circunstancias del mundo moderno, y conforme a los principios esenciales del Estado, han modificado la Ley 75 de 1968 por medio de la cual se demanda Ley 721 de 2001, imponiendo como obligatoria y oficiosa la prueba del ADN en los procesos de filiación para así poder establecer la paternidad o maternidad, desplazando los otros medios de prueba, los cuales han pasado a poseer un carácter puramente subsidiario, es decir, que se acudirá a éstas solo cuando sea definitivamente imposible disponer de la información que aporta la prueba de ADN, como se establece en su artículo 3º. De esta manera, la finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quién es el

verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%”.

En referencia a esta investigación científica podemos determinar que efectivamente la única forma de medio probatorio para establecer con certeza el lazo de paternidad biológica es la práctica de la prueba de ADN, por lo tanto como se indica en este artículo el estado deberá imponer la prueba de ADN como obligatoria en los procesos de filiación para proteger el interés del menor, además de esto para llegar a la verdad de la filiación biológica ya que de acuerdo a los resultados de esta prueba está demostrado científicamente que tiene una certeza del 99.99%, es decir que existe un rango de seguridad que ayudara a los Jueces para poder dictar la sentencia de declaratoria de la paternidad y sobre todo garantizar el derecho a la identidad del menor.

1.13 HIPÓTESIS

No aplica por ser una investigación exploratoria.

1.14 MÉTODO A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN

En esta investigación aplicaré el método analítico – sintético pues me permitirá analizar las consecuencias jurídicas que se presentan en las demandas de alimentos con presunción de paternidad cuando se declare judicialmente la paternidad sin haberse establecido el medio probatorio para demostrar que el demandado es el padre biológico del niño o niña que en este caso es la prueba de ADN, así también sobre la afectación al derecho a la identidad del menor, mediante la técnica de revisión bibliográfica y base de datos científicos, pues mediante esta técnica me ayudará a esclarecer las consecuencias que se presentan

en los diferentes tramites de alimentos con presunción de paternidad en cuanto a la afectación del derecho a la identidad del menor por la negativa que existe del padre de no practicarse la prueba ADN.

1.15 CRONOGRAMA

Actividades	Calendario	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre
Recopilación de información para la propuesta de la investigación Redacción del tema, título y justificación.		X					
Construcción del planteamiento del problema, objetivos y tipo de investigación.		X					
Revisión bibliográfica, construcción del estado del arte.		X					
Elaboración de la metodología a utilizarse en la investigación, cronograma de actividades		X					
Desarrollo del marco teórico: bases teóricas, bases legales y definición de términos básicos.			X	X			
Descripción del marco situacional					X	X	
Elaboración de propuestas: conclusiones y recomendaciones.						X	
Presentación del informe final en la Secretaría de la Unidad Académica						X	
Sustentación individual ante un tribunal de grado.							X

1.16 POBLACIÓN Y MUESTRA

No es necesario debido al tipo de investigación.

1.17 BIBLIOGRAFÍA

Flores-Flores, P. J. (2015). EL RECONOCIMIENTO EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE LA MUJER. *Escuela de Investigadores Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porras*, 6.

Huaroto, B. M. (2018). “¿Yo soy tu padre?”: reflexiones sobre la regulación de la paternidad extramatrimonial. *Revista del Instituto de la Familia*, 112.

Noral, M., & Correa, R. (2015). Protección efectiva del interés superior del menor en la filiación extramatrimonial a través de la prueba de ADN. *Luis Amigó Fundación Universitaria*, 25-26-29.

Ramírez Porras, M. E. (2020). ANÁLISIS JURÍDICO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA. *Revista Conrado*, 145.

Rospigliosi, E. V. (2019). Las Acciones Filiatorias. *Tribunais*, 66-67.

1.18 FIRMAS DEL TUTOR Y DEL RESPONSABLE DE INVESTIGACIÓN QUE APRUEBA EL DISEÑO

La Troncal 02 de junio de 2020

Lilian Margarita Peralta Chinlle

Dr. Luis Quinde Quizhpi
TUTOR

Dr. Julio Garate Amoroso
RESPONSABLE DE INVESTIGACIÓN

Fecha: _____

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo de fecha: _____

Asesor Jurídico
Unidad Académica de Ciencias Sociales

OFICIO DE OPCIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

La Troncal 7 de mayo 2020

Dr. Héctor Tapia Mgtr.
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO EXTENSIÓN LA TRONCAL

Presente

De mi consideración:

Yo, LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE, con C.I. 0604578880, alumna de la carrera de Derecho, llego con un afectuoso saludo y al mismo tiempo comunicarle que, una vez cumplido con los requisitos académicos establecidos por la Universidad Católica de Cuenca Sede San Pablo de la Troncal, solicito a usted que se me inscriba en la Unidad de Titulación para optar por la modalidad de graduación: TRABAJO DE TITULACIÓN.

Para cuyo efecto reconozco y acepto las disposiciones establecidas en el Reglamento de Titulación

Atentamente,



.....
ESTUDIANTE DE DECIMO CICLO PERIODO MARZO 2020-AGOSTO 2020
C.I. 06045788880
Mail: Imperaltac80@est.ucacue.edu.ec

TURNITING

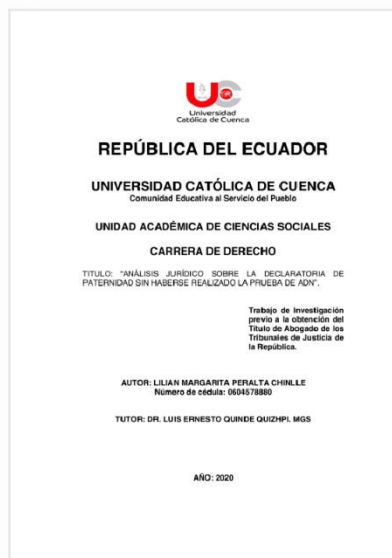


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Lilian Margarita Peralta Chinlle
Título del ejercicio: TRABAJOS
Título de la entrega: "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA D...
Nombre del archivo: TESIS_LILIAN_PERALTA.docx
Tamaño del archivo: 322.46K
Total páginas: 71
Total de palabras: 16,087
Total de caracteres: 82,072
Fecha de entrega: 15-sep-2020 11:04p.m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega: 1388295617



Derechos de autor 2020 Turnitin. Todos los derechos reservados.

“ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD SIN HABERSE REALIZADO LA PRUEBA DE ADN”

INFORME DE ORIGINALIDAD

10 %	%	%	%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL
	INTERNET		ESTUDIANTE

ENCONTRAR COINCIDENCIAS CON TODAS LAS FUENTES (SOLO SE IMPRIMIRÁ LA FUENTE SELECCIONADA)

< 1%

★ blogkarinaj.blogspot.com

Fuente de Internet

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias

Apagado

Excluir bibliografía

Apagado

RESUMEN

ABSTRACT

CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

This research study allows us to be clear about the importance of resolving paternity procedures based on a test that confirms the biological affiliation that may exist among people who are immersed in this kind of processes, for which a bibliography review of historical facts has been carried out of the different evolutions that the law has given regarding paternity and how over time different methods as well as laws have been implemented so that compliance can be guaranteed.

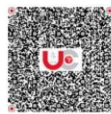
Within the investigative study, regulations, international treaties, jurisprudence are reviewed where the relevance of the DNA test to prove the biological relationship between individuals as evidenced by the degree of reliability that this test shows, as well as knowing the rights that should prevail. For this, an analysis is addressed on the declaration of paternity with a presumption of paternity when the defendant for refusing to carry out the DNA test makes it difficult to determine the biological link that corresponds between the father and his child, in this way guaranteeing the right to identity.

The meaning and importance that every person has of knowing their identity will be determined, not based on presumptions but on scientific tests that determine their biological relationship of consanguinity, understanding that knowing their biological identity is part of their integral development of a person within a society.

Keywords: declaratory, paternity, DNA, identity, filiation.

La Troncal, 2 de octubre del 2020

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



LIC. NANCY PAOLA
ORELLANA PARRA
Documento
certificado
digitalmente por
Emergencia
Sanitaria en Ecuador
por COVID-19
La Troncal - Ecuador
2020-10-02
10:56-05:00

Lic. Nancy Orellana de Cabrera, MSc.
COORDINADORA CENTRO DE IDIOMAS LA TRONCAL

CERTIFICADO DE BIBLIOTECA

La Bibliotecaria de la extensión La Troncal

CERTIFICA:

Que, **Lilian Margarita Peralta Chinlle** portador(a) de la cédula de ciudadanía N°
0604578880 de la Carrera de **Derecho** no adeuda libros, a esta fecha.

La Troncal, 28 de septiembre de 2020



F:
Ing. Thalia Alvarado Ortega



www.ucacue.edu.ec

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 **Azogues:** Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 **Cañar:** Calle Antonio Ávila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 **San Pablo de la Troncal:** Cda. Universitaria
km.72 Quinceava Este y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 **Macas:** Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2700393, 2700392

Página 91 |

www.ucacue.edu.ec

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 **Azogues:** Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 **Cañar:** Calle Antonio Ávila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 **San Pablo de la Troncal:** Cda. Universitaria
km.72 Quinceava Este y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 **Macas:** Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2700393, 2700392

OFICIO PARA LA APROBACIÓN DEL DISEÑO DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

La Troncal, 12 de junio del 2020

Asunto: Solicitud para la aprobación del Diseño del Proyecto de Investigación.

Doctor
Ernesto Robalino Peña, Mgs.
DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Su despacho.

De mi consideración:

Yo, LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE, con C.I. 0604578880, alumna de la Carrera de Derecho, llego a usted con un atento y cordial saludo, y al mismo tiempo, solicitarle de la manera más comedida que por medio de su intervención ante el consejo directivo se me conceda la aprobación del Diseño del Proyecto de Investigación que tiene como Título “ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD SIN HABERSE REALIZADO LA PRUEBA DE ADN”.

Por la favorable acogida, anticipo mi sincero agradecimiento.

Atentamente,



LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE
C.I. 0604578880
ESTUDIANTE

www.ucacue.edu.ec

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 Azogues: Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 Cañar: Calle Antonio Ávila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 San Pablo de la Troncal: Cda. Universitaria
km.72 Quinceava Esta y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 Macas: Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2700393, 2700392

OFICIO DE APROBACIÓN DE TEMA DE TESIS Y TUTOR

Cuenca, 27 de mayo de 2020

Asunto: Solicitud de aprobación de tema de tesis y tutor.

Doctor
Ernesto Robalino Peña, Mgs.
Decano de la Unidad Académica de Ciencias Sociales
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA
Su despacho.

De mi consideración:

Reciba un atento y cordial saludo, por medio de la presente, quiero solicitarle de la manera más comedida a su digna persona que por medio de su intervención ante el consejo directivo se proceda a la aprobación del tema de tesis **“ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD SIN HABERSE REALIZADO LA PRUEBA DE ADN”**, y como tutor al docente **DR. LUIS ERNESTO QUINDE QUIZHPI. MGS**

Por la favorable acogida, de antemano mi más sincero agradecimiento.

Atentamente,
AÑO JUBILAR, QUINCUAGÉSIMO ANIVERSARIO FUNDACIONAL



LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE
C.C.:0604578880

ESTUDIANTE

www.ucacue.edu.ec

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 Azogues: Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 Cañar: Calle Antonio Ávila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 San Pablo de la Troncal: Cda. Universitaria
km.72 Quinceava Este y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 Macas: Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2700393, 2700392

Página 95 |

www.ucacue.edu.ec

Cuenca: Av. de las Américas y Tarqui. ☎ Telf: 2830751, 2824365, 2826563 **Azogues:** Campus Universitario "Luis Cordero El Grande", (Frente al Terminal Terrestre).
☎ Telf: 593 (7) 2241 - 613, 2243-444, 2245-205, 2241-587 **Cañar:** Calle Antonio Ávila Clavijo. ☎ Telf: 072235268, 072235870 **San Pablo de la Troncal:** Cda. Universitaria
km.72 Quinceava Este y Primera Sur ☎ Telf: 2424110 **Macas:** Av. Cap. José Villanueva s/n ☎ Telf: 2700393, 2700392

CALIFICACIÓN

OFICIO DEL TUTOR

PERMISO DEL TUTOR PARA SUBIR AL REPOSITIRIO INSTITUCIONAL

Yo LILIAN MARGARITA PERALTA CHINLLE, portador (a) de la cédula de ciudadanía Nro. 0604578880, en calidad de autor y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación: “ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA DECLARATORIA DE PATERNIDAD SIN HABERSE REALIZADO LA PRUEBA DE ADN”, de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de Los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos, Así mismo; autorizo a la Universidad para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

La Troncal, 03 de febrero de 2020