

**UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR**



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN**

**CARRERA: DERECHO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**TEMA: REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE**

**ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR**

**AUTOR: RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERÁN**

**ASESORA: Dra. CECILIA IRENE SALAZAR SÁNCHEZ**

**Quito- 2019**

## DECLARACIÓN JURAMENTADA

*Notaría Cuarta del Distrito Metropolitano de Quito*  
*Dr. Rómulo Josecito Pallo Q.*  
*Notario*

1 \_\_\_\_\_no

2 No. ESCRITURA: 20191701004P01015

3 No. FACTURA: 003-002-000127838

4

5

### DECLARACION JURAMENTADA

6

OTORGA:

7

**RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERAN**

8

CUANTIA: INDETERMINADA

9

DI: 2 COPIAS

10

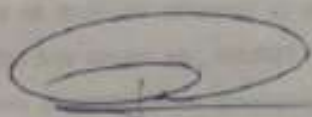
**\*\*J.J.R\*\***

11

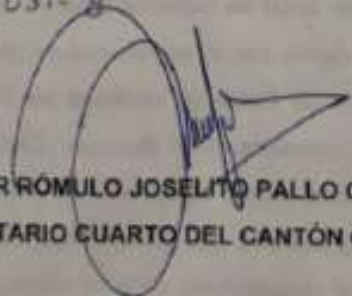
12 En la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, Capital de la República  
13 del Ecuador, hoy día ocho de febrero del año dos mil diecinueve,  
14 ante mi Doctor Rómulo Josecito Pallo Quisilema, Notario Cuarto  
15 del Cantón Quito, comparece con plena capacidad, libertad y  
16 conocimiento, a la celebración de la presente escritura el señor  
17 **RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERAN**, de estado civil soltero,  
18 de ocupación estudiante.- El compareciente es ecuatoriano, declara  
19 ser hábil en derecho para contratar y contraer obligaciones, a quien  
20 de conocer doy fe, en virtud de haberme exhibido su documento de  
21 identificación y autorizado por el compareciente para descargar el  
22 Certificado Electrónico de Datos de Identidad del Sistema Nacional  
23 de Identificación Ciudadana del Registro Civil. Advertido el  
24 compareciente por mí el Notario de los efectos y resultados de esta  
25 escritura; así como examinado que fue en forma aislada y separada  
26 de que comparece al otorgamiento de esta escritura sin coacción,  
27 amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, me pide que  
28 eleve a escritura pública la siguiente declaración juramentada:

*Notaria Cuarta del Distrito Metropolitano de Quito*  
*Dr. Rómulo Joselito Pallo Q.*  
*Notario*

1 **RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERAN**, conocedor del delito de  
2 perjurio, libre de toda coacción física o moral, declaro bajo juramento  
3 que: "He realizado la tesis para obtener el título de ABOGADO DE  
4 LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL  
5 ECUADOR DE LA UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL  
6 ECUADOR (UMET); declarando que soy el autor del tema inédito  
7 REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE  
8 ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR".- Es todo  
9 cuanto puedo declarar en honor a la verdad.- HASTA AQUÍ LA  
10 DECLARACIÓN.- Para la celebración y otorgamiento de la presente  
11 escritura se observaron los preceptos legales que el caso requiere;  
12 y, leída que le fue por mí, el Notario, a la compareciente, aquel se  
13 ratifica en la aceptación de su contenido y firma conmigo en unidad  
14 de acto; se incorpora al Protocolo de esta Notaria la presente  
15 escritura, de todo lo cual doy fe.-

16  
17  
18   
19 **RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERAN**

20 C.C. 172244031-8

21  
22  
23   
24 **DOCTOR RÓMULO JOSELITO PALLO QUISILEMA**  
25 **NOTARIO CUARTO DEL CANTÓN QUITO**

26  
27  
28 *El nota...*



# CERTIFICADO DIGITAL DE DATOS DE IDENTIDAD



Número único de identificación: 1722440318

Nombres del ciudadano: SARMIENTO TERAN RODNEY GUSTAVO

Condición del cedulado: CIUDADANO

Lugar de nacimiento: ECUADOR/PICHINCHA/QUITO/LA FLORESTA

Fecha de nacimiento: 14 DE DICIEMBRE DE 1994

Nacionalidad: ECUATORIANA

Sexo: HOMBRE

Instrucción: SUPERIOR

Profesión: ESTUDIANTE

Estado Civil: SOLTERO

Cónyuge: No Registra

Fecha de Matrimonio: No Registra

Nombres del padre: SARMIENTO SILVA JORGE GUSTAVO

Nacionalidad: ECUATORIANA

Nombres de la madre: TERAN VITERI ZOILA CECILIA

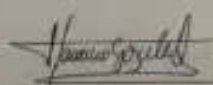
Nacionalidad: ECUATORIANA

Fecha de expedición: 10 DE ABRIL DE 2018

Condición de donante: NO DONANTE

Información certificada a la fecha: 8 DE FEBRERO DE 2018  
 Emisor: ROMULO JOSELITO PALLO QUILSAMA - PICHINCHA-QUITO-NT 4 - PICHINCHA - QUITO

N° de certificado: 195-196-66806  
  
 195-196-66806

  
 Leda Vazquez Talano G.  
 Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación  
 Documento firmado electrónicamente



## CERTIFICACIÓN DE LA ASESORA

Dra. Cecilia Irene Salazar Sánchez, en calidad de Asesora del Trabajo de Investigación designado por la Cancillería de la UMET, certifico que el estudiante: **RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERÁN**, titular de la cédula de ciudadanía N° **1722440318**, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: **“REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR”**, quien ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado a hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.

Dra. Cecilia Irene Salazar Sánchez

### CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Declaración de autoría de trabajo:

Yo, **RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERÁN**, cédula de ciudadanía N° **1722440318**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador "UMET", declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación que versa sobre **"REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR"**, así como las expresiones vertidas en la misma son autoría del compareciente, quien ha realizado la investigación en base a recopilación bibliográfica, páginas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al remitirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,



**Rodney Gustavo Sarmiento Terán**

**CC: N°1722440318**



### **CESIÓN DE DERECHOS**

El trabajo de investigación con el tema de **'REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR'**, cuyo autor es: **RODNEY GUSTAVO SARMIENTO TERÁN**, con **CC/N°: N°1722440318**, manifiesta en forma libre y voluntaria que: Cedo los derechos de la presente tesis a la Universidad Metropolitana de Ecuador y que el contenido sirva de fuente de información y conocimiento para el progreso científico de los estudiantes y profesores universitarios.

Atentamente..



Rodney Gustavo Sarmiento Terán

**CC: N°1722440318**

**AUTOR**

## DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico principalmente a la vida, por ser inspiradora, dura y frágil, por darme momentos felices y tristes, por darme fuerza, por dame la oportunidad de conocer personas buenas así como malas, y sobre todo agradezco a la vida por el tiempo, gracias a esta pude continuar en este proceso de obtener uno de los anhelos más deseados.

A mi padre y madre, por su amor, trabajo y sacrificio en todos los años que pudieron apoyarme, gracias a ustedes he logrado llegar hasta este punto, y convertirme en lo que soy ahora.

A mi enamorada Cristina, que ha estado apoyándome todo este tiempo, que ha hecho que mi voluntad sea más fuerte día a día, que me impulsaba a continuar con lo que comenzamos juntos, prácticamente te gradúas a mi lado.

A mi abuela Lilia, que siempre cuida y cuidara de mí, siempre pendiente de mí, siempre atenta conmigo, siempre valorizándome demasiado, te quiero abuela.

A mi tío Santiago que me ha apoyado en mi desarrollo personal y laboral, haciendo que siempre continúe adelante con mis estudios.

Y también a todas las personas que me han apoyado y han hecho que este trabajo se realice con éxito, en especial a aquellos que me abrieron las puertas y compartieron sus conocimientos, haciendo esto posible.



## AGRADECIMIENTO

Gracias a mi Dios, que me ha permitido siempre salir triunfante de las metas que me he propuesto.

Gracias al tiempo, por siempre estar presente, por siempre aclarar el panorama.

Gracias a mi querida Universidad, gracias por haberme permitido formarme.

Gracias a mis queridos profesores y compañeros, que fueron responsables de que este trabajo de tesis finalizara.

Gracias a todas las personas que aportaron a este trabajo de tesis ya sea directa o indirectamente, muchas gracias a todos ustedes, fueron de mucha ayuda y los responsables de la culminación de este trabajo.

Y para finalizar, sobre todo quisiera agradecer a una persona muy especial en mi vida, gracias Ana Cristina Rivadeneira Aguirre, por tanto amor y cariño, por tanta paciencia y sobre todo por tanta ayuda invertida de tu parte, te lo agradezco muchísimo, gracias por guiarme hacia adelante.

Gracias a todos.

**INDICE**

<b>DECLARACIÓN JURAMENTADA .....</b>	<b>i</b>
<b>CERTIFICACIÓN DE LA ASESORA.....</b>	<b>iv</b>
<b>CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA.....</b>	<b>v</b>
<b>CESIÓN DE DERECHOS .....</b>	<b>vi</b>
<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>vii</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>viii</b>
<b>INDICE .....</b>	<b>ix</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>xviii</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>4</b>
<b>1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Antecedentes de la Investigación.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Bases Teóricas.....</b>	<b>7</b>

<b>1.2.1. La filiación.....</b>	<b>7</b>
<b>1.2.1.1 Definición .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2.1.2 Efectos jurídicos derivados de la filiación y formas de obtener la filiación en Ecuador .....</b>	<b>8</b>
<b>1.2.2. Derechos humanos de la mujer y del niño en los Tratados Internacionales y en la legislación ecuatoriana.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2.2.1. Normas internacionales sobre los derechos del “nasciturus” y la mujer embarazada.....</b>	<b>15</b>
<b>1.2.2.2. Normas Constitucionales y legales en Ecuador sobre la mujer embarazada.....</b>	<b>18</b>
<b>1.2.2.3. Normas internacionales y del Ecuador sobre la protección del niño</b>	<b>21</b>
<b>1.2.2.4. Alcance del interés superior del niño .....</b>	<b>24</b>
<b>1.2.2.5. Del que está por nacer.....</b>	<b>26</b>
<b>1.2.3. El derecho de alimentos para el niño en la Constitución y legislación ecuatoriana .....</b>	<b>28</b>
<b>1.2.3.1. Alimentos provisionales y definitivos .....</b>	<b>28</b>
<b>1.2.4. La paternidad en Ecuador .....</b>	<b>41</b>
<b>1.2.4.1. La paternidad presunta .....</b>	<b>46</b>
<b>1.2.4.2. Aspectos constitucionales y legales de la paternidad.....</b>	<b>48</b>

1.2.4.3. Paternidad simplificada .....	51
1.2.5. El error en la paternidad .....	54
1.2.6 Intervención de la prueba de ADN y la devolución de alimentos. ....	57
1.2.6.1 Definición del ADN .....	57
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>62</b>
<b>MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>62</b>
2.1. Estrategia Metodológica .....	62
2.2. Métodos .....	62
2.2.1. El método de análisis.....	62
2.2.1.2. El método de síntesis.....	63
2.2.1.3. Método interpretativo.....	63
2.2.1.4. Método crítico .....	63
2.3. Población y muestra .....	64
2.4. Instrumento.....	64
2.5. ANÁLISIS DE RESULTADOS .....	65
<b>CUESTIONARIO A PADRES PRESUNTIVOS.....</b>	<b>65</b>

<b>CUESTIONARIO PARA JUECES DE FAMILIA .....</b>	<b>85</b>
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>99</b>
<b>RESULTADOS.....</b>	<b>99</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>101</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>101</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>103</b>
<b>    A la Asamblea Nacional .....</b>	<b>103</b>
<b>    A los hombres.....</b>	<b>103</b>
<b>    A las mujeres .....</b>	<b>104</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>105</b>

**INDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1. Relación que tiene el presunto padre con la madre</b>	<b>65</b>
<b>Tabla 2. Razones para realizar prueba de ADN .....</b>	<b>67</b>
<b>Tabla 3. Resultados de prueba de ADN.....</b>	<b>69</b>
<b>Tabla 4. Pago realizado por el presunto padre .....</b>	<b>71</b>
<b>Tabla 5. Procedimiento realizado para verificación de presunción de paternidad</b>	<b>73</b>
<b>Tabla 6. Resultado de la demanda para repetición de alimentos .....</b>	<b>75</b>
<b>Tabla 7. Hombres casados con mujer distinta a la demandante .....</b>	<b>77</b>
<b>Tabla 8. Tenencia del padre .....</b>	<b>79</b>
<b>Tabla 9. Reacción ante demanda por hijo.....</b>	<b>81</b>
<b>Tabla 10. Problemas tras demanda de alimentos .....</b>	<b>83</b>
<b>Tabla 11. Volumen de demandas en juzgado .....</b>	<b>85</b>
<b>Tabla 12. Volumen de demandas de pensiones alimenticias por mujeres embarazadas .....</b>	<b>87</b>
<b>Tabla 13. Volumen de padres presuntivos que solicitan prueba de ADN .....</b>	<b>89</b>
<b>Tabla 14. Resultados ante prueba de ADN negativa .....</b>	<b>91</b>
<b>Tabla 15. De acuerdo con repetición de pensiones alimenticias.....</b>	<b>93</b>



**Tabla 16. Quien se consideraría el demandado ..... 95**

**Tabla 17. Fundamento de la demanda por repetición..... 97**

## ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

<b>Ilustración 1. Relación que tiene el presunto padre con la madre.....</b>	<b>66</b>
<b>Ilustración 2. Razones para realizar prueba de ADN.....</b>	<b>68</b>
<b>Ilustración 3. Resultados de prueba de ADN .....</b>	<b>70</b>
<b>Ilustración 4. Pago realizado por el presunto padre .....</b>	<b>72</b>
<b>Ilustración 5. Procedimiento realizado para verificación de presunción de paternidad.....</b>	<b>74</b>
<b>Ilustración 6. Resultado de la demanda para repetición de alimentos.....</b>	<b>76</b>
<b>Ilustración 7. Hombres casados con mujer distinta a la demandante.....</b>	<b>78</b>
<b>Ilustración 8. Tenencia del padre.....</b>	<b>80</b>
<b>Ilustración 9. Reacción ante demanda por hijo .....</b>	<b>82</b>
<b>Ilustración 10. Problemas tras demanda de alimentos.....</b>	<b>84</b>
<b>Ilustración 11. Volumen de demandas en juzgado.....</b>	<b>86</b>
<b>Ilustración 12. Volumen de demandas de pensiones alimenticias por mujeres embarazadas .....</b>	<b>88</b>

<b>Ilustración 13. Volumen de padres presuntivos que solicitan prueba de ADN .....</b>	<b>90</b>
<b>Ilustración 14. Resultados ante prueba de ADN negativa .....</b>	<b>92</b>
<b>Ilustración 15. De acuerdo con repetición de pensiones alimenticias .....</b>	<b>94</b>
<b>Ilustración 16. Quien se consideraría el demandado.....</b>	<b>96</b>
<b>Ilustración 17. Fundamento de la demanda por repetición .....</b>	<b>98</b>

## RESUMEN

El tema de esta investigación es la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo, que no resulta serlo después de una prueba de ADN, tema que cada día cobra mayor interés, especialmente en la población masculina, pues ha resultado un hecho cierto que muchos hombres son obligados a pasar pensión de alimentos a una mujer en estado de gestación, para supuestamente alimentar al niño, pero que después de un proceso de prueba por medio del ADN, el presunto padre resulta no serlo en la realidad, lo que ocasiona en definitiva un fraude, sea éste por error o por colusión de la mujer. Frente a esta problemática se propuso esta investigación la cual tuvo como propósito analizar la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador. Metodológicamente, esta fue una investigación del tipo mixto, donde se hizo tanto investigación documental como de campo. Para el trabajo de campo se tomó la población de 600 sujetos demandados por pensión de alimentos en el sector de Colinas del Norte y de ellos, se tomó una muestra del 10% o sea, 60 hombres a los que se les aplicó una encuesta relacionada con los objetivos de la investigación. También se tomó una muestra de seis (6) jueces de familia del Cantón Quito. Dentro de los métodos utilizados estuvieron: el análisis, la síntesis, el deductivo, inductivo y el crítico-interpretativo. La investigación concluyó que en Ecuador no existe la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo, que no resulta serlo después de una prueba de ADN, al mal interpretar el principio de interés superior del niño, permitiendo con ello, la legitimación del enriquecimiento sin causa previsto y sancionado en el Código Civil vigente.

Palabras Clave: interés superior del niño, mujer embarazada, padre presuntivo, pensión de alimentos, enriquecimiento sin causa.

## **ABSTRACT**

The subject of this investigation is the repetition of the payment of the provisional pension of food to the presumptive father, which does not turn out to be after a DNA test, a topic that is becoming more and more interesting, especially in the male population, as it has been a fact. It is true that many men are obliged to pass alimony to a pregnant woman, supposedly to feed the child, but after a process of DNA testing, the alleged father turns out not to be in reality. It ultimately leads to fraud, be it by mistake or by collusion of the woman. Faced with this problem, this research was proposed, which had the purpose of analyzing the repetition of the payment of the provisional food pension to the presumptive father in Ecuador. Methodologically, this was an investigation of the mixed type, where both documentary and field research was done. For the fieldwork, the population of 600 defendants demanded by food pension was taken in the sector of Colinas del Norte, and from them, a sample of 10% was taken, that is, 60 men who received a survey related to the objectives of the investigation. A sample of six (6) family judges from Cantón Quito was also taken. Among the methods used were: analysis, synthesis, deductive, inductive and critical-interpretative. The investigation concluded that in Ecuador there is no repetition of the payment of the provisional maintenance pension to the presumptive father, which does not turn out to be after a DNA test, by misinterpreting the principle of the child's best interests, thus allowing the legitimation of the enrichment without cause foreseen and sanctioned in the current Civil Code.

Keywords: best interest of the child, pregnant woman, presumptive father, alimony, enrichment without cause.

## INTRODUCCIÓN

La justicia ha sido definida en forma diversa, pero en sentido formal se ha dicho que, es el conjunto de normas codificadas en las diferentes leyes para ser aplicadas sin distingo de ninguna especie, porque el ser humano es digno y como tal debe ser tratado. Por eso, no hay sexo, edad, ni condición, que pueda contraponerse a la justicia.

Tomando en cuenta lo que es la justicia se ha planteado esta investigación la cual tuvo como objetivo general analizar la posibilidad de repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador y la misma parte de un hecho cierto, en Ecuador, por error o colusión, hay mujeres que demandan la pensión alimenticia a un hombre que no es en realidad el padre de su hijo y el Estado ecuatoriano creyendo que hace justicia, le concede esa pensión alimenticia a la mujer embarazada, pero luego cuando nace el hijo, al hacerle la prueba de ADN, el resultado es que ese presuntivo padre en realidad no lo es, pero ya para ese momento del nacimiento y hasta que se aplica la prueba de ADN, él se ha visto obligado a pagar la pensión alimenticia, nadie quiere oír los planteamientos del padre que reclama la repetición del pago por las pensiones que él ha otorgado sin causa.

Los alegatos del Estado es que se está protegiendo con esas medidas, tanto a la mujer embarazada según las exigencias de los instrumentos internacionales como el interés superior del niño. Frente a esta situación surge la siguiente formulación del problema ¿Es posible la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo, que no resulta serlo después de una prueba de ADN?.



Para el desarrollo de la investigación se han establecido los siguientes objetivos específicos: 1.Describir los aspectos teóricos y jurídicos relacionados con la pensión provisional de alimentos exigida al padre presuntivo en Ecuador.

2. Diagnosticar a través de la aplicación de un cuestionario, la situación pensión provisional de alimentos exigida al padre presuntivo en Ecuador.

La investigación se justifica por cuanto en Ecuador, por ejemplo, “entre enero y noviembre del 2015, la Judicatura reportó 182.640 juicios de alimentos. Es decir, cada día se registraron 553 casos a escala nacional” (Ortega J. , 2016). O sea, que las causas por alimentos, están atiborrando los tribunales de familia en Ecuador y aunque no pudo tenerse acceso a datos específicos sobre los juicios por alimentos donde el demandado no resulta ser el padre verdadero, sin embargo, se presume que dentro de estos casos, se dan los que se están planteando en esta investigación.

Metodológicamente, esta fue una investigación del tipo mixto, donde se hizo tanto investigación documental como de campo. Para el trabajo de campo se tomó la población de 600 sujetos demandados por pensión de alimentos en el sector de Colinas del Norte y de ellos, se tomó una muestra del 10% o sea, 60 hombres a los que se les aplicó una encuesta relacionada con los objetivos de la investigación. También se tomaron en cuenta como muestra, seis (6) jueces de familia. Los métodos que se utilizaron en la investigación fueron el análisis, la síntesis, el deductivo, inductivo y el crítico-interpretativo.

Desde el punto de vista de la estructura del informe, se contemplaron tres (3) capítulos: el primer capítulo estuvo referido a fundamentos teóricos y jurídicos relacionados con la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador. En este capítulo se tratan aspectos tales como los

antecedentes de la Investigación y las bases teóricas, dentro de lo cual se incluye la filiación, los derechos humanos de la mujer y del niño en los Tratados Internacionales y en la legislación ecuatoriana, el alcance del interés superior del niño, el derecho de alimentos para el niño en la Constitución y legislación ecuatoriana, la paternidad en Ecuador, el dolo y el error en la paternidad, la prueba de ADN para desvirtuar la paternidad y sus efectos a la luz de los Tratados Internacionales, Constitución y legislación ecuatoriana, entre otros.

En el capítulo II se expone la metodología, donde se incluye la estrategia de investigación, los métodos, el instrumento aplicado, los resultados, entre otros y en el capítulo III se expone el análisis de los resultados. El informe culmina con las conclusiones, recomendaciones y Bibliografía.

## **CAPÍTULO I**

### **1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y JURÍDICOS RELACIONADOS CON LA REPETICIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN PROVISIONAL DE ALIMENTOS AL PADRE PRESUNTIVO EN ECUADOR**

#### **1.1 Antecedentes de la Investigación**

Cristhian Mauricio Recalde de la Rosa, realizó en 2012 una investigación en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, titulada “Dilemas y tensiones del nuevo procedimiento de alimentos contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano “ (Recalde, 2012). El propósito fue determinar si la obtención de pensiones alimenticias, a través de un nuevo procedimiento propuesto en 2009, descongestionó, agilizó o creó tensiones en los procesos (Recalde, 2012) sostiene que:

En el Ecuador se ha observado que el desconocimiento de la ley es muy constante debido a que en el tema relacionado al derecho de alimentos que tiene la mujer cuando se encuentra en estado de gestación no es muy pedido, debido a que la mayoría de las mujeres embarazadas desconocen de este derecho en algunos casos ellas, creen que solo tienen este derecho cuando existe un vínculo matrimonial empero, la ley es muy imprecisa debido a que garantiza un derecho importante para las madres desde el momento de la concepción hasta el puerperio, sin hacer ninguna distinción de que la madre sea casada, menor de edad o discapacitada lo único que deja claro el Código es del derecho a percibir alimentos y que estos sean pagados por el padre del menor o por el

presunto progenitor. Cabe destacar, que este derecho comprende una atención en sus necesidades de salud, alimentación, vestuario, vivienda, atención al parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija, empero, si la criatura muere en el vientre materno o después del alumbramiento, el cuidado y protección de la madre subsistirá hasta un periodo no mayor a doce meses contados desde la muerte fetal del niño o niña.

La cita destaca el desconocimiento de los derechos que tiene la mujer embarazada en el área de alimentos, por eso habían sido escasas las reclamaciones ante los tribunales de justicia, destacándose como importante, los aspectos que incluye el derecho de alimentos.

Esta investigación de tipo mixta porque utilizó tanto la investigación documental como la de campo, concluyendo que la mujer embarazada tiene el derecho de alimentación que debe proveer su compañero de vida, incluyéndose en este derecho, el apoyo económico, para su atención médica, alimentación y en general, todo lo necesario para precautelar el desarrollo integral del "*nasciturus*" hasta que nazca y luego en el puerperio, extendiéndose el cuidado y la protección del menor por 21 meses, precisando que el parto va dentro de las pensiones dadas durante el embarazo pues, no se le otorga una pensión extraordinaria como ocurre en el caso de alimentos.

En la investigación se encontró que la vida es el derecho supremo, por lo que la protección de ésta debe ser privilegiada, desde la concepción hasta la muerte. Finalmente, se encontró que el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, ha encontrado la fórmula legal para las madres desamparadas; ya que la mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, y durante el periodo de lactancia por un tiempo de 12 meses contados desde el nacimiento del hijo o hija. El Código actual hace alusión a que en caso de fallecer la criatura en el vientre materno o luego del parto, la protección a la

madre subsistirá hasta un tiempo no mayor a 12 meses contados desde que se produjo la muerte fetal del niño o niña, sin desconocer que la protección y el cuidado a la madre es de 21 meses en el periodo de gestación y el puerperio.

Frente a estas conclusiones se recomendó que debe existir mayor información sobre el derecho de alimentación que debe ser fomentado primero en los centros educativos para que se obtenga un conocimiento más profundo y actualizado sobre el derecho de familia, especialmente el de alimentación de la mujer embarazada.

La investigación de Cristhian Mauricio Recalde contribuyó en forma significativa con la presente investigación en los aspectos teóricos y metodológicos.

Alvaro Paúl Naranjo Freire desarrolló en el año 2014 una investigación en la universidad Central del Ecuador titulada “Efectos Jurídicos del juicio de alimentos en la Legislación Ecuatoriana” (Naranjo, 2014). En esta investigación que tuvo por objeto determinar los efectos Jurídicos del juicio de alimentos en la Legislación Ecuatoriana, se comienza por reconocer que la Constitución garantiza los derechos de la familia, estipulando las mejores condiciones para la consecución de sus fines.

Sin embargo pone de relieve la problemática que vive la sociedad ecuatoriana, la cual según (Naranjo, 2014)

Ha sufrido un drástico quebrantamiento en su núcleo familiar, a tal punto que no es extraño encontrar hijos menores de edad bajo la tutela de uno de sus progenitores y lo que es más acentuada existe un alto índice de madres adolescentes, que sumidas en una quimera quisieron consolidar sus relaciones afectivas ocasionaron embarazos imprevistos y esta procreación les llevó a una inesperada

responsabilidad maternal y en su gran mayoría privados del apoyo de aquel progenitor que otrora prodigó transigencia (Naranjo, 2014).

Es preocupante la situación planteada en esta cita, porque para efectos de esta investigación se podría llegar a creer, que dentro del caos familiar pueden ocurrir innumerables situaciones como es el caso de que las madres adolescentes mientan sobre la paternidad real por miedo a mayores reprimendas de los padres o incluso por error al tener diversas personas con las que se relacionan y no saber con exactitud quien es el padre de su criatura.

La investigación reportada concluye que el derecho de alimentos, se relaciona con el interés superior del Niño, establecido en la Convención Internacional del Niño, y con otros principios como el de Humanidad y en el Art. 44 de la Constitución de Ecuador, que impacta no solamente en el niño sino también en la familia. El derecho de alimentación comprende la nutrición, el vestido, el calzado, la habitación, la atención médica, la educación del individuo entre otros.

## **1.2 Bases Teóricas**

### **1.2.1. La filiación**

#### **1.2.1.1 Definición**

La filiación es una categoría compleja, tanto conceptual como teórica y tanto en el campo jurídico como en el biológico, psicológico y antropológico. Ella ha sufrido grandes cambios en el siglo XXI tanto por el avance de la genética como por los cambios sociales y del derecho, así como por las reconceptualizaciones de las teorías del parentesco desde la perspectiva antropológica.



Interesante resulta el punto de vista jurídico planteado por Julio López del Carril quien expresa que “la filiación puede resultar alternativamente, un vínculo biológico o natural, un estado, un vínculo jurídico o un hecho natural o jurídico” (Del Carril, 1976).

Oscar Ochoa define la filiación como “el lazo que une un hijo a su madre (filiación materna) o a su padre (filiación paterna). Tal vínculo es un lazo biológico, pero también es un lazo afectivo, y no adquiere rango jurídico si no es probado”. (Ochoa, 2006, pág. p. 307)

También Enrique Rossel Saavedra define la filiación como “el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado”. (Rossel, 1965, pág. p. 314)

De las definiciones antes anotadas, se puede colegir, que la filiación es un vínculo biológico o por adopción pero siempre reconocido por la ley, que se establece entre padres e hijos y otros familiares que derivan de un tronco común, sin importar si este vínculo proviene del matrimonio, unión de hecho o unión casual.

#### **1.2.1.2 Efectos jurídicos derivados de la filiación y formas de obtener la filiación en Ecuador**

En la Constitución ecuatoriana del año 2008, el derecho de filiación adquiere una visión más profunda debido a que este texto constitucional es garantista de los derechos humanos y, contrariamente a lo que se conocía, ya no se distinguen clases, ni obliga a

que haya un contrato legal para adquirirla, lo mismo ocurre en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Uno de los avances importantes en materia constitucional y legal, es el principio del interés superior del niño/a y adolescente. Los legisladores teniendo como objetivo la protección de la familia, reunieron dentro del texto precitado, la protección a los infantes y adolescentes, siendo la base para cualquier tipo de expedición de las leyes, al respecto véase el contenido artículo 44 constitucional:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de interés superior y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Como se observa en la cita anterior, no es sólo el Estado el responsable del desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, sino que la carga también recae en la sociedad a través de la educación formal e informal y en la familia con la educación en el hogar.

Referente a la filiación en el artículo 65, numerales 6 se expresa que “Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción” y en el mismo artículo 65 numeral 7, se menciona que: “No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella. Es de estos numerales de la Constitución, que se extrae con claridad que se acabaron los privilegios en materia de filiación, que tanto dividía la sociedad y que aumentaba la conflictividad social debido a la discriminación.

Siguiendo la misma línea constitucional, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece como principio en su artículo 6 “Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia

y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencia de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Es decir, hay perfecta concordancia entre la Constitución y la ley en materia de filiación. Sin embargo, no ocurre así con la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles en cuyo artículo 35 se establece que: “La filiación se probará con la comparecencia del padre o la madre o ambos. En caso de no tener vínculo matrimonial o unión de hecho registrada, la filiación se probará con la comparecencia de ambos” (Asamblea Nacional, 2016)

Como se observa, este artículo contradice en su totalidad la igualdad propuesta en la Constitución y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ya mencionados, lo que preocupa porque hay hijos que nacen de una relación casual, por lo que surge la pregunta ¿Se le niega a ellos la filiación según el texto de la Ley Organica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles?.

Pasando ahora a los efectos jurídicos de la filiación, se empieza por indicar, que el Código Civil ecuatoriano no define específicamente la filiación, pero si trata sobre sus efectos en el artículo 24, el cual establece:

Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**

Esta cita indica claramente, que la filiación según el Código Civil, surge de tres condiciones: haber nacido dentro del matrimonio verdadero o putativo, dentro de la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente, por haber sido reconocida voluntariamente y por haber sido declarada judicialmente. Necesario es indicar que el matrimonio putativo al cual se ha hecho referencia es el que ha sido declarado nulo pero aun así tiene efectos jurídicos en relación con los hijos y los cónyuges. Los demás casos planteados están claros, sin embargo queda la incógnita de qué pasa con los hijos que nacen de una unión casual.

Otra situación que es digna de considerar y que concuerda con la preocupación que ha ido esbozando el autor sobre los hijos nacidos de uniones casuales, es que la doctrina establece como forma de acreditar la filiación: la inscripción en el Registro Civil, por un documento o sentencia que determine legalmente y como último por la presunción de paternidad matrimonial. El mismo también señala las clases de filiación que son tres, la filiación social, la filiación biológica y la filiación jurídica.

También señala los efectos jurídicos con respecto al hijo, que son los siguientes: en el derecho de familia, genera la patria potestad, derecho a ser mantenido, cuidado, alimentado y educado, durante la minoría de edad, derecho a la herencia, por parte de sus padres, siempre que este no haya sido adoptado en los casos que se establece por ley y para determinar el derecho a una identidad.

De todos los derechos que se han mencionado, se deriva uno que es fundamental para el desarrollo de esta investigación que es el derecho a los alimentos. Interesante resulta en este caso la disposición del Código Civil en su artículo 25 cuando establece:

...los derechos de los padres y de los hijos son correlativos, pero en el caso del literal c), el hijo tendrá todos los derechos, como los demás hijos, y los padres tendrán todas las obligaciones de tales, pero no podrán exigir ningún derecho, ni siquiera el de herencia,

frente a los hijos a quienes no reconocieron voluntariamente. Se entiende que hay reconocimiento voluntario, no sólo en el caso del Art. 249, sino también cuando el padre o madre confiesan serlo, o se allanan a la demanda del hijo en juicio de investigación de la paternidad y maternidad (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Luce muy justa la disposición de la ley en este caso, de quitarle al padre que no ha reconocido al hijo, los derechos para exigirle a éste ningún derecho, lo que incluye los derechos de herencia, pues si su conducta fue de no reconocer al hijo, mal puede posteriormente él exigirle que cumpla con algún deber, toda vez que solo pueden exigirse derechos cuando se ha cumplido con los deberes.

Ahora bien, la doctrina que se ha desarrollado sobre el Código Civil señala que, la ley siempre protegerá al que está por nacer, haciendo que el legislador recoja cualquier medida en caso que piense que la vida del que está por nacer corra peligro. Al respecto, el Código Civil en su artículo 233 señala que:

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

En conclusión, esta presunción se la hace basada en dos momentos, la presunción en el tiempo de la concepción, y la presunción de paternidad del hijo concebido dentro del matrimonio.

El caso es que, no se puede hablar de filiación en el estado de la mujer embarazada ya que en dicho momento la filiación existencial no procede porque según el artículo 60 del Código Civil vigente:

El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**

Este artículo del Código Civil está en evidente contradicción con el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual estipula que:

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Lo que significa según la cita, que no podría hacerse prueba de ADN en la vida intrauterina del feto, bajo ningún respecto y por tanto, no se puede conocer con certeza la filiación paterna del que está por nacer.

El artículo 21 del citado Código de la Niñez y la Adolescencia, establece el derecho que tienen los niños y adolescentes de conocer a sus progenitores y mantener relaciones con ellos. Pero cuando la ley establece este derecho lógicamente se parte de la idea de que el niño conozca a sus verdaderos padres, y la familia por parte de éste, pero no al padre que la madre por error o colusión quiera darle. En el caso que después se descubra que el presunto padre no lo es, evidentemente, alguien y ese alguien es la madre, ha

incumplido con un derecho humano que tiene el niño, por lo tanto, ella debe ser sancionada de acuerdo a las exigencias constitucionales y legales de Ecuador.

El Código de la Niñez y la Adolescencia en torno a la relación paterno filial y la provisión de alimentos, expresa en su artículo 127:

Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago. Lo anterior no se aplica a las pensiones de alimentos que han sido fijadas y se encuentran adeudadas, las que podrán compensarse, se transmiten activa y pasivamente a los herederos, y la acción para demandar su pago prescribe según lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil. (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

En el artículo citado se destaca en primer lugar que el derecho de alimentos nace como consecuencia de la filiación, también la condición de este derecho de alimentos que es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Pero lo más que se destaca por la importancia que tiene para efectos de esta investigación es la expresión “Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago”. El problema es que no hay ninguna justificación teórica para esta postura, lo que contradice el estado de justicia expresada en la Constitución de Ecuador.

## **1.2.2. Derechos humanos de la mujer y del niño en los Tratados Internacionales y en la legislación ecuatoriana**

### **1.2.2.1. Normas internacionales sobre los derechos del “*nasciturus*” y la mujer embarazada**

El derecho a la vida no tiene discusión de ningún tipo, por eso es considerado un derecho fundamental en el derecho internacional, y por supuesto, está reconocido de manera directa o indirecta en todos los instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos, en la que se incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948, la cual indica que “ Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Del texto de esta cita podría deducirse que es el nacimiento lo que inicia los derechos humanos, lo que da origen a un intenso debate por las consecuencias que esto conlleva. Para la mejor comprensión de esta posición debe decirse que en los trabajos preparatorios a la declaración, se negó la propuesta de que los derechos humanos comenzaban desde la concepción.

Esta situación de los derechos del no nacido ha ocasionado un fuerte debate internacional donde se plantea abiertamente, si existe un derecho a la vida aun antes del nacimiento y que deberes de protección tienen los Estados respecto del “*nasciturus*”, pero especialmente, que derecho prevalecería en caso de colisión con otros derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, al tratar el tema afirma que el derecho a la vida es “un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1978).



El problema está, en que no ha habido una precisión total desde qué momento se adquiere ese derecho.

En este contexto es obligado indicar, que si bien existe un deber de protección del que está por nacer, las observaciones y recomendaciones de los organismos de control de los tratados así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no existe un reconocimiento claro y preciso a la personalidad del “*nasciturus*” como tal, con el agravante, de que dicha protección se encuentra limitada por los derechos de la mujer, especialmente en el de su derecho a la vida, a la integridad física y síquica, y a la salud, lo que representa el estándar internacional de derechos humanos.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, este en relación al derecho a la vida, reconoce en su artículo 6.1 que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Por supuesto, aquí sigue profundizándose el problema de la incerteza en cuanto a la determinación del comienzo de la personalidad humana. También se han hecho esfuerzos por precisar en este Pacto, que la vida humana comienza con la concepción, pero estos esfuerzos no han tenido el éxito esperado.

La Organización de Naciones Unidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por otra parte, expresa en el artículo 6 numeral 1 “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”, pero como se observa, no dice más nada que aclare y precise la protección de la vida desde cuando comienza. Tampoco lo indica cuando establece en el Artículo 24:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a

las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

En cuanto a la protección de la mujer en estado de gravidez, dicho Pacto hace alusión en el artículo 6 numeral 5 a que “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez” (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Por otra parte, la Organización internacional del Trabajo siempre ha demostrado preocupación por la protección de la mujer trabajadora en estado de gestación, desde su fundación en 1919 y durante su desarrollo histórico este organismo ha adoptado tres convenios sobre el tema: el de 1919 (núm. 3), el de 1952 (N° 103) y el del año 2000 (N° 183). Todos ellos junto con la correspondiente recomendación: la número 95, la número 183 y la 191, lo cual ha servido como guía para orientar las políticas nacionales de los diferentes países.

Como altamente interesante resulta la afirmación expuesta por la OIT, en su obra “Kit de recursos sobre la protección de la maternidad. Del anhelo a la realidad para todos”, en donde se expresa que:

“La protección de la maternidad en el trabajo tiene dos objetivos: conservar la salud de la madre y su recién nacido y proporcionar una medida de seguridad económica a las mujeres concernidas y a sus familias” (Organización mundial del Trabajo, 2012).

### 1.2.2.2. Normas Constitucionales y legales en Ecuador sobre la mujer embarazada

Para hacer cualquier análisis constitucional es obligatorio pasar por el artículo 1 de la Constitución de Ecuador que expresa: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Del texto de la cita se colige que, en Ecuador la injusticia no es posible por lo menos constitucionalmente y además, que la sociedad es parte fundamental en el entramado estatal, por lo que no se podría entender, que el hombre que no resulte ser el padre de una criatura, ya sea por error o dolo de parte de la mujer en periodo de gestación, no tenga derecho a la repetición, pues de acuerdo con el Código civil vigente en su artículo 1461: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita” (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Evidentemente, para que un hombre se obligue al pago de una pensión alimenticia a una mujer embarazada que dice que él es el padre, éste debe consentir en ese acto y su consentimiento no debe estar viciado. ¿Ocurren estas circunstancias en el caso de los hombres que pasan la pensión alimentaria a la mujer que no tiene en su vientre un hijo suyo?. Claro que no ocurren estas circunstancias, porque el hombre es obligado por los órganos judiciales a pagar la pensión y para colmo, cuando se aplica al niño la prueba de ADN, el mismo resulta negativo. ¿Hay justicia en que el hombre alimente obligadamente a una mujer que engañó o sencillamente erró adjudicándole un hijo que no es de él?. Si se actuara en justicia que sería como decía Ulpiano, siguiendo el principio de dar a cada quien lo que le corresponde ¿No le tocaría la repetición del pago que se

hizo de manera injusta?. Así que, al convalidarse la injusticia en Ecuador se está obrando contra el texto constitucional.

La Constitución de Ecuador además dispone en su artículo 35 que "...Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado". (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

La cita indica que las mujeres embarazadas están ubicadas constitucionalmente dentro de la población vulnerable que requiere atención del Estado.

Así mismo, en el artículo 43 de la Constitución se dispone:

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Como se observa en esta cita, la Constitución tiende a la protección específica de la mujer embarazada garantizándole protección contra la discriminación por su condición, así mismo le garantiza la gratuidad de los servicios de salud hasta incluso, la lactancia.

En el artículo 67 la Constitución de Ecuador dispone: "Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas

se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

Este artículo constitucional dispone la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sin importar la manera como se haya constituido: matrimonio o unión de hecho, destacándose en este texto la igualdad de derechos de sus integrantes. Finalmente, el artículo 69 de la Constitución determina que:

Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Siendo ello así, por contrario imperio, lo que el Estado promueve es la maternidad y paternidad responsable. Surge aquí la pregunta ¿Es responsable la madre que no sabe de quién es el hijo o sabiéndolo, obliga a otro a protegerla económica mente durante su embarazo?.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el legislador ecuatoriano si está pendiente de la protección de la mujer embarazada y un ejemplo de ello es el artículo 23 del Código de la Niñez y la Adolescencia que establece:

Se sustituirá la aplicación de penas y medidas privativas de libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto, debiendo el Juez disponer las medidas cautelares que sean del caso. El Juez podrá ampliar este plazo en el caso de madres de hijos con discapacidad grave y calificada por el organismo pertinente, por todo el tiempo que sea menester, según las necesidades del niño o niña. El

responsable de la aplicación de esta norma que viole esta prohibición o permita que otro la contravenga, será sancionado en la forma prevista en este Código (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

### **1.2.2.3. Normas internacionales y del Ecuador sobre la protección del niño**

En el año 1989 se proclama la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, la cual completa los principios de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; erigiéndose la misma como referencia jurídica, política y social para proteger el desarrollo y la dignidad de todos los niños y adolescentes como sujetos de derechos, creando además los mecanismos para controlar la relación de esos derechos con la de los adultos. Interesante resulta que en su preámbulo hace alusión a que “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” y además, señala como indispensable, que las decisiones tomadas por los Estados en torno al menor, se debe salvaguardar su interés superior.

La Convención considera como valores y principios fundamentales de protección, la vida, en este sentido, los Estados están obligados a garantizar la supervivencia y el desarrollo integral del niño y el adolescente. Además, se exige que en la medida de lo posible, se respete el derecho de niños y adolescentes a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. Entre los principios normativos fundamentales, la Convención proclama: la protección universal de los menores por parte de los Estados y la prevalencia de su interés superior.

Otro instrumento internacional digno de mencionar en este caso es el Convenio de la Haya de 1993, relacionado también con la protección del niño, especificando que los

Estados signatarios deben partir del reconocimiento del niño como un ser que requiere para su desarrollo armónico crecer en un medio familiar y en un clima adecuado.

Además, existen otros instrumentos legales internacionales de Protección a Niños y Adolescentes como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el cual dispone en el artículo 10 numeral 1 la más amplia protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad, mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos y en el numeral 2 de ese mismo artículo se dispone, que se debe proteger especialmente a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

En cuanto a la protección constitucional y legal del niño en Ecuador se encuentra que en el artículo 11 de la Constitución vigente plantea entre sus principios la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos, siendo los derechos plenamente justiciables o sea que no se pueden desconocer bajo ningún respecto. En este mismo orden, se dispone en el mismo artículo que, “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas...” y además dispone, que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

De todo esto se desprende, que efectivamente, la Constitución ecuatoriana vigente es absolutamente garantista de los derechos humanos y por lo tanto, de los derechos de la mujer embarazada y del “*nasciturus*” así como del niño y el adolescente.

Los artículos 44, 45 y 46 tratan de la protección a los niños pero no al “*nasciturus*”.

Así mismo, siguiendo las pautas de las normas internacionales, en el artículo 67 el Estado ecuatoriano reconoce la familia y se compromete a protegerla como núcleo fundamental de la sociedad, garantizándole condiciones para el logro de sus fines.

Finalmente, en el artículo 69 constitucional se prevé la protección de los derechos de los integrantes de la familia promoviendo la maternidad y paternidad responsables; entendiéndose por tal, que tanto la madre como el padre se obliguen al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos. Además se compromete a proteger a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, insistiendo en que el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento.

Ahora bien, observa el investigador dos situaciones básicas para esta investigación:

1. La Constitución en todo momento garantiza la protección de la familia y del niño, más no indica en absoluto la protección del "*nasciturus*"; 2. En todo momento la Constitución se refiere a la responsabilidad de los padres en cuanto a la protección y atención del niño. Por lo tanto, cuando la madre ejerce una acción contra un hombre que no es el padre del niño, exigiéndole su protección y la del niño, evidentemente, está ejerciendo una acción no acorde con la Constitución.

En cuanto al Código de la Niñez y la Adolescencia reformado en 2014, es de alto interés para esta investigación, pues es un instrumento legal que si precisa con exactitud quienes son los sujetos protegidos, y como bien se sabe, esta es una ley especial por lo tanto priva sobre la ley general que en este caso, es el Código Civil, en este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia expresa en su artículo 2: "Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha



edad, en los casos expresamente contemplados en este Código” (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Obsérvese, que esta norma se orienta por la doctrina de la concepción como inicio de la vida, en contra de la doctrina cuya concepción es que la vida comienza con el nacimiento.

#### **1.2.2.4. Alcance del interés superior del niño**

El interés superior del niño se fundamenta en su condición de persona que tiene derechos, los cuales son complementarios o de supraprotección, pero no sustitutivos de los mecanismos generales que se han adoptado sobre la protección de derechos reconocidos jurídicamente a todas las personas. En este contexto, la Convención sobre los derechos del niño de 1989 expresa en su artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (Organización de las Naciones Unidas, 1989).

De la cita de este artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, y en el resto del articulado de la Convención no se define con especificidad lo que es el interés superior del niños y sólo se dedica a hacer hincapié en el compromiso o de los Estados parte, de asegurar a los niños “La protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar” (Organización de las Naciones Unidas, 1989), pero se destaca como algo fundamental especialmente para efectos de esta investigación, la correlación que se hace entre la protección de los niños y los derechos y deberes de sus padres y otros responsables. Por lo antes expuesto es que Miguel Cillero Bruñol, expresa que:

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debida mente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra (Cillero, 2003).

En el presente siglo XXI y desde el siglo XX, el niño es el centro de las preocupaciones en la sociedad. El niño se ha visibilizado, representa una gran parte de las esperanzas de la gente, de sus sueños, de su aspiración de trascender y a la vez, de sus temores, integrándose así los sentimientos de amor filial y de temor por su porvenir por su vulnerabilidad y precariedad. Esta posición de protección infantil es una noción moderna, nacida en los siglos XVII y XVIII y profundizada en los siglos XX y XXI.

#### 1.2.2.5. Del que está por nacer

La protección jurídica del “*nasciturus*” no es fácil ya que el tema es objeto de diferentes conjeturas contrarias unas a las otras y con diversas aristas, incluso, introduciéndose en situaciones religiosas y científicas complejas.

Para el estudioso del tema Francisco Anson, esta protección jurídica del *nasciturus* tiene su inicio en el Antiguo Derecho Romano, en el que se identificaba al “*conceptum*” en el seno materno como una persona sujeta de derechos y por ello, existía un funcionario denominado “*curatur ventris*”, quien lo representaba en juicio y tutelaba sus derechos. (Anson, 1988).

En la actualidad, la protección jurídica del “*nasciturus*” es muy compleja debido por una parte a los avances de la biología molecular y la ingeniería genética que permiten diversas formas de invadirlo y por otra parte, la cada vez más sofisticada procreación humana artificial con el uso de embriones, lo que se convierte a la postre en irrespeto de sus Derechos Humanos.

Pero la sustentación jurídica de la protección del que está vivo en el claustro materno, está según los estudiosos del bioderecho en los conceptos de persona, ser humano e individuo. Lógicamente, en este caso se debate sobre aspectos centrales tales como la determinación del momento preciso en el cual comienza la vida, pues para algunos esta comienza con la anidación, otros con la órgano génesis y otros con la fecundación, es decir, no hay acuerdo unánime de cuando comienza la vida y por lo tanto su protección, lo que hace que este tema sea álgido.

Por otra parte, los derechos humanos que tanto se protegen son subjetivos y si ello es así, estos deben ser ejercidos por sus titulares y por ello la protección de la vida humana

antes del nacimiento presenta alta discusión y en definitiva entonces no pueden ser tratados desde la perspectiva de los instrumentos tradicionales internacionales y nacionales, porque allí no se consigue la precisión y eso explica, por qué todos estos instrumentos tratan sobre los derechos del niño, es decir, la persona nacida y no del “*nasciturus*” o sea del ser que está en proceso de gestación, de allí que los instrumentos legales que deben tomarse en cuenta en este caso son simplemente los que prescriben el derecho a la vida, aunque no precisen el tema del “*nasciturus*”. Estos instrumentos son la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada también Pacto de San José, de 1969, la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre del año 1948, y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

A nivel del Estado ecuatoriano, la Constitución en su artículo 24 numeral 2 establece que se garantiza la integridad personal y el Código de la Niñez y la Adolescencia que prescribe que sus normas son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad, y en el artículo 20 especifica claramente el derecho a la vida de los niños, niñas y adolescentes desde su concepción, creando la obligación al Estado, la sociedad y la familia de asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Finalmente, el Código Civil dispone en su artículo 61, que la ley protege la vida del que está por nacer. En consecuencia,” tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

De lo expuesto se deduce, que tanto los instrumentos internacionales como los nacionales de Ecuador protegen la vida y la dignidad desde que se está en el claustro materno.

### **1.2.3. El derecho de alimentos para el niño en la Constitución y legislación ecuatoriana**

#### **1.2.3.1. Alimentos provisionales y definitivos**

El tratamiento jurídico de alimentos, no es igual al vulgar, ya que comprende no solo el sustento como tal, es decir, la comida, sino que este abarca también la vestimenta, vivienda, educación, recreación y costos que a futuro pueda tener del aprendizaje de alguna carrera y oficio, en este sentido, el derecho de familia resguarda cualquier necesidad que tenga la persona para su subsistencia diaria, dada la incapacidad de gestionárselos solos. Esta obligación siempre recae ante el familiar directo, ya sea un padre con su hijo o un hijo con su padre, también existen casos, donde puede ser otro familiar directo, esto en caso de alimentos subsidiarios.

La pensión alimenticia se da cuando el juez mediante resolución obliga el pago de mensualidades para beneficio del menor, esta será entregada ante quien haya iniciado el proceso sumario, en este caso, será la persona responsable y que convive a diario con el menor y su manutención, que casi siempre es la madre. La pensión alimenticia se puede dar durante la separación y tras el divorcio, o porque los progenitores no conviven juntos.

El derecho a los alimentos es irrenunciable para toda persona que tenga la capacidad de reclamarlo, es una obligación que los progenitores tienen ante sus hijos. La mencionada pensión alimenticia, se la puede hacer ya sea por voluntad del padre o la madre, y en caso de no haber voluntad de las partes, se la hará por vía judicial con las leyes establecidas en el país.

Como ya se mencionó antes, la pensión alimenticia es un derecho del niño y una obligación del alimentante por la cual deberá cubrir: alimentación, vestimenta, transporte,

salud, habitación, educación primaria, secundaria y de estar estudiando pasado los 18 años. Es el caso que, si ambos progenitores tienen empleo con remuneración comprobable, ambos tendrán que responder de igual manera con el menor o los menores, para satisfacer las necesidades que estos tengan. La pensión alimenticia recaerá sobre ambos progenitores, esta se la tramitará en base al oficio con remuneración comprobable.

Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: según el artículo 69 de la Constitución vigente, 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

Por lo general, el derecho a la pensión alimenticia se mantiene hasta que el menor cumpla 18 años de edad, pero, en caso de estar cursando un tercer nivel de educación superior, es decir, una carrera universitaria, este podrá recibirla hasta cumplir los 21 años de edad según lo establece el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 4 numeral 2.

En este contexto es preciso entonces afirmar, que el derecho a alimentos es connatural a la relación parento filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica según el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia, la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye según el Código de la Niñez ecuatoriano, alimentación nutritiva, suficiente y equilibrada; salud integral, que incluye prevención, atención médica y provisión de medicinas; educación; cuidado; vestuario adecuado; vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; transporte; cultura, recreación y deportes; y, rehabilitación y ayudas técnicas si el derecho habiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

El procedimiento para exigir alimentos es el sumario, el cual es presentado ante el juez de la Familia, niñez y adolescencia, tal como lo establece el artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), y no hace falta que el actor contrate un abogado. En este sentido, el Código Orgánico General de Procesos expresa en el artículo 332:

Se tramitará por el procedimiento sumario: 3. La pretensión relacionada con la determinación de la prestación de alimentos y los asuntos previstos en la ley de la materia y sus incidentes. Para la presentación de la demanda sobre prestación de alimentos no se requerirá patrocinio legal y para la presentación de la demanda bastará el formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura (Constitución Nacional de la República, 2015).

La razón por la cual no se necesita del patrocinio de un abogado, es que esta es una acción de defensa de sus derechos humanos, por lo tanto, este puede ejercerlo de manera directa. Este reclamo de alimentos se hace ante la Unidad Judicial de la Familia, Niñez y adolescencia, del domicilio del que tiene el derecho que es el niño, presentando una demanda de pensión alimenticia.

Para fijar el monto de la obligación, el juez dependiendo los ingresos del demandado, pondrá una cifra y esta tiene que estar acorde con la tabla de pensiones alimenticias, dicha cifra, nunca podrá superar el 50% de los ingresos del progenitor demandado. La tabla antes citada, se modificará aumentando la pensión de acuerdo al crecimiento económico del obligado. Estas cifras son reguladas por el Ministerio de Inclusión Económica y Social y es actualizado cada comienzo de año, dispuesto en el Acuerdo Ministerial con número 132-2016.

El Código de la Niñez y Adolescencia, señala en el artículo 8 que los alimentos tendrán que ser pagados desde la presentación de la demanda y el aumento se debe desde la

presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible solo desde la fecha de la resolución que la declara (Ecuador, Congreso Nacional, 2003).

De manera conjunta el Código Orgánico General de Procesos señala en el artículo 151 que “En materia de niñez y adolescencia, en el término de un día de calificada la contestación, se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de tres días podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación” (Constitución Nacional de la República, 2015)

Como se ha dejado claro hasta el momento, el Estado ecuatoriano precautela Para que se cumplan los deberes y derechos de los menores ya que estos son parte del interés superior, y es por esto que se ha modificado el artículo 133 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con referencia a la fecha desde que era exigible el pago de la pensión de alimentos.

A continuación se exponen algunas definiciones de alimentos esbozadas por algunos doctrinarios de la materia, por ejemplo, María Varela de Motta quien sostiene que “Los principios generales de la obligación alimentaria se basan en .Imponer la obligación de auxiliar al necesitado; con mayor razón, cuando quien la reclama es un miembro de la propia familia y es bajo este supuesto que la ayuda se torna exigible y la obligación moral se transforma en legal” (Varela, 1998).

Juan Enrique Medina por su parte, sostiene que en cuanto a la petición de alimentos se podría decir que es “el derecho que la ley otorga a una persona para demandar de otra, que cuenta con los medios para proporcionárselos, lo que necesite para sustentar su vida, o para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social” (Medina, 2010).



Ya sabiendo estas definiciones, se comprende que el derecho de alimentos es un derecho humano ligado indisolublemente al derecho a la vida, el mismo que también según se explica, está encaminado al desarrollo integral del bienestar de los niños y adolescentes. Pero para que dicho derecho sea exigible es necesario que se haya cumplido con lo tipificado en los instrumentos internacionales, la Constitución y la legislación nacional sustentando de esta manera el derecho a reclamar este beneficio, para esto la jurisprudencia señala en la sentencia N° 343 de la ex Corte Suprema de Justicia lo siguiente: "...para proceder al pago de una pensión de alimentos, el juez declarará previamente el derecho de percibirla, luego de examinar si se cumplen los supuestos establecidos por el Código de la Niñez y Adolescencia" (Casación, 2017).

De la cita anterior se desprende que el derecho a alimentos debe ser reconocido para poder ser exigido, y claro está que el demandado, podrá pedir una prueba de embarazo para la justificación de este pago, sólo que esa prueba sólo se podrá obtener luego de nacido el niño y mientras tanto el supuesto padre resulta que no es tal y ya ha pagado una cantidad considerable de dinero, que luego por justicia y fundamentado en la Constitución y la ley Civil ecuatoriana debe ser repetida.

Dicho esto, ¿Quiénes serían los titulares del derecho de alimentos en la legislación ecuatoriana?. El Código Civil lo establece en el artículo 349, el cual indica que los titulares de este derecho son: 1. Al cónyuge; 2. A los hijos; 3. A los descendientes; 4. A los padres; 5. A los ascendientes; 6. A los hermanos; y, 7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.

Entendido todo lo que comprende el derecho de alimentos en la familia, se analizará cuál sería el procedimiento para fijar la pensión provisional y cuando la misma se reclama. Al respecto, Juan Medina sostiene que:

Este proceso tiene un aspecto especial porque abre la puerta para que el juez, a petición de parte y con base en pruebas sumarias, puede imponer alimentos con el carácter de provisionales mientras se agota el juicio propiamente dicho. Ciertamente es un caso extraordinario en el que la decisión se toma a espaldas del demandado y aunque pueda pensarse que viola ese derecho fundamental del procesado de poder contradecir la prueba que se aduce en su contra, atendiendo lo apremiante de la necesidad y la importancia que el legislador le da a la protección de los menos favorecidos, prefiere eventualmente cusar un daño al demandado a permitir que se siga presentado una situación inicua (Medina, 2010)

Es por esto que si se habla de alimentos provisionales, aún se encuentra en duda la relación de filiación, y por eso no podrían ser llamados alimentos definitivos, ya que, como se mencionó no existe un vínculo formal para que la persona demandada los preste de manera definitiva, debido a la condición de duda y si se llegara a establecer la filiación, la pensión provisional siempre podrá variar.

Ahora bien, el Código de la Niñez y Adolescencia, respecto a la situación de los presuntos progenitores, establece lo siguiente:

El juez/a fijará la pensión a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas: a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda. b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo

declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda. c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita. Se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o pariente consanguíneo obligado a sufragar los gastos que demande el examen de ADN, así como las costas procesales y los gastos del estudio social, cuando del estudio de la oficina técnica se probare dicho particular y de conformidad con la prueba que se actúe en la audiencia respectiva (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Dos situaciones sobresalen en esta cita: la primera es que el Estado ecuatoriano obliga al presunto padre a dar la pensión alimenticia, aunque éste niegue la filiación, lo que después que el niño nace puede probar mediante la prueba de ADN. En segundo lugar, que las pensiones que se fijan a este presunto padre comienzan a regir desde que se consigna la demanda en el tribunal.

El artículo 149 del Código de la Niñez y Adolescencia señala como obligados a la prestación de alimentos el padre del niño o niña, el presunto padre en el caso del artículo 131, y las demás personas indicadas en el artículo 129, es decir, que en este artículo ratifica la obligación de la prestación de alimentos al padre presuntivo. De lo expresado se colige que el presunto progenitor tiene el deber de prestar alimentos, no por una orden judicial, sino por el presunto hecho de ser ligado con quien posiblemente sería su hijo/a y ante el riesgo y la prevención de que un niño no tenga padre y que un padre no tenga la responsabilidad, la legislación ecuatoriana ha propuesto que el derecho de alimentos provisionales sea efectivo. Claro esa pensión se declara como provisional, pues las

pensiones alimenticias definitivas se dan una vez se haya establecido la filiación o un nexo legal que pudiese unir al padre con su hijo/a.

Como se ha visto, existe una marcada diferencia entre la pensión alimenticia provisional y la definitiva, en el primer caso, se fija al padre presunto y la definitiva al padre verdadero. En los casos mencionados el legislador tendrá que analizar el caso con discrecionalidad, y analizar si el monto a pagar es mayor, al de lo ya impuesto, y al de la tabla de pensiones alimenticias, una vez que el mismo haya analizado las pruebas que se han de adjuntar al proceso, pero jamás el monto podrá ser menor al de los montos establecidos en la tabla de pensiones alimenticia, esto a favor del desarrollo íntegro del niño, niña o adolescente.

El pago de estas pensiones debe hacerse depositándola en una cuenta especial SUPA; o por débito de sueldo, siempre y cuando el padre tenga un trabajo estable. Para dicha retención del sueldo, es necesario que una autoridad competente remita un oficio al lugar donde el demandado labora y así lograr la respectiva retención en la cuenta bancaria especial a antes mencionada para estos efectos.

En caso que el progenitor labore independientemente, el tendrá que presentar recibos de haber cancelado el valor de las pensiones alimenticias en la cuenta bancaria correspondiente, es necesario saber que, para la realización de este proceso se tomará en cuenta los ingresos que tiene el demandado, con roles de pago que serán la base fundamental para señalar la pensión alimenticia correspondiente.

En este caso, la carga de la prueba está en cabeza del demandado, quien tiene por obligación demostrar sus ingresos, con las debidas pruebas correspondientes, tal cual está tipificado en el Código Orgánico General de Procesos, artículo 169 que menciona lo siguiente: “ (...) .En materia de la familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la

pensión alimenticia mínima.” (Ecuador A. N., Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Para continuar, se aclara que las personas que estén obligadas a cancelar estas pensiones alimenticias y no cumplen con lo requerido, el Estado está obligado a usar la fuerza para hacer efectivo este pago y bajo ley se aplicarán medidas cautelares al demandado, para así lograr la cancelación de todo lo obligado por el juez. Entre esas medidas cautelares están: prohibición de salida del país, apremio personal.

El artículo 134 del Código Orgánico General de Procesos define los apremios como :

Aquellas medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos. Las medidas de apremio deben ser idóneas, necesarias y proporcionales. El apremio es personal cuando la medida coercitiva recae sobre la persona y es real cuando recae sobre su patrimonio (Constitución Nacional de la República, 2015)

Por supuesto, las medidas que la ley ha impuesto para controlar el pago de las pensiones alimenticias son muy criticadas por muchas personas, en especial el “apremio personal”, ya que alegan que se atenta contra el obligado, pues se cuestiona cómo un padre de familia podrá pagar una pensión alimenticia si está detenido, ya que obviamente no está en facultades de laborar y a futuro, el mismo podría quedar desempleado y sin recursos para pagos futuros.

En referencia al “apremio personal”, en el año 2012 se propuso ante el Tribunal Constitucional una acción de inconstitucionalidad por parte del señor Freddy Eduardo Ruiz Zambrano con número de expediente 0043-16-JH, aduciendo que se atentó contra

su derecho de libertad, por un apremio personal en base a adeudar mas de dos meses de pensiones alimenticias, a lo que la Corte Constitucional respondió indicando que “el apremio personal, está lejos de constituir una pena, ya que, este es una medida de prisión y fuerza creada y utilizada para obligar el pago de las pensiones alimenticias para el desarrollo integral del menor” (Ficha de Relevancia Constitucional, 2012).

Es tanta la controversia por este tema del apremio por pensiones alimenticias, que el 1 de Diciembre del año 2016, el entonces presidente de la República sostuvo reunión con su gabinete presidencial, para tratar la posibilidad de eliminar la prisión para aquellas personas que no cancelen los valores de las pensiones alimenticias, esto después de la demanda de inconstitucionalidad planteada por un hombre que sufría de cancer terminal y no pudo cancelar el valor de la pensión alimenticia de sus dos hijos. En dicha reunión se expresó que:

la intención del Ejecutivo es que la medida de carácter personal, como es la privación de libertad, se aplique únicamente a las personas que, pese a tener la capacidad económica, no cumplan con sus obligaciones. Y la persona que no tiene trabajo y está dispuesto a pagar, o se atrasó un mes, dos meses, nosotros como Ejecutivo proponemos que no se le de carcel, sino medidas sustitutivas o que use los “brazaletes” electrónicos. (Diario El Comercio, 2016)

Necesario es aclarar, que siguiendo las pautas de las legislaciones más modernas del mundo, en Ecuador no hay cárcel por deudas, y la única deuda que puede llevar a que se disponga la prisión al demandado o alimentante es la deuda por pensiones alimenticias, después de dos meses sin cancelar las obligaciones.

El Código Orgánico General de Procesos al tratar del apremio establece en el artículo 137:

En caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, la o el juzgador a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera del no pago dispondrá el apremio personal hasta por treinta días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por sesenta días más y hasta por un máximo de ciento ochenta días. En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, la o el juzgador ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre la o el deudor. Previo a disponer la libertad de la o el alimentante, la o el juzgador que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, la o el juzgador dispondrá su libertad inmediata. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá ejecutar el pago en contra de las o los demás obligados. Similar procedimiento se cumplirá cuando la o el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios. No cabe apremio personal en contra de las o los obligados subsidiarios. (Constitución Nacional de la República, 2015)

De la cita se desprende, que el impago de las pensiones alimenticias acarrea sanciones personales al deudor, pero sólo a él, no a los obligados subsidiarios como se hacía antes, lo que representaba un problema en la justicia, pues según cifras del Consejo de la Judicatura en torno a juicios de alimentos entre el 2015 hasta Abril del 2016 se logra determinar, que se tramitaron 141.103 juicios de alimentos, y de estos, 141 personas subsidiarias del obligado principal fueron a prisión por el no cancelamiento de los valores de pensiones alimenticias del demandado, lo que hizo decir al juez de la Unidad Civil de Quito, Fernando Landazuri, que “Los jueces creían a la prisión como la primordial medida para garantizar el pago de pensiones alimenticias, el apremio era una medida de último ratio, pero se ha convertido en una generalidad” (Ecuavisa, 2016).

Sin lugar a dudas entonces, el apremio es una medida que divide el pensamiento, ya que si bien es cierto, que para la Corte Constitucional el apremio es una medida única para poder obligar al demandado a cancelar las pensiones alimenticias para el desarrollo integral del niño/a, también es cierto, que hay quienes sostienen, que ello genera injusticia, pues se presenta la situación lógica de aquellas personas que por alguna fuerza mayor o por no tener los elementos adecuados, no puedan cumplir con las obligaciones mencionadas y tengan que estar presos por dicha deuda.

En cuanto a la medida de prohibición de salida del país, también genera un problema, pues si el obligado tiene la necesidad urgente ya sea por trabajo o por alguna fuerza mayor, de ausentarse del país, este tendrá que transferir momentáneamente la obligación a otra persona, es decir, que el obligado tendrá que presentar ante la Unidad Judicial correspondiente un oficio donde se detalle con claridad quien será el que suplirá su obligación, también el tiempo en el cual el obligado se ausentará del país, y obviamente, tendrá que en dicho oficio estar la firma de la persona que se hará responsable de las obligaciones del obligado principal. Una vez el proceso mencionado esté completo, el juez llamará a que el obligado principal y el momentáneo reconozcan firma y rúbrica, también se citará a la contra parte para que reconozca dicho acto solemne y acepte el transpaso.

Otra medida digna de mencionar para los deudores de pensiones alimentarias es el apremio real, que es aquel que prohíbe enajenar cualquier bien del deudor. Esta medida nació de la falta de responsabilidad del demandado, ya que él podría ceder sus bienes e insolventarse para no pagar las deudas alimenticias. Por eso se ha dispuesto, que el juez mediante oficio podrá ordenar el apremio real de los bienes del obligado, los cuales podrán ser rematados para dar cumplimiento con el pago de las pensiones alimenticias. En caso que el demandado no se encuentre en su domicilio habitual o esté fuera del país, en estos casos, el Juez de la causa ordenará la citación del demandado por deprecatorio o exhorto.



Para concluir se puede decir que, los alimentos definitivos y provisionales son el medio legal para que el padre cumpla sus obligaciones alimenticias con su hijo o hija. Estos alimentos provisionales o definitivos son decididos por los jueces de familia, del domicilio del menor, lo cual está previsto en el artículo 234 del Código Orgánico de la Función Judicial. En el caso que el deudor goce fuero de corte, la acción debe proponerse ante la sala de la Corte Nacional de Justicia. También es necesario destacar, que según el Código de la Niñez y adolescencia, Las resoluciones sobre alimentos son de ejecución inmediata.

#### **1.2.3.1.2. Pensiones de alimentos prenatales**

En el desarrollo de este trabajo se ha determinado que en el Código de la Niñez y la adolescencia, se prevé en el artículo 148:

La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña. **(Ecuador, Congreso Nacional, 2003)**

Obsérvese, que la mujer ejerciendo su propio derecho, puede demandar en alimentos desde el momento en que concibe un hijo y esos alimentos son para ella, por ninguna parte se contempla que es para alimentar el niño aunque se presume, y el concepto de alimentos en este caso es integral, es decir comprende alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo

de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija y en el artículo 149 se prevé quienes son obligados a la prestación de alimentos y en ellos incorpora tanto al real del padre del niño o niña, o incluso, el presunto padre en el caso del artículo 131, y las demás personas indicadas en el artículo 129 y de manera contundente ordena que si la paternidad del demandado no se encuentra legalmente establecida, el Juez podrá decretar el pago de alimentos de manera provisional inicialmente y definitivos posteriormente, desde el momento en que se consignen y evacuen pruebas que aporten indicios precisos, suficientes y concordantes que hagan tener al juez la convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado.

Hasta aquí según criterio del investigador no habría mucho debate, pero el problema se presenta cuando en el artículo 3 del citado Código se expresa “Este derecho...no admite compensación ni reembolso de lo pagado”, porque se está obligando incluso con graves sanciones, a una persona que después de aplicada la prueba de ADN resulta no ser el padre verdadero del hijo que ella le adjudicó y que bajo esta premisa lo demanda sometiéndolo a serios problemas no solo económicos y jurídicos, sino incluso de orden familiar y social debido al estado de indefensión al que es sometido, cuestión ésta que está reñida totalmente con el texto constitucional.

#### **1.2.4. La paternidad en Ecuador**

En el ámbito de la sociedad se ha popularizado el dicho de que padre no es quien engendra, sino el que cría. Sabias palabras, pero los Tratados internacionales, la Constitución y la ley generan unas especificidades claras y precisas para el rol del padre.

Por supuesto, hoy las posturas en torno a la paternidad no es la misma de hace algunos años, época en la cual se hablaba del hombre de la casa, era el macho, el que mandaba, al que la mujer debía servir de manera devota, el que recibía las quejas de los hijos que

se portaban mal para que los castigara, los hijos por su parte demostraban terrible temor reverencial frente al padre.

Ese comportamiento ya prácticamente quedó en el recuerdo. Hoy los padres tienen un comportamiento muy diferente, tienen un espacio mayor de participación afectiva en la relación con sus hijos, juegan con sus hijos, hablan con ellos, se tratan con total confianza, son camaradas, incluso, tienen mayor conciencia de que sus hijos los necesitan en el ámbito afectivo, psíquico y material. Sin embargo, no puede dejar de decirse aquí, que aun estos nuevos modelos de padres conviven con los tradicionales por lo que la evolución es lenta y esto hace que persista aunque en menor grado que en otros tiempos, la irresponsabilidad paterna en la atención de los hijos, lo que ha obligado a los legisladores a endurecer las leyes para lograr que ellos cumplan sus responsabilidades creándose mecanismos para el reconocimiento de los hijos, la fijación de las pensiones alimenticias, entre otros.

Pero así como existe aún la irresponsabilidad de los padres con los hijos, también ha crecido la irresponsabilidad de las madres, quienes justificándose en el trabajo fuera del hogar y la liberación femenina, han caído en acciones graves como es el caso de tener relaciones sexuales indiscriminadas, incluso, estando casadas y lógicamente se embarazan y engañan al esposo o a su pareja de hecho, haciéndoles creer que son los padres cuando en realidad no lo son, por eso no es de extrañar, que en Ecuador hayan tantas impugnaciones de paternidad.

El Consejo de la Judicatura denunció sobre el particular, que entre los años 2013 y 2017, se resolvieron a nivel nacional 12.371 causas de impugnación, siendo las provincias de Guayas y Pichincha las que suman un total mayor de causas. En el mismo período se reportaron 933 casos de reconocimiento voluntario del menor, pero esto lógicamente después de haber aplicado miles de exámenes de ADN.

Ahora bien, tanto los organismos internacionales como la Constitución de Ecuador y las leyes imponen cargas a los padres producto de su filiación, en este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 expresa en el artículo 16 que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). De esta norma se extrae que si la familia es el elemento fundamental de la sociedad, es porque tanto el padre como la madre son fundamentales y es por ello que se les garantiza su derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Así mismo, en el artículo 16 numeral 2 de la citada declaración se expresa “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Es decir, que la madre embarazada y el producto de ello que es el niño tienen derecho a ser protegidos. Finalmente, en el artículo 26 numeral 3 se fija el derecho preferente que tienen los padres refiriéndose lógicamente a padre y madre a escoger el tipo de educación que habrá de darse a los hijos.

En esta misma Línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone en su artículo 10 que Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que se debe conceder a la familia, como base de la sociedad, una protección eficiente y eficaz para que puedan dedicarse al cuidado y la educación de los hijos a su cargo y por ello, debe dársele especial atención a las madres en el período de gestación y después del parto, sobre todo en materia de trabajo. Esta protección incluye de manera amplia y exigente al padre, lo mismo ocurre con la protección del niño y del adolescente.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 por su parte, protege a la mujer embarazada y exige a los Estados parte, respetar la libertad de los padres para seleccionar la educación religiosa y moral de su preferencia. En este Pacto también se

dispone la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad y la protección de los hijos sin discriminación alguna. Están obligados los padres a darle un nombre y a inscribirlo en el registro de nacimientos.

En cuanto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, en ella se exige en el artículo 5 literal a “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujer” y en el literal b del mismo artículo dispone :

Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Una de las cosas que se han venido erradicando es precisamente la preeminencia del padre en el hogar, pues las responsabilidades deben ser compartidas de acuerdo a los Tratados y Convenios internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, todo ello respaldado por la disposición expuesta en el artículo 15 de la Convención que expresa “. 1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. 2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad”.

Finalmente de gran interés para este aspecto que se trata es la disposición de la Convención expuesta en el artículo 16 donde se expresa que los Estados Partes

adoptarán todas las medidas adecuadas para que la pareja tenga los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (Organización de las Naciones Unidas, 1989)

Queda claro en la cita, la responsabilidad conjunta de padre y madre en la crianza de los hijos.

En este contexto necesario es hacer alusión a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la cual en su Artículo 3 prevé que todo cuanto se relacione con los niños debe considerar su interés superior y los Estados Partes deben asegurar al niño la protección y el cuidado teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, que son los responsables del niño ante la ley y, con ese fin, dichos Estados deben tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Como se ve, esta convención protege al niño por sobre toda otra consideración, poniendo en manos de los padres las responsabilidades por sus cuidados. Pero no dice nada en torno a lo que podría exponerse al niño con padres presuntivos, uno de esas situaciones es no tener una verdadera identidad y la otra, los daños psicológicos que podría sufrir el niño a quien tienen que decirle que al que él consideraba padre en realidad no lo es. Sin embargo es altamente interesante el contenido del artículo 8 que expresa “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos

la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

Se cierra este aspecto indicando que tanto la Constitución de Ecuador como las leyes entre las cuales está el Código de la Niñez y la Adolescencia, siguen el patrón de los Tratados y Convenciones internacionales y por tanto, los padres en Ecuador tienen obligaciones compartidas con la madre.

#### **1.2.4.1. La paternidad presunta**

Inicialmente hay que decir en este aspecto, que no existe una doctrina, y, tampoco la legislación ecuatoriana ha definido a la paternidad presunta, lo que hace difícil concitar lo que realmente significa ser un “presunto padre”, por lo que se hace necesario en primer lugar definir lo que se entiende por presunción. Ella es según el Diccionario, una consideración o aceptación de una cosa como verdadera o real a partir de ciertas señales o indicios, sin tener certeza completa de ello

En el Código Civil ecuatoriano vigente se define la presunción en el artículo 32 como “la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal”. **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**

Pareciera en principio por ejemplo, que el presunto padre es aquel que tiene lugar por una relación sexual no legal, pero tampoco prohibida, que da como resultado la gestación de un hijo. Es el caso, de la mujer que estando casada o dentro de una relación formal de hecho, tiene un hijo de otro hombre que no es su esposo o pareja formal. Pueden estar incluidas aquí también las relaciones fortuitas o incluso, las que se producen por violación. El caso es, que no sabiéndose a ciencia cierta quien es el padre, la mujer e incluso sus parientes más cercanos, le adjudican a un hombre que puede o no ser el

padre de la criatura la paternidad, aun cuando la ley presuma que todos los hijos nacidos dentro del matrimonio son hijos del marido, cuando en realidad se sabe que muchas veces esto no constituye verdad irrefutable.

Como ya se ha mencionado para que se de la presunción de paternidad, esta deberá cumplir ciertos requisitos y circunstancias para que la misma sea fidedigna, y ésta, podrá ser descartada si las pruebas contra el padre no son verídicas, pues la presunción en caso de paternidad es *iuris tantum*, es decir, necesita prueba en contrario.

En este sentido, para que se pueda dar la paternidad presunta, solo deberán cumplirse dos momentos, que son: en primer lugar, que sea impuesta la demanda para que bajo la orden del juez sean concedidos los alimentos provisionales; y, en segundo lugar, esta demanda tendrá que ser calificada y admitida por el juez competente en los casos de familia.

Con estos dos pasos se podrá dar comienzo a la legalidad de la paternidad presunta, así, una vez que la mujer embarazada demanda a la persona como padre del que esta por nacer, nace la presunción legal de paternidad, la cual tiene su apoyo legal en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y el apoyo fáctico, en los antecedentes que en el momento de la realización del proceso tendrán que ser probados por quien lo fundamenta, para tener una certeza de conocer si a quien fue demandado como presunto padre, en realidad lo es. En este sentido, en el artículo 32 del Código Civil se expresa: “Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere a la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias” **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**

Para finalizar, se puede decir que, la paternidad presunta es la consecuencia jurídica que señala que el demandado por esta presunción, lo es, esto en base a circunstancias y



hechos que llevan a sospechar que no podría haber otra persona más que el demandado para llevar el nombre de presunto padre, y, esto a su vez, cumpliendo con los deberes y obligaciones sin ninguna diferencia con el padre biológico.

#### **1.2.4.2. Aspectos constitucionales y legales de la paternidad**

El art. 24 del Código Civil ecuatoriano dispone:

Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**.

Es decir que, la relación matrimonial o la unión estable de hecho y el reconocimiento voluntario hace presumir la paternidad y por tanto la filiación con las obligaciones que esto conlleva. En este contexto, El art. 248 del Código Civil dispone: “El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce. En todos los casos el reconocimiento será irrevocable **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**.”

El problema nace cuando el hombre después de declarado el reconocimiento del hijo, se entera por alguien o sencillamente empieza a sospechar por algunas acciones, que ese hijo no es de él. En este caso, el padre luego de someterse a la prueba de ADN con su hijo y determinar con certeza que ese no es su hijo biológico, procede a impugnar el reconocimiento.

Como menciona Gaciela Medina y Veloso Sandra en el caso de la presunción de paternidad legal “La acción de impugnación de la paternidad matrimonial tiene por fin desvirtuar la presunción que existe respecto del marido de la madre, demostrando que aquél no es el padre biológico del hijo que ésta tuvo” (Medina G. , 2003).

Dicho esto, obligado es entonces distinguir entre impugnación de la paternidad e impugnación por reconocimiento voluntario. En cuanto a la primera, ésta empieza por la demanda planteada por el padre que presume que el hijo que se le adjudica en la realidad no es suyo. Esta demanda se plantea por vía ordinaria, lo que es altamente significativo, porque la vía ordinaria en principio es para los casos de colusión. La principal causa de la impugnación de paternidad, es entonces, el desacuerdo o disconformidad que tiene el presunto padre frente al que se presume es su hijo o hija y viceversa. En este sentido, el artículo 233, del Código Civil expresa:

El hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN). Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**

Sobre este artículo taxativo del Código Civil se fundamentan los padres que demandan por impugnación de paternidad.

En este mismo sentido, el artículo 233 A indica que esta acción de paternidad puede ser ejercida por quien se pretenda verdadero padre o madre; por el hijo; por el que consta legalmente registrado como padre o madre y por los interesados porque la paternidad o maternidad es impugnabile, los perjudica. El padre o madre pueden hacer la solicitud formal de aplicación del ADN para tenerlo como prueba al momento de hacer la

impugnación. En este caso, si el juez después de cumplir con los procedimientos legales, cita al progenitor o progenitora para que se haga el ADN y éste no asiste, sin justificación, se presume entonces, que esa persona si es positivo en el examen y por lo tanto, se decide su filiación definitiva.

Necesario es señalar, que la prueba del ADN, tendrá que ser aplicada en el momento y tiempo procesal oportuno para poder seguir con el principio de oportunidad y obviamente, tendrá que ser anunciada como prueba, para poder continuar el proceso siguiendo los principios de lealtad procesal.

En cuanto al reconocimiento de la paternidad, el artículo 250 del Código Civil indica que podrá ser ejercida por el hijo o cualquier persona que pueda tener interés en ello, pero contrariamente, el reconociente puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad demostrando que al momento de otorgarlo, se vicio la voluntad por error, dolo o violencia. En este caso debe aclararse, que la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido no constituye prueba para la impugnación de reconocimiento **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**.

En este contexto aparece como altamente significativa la Resolución No. 0167-2014, dictada en el juicio 0095-2014, del 19 de agosto de 2014, donde la Sala de Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia, falló indicando en el caso que dilucidaba que “No procede la acción de impugnación de reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad realizado por quien asumió la calidad legal de padre o madre, sabiendo o debiendo saber que el hijo no era biológicamente suyo.”

Ahora bien, en la demanda por impugnación de paternidad, se empieza una vez que la demanda sea planteada por el padre que presume que el hijo que se le adjudica en la realidad no es suyo. Esta demanda se plantea por vía ordinaria, lo que es altamente significativo, porque la vía ordinaria en principio es para los casos de colusión. La

principal causa de la impugnación de paternidad, es entonces, el desacuerdo o disconformidad que tiene el presunto padre frente al que se presume es su hijo o hija y viceversa.

En este caso también se señala que si la demanda es respondida por los demandantes, el que en ese momento sea el marido, no estará obligado a presentar pruebas de filiación con el que se presume sería su hijo.

Obviamente, una vez que comienza el proceso, el supuesto padre, no pierde las obligaciones del hijo o hija, ya que frente a los ojos de la ley, este sigue siendo el padre del menor hasta que mediante sentencia legal se declare lo contrario.

#### **1.2.4.3. Paternidad simplificada**

Esta se encuentra en la resolución de sentencia n° 0286-2012 de la Sala de la Familia, Niñez y adolescencia de la Corte Nacional de justicia en la que se manifiesta:

...para la fijación de la prestación definitiva, el juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo (...) (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil. 3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado (...) se presumirá la paternidad o maternidad y el juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen. (Resolución de sentencia n° 0286-2012, 2017).

Una vez que la demanda sea consignada, el juez a cargo tiene cinco días. Si la demanda cumple eficientemente con los requisitos expuestos en el Código Orgánico General de Procesos, el juez calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. En caso que la demanda no este completamente bien realizada el juez dará 3 días para que el demandante la saneé de acuerdo a las exigencias del juez.

Ya admitida la demanda, en materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fija provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas. En caso de expropiación urgente la o el juzgador al momento de calificar la demanda ordenará la ocupación inmediata del inmueble, siempre que a la demanda se acompañe el precio fijado en el avalúo comercial municipal. El juez entonces, ordena la inscripción en el registro correspondiente, de las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que versen sobre demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias. La omisión de este requisito será subsanable en cualquier estado del juicio, pero será sancionable.

La inscripción de la demanda no impide que los bienes se enajenen válidamente en remate forzoso y aún de modo privado, pero el fallo que en el litigio recayere tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, aunque este no haya comparecido en el juicio. Hecha la inscripción del traspaso de dominio, el registrador la pondrá en conocimiento del juez de la causa, dentro de tres días, mediante oficio que se incorporará al proceso. Si la sentencia fuere favorable al actor, el juez ordenará que se cancelen los registros de transferencia, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda.

La contestación del demandado en este caso será por una parte aceptar todo lo mencionado por la parte actora, ya sean pruebas de hecho como de derecho o refutando los ya mencionados argumentos. En caso que la persona demandada niegue todos los

argumentos de la parte actora, se le exigirá que se realice la prueba de ADN, misma que se fija con hora y fecha por el juez a cargo para la realización del examen.

En el caso que el demandado (alimentos y paternidad) no tenga los ingresos suficientes para realizar un prueba de ADN en un laboratorio particular, el examen se solicitará se realice en una institución pública correspondiente en este caso la Cruz Roja, esta solicitud se la hará siempre y cuando el demandado haya demostrado con pruebas contundentes que no puede pagarlo tal como se menciona en el artículo 131 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El art. 246 del Código Civil sobre la presunción de paternidad prescribe que se presume que un hijo tiene por padre al marido de su madre, cuando nace dentro de matrimonio, aunque no hayan transcurrido los ciento ochenta días a que se refiere el Art. 233. El marido, en todo caso podrá reclamar contra la presunción de paternidad, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo que pudo presumirse la concepción, según las reglas legales. Pero aún sin esta prueba podrá reclamar contra la paternidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o si no ha manifestado por actos positivos reconocer al hijo después de nacido. Para que valga la reclamación, por parte del marido, será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresa en la ley **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**.

En el caso que el demandado no haya asistido a la fecha y hora correspondiente, para realizarse el examen de ADN, se presume que el demandado es el padre biológico del niño o niña y la filiación con sus consecuencias será asignada por mandato de ley.

Finalmente, entendiendo que es un derecho de interés superior del niño,, se realiza por el procedimiento sumario, la paternidad, la cual se puede solicitar conjuntamente con los alimentos, esto para que el desarrollo del proceso sea más ágil y así poder garantizar un mayor impacto positivo hacia el menor.

### 1.2.5. El error en la paternidad

Desde hace miles de años cuando el ser humano apareció sobre la faz de la tierra, se ha dicho, que la Maternidad es una evidencia, y la Paternidad, sólo una presunción, por eso existe un dicho popular de los antepasados que aún se utiliza y ahora quizás con mayor fuerza “los hijos de mis hijas mis nietos son. Los hijos de mis hijos no sé si son”. Esto habla de la certidumbre e incertidumbre de la maternidad y la paternidad.

El asunto está en lo que se ha denominado, el fraude de la paternidad o fraude de identidad infantil y otras denominaciones no menos sugestivas. En todo caso, se trata de un tipo de fraude filiatorio, según el cual una mujer afirma sin rubor que un hombre es el padre biológico del hijo que lleva en el vientre cuando en la realidad no lo es, a veces dudando del asunto, a veces sabiéndolo con certeza que no lo es.

De esta manera se produce una paternidad atribuida por error o por dolo, incluso a veces por colusión. Lo que sí está claro, es que la mujer no ha actuado de manera correcta, sino que ha expuesto a un hombre a pagar cosas que no debe, lo ha expuesto también a traumas graves e incluso, a la familia de éste, quienes creen que vendrá un nuevo vástago a acrecentar la familia. Especial mente por la práctica que se ve en el diario vivir, es grave para la psiquis de los abuelos y hermanos.

En cuanto a los hijos, “Cuando se enteran de que su padre no es su padre, se sienten increíblemente engañados, y esto genera un gran problema de confianza, inseguridad, siempre se sienten engañados”, según señala Ludger Pütz, citado por Salvador Martínez, quien se siente víctima de un fraude financiero y de unos daños psicológicos que han quedado impunes. A raíz de saber que su hijo no era suyo, sufrió fuertes depresiones. “Las superé, sobre todo, por el apoyo de mi actual esposa”. (Martínez, 2002)

Por su parte, Jeanette Hagen, escritora y preparadora psicológica con domicilio en Berlín, citada por Salvador Martínez, tiene clientes que han sido padres engañados “A estas personas les cuesta encontrar su sitio en el mundo, tienen dificultades en el trabajo y en las relaciones sentimentales, que pueden no existir o sólo ser muy breves y siempre marcadas por las dificultades”.

En este caso se está en presencia del fraude paterno por atribución errónea o por dolo. Sin embargo hasta el momento no se conoce países donde la mujer sea procesada por este delito y tampoco se conocen instrumentos penales que tipifiquen el delito como tal. El fraude de paternidad no es un delito en el Reino Unido, según manifiesta Salvador Martínez, indicando este autor, que “Hasta 2008 nadie había sido procesado por el delito en cuanto a fraude de paternidad” (Martinez, 2002) Este mismo autor indica que:

Tampoco en Alemania, país que está a punto de incorporar en su código civil una nueva medida para contrarrestar algunos de los efectos que tiene el fraude de paternidad. Se trata de indemnizar, si lo desean, a los padres engañados. El padre biológico, identidad que se verá obligada a revelar la madre, pagará hasta dos años de lo abonado por el hombre que creyó ser el progenitor (Martinez, 2002).

En el de Alemania, su Tribunal Constitucional ha estado instando al legislativo para que reforme el Código Civil y en el caso de engaño o error en la adjudicación de la paternidad, que haya la obligación de la madre de decir quién es el verdadero padre biológico, lo que es lógico, pues se trata de proteger el derecho a la identidad que tiene el niño. Propone además, que el verdadero padre indemnice al afectado, cuestión que critica el autor de esta investigación, pues quien debe en justicia pagar es la mujer que comete el fraude. En todo caso, ya se dio un juicio en Alemania por esta situación y el padre biológico tuvo que pagarle una suma considerable de euros al burlado padre y de todas maneras, éste salió perdiendo.



Según Maarten Larmusseau, citado por Salvador Martínez, investigador de la Universidad Católica de Lovaina en Bélgica y quien viene haciendo estudios relevantes sobre reproducción fuera de la pareja, ha sostenido que el porcentaje de personas que nacen debido a una relación fuera del matrimonio, va del 1% al 2% en el mundo occidental, sosteniendo que “Es un porcentaje pequeño, pero si se mira en números absolutos, sigue siendo muy grande. En la Unión Europea hay 500 millones de personas, un 1% o 2% representa mucha gente” (Martinez, 2002)

En estos relatos sobre casos reales se ha conseguido, que las madres que cometen estos fraudes, lo hacen por diferentes razones, unas es que muy pocas veces tienen una aventura y por su falta de experiencia salen embarazadas y ya con el problema se asustan porque se sienten culpables, Otras mujeres es que exprofeso buscan a un esposo que las sostenga económicamente aunque no le den suficiente placer por lo que buscan un amante para complacerse sexualmente y otras porque viven en libertinaje absoluto y no saben a ciencia cierta quien es el padre y se lo endosan al que ellas consideran mejores padres ya sea por su posición económica, ya sea porque saben que no tienen hijos por ejemplo, y los amarran al hijo.

Otras veces, son mujeres en proceso de divorcio y problemas graves en el hogar, y lo hacen por venganza con el compañero o esposo. Es decir, es un asunto complejo de los adultos, con lo que corren los niños y aun terceros que nada tienen que ver con la situación.

Finalmente, Piotr Malachowski, portavoz para asuntos de Familia en el Ministerio alemán de Justicia, citado por Salvador Martínez indica que “Cuando tienes un niño que no es tuyo, un niño del que has cuidado, cuya vida has financiado, se te tiene que devolver dinero, y ese dinero lo paga el padre biológico”. (Martinez, 2002). Esta situación evidentemente abre un nuevo campo para los estudios de familia.

En España, es muy incipiente aún el tratamiento de los padres engañados y quizás por esto, es casi imposible los juzgados acepten pagar indemnizaciones y son pocos los padres que las solicitan. Sin embargo, ya hay dos sentencias recientes del Tribunal Supremo sobre el particular. Pero lo más importante es que en los Juzgados españoles se ha empezado a considerar la posibilidad de que los padres podrían tomar acciones legales contra la madre por enriquecimiento injusto, con lo que está plenamente de acuerdo el investigador.

Hay otros casos de fraude de paternidad como el de paternidad desconocida, cuando la mujer no informa al padre y registra al niño sin padre, es decir, como desconocido.

## **1.2.6 Intervención de la prueba de ADN y la devolución de alimentos.**

### **1.2.6.1 Definición del ADN**

Para definir lo que es el ADN comenzaremos con detallar cada una de sus siglas, estas significan “ácido desoxirribonucleico”, esta célula se encuentra en el núcleo de cada ser vivo, claro debe estar que el ADN, nace de los estudios que en los últimos 30 años se han realizado en la biología” (Solari, 2004).

Más claro, el ADN, forma parte de la estructura molecular de cada ser vivo, y en esta se puede encontrar similitudes genéticas entre dos personas.

El ADN, es decir el ácido desoxirribonucleico desempeña varias funciones en el cuerpo humano, tales como el almacenamiento de lo que conocemos como genes y el genoma, la categorización de proteínas como la transcripción y traducción y como último, su auto

duplicación, con esta última, las celular madres se reparten hacia las celular hijas creando la división celular.

Se podrá decir, que el ADN es una célula que se almacena en cada ser vivo, como una red de información, que es vital para lograr la buena estabilidad en el organismo que habita, y este con su auto-duplicación puede trascender de generación en generación. El ADN que sostiene lo ya mencionado, y que cumple la función de material genético en el ser vivo es el conocido como ADN genómico.

Todo ser humano y ser vivo, contiene información genética que se almacena en los genes que pueden perdurar en cada individuo, y a toda clase de información celular de cada ser, se la denomina genotipo.

Ahora se entenderá la función que cumple el gen y los genes, el gen como tal es una herencia y una región del ADN, que podría influir en cada individuo, lógicamente esta se trasciende de generación en generación, como por ejemplo el color de ojos. Ahora los genes, son aquellos encargados de empaquetar y cuidar las células que guardan nuestra copia genética que es paterna y materna, de esta manera se puede detallar la veracidad de este estudio en cada ser humano y animal.

Para irnos centrando en el tema de tesis como tal, se puede decir que la prueba conocida como de ADN es la que determinará con un 99.9% de veracidad la paternidad o maternidad en las disputas que pueda haber sobre la filiación, prueba que ha pasado de ser un estudio irrelevante a ser tomada como una pieza clave del desarrollo tecnológico y una parte esencial en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Donde además, se encuentra tipificado en el Capítulo 1 denominado como “DERECHO DE ALIMENTOS”, y en el Código Civil se lo puede detallar en los artículos 233, 245, 246 y 258.

### 3.2 El ADN y su beneficio legal

En la Ex Corte Suprema de Justicia, en un proceso ordinario en donde se investigaba la paternidad NO.170-97, de resolución No.83-99 en donde interviene el ADN se pronunció y mencionó que:

La resolución n° 83-99, dictada dentro del juicio ordinario n° 170-97 que se sigue por investigación de paternidad, dice lo siguiente:

Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación, si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen; en efecto, a) debe tratarse de un examen genético o de histocompatibilidad (ADN) según su naturaleza específica de conformidad con la ciencia biológica, pero de ninguna manera están dotados de esta certeza los exámenes somáticos y hematológicos comparados; (Cascante, 2001).

En la actualidad la prueba de ADN ha sido tomada para los legisladores, como una prueba fidedigna y completamente confiable tipificados en los cuerpos legales mencionados, con el fin que el juez pueda dar un resolución con base legal y científica, para lograr que dicha decisión sea casi irrefutable e indiscutida, como se pudo ver, en la resolución de la sentencia de Casación ya citada anteriormente.

Antes del año 1993 en Ecuador, el juez estaba obligado a dictaminar todo caso de paternidad en base a su discrecionalidad, y como se lo mencionó en capítulos anteriores, el juez tomaba como referencia el parentesco físico del niño o niña con el supuesto padre,

y de esta manera el juez podía determinar la referida paternidad, lo ya destacado se lo encuentra tipificado en llamado “Código de Menores” del Ecuador (Larrea Holguin, 2010).

Esto con respecto al Código Civil que igualmente respaldaba al Código de Menores.

En conclusión cuando se refiere a disputas por paternidad o maternidad, esta investigación biológica se practica para:

Art.24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:  
a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente; b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre. **(Ecuador, Congreso Nacional, 2005)**

Art. 132.- Condiciones para la práctica de las pruebas biológicas.- El reglamento contemplará las medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas. (Ecuador, Congreso Nacional, 2003).

Sacar de dudas, tanto viejas dudas como actuales, es decir, dudas sobre la paternidad o maternidad ya judicialmente declarada o dudas actuales, tales como poder realizar esta prueba del cordón umbilical del nacido. Pero en nuestro país no se encuentra permitida dicha práctica.

En Ecuador solo se puede realizar la prueba de ADN una vez que haya nacido el ser humano esto mencionado en el artículo:

Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas:

6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco (Ecuador, Congreso Nacional, 2003)

Es así que, con lo ya mencionado, se evidenciará claramente que la prueba de ADN puede constituir la única práctica 100% efectiva y mencionada por el juez como la prueba más veraz y fidedigna para poder dictar una resolución ya que una vez que se verifique, que esta prueba cumple el parámetro de positividad del 99.99999%, el juez la valorará prácticamente como el 100%, ya que, el margen de error será demasiado mínimo que no daría cabida arriesgarse a pensar que podría haber un fallo en esta prueba, ya que esta tendrá que ser tan amplia que no podrá encajar en los patrones para su duda razonable.

En conclusión, en este subcapítulo se puede evidenciar que en la actualidad gracias a la ayuda de la ciencia, se puede llegar a un dictamen veraz y 100% confiable, y así los encargados de administrar justicia en el país, pueden llegar a una conclusión con mayor rapidez y prolijidad, y así cumplir con los principios mencionados en el Código Orgánico de la Función Judicial con fines de agilizar los conflictos.

## CAPÍTULO II

### MARCO METODOLÓGICO

El plan metodológico de esta investigación conlleva la descripción de la estrategia a seguir, los métodos, la población y la muestra y el instrumento utilizado.

#### 2.1. Estrategia Metodológica

La estrategia aquí utilizada se califica como mixta, debido a que se empleó tanto la metodología documental, para el análisis teórico y jurídico, como la investigación de campo para diagnosticar la situación investigada en este estudio titulado repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador.

#### 2.2. Métodos

Los métodos utilizados en esta investigación fueron el de análisis, síntesis, interpretativo y crítico.

##### 2.2.1. El método de análisis

Este método se utilizó para descomponer el tema de la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador, en este sentido, las partes que se destacaron en el ámbito teórico fueron: la filiación, los efectos jurídicos derivados de la filiación y formas de obtener la filiación en Ecuador; derechos humanos de la mujer y del niño en los Tratados Internacionales y en la legislación ecuatoriana y las normas internacionales sobre los derechos del “*nasciturus*” y la mujer embarazada; las normas Constitucionales y legales en Ecuador sobre la mujer embarazada; las normas internacionales y del Ecuador sobre la protección del niño; el alcance del interés superior del niño; del que está por nacer; el derecho de alimentos para el niño en la Constitución

y legislación ecuatoriana; pensiones de alimentos prenatales; la paternidad en Ecuador; la paternidad presunta; el procedimiento de Impugnación de paternidad en Ecuador; la paternidad simplificada y finalmente, el fraude y el error en la paternidad.

Cómo se observa, se tocaron todos los aspectos que implica el tema principal, lo que se requería para la obtención de las conclusiones generales del estudio sobre la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador.

#### 2.2.1.2. El método de síntesis

Este método consiste en reconstruir e integrar todo el material analizado con un sentido de totalidad, lo que se logró a través de las conclusiones íntimamente relacionadas con el objetivo general y específicos del estudio.

#### 2.2.1.3. Método interpretativo

Con el uso de este método lo que se buscó fue conocer las interacciones dentro del discurso relacionado con el tema de la Mediación como Medio Alternativo de Solución de Conflictos en casos de Violencia Psicológica Intrafamiliar en Ecuador. De esta manera, se buscó no sólo desentrañar el sentido del discurso teórico, sino también el discurso aportado por quienes respondieron el cuestionario aplicado, en este sentido, las preguntas del instrumento fueron orientadas precisamente a indagar en el interior de las personas el verdadero sentir en torno al tema en estudio.

#### 2.2.1.4. Método crítico

Significó el uso de la razón para encontrarle el verdadero sentido a los contenidos de cada uno de los subtemas. Con la aplicación de este método se logró desentrañar el



sentido y orientación de las normas y el contenido teórico, que quizás representa el centro del estudio teórico. De esta manera, el método crítico no puede darse sin la interpretación de los textos y normas, utilizándose en este caso normas tanto internacionales como nacionales.

### **2.3. Población y muestra**

La Población de esta investigación es de 600 hombres ubicados en Colinas del Norte, todos ellos tienen una característica común: han sido demandados por pensión de alimentos. A esto se agregan doce jueces de familia del Cantón Quito.

La muestra estuvo conformada por 60 hombres que han sido demandados por pensión alimentaria y a la vez, ellos han pedido la certeza de su paternidad a través de la prueba de ADN, Todos ellos fueron ubicados en Colinas del Norte del Cantón de Quito, Ecuador, contándose con la colaboración de un tribunal de familia. A lo que se suman seis (6) jueces de familia del Cantón Quito

### **2.4. Instrumento**

El instrumento utilizado fue el cuestionario tipo encuesta con cinco (5) preguntas de selección simple, el cual tuvo como objeto conocer la opinión que tienen los padres de familia sobre la repetición del pago de la pensión provisional de alimentos al padre presuntivo en Ecuador.

## 2.5. Análisis de resultados

### CUESTIONARIO A PADRES PRESUNTIVOS

#### CUADRO 1.

Tipo de unión que tenía el padre presuntivo con la madre del hijo que le pidió pensión de alimentos

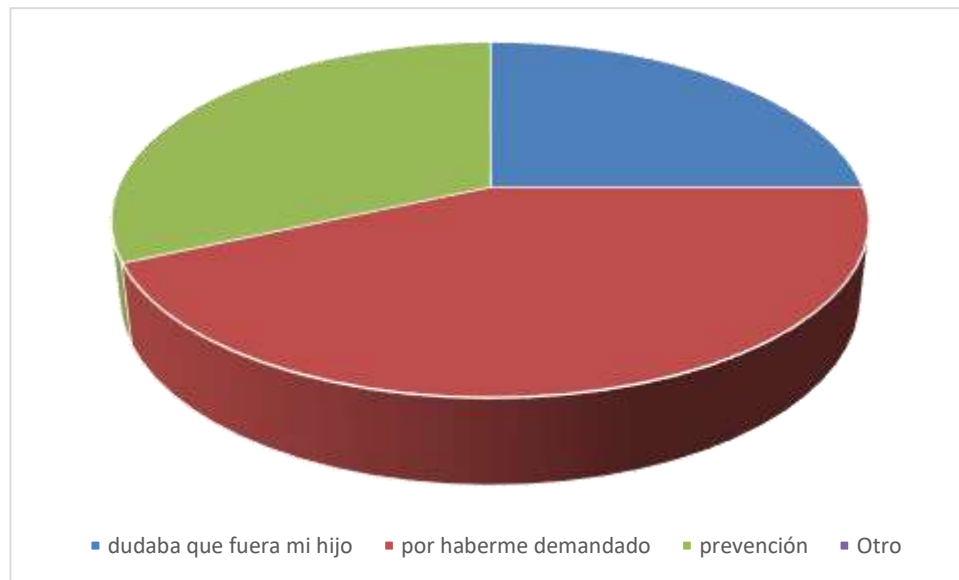
Tabla 1. Relación que tiene el presunto padre con la madre

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Matrimonio	<b>16</b>	<b>26,7</b>
Unión de hecho	<b>24</b>	<b>40,0</b>
Unión casual	<b>18</b>	<b>30,0</b>
Otro	<b>2</b>	<b>3.3</b>

Elaborado por : Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 1.**

Ilustración 1. Relación que tiene el presunto padre con la madre



Los datos del Cuadro y Gráfico 1 indican que el mayor porcentaje de padres presuntivos (40%), mantenía una unión de hecho con la madre del presunto hijo que demandó la pensión de alimentos. Le sigue en orden de importancia, la unión casual con un 30% y por último el matrimonio con un 26,7%.

**CUADRO 2.**

**Razones por las que solicitó usted la prueba de ADN del hijo por él que le pidió la pensión de alimentos**

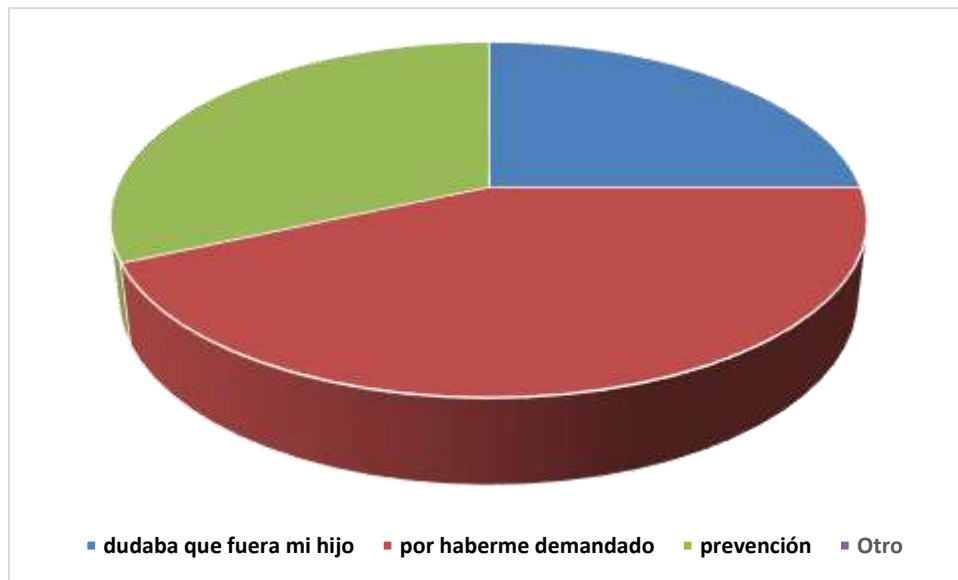
Tabla 2. Razones para realizar prueba de ADN

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Dudaba que ese hijo fuera mío	<b>15</b>	<b>25,0</b>
Por haberme demandado	<b>26</b>	<b>43,3</b>
Prevención	<b>19</b>	<b>31,7</b>
Otro	<b>0</b>	<b>0,0</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 2.**

Ilustración 2. Razones para realizar prueba de ADN



Como se observa en el cuadro y gráfico 2, el mayor porcentaje se ubica en la alternativa “Por haberme demandado”, lo que significa que el hombre no tiene mucha conciencia en el ámbito preventivo y quizás no cree que la mujer lo haya podido engañar colocándole una responsabilidad que no tiene como padre, con las consecuencias que ello conlleva.

**CUADRO 3.****Resultado de la prueba de ADN**

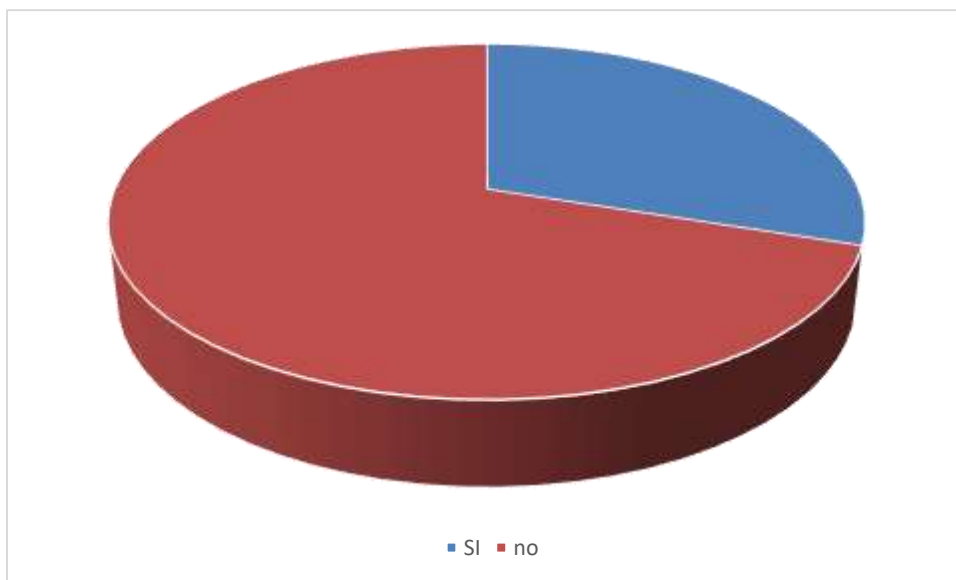
Tabla 3. Resultados de prueba de ADN

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Negativo	<b>15</b>	<b>25</b>
Positivo	<b>45</b>	<b>75</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 3.**

Ilustración 3. Resultados de prueba de ADN



Los datos del cuadro y gráfico 4 indican que las  $\frac{3}{4}$  partes de la muestra informa que la prueba de ADN resultó positiva, es decir que los hijos por los que se reclama pensión de alimentos en verdad se corresponden con los padres, es decir, son los padres biológicos, pero sin embargo, un porcentaje nada despreciable, de un 25% sale negativo, es decir, que los hijos no son de los presuntos padres o sea, que existe en Ecuador un problema de carácter legal que debe resolverse para evitar injusticias.

**CUADRO 4.****Pago de gastos prenatales y postnatales por parte del padre presuntivo**

Tabla 4. Pago realizado por el presunto padre

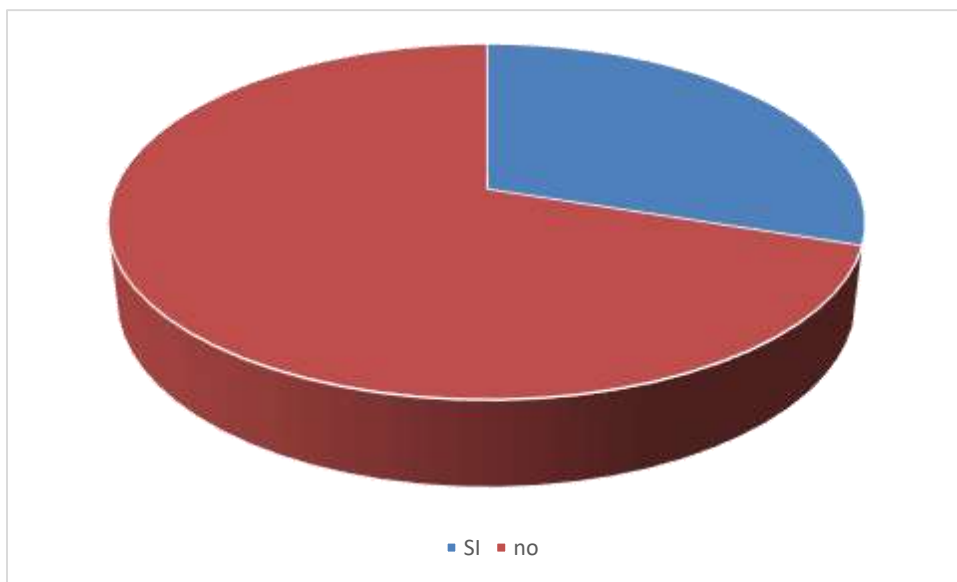
<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	<b>18</b>	<b>30</b>
<b>NO</b>	<b>42</b>	<b>70</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento



**GRÁFICO 4.**

Ilustración 4. Pago realizado por el presunto padre



Los datos del cuadro 4 indican que 18 de 60 padres presuntivos, o sea, el 30% tuvo que pagar gastos prenatales y postnatales. Un 70% no tuvo que hacerlo, seguramente, porque ya el niño había nacido cuando se demandó la pensión de alimentos.

**CUADRO 5.**

**Demanda para la devolución de lo que gastó en el embarazo de un hijo que no era suyo**

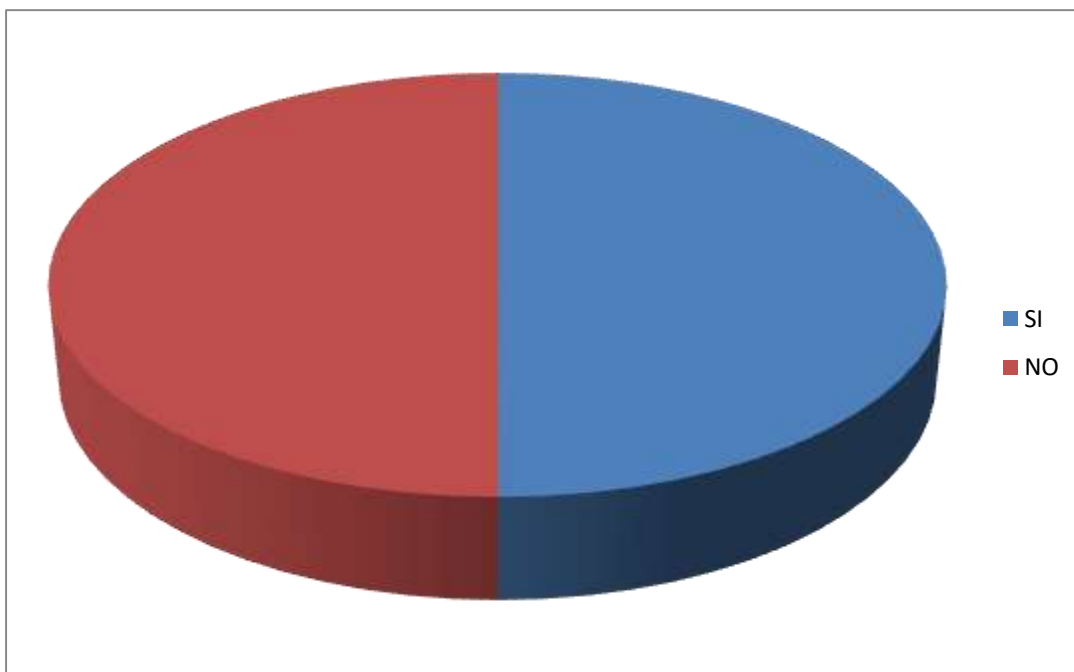
Tabla 5. Procedimiento realizado para verificación de presunción de paternidad

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>SI</b>	<b>9</b>	<b>50</b>
<b>NO</b>	<b>9</b>	<b>50</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 5.**

Ilustración 5. Procedimiento realizado para verificación de presunción de paternidad



Los datos del Cuadro y Gráfico N° 5 indican que existe un 50% de padres presuntos que han demandado la repetición de lo que gastó en el embarazo de un hijo que resultó no ser suyo después de aplicar la prueba de ADN. Otro 50% de los padres presuntivos no demandó.

**CUADRO 6.**

**Resultado de la demanda que hizo para que le repitieran los gastos que hizo para una mujer que no había procreado un hijo suyo**

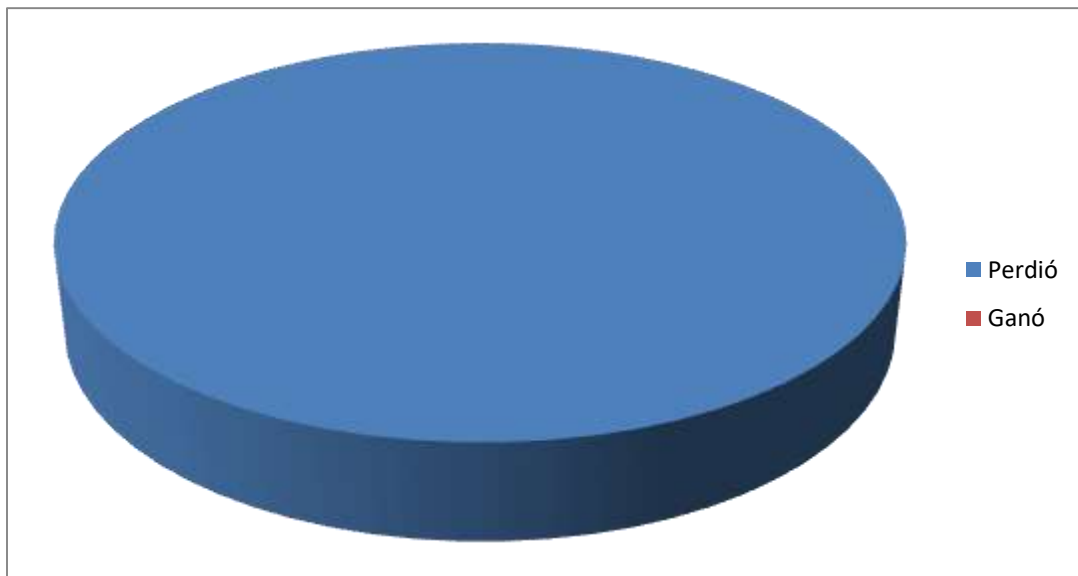
Tabla 6. Resultado de la demanda para repetición de alimentos

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Perdió</b>	<b>9</b>	<b>100</b>
<b>Ganó</b>	<b>0</b>	<b>0</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 6.**

Ilustración 6. Resultado de la demanda para repetición de alimentos



Los datos del Cuadro y Gráfico N° 6 indican que la totalidad de los padres presuntos que demandaron la repetición de lo que habían pagado por alimentos a la mujer embarazada de un hijo que resultó no ser de ellos, perdieron la demanda, lo que resulta altamente significativo.

**CUADRO 7.**

**Hombres casados con una mujer distinta a la que los demandó por pensión alimenticia**

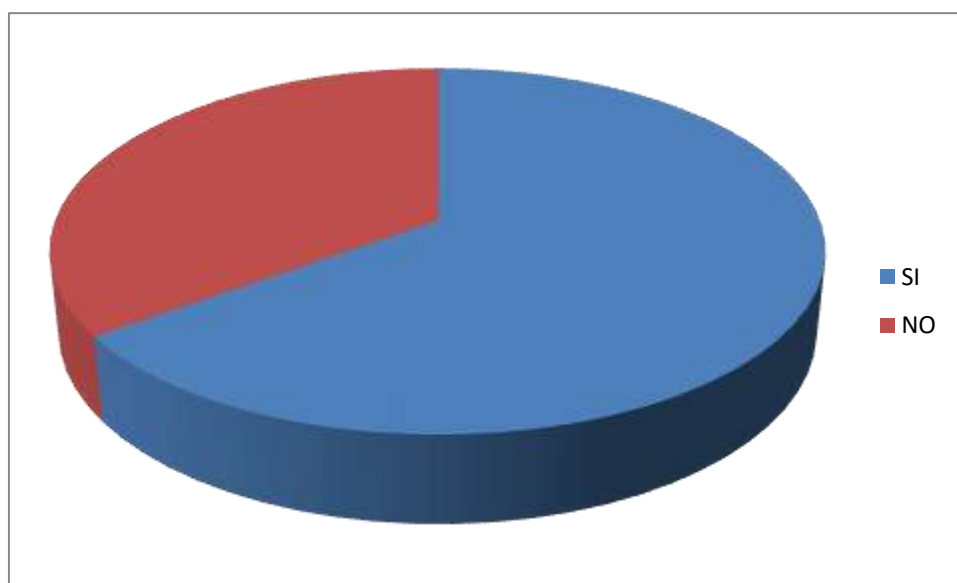
Tabla 7. Hombres casados con mujer distinta a la demandante

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>SI</b>	<b>12</b>	<b>20</b>
<b>NO</b>	<b>48</b>	<b>80</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 7.**

Ilustración 7. Hombres casados con mujer distinta a la demandante



Los datos del cuadro y gráfico 7 indican que un 20% de los hombres demandados por pensión alimenticia por una mujer distinta a su esposa, son casados. Datos que son muy importantes, porque indica que estos hombres podrían estar profundizando el problema de la sociedad ecuatoriana y generando situaciones familiares graves, con altos costos psicológicos y económicos.

**CUADRO 8.**

**Tenencia de otros hijos aparte del hijo por el que lo demandaron por pensión alimenticia**

Tabla 8. Tenencia del padre

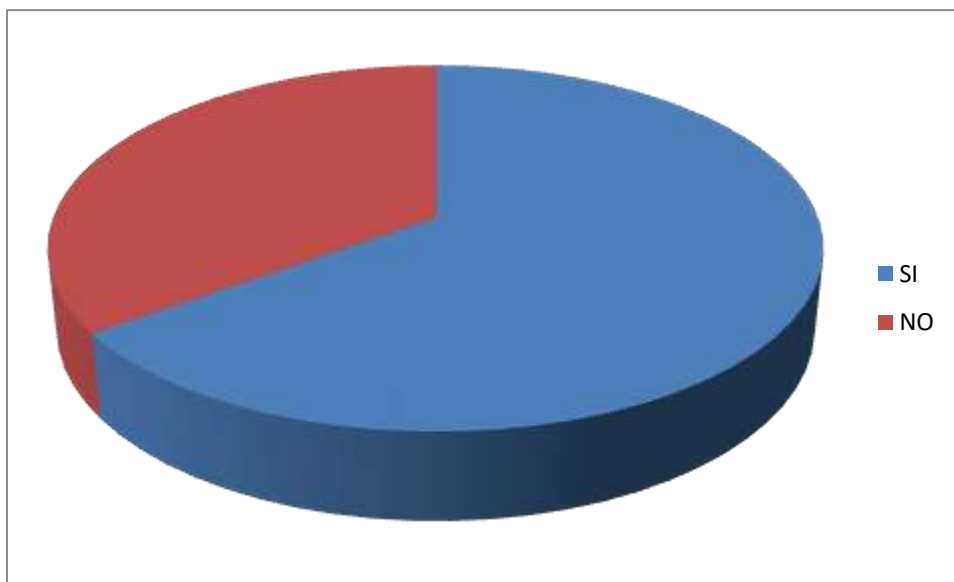
<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>SI</b>	<b>39</b>	<b>65</b>
<b>NO</b>	<b>21</b>	<b>35</b>

**Elaborado por:** Rodney Samiento



**GRÁFICO 8.**

Ilustración 8. Tenencia del padre



Los datos del Cuadro y Gráfico 8 indican que un 65% de los padres presuntivos a quienes se les demanda por pensión de alimentos tienen otros hijos aparte del hijo por el que lo demandaron por pensión alimenticia. Sólo un 35% manifiesta no tener otros hijos.

**CUADRO 9.****Reacción cuando supo que el hijo por el que le habían demandado no era suyo**

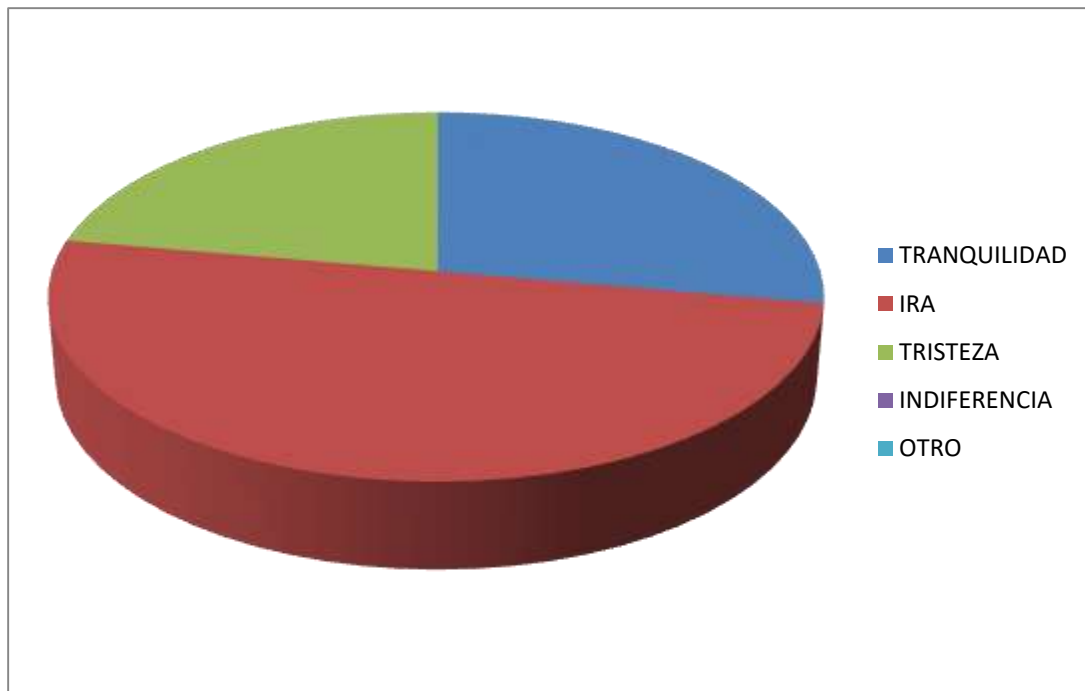
Tabla 9. Reacción ante demanda por hijo

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Tranquilidad	5	8,30
Ira	9	15,00
Tristeza	4	6,70
Indiferencia	0	0
Otro	0	0

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 9.**

Ilustración 9. Reacción ante demanda por hijo



Los datos del Cuadro y Gráfico 9 indican que la mayoría (50%) de los presuntos padres, al comprobar que el hijo de la mujer que lo demandó no era suyo y que tuvo que sacrificarse quizás para pagar la pensión alimenticia y no ser sometido a las penas pautadas para el caso de la evasión de la responsabilidad de los padres de alimentar y cuidar a sus hijos, en Ecuador, demostraron ira.

**CUADRO 10.**

**La demanda por pensión de alimentos le trajo problemas con la familia**

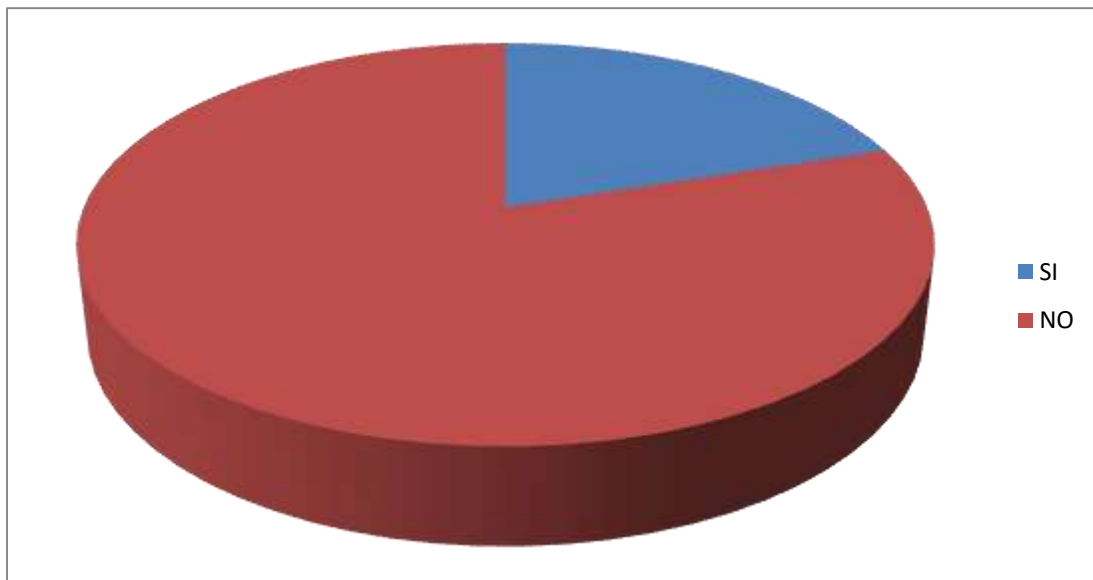
Tabla 10. Problemas tras demanda de alimentos

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>SI</b>	<b>12</b>	<b>20</b>
<b>NO</b>	<b>48</b>	<b>80</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 10.**

Ilustración 10. Problemas tras demanda de alimentos



El Cuadro y Gráfico 10 indican que el 20% de los presuntos padres han tenido problemas en sus hogares por las demandas de pensiones de alimentos de las cuales han sido objeto. Esto ayuda a clarificar, el grave daño que comete una mujer contra un hombre atribuyéndole un hijo que ella sabe que no lo es.

## CUESTIONARIO PARA JUECES DE FAMILIA

### CUADRO 11.

#### Volumen de demandas de pensión de alimentos que llegan a su juzgado

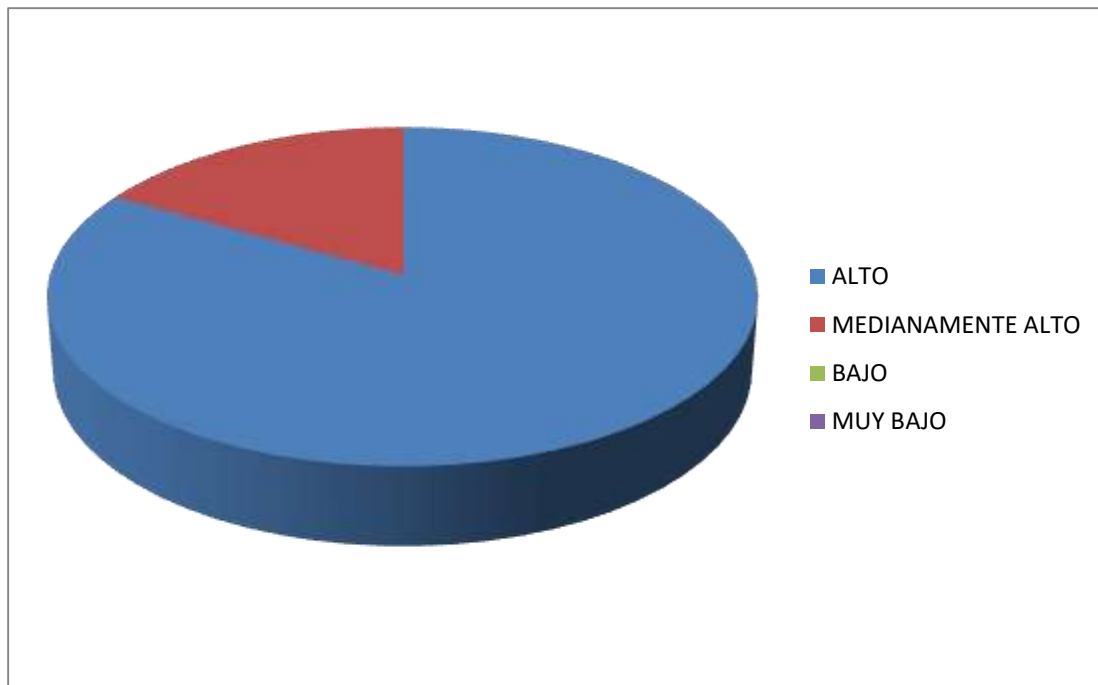
Tabla 11. Volumen de demandas en juzgado

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Alto</b>	<b>5</b>	<b>83,3</b>
<b>Medianamente alto</b>	<b>1</b>	<b>16,7</b>
<b>Bajo</b>	<b>0</b>	<b>0</b>
<b>Muy bajo</b>	<b>0</b>	<b>0</b>

Elaborado por: Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 11.**

Ilustración 11. Volumen de demandas en juzgado



El Cuadro y Gráfico 11 indican que el volumen de demandas de pensión de alimentos que llegan a los Juzgados de familia en su mayoría es un volumen alto (83,3%), siguiéndole el volumen medianamente alto (16,7%).

**CUADRO 12.****Volumen de demandas de pensión de alimentos por mujeres embarazadas que llegan a su tribunal**

Tabla 12. Volumen de demandas de pensiones alimenticias por mujeres embarazadas

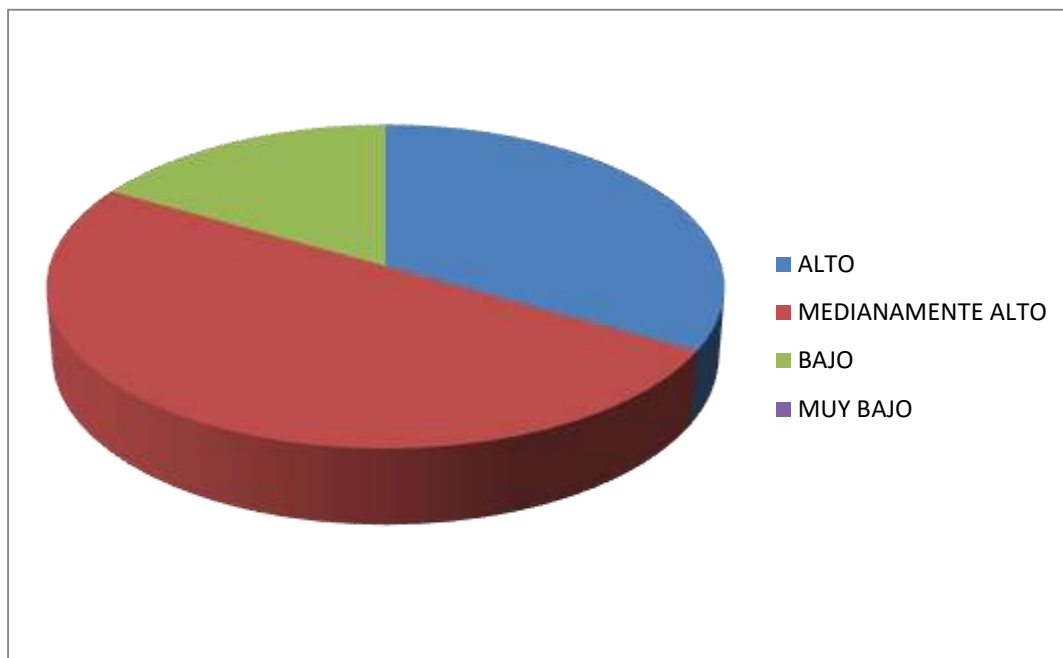
<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Alto	2	33,30
Medianamente alto	3	50,00
Bajo	1	16,70
Muy bajo	0	0,00

Elaborado por: Rodney Samiento



**GRÁFICO 12.**

Ilustración 12. Volumen de demandas de pensiones alimenticias por mujeres embarazadas



Los datos del cuadro 12 indican que es medianamente alto el volumen de demandas de pensión de alimentos por mujeres embarazadas que llegan a los juzgados de Quito (50%), seguido por un volumen alto de un 33,33%. Es decir, que entre ambas alternativas agrupan un 83,33% del volumen de causas por solicitud de pensión de alimentos.

**CUADRO 13.**

**Volumen de padres presuntivos que solicitan la prueba de ADN ya nacido el niño para seguir aportando la pensión de alimentos**

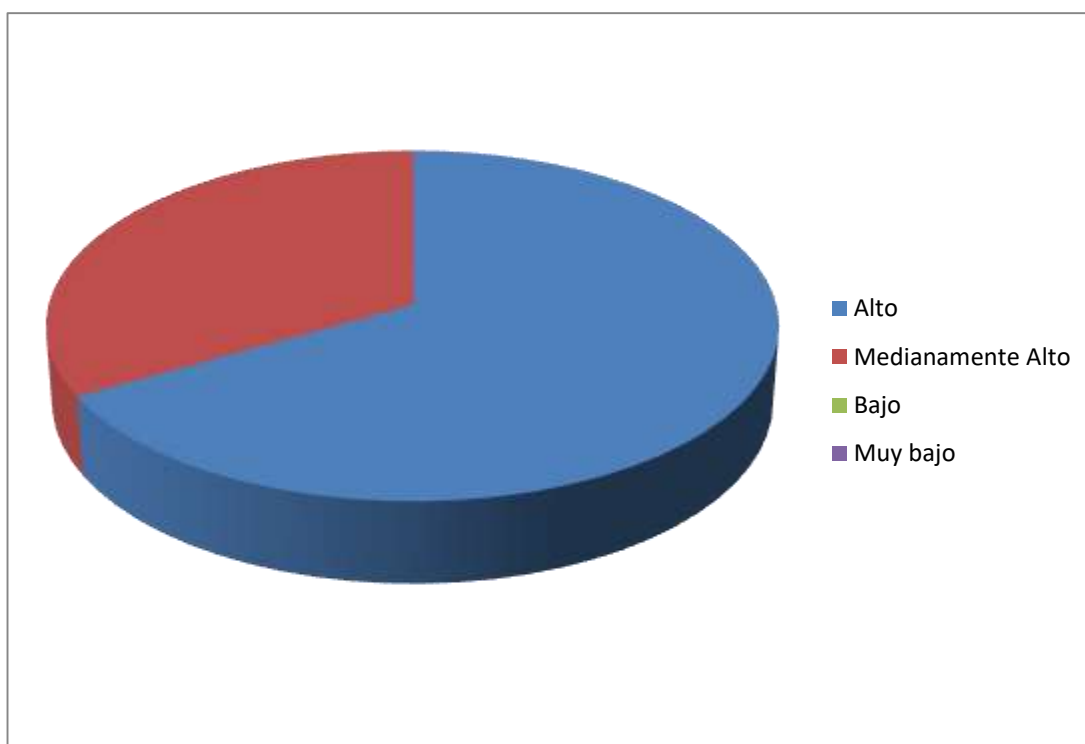
Tabla 13. Volumen de padres presuntivos que solicitan prueba de ADN

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Alto</b>	<b>4</b>	<b>66,7</b>
<b>Medianamente alto</b>	<b>2</b>	<b>33,3</b>
<b>Bajo</b>	<b>0</b>	
<b>Muy bajo</b>	<b>0</b>	

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 13.**

Ilustración 13. Volumen de padres presuntivos que solicitan prueba de ADN



Los datos del cuadro y gráfico N° 14 informan que según indican los jueces, el volumen de padres presuntivos que solicitan la prueba de ADN ya nacido el niño para seguir aportando la pensión de alimentos es alto con un 66,7%.

**CUADRO 14.**

**Volumen de hombres que demandan la repetición de lo pagado por pensión de alimentos cuando la prueba de ADN sale negativa**

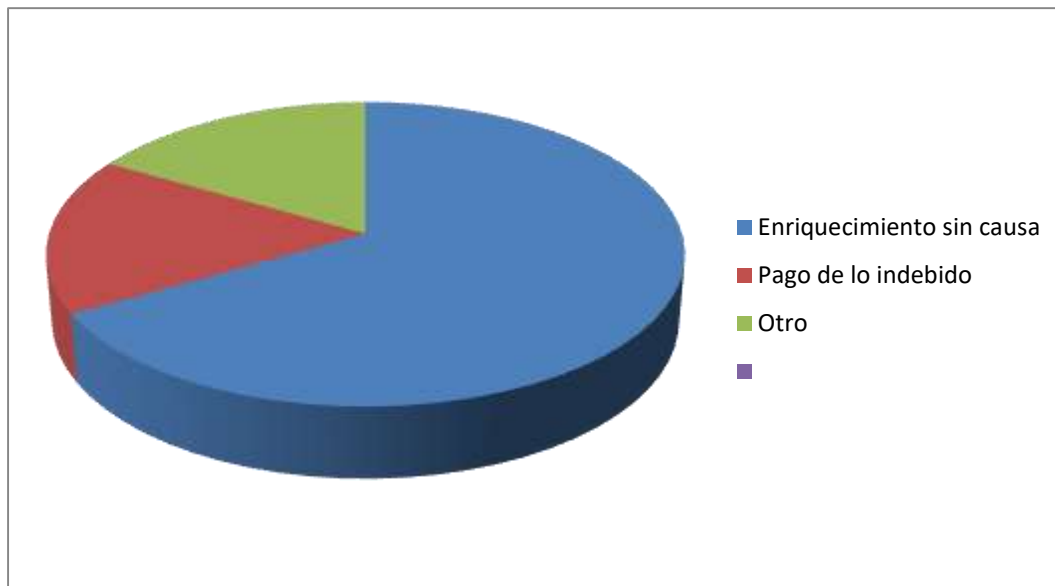
Tabla 14. Resultados ante prueba de ADN negativa

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Alto</b>	<b>1</b>	<b>16,7</b>
<b>Medianamente alto</b>	<b>3</b>	<b>50</b>
<b>Bajo</b>	<b>2</b>	<b>33,3</b>
<b>Muy bajo</b>	<b>0</b>	<b>0</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 14.**

Ilustración 14. Resultados ante prueba de ADN negativa



Los datos del cuadro 14 indican que según expresan los jueces, el 83,3% de los padres presuntivos están ubicados en las alternativas bajo y medianamente alto, dominando ésta última alternativa. Muchos pueden ser los factores para estos resultados, pero quizás la más notoria sea, porque ya saben que sus demandas en este sentido no son bien tomadas y la ley además, está en contra.

**CUADRO 15.**

**¿Usted está de acuerdo en que al padre presuntivo cuyo ADN sale negativo se le repita lo que pagó por pensión de alimentos a la mujer embarazada que lo demandó?**

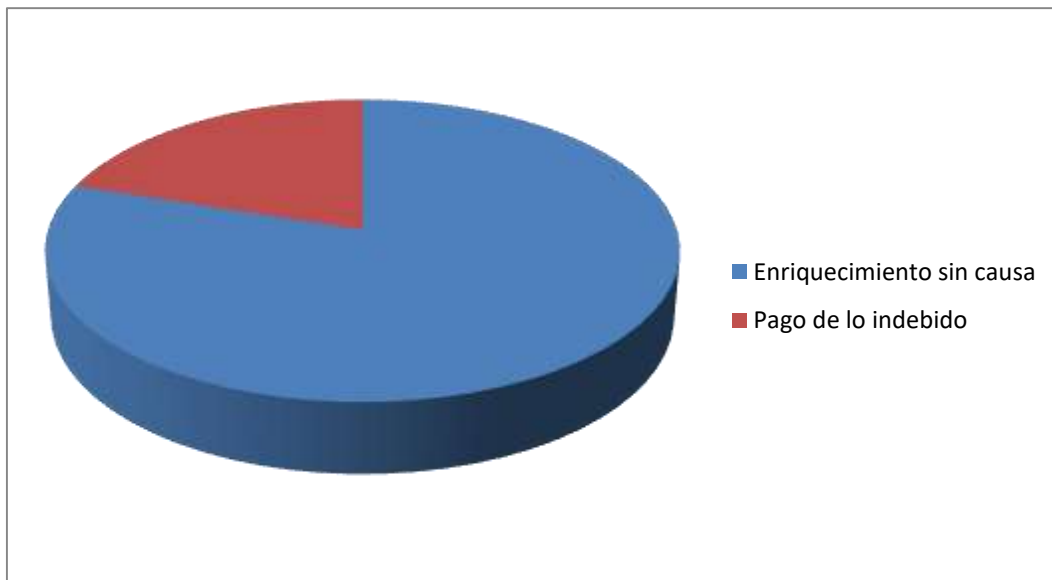
Tabla 15. De acuerdo con repetición de pensiones alimenticias

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Si</b>	<b>3</b>	<b>50</b>
<b>NO</b>	<b>3</b>	<b>50</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 15.**

Ilustración 15. De acuerdo con repetición de pensiones alimenticias



Los datos del cuadro N° 15 indican que un 50% de los jueces está de acuerdo en que al padre presunto cuyo ADN salga negativo se le repita lo que pagó por pensión de alimentos a la mujer embarazada que lo demandó, pero otro 50% no está de acuerdo en ello, posiblemente por su apego a la ley.

**CUADRO 16.****¿A quién debería demandarse?**

Tabla 16. Quien se consideraría el demandado

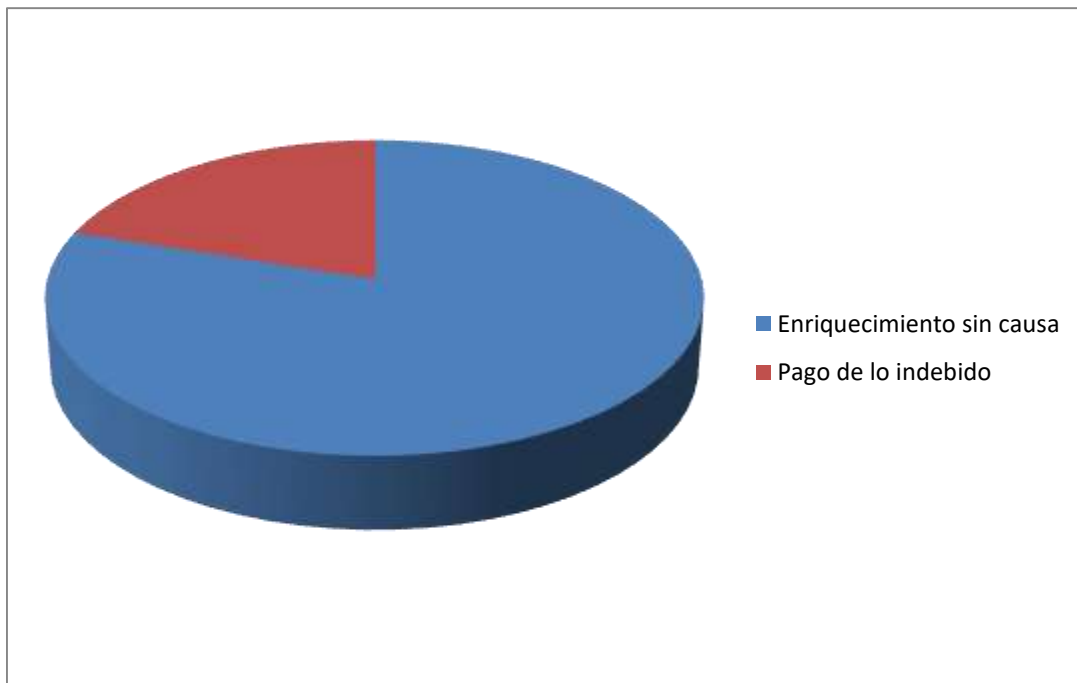
<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
A la mujer que demandó la pensión de alimentos	<b>5</b>	<b>83,3</b>
Al verdadero padre de la criatura producto del embarazo	<b>1</b>	<b>16,7</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento



**GRÁFICO 16.**

Ilustración 16. Quien se consideraría el demandado



Los datos del Cuadro 16 informan que el 83,3% de los jueces estarán de acuerdo en afirmar que a quien se debe demandar es a la mujer que engañó al padre presunto diciéndole que era el padre y hasta lo demandó por pensión de alimentos, cuando en realidad es otro el padre. Sin embargo, un 16,7% de los Jueces siguiendo la línea de pensamiento alemán indican que debe demandarse en todo caso es al verdadero padre del niño.

**CUADRO 17.**

**Fundamento de la demanda por repetición del pago de las pensiones de alimentos de mujer embarazada cuyo hijo resultó con ADN no compatible con el padre presuntivo**

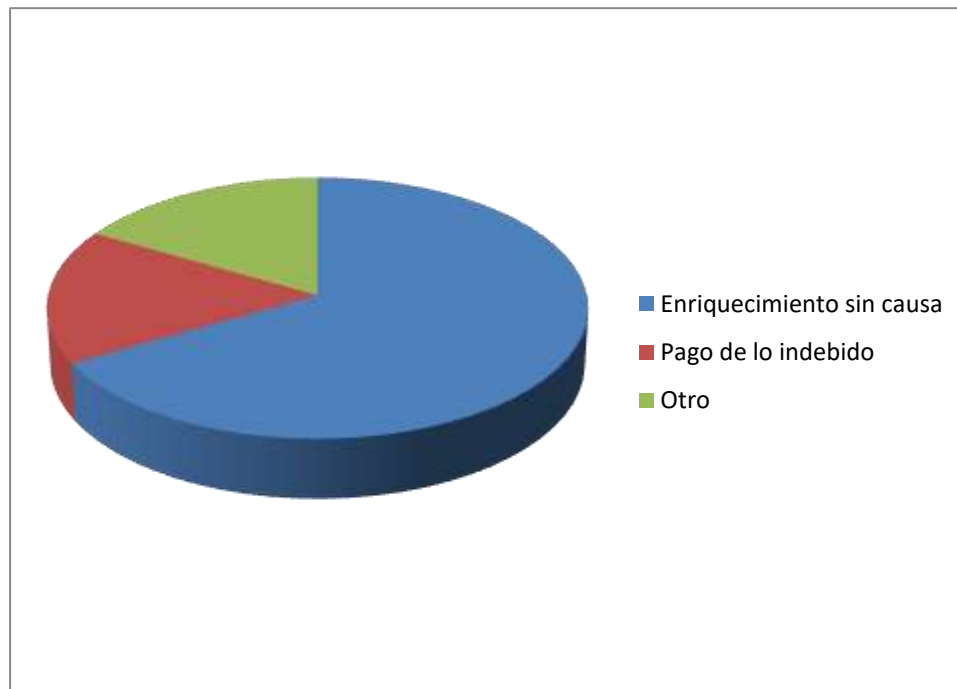
Tabla 17. Fundamento de la demanda por repetición

<b>RESPUESTAS</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
Enriquecimiento sin causa	<b>4</b>	<b>66,8</b>
Pago de lo indebido	<b>1</b>	<b>16,6</b>
Otro	<b>1</b>	<b>16,6</b>

**Elaborado por:** Rodney Sarmiento

**GRÁFICO 17.**

Ilustración 17. Fundamento de la demanda por repetición



Los datos del cuadro y gráfico 17 indican que casi las tres partes de los jueces (66,8%), consideran que quien demande la repetición del pago debe fundamentarlo en el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto.

## CAPÍTULO III

### 2. RESULTADOS

Los resultados obtenidos en el estudio documental y en el de campo permiten observar lo siguiente:

1. El mayor porcentaje de padres presuntivos (40%), mantenía una unión de hecho con la madre del presunto hijo que demandó la pensión de alimentos. Le sigue en orden de importancia, la unión casual con un 30% y por último el matrimonio con un 26,7%. Estos porcentajes permiten evidenciar lo que expresa Julio Antonio González-Pienda “En primer lugar, cobra relevancia la pareja como tal coexistiendo con la pérdida de importancia del matrimonio como institución” (González-Pienda, 2009).

Pero más grave aún es que se determinó que un 20% de los hombres demandados por pensión de alimentos son casados y quién los demandó fue una mujer distinta a la esposa, lo que lógicamente, conllevó a que un 20% de los presuntos padres hayan tenido problemas en sus hogares por las demandas de pensiones de alimentos de las cuales han sido objeto. Esto ayuda a clarificar, de alguna manera la situación de daño que comete una mujer contra un hombre atribuyéndole un hijo que ella sabe que no lo es, daño que hasta ahora no es resarcido. Por cierto, también se encontró que es relativamente alto el volumen de demandas de pensión de alimentos por mujeres embarazadas que llegan a los juzgados de Quito (50%).

2. Se demostró que los padres presuntivos se llenan de ira cuando se enteran de que han sido demandados por alimentos y su venganza es pedir la prueba de ADN, resultando en un 25% negativa. Sin embargo, 18 de 60 padres presuntivos de la muestra, o sea, el 30% tuvo que pagar gastos prenatales y postnatales y de ellos, sólo un 50% han demandado la repetición de lo que gastó en el embarazo de un hijo que resultó no

ser suyo después de aplicar la prueba de ADN, pero todos perdieron las demandas. Datos éstos que son muy importantes, porque indica que esta situación podría estar profundizando el problema de la sociedad ecuatoriana y generando conflictos familiares graves, con altos costos psicológicos y económicos.

3. Los datos indicaron también, que un 65% de los padres presuntivos a quienes se les demanda por pensión de alimentos tienen otros hijos aparte del hijo por el que lo demandaron.

4. Un 50% de los jueces de la muestra están de acuerdo en que al padre presuntivo cuyo ADN salga negativo se le repita lo que pagó por pensión de alimentos a la mujer embarazada que lo demandó y que a quién se debe demandar es a la mujer que engañó al padre presuntivo diciéndole que era el padre y hasta lo demandó por pensión de alimentos, cuando en realidad es otro el padre. Sin embargo, un 16,7% de los Jueces siguiendo la línea de pensamiento alemán indican que debe demandarse en todo caso es al verdadero padre del niño. Finalmente, los jueces en su mayoría (66,8%), consideran que quien demande la repetición del pago debe fundamentarlo en el enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### Conclusiones

1. La mujer embarazada esta indiscutiblemente en situación de vulnerabilidad y así lo reconocen los Tratados internacionales y la Constitución de Ecuador en su artículo 43. Pero es que además, ésta Constitución en su artículo 67 dispone taxativamente la protección de la familia para la consecución de sus fines y para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia el Estado se compromete a promover la maternidad y paternidad responsables.

En este mismo sentido, los Pactos, Declaraciones y Tratados internacionales declaran como derechos humanos la vida, el derecho a la identidad, entre otros, dándole un papel preponderante a la protección de la niñez y la familia, igual lo hacen la Constitución de Ecuador y su legislación: Código Civil, Código de la Niñez, COGEP, entre otros.

2. El artículo 69 de la Constitución siguiendo los patrones internacionales estipula la promoción de la maternidad y paternidad responsables, lo que significa que desde la concepción empieza la responsabilidad de los padres y en este mismo sentido, el Código Civil dispone en su artículo 61, que la ley protege la vida del que está por nacer. De esto se desprende que la responsabilidad de la mujer embarazada y del "*nasciturus*" corresponde a los padres biológicos verdaderos o los que por ley se establezcan, pero no se indica en ninguno de estos tratados, que una persona que no es padre biológico debe tener obligaciones de manutención con una mujer embarazada ni su hijo que está por nacer.

3. Siendo como en efecto es Ecuador un estado de derechos y justicia, la imposición de alimentos a quien no es el padre biológico verdadero de un niño, vulneraría el texto Constitucional, pues los responsables de ello son los padres verdaderos y si por error o dolo un hombre es obligado a pagar una pensión de alimentos no siendo el padre

verdadero, él tendría derecho a la repetición del pago que ha hecho. Así se desprende de los datos del cuestionario aplicado a padres y jueces.

## **Recomendaciones**

### **A la Asamblea Nacional**

**a.** Establecer perfecta concordancia entre la Constitución, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto a la protección del nasciturus y la mujer embarazada con su respectivo alcance. Este artículo, el derecho de alimentos surge

**b.** Reformar el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 127, pues si como dice este artículo, “el derecho de alimentos surge de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible”, en el caso del padre presuntivo que resulta no ser el padre biológico después de aplicado el examen de ADN, no hay filiación, tampoco hay obligaciones del padre presuntivo, por lo que resulta no sólo injusto sino que choca con la Constitución y las demás leyes como es la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y datos civiles de 2016, la frase “Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago”.

**c.** Reformar el Código Civil y especificar con claridad absoluta que si después de aplicar el ADN, el mismo resulta negativo, la madre debe repetir al padre presuntivo todo lo que él pagó sin deberlo por pensiones alimenticias y gastos pre y posnatales.

### **A los hombres**

Ser respetuosos de la familia y de la sociedad, no procreando hijos que después no quieren o no pueden mantener.



**A las mujeres**

Ser más responsables a la hora de mantener relaciones sexuales, cuidando de no tener hijos con hombres que no les asegure realmente la paternidad responsable y si no está segura de quien es el padre de la criatura que lleva en su vientre, por lo menos esperar que nazca el niño para demandar y no ocasionar graves daños a un hombre que nada tiene que ver con su embarazo.

## Bibliografía

Anson, F. (1988). Se fabrican hombres. España: Ediciones RIALP S.A.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Paris: Resolución 217A.

Asamblea Nacional. (2016). Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Quito: Registro Oficial Suplemento 684 de 04 de Febrero del 2016.

Casación, Resolución 3434 (Ex Corte Nacional de Justicia 25 de Julio de 2017).

Cascante, L. (Agosto de 2001). Iuris Dictio - Revista de derecho.

Cillero, M. (2003). El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención. Obtenido de [www.iin.oea.org/INN/cad/Participacion/PDF/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/INN/cad/Participacion/PDF/el_interes_superior.pdf)

Constitución Nacional de la República. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito: Registro Oficial Suplemento 506 - Última modificación 09 de Diciembre de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1978). Registro Anual 2006. Pacto de San José - Costa Rica.

Del Carril, J. (1976). La filiación. Buenos Aires: Cooperadora de Derechos y Ciencias Sociales.

Diario El Comercio. (17 de Enero de 2016). El 35% de los padres detenidos por alimentos vuelve a la carcel. Obtenido de <https://www.elcomercio.com/actualidad/padres-detenciones-alimentos-justicia-ecuador.html>

Ecuador, Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial Nº 449 del 20 de octubre de 2008.

Ecuador, Congreso Nacional. (2003). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito: Registro Oficial 737 del 03 de Enero del 2003.

Ecuador, Congreso Nacional. (2005). Código Civil. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio de 2005.

Ecuavisa. (2 de Junio de 2016). ¿Que cambia en el apremio con el Código General de Procesos?,.

Ficha de Relevancia Constitucional, 0043-16-JH (Unidad Judicial Contravenciones de Transito Valle de los Chillos 16 de Agosto de 2012).

González-Pienda, J. (2009). Los retos de la familia hoy: ante la educación de sus hijos a educar tambien se aprende. Actas do X Congresso Internacional Galego-Português de Psicopedagogia. Braga: Universidade do Minho. .

Larrea Holguin, J. (2010). Derecho Civil del Ecuador. Quito: UDLA.

Martinez, S. (2002). Victima de fraude financiero.

Medina, G. (2003). La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial. Argentina: Abeledo-Perrot.

Medina, J. (2010). Derecho Civil, Derecho de Familia. Colombia: Universidad del Rosario.

Naranjo, A. (Abril de 2014). Efectos jurídicos del juicio de alimentos en la legislación ecuatoriana. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

Ochoa, O. (2006). Personas: Derecho Civil I. Caracas: FEDUPEL.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. San José de Costa Rica: Resolución 2200.

Organización de las Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los derechos del niño. Resolución 44/25.

Organización mundial del Trabajo. (2012). Kit de recursos sobre la protección de la maternidad . Ginebra-Suiza: Publicaciones OIT.

Recalde, C. (2012). Dilemas y tensiones del nuevo procedimientos de alimentos contemplado en el Colegio de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano. Quito: Universidad Andina - Sede: Ecuador.

Resolución de sentencia n° 0286-2012, 0286-17-JH (Sala de la Familia, Niñez y adolescencia de la Corte Nacional de justicia 2017).

Rossel, E. (1965). Manual de Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Solari, A. (2004). Genetica Humana - Fundamentos y aplicación en la medicina. Editorial Medica Panamericana.

Varela, M. (1998). Obligaciones familiar de alimentos. Quito-Ecuador: Fundación de Cultura Universitaria.

**ANEXO "A"****CUESTIONARIO PARA PADRES PRESUNTIVOS****INSTRUCCIONES**

Por favor responda las preguntas que se le formulan a continuación encerrando en un círculo la alternativa que usted considere correcta. Por favor marque una sola alternativa y sin borrones y tachaduras para que no haya confusión al tabularla.

1. ¿Qué tipo de unión tenía usted con la madre del hijo que le pidió pensión de alimentos?
  - a. Matrimonio
  - b. Unión de hecho
  - c. Unión casual
  - d. Otro
  
2. ¿Por qué solicitó usted la prueba de ADN del hijo por el que le pidieron la pensión de alimentos?
  - a. Dudaba de que ese hijo fuera suyo
  - b. Por venganza por haberlo demandado
  - c. Prevención
  - d. Otro
  
3. ¿Cuál fue el resultado de la prueba de ADN?
  - a. Negativo
  
  - b. Positivo

4. ¿Tuvo usted que pagar gastos prenatales y postnatales?

- a. Si
- b. No

5. ¿Demandó usted la devolución de lo que gastó en un embarazo de un hijo que no era suyo?

- a. Si
- b. No

6. ¿Cuál fue el resultado de la demanda que usted hizo para que le devolvieran los gastos que hizo para una mujer que no había procreado un hijo suyo?

- a. Perdió
- b. Ganó

7. ¿Es usted casado con una mujer distinta a la que lo demandó por pensión alimenticia?

- a. Si
- b. No

8. ¿Tiene usted otros hijos aparte del hijo por el que lo demandaron por pensión alimenticia?

- a. Si
- b. No

9. ¿Cuál fue su reacción cuando supo que el hijo por el que le habían demandado no era suyo?

- a. Tranquilidad
- b. Ira
- c. Tristeza
- d. Indiferencia
- e. Otro

10. ¿La demanda por pensión de alimentos le trajo problemas con su familia?

- a. SI
- b. NO



**ANEXO "B"****CUESTIONARIO PARA JUECES DE FAMILIA****INSTRUCCIONES**

Por favor responda las preguntas que se le formulan a continuación encerrando en un círculo la alternativa que usted considere correcta. Por favor marque una sola alternativa y sin borrones y tachaduras para que no haya confusión al tabularla.

1. ¿Cómo es el volumen de demandas de pensión de alimentos que llegan a su juzgado?
  - a. Alto
  - b. Medianamente alto
  - c. Bajo
  - d. Muy bajo
  
2. Cómo es el volumen de demandas de pensión de alimentos por mujeres embarazadas que llegan a su tribunal
  - a. Alto
  - b. Medianamente alto
  - c. Bajo
  - d. Muy bajo
  
3. ¿Cómo es el volumen de padres presuntivos que solicitan la prueba de ADN ya nacido el niño para seguir aportando la pensión de alimentos?
  - a. Alto

- b. Medianamente alto
  - c. Bajo
  - d. Muy bajo
4. ¿Cuál es el volumen de hombres que demandan la repetición de lo pagado por pensión de alimentos cuando la prueba de ADN sale negativa?
- a. Alto
  - b. Medianamente alto
  - c. Bajo
  - d. Muy bajo
5. ¿Usted está de acuerdo en que al padre presuntivo cuyo ADN sale negativo se le repita lo que pagó por pensión de alimentos a la mujer embarazada que lo demandó?
- a. Si
  - b. NO
6. Si usted está de acuerdo con la repetición del pago. ¿A quién debería demandarse?
- a. A la mujer que demandó la pensión de alimentos
  - b. Al verdadero padre de la criatura producto del embarazo
7. ¿En qué se fundaría la demanda por repetición del pago de las pensiones de alimentos de mujer embarazada cuyo hijo resultó con ADN no compatible con el padre presuntivo?

- a. Enriquecimiento sin causa
- b. Pago de lo indebido
- c. Otro