



UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE
PATERNIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA ECUATORIANO

MARQUEZ CHACON SELTER LANDAY
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

MACHALA
2019



UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO DE
PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA
ECUATORIANO

MARQUEZ CHACON SELTER LANDAY
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA

MACHALA
2019



UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

TRABAJO TITULACIÓN
ANÁLISIS DE CASOS

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE
PATERNIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA ECUATORIANO

MARQUEZ CHACON SELTER LANDAY
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

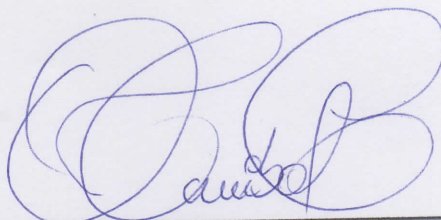
CAMPOVERDE NIVICELA ANIBAL DARIO

MACHALA, 14 DE FEBRERO DE 2019

MACHALA
2019

Nota de aceptación:

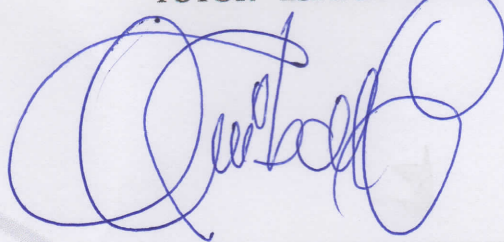
Quienes suscriben, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA ECUATORIANO, hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.



CAMPOVERDE NIVICELA ANIBAL DARIO

0704938786

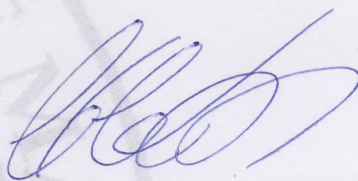
TUTOR - ESPECIALISTA 1



CAMPOVERDE NIVICELA LUIS JOHAO

0704583111

ESPECIALISTA 2



VILELA PINCAY WILSON EXSON

0701979692

ESPECIALISTA 3

Machala, 14 de febrero de 2019

Urkund Analysis Result

Analysed Document: MARQUEZ CHACON SELTER LANDAY.docx (D47515179)
Submitted: 2/2/2019 4:31:00 AM
Submitted By: acampoverde@utmachala.edu.ec
Significance: 4 %

Sources included in the report:

Tratado Derecho Medico.docx (D30779131)
Caso Penal N° 17246 – 2014 - 0005.docx (D30321783)
TESIS CORREGIDA UNICA.docx (D11059953)
CASO No 17305-0265-2011.docx (D25071667)
<http://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/Descarga.asp?Referencias=Q0EyMDE4MDQwMg==>
<http://www.monografias.com/trabajos63/responsabilidad-penal-medica/responsabilidad-penal-medica2.shtml#ixzz3CHfKZ4bp>).

Instances where selected sources appear:

59

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

El que suscribe, MARQUEZ CHACON SELTER LANDAY, en calidad de autor del siguiente trabajo escrito titulado EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL JUICIO DE PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD EN EL SISTEMA DE JUSTICIA ECUATORIANO, otorga a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tiene potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.


El autor declara que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las disposiciones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

El autor como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 14 de febrero de 2019



MARQUEZ CHACON SELTER LANDAY
0701048274

I. RESUMEN

LA LEGITIMIDAD DE LAS DETENCIONES POR APREMIO PERSONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE ALIMENTOS CON PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Autor:

Marquez Chacon Selter Landay

Tutor:

Ab. Aníbal Darío Campoverde Nivicela, Mgs.

El presente trabajo de investigación realizado bajo la modalidad del estudio de caso, presenta como objeto central de estudio el proceso No. 072____-____-____ por demanda de alimentos con presunción de paternidad, causa en la que se encuentra el conflicto el derecho a la identidad, la presunción de paternidad, el interés superior del niño, y la libertad personal de los accionados, teniendo como objeto central de investigación la orden de apremio realizada en contra del accionado antes de la declaración judicial de la filiación, para lo cual se realizó una investigación cualitativa de las principales instituciones jurídicas en conflicto. El objeto de estudio es *Apremio Personal en la sustanciación de alimentos con presunción de paternidad* que se destaca como una medida no determinadas en la Ley.

Concluye el trabajo con la presentación de las conclusiones, siendo la principal la falta de motivación en la orden de apremio personal dictada contra el presunto padre violento su derecho a la libertad personal, hecho que se justifica a través del abuso del principio de interés superior del niño.

PALABRAS CLAVE: Apremio personal, Presunción de Paternidad, Interés Superior del Niño.

II. SUMMARY

THE MERITS OF ARRESTS FOR PERSONAL CONDUCT URGED FOOD IN PATERNITY PRESUMPTUOUSLY

author:

Marquez Chacon Selter Landay

Tutor:

Ab. Anibal Dario Nivicela Campoverde, Mgs.

This research work carried out in the form of case study, presented as a central object of study by the process No. 07203-2014-1593 demand for food presumption of paternity case in which the conflict is the right to identity, the presumption of paternity, the interests of the child, and personal freedom of the driven, with the central object of investigation the order of urgency made against the driven before the judicial declaration of paternity, for which was held A qualitative study of the main legal institutions in conflict. The object of study is suit for collection in substantiating presumption of paternity food that stands out as a measure not determined by law.

It concludes the work with the presentation of the findings, the main lack of motivation in order of personal urgency issued against the alleged father violent his right to personal liberty, a fact that is justified through the abuse of the principle of best interests of the boy.

III. ÍNDICE

I. RESUMEN.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
II. SUMMARY	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
III. ÍNDICE.....	I
IV. INTRODUCCIÓN.....	IV
CAPÍTULO I.....	- 7 -
GENERALIDADES DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	- 7 -
1.1. Definición y contextualización del objeto de estudio.....	- 7 -
1.1.1. Hechos de interés.....	- 9 -
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	- 13 -
1.2.1. Objetivo General.....	- 13 -
1.2.1.1. Objetivos Específicos	- 13 -
CAPITULO II	- 14 -
2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA EPISTEMOLÓGICA DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD... -	14 -
2.2 ANÁLISIS TEORICO DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y EL APREMIO PERSONAL	- 16 -
2.2.1. El Derecho a la identidad y la presunción de paternidad.....	- 16 -
2.2.2. La prueba y el derecho a la identidad.....	- 20 -
2.2.3. El Apremio Personal y la presunción de paternidad.	- 25 -
CAPITULO III.....	- 30 -
METODOLOGÍA.....	- 30 -
3.1. TRADICIÓN DE INVESTIGACION SELECCIONADA.....	- 30 -
3.2. PROCESO DE RECOLECCIÓN DE DATOS EN LA INVESTIGACIÓN.....	- 31 -
3.3. SISTEMA DE CATEGORIZACIÓN EN LOS ANALISIS DE DATOS.....	- 33 -
CAPITULO IV.....	- 34 -
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	- 34 -
4.1. DESCRIPCIÓN Y ARGUMENTACIÓN TEÓRICA DE RESULTADOS	- 34 -
4.1.1. LA LEGITIMIDAD EN LAS DETENCIONES POR APREMIO PERSONAS EN LA SUSTANCIACIÓN DE ALIMENTOS CON PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	- 34 -
4.1.2. LA DETERMINACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES.....	- 38 -
4.2. CONCLUSIONES.....	- 42 -
4.3. RECOMENDACIONES	- 44 -
BIBLIOGRAFÍA	- 46 -
ANEXOS.....	- 49 -

IV. INTRODUCCIÓN

El presente estudio, realizado con sujeción a los parámetros establecidos por la UTMACH en el Reglamento para el Sistema de Titulación de la Universidad Técnica de Machala, así como a la Guía Complementaria emitida para el efecto, se presenta como resultado del aprendizaje obtenido en el desarrollo de la profesionalización a la cual hemos sido objeto los estudiantes de la Carrera de Jurisprudencia.

En este sentido, corresponde a los estudiantes de jurisprudencia de la Universidad Técnica de Machala realizar el estudio de las principales problemáticas jurídicas de las que no se puede desprender al Derecho de Menores y Familia.

Con respecto a esto, el desarrollo integral de los menores desde hace varios años atrás ha sido responsabilidad del estado quien en el proceso de desarrollo normativa ha pretendido garantizar de forma efectiva sus derechos, destacándose entre los de mayor relevancia el derecho a la identidad.

Se realiza un análisis del estado del arte del derecho a la identidad, garantizado a través de varios tratados internacionales, reconocido en la constitución, e instrumentado en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia con el objeto de garantizar el desarrollo integral de los menores. En este sentido, como un derecho fundamental de las personas, especialmente de los menores, se establece el procedimiento normativo sobre el cual se establece las regulaciones normativas en cuenta su reconocimiento.

Surge la discusión sobre el valor de las pruebas que pueden ingresarse como relevantes de este proceso, destacando la prueba de comparación de la huella genética como la idónea en este tipo de procedimientos, dada la exactitud y relevancia de la misma.

Sin embargo, se destaca la falta de regulación con respecto al desarrollo del proceso y las obligaciones que se derivan del mismo con respecto a los presuntos padres, entendiéndose que la falta de regulación y la expedición de órdenes de apremio.

El desarrollo del estudio de caso en el que sustenta la investigación se realizó bajo la premisa de determinar la legitimidad del APREMIO PERSONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE ALIMENTOS CON PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD, desde la visión constitucional y legal en la que se sustentas los autos en las que se ordena el Apremio a los presuntos padres antes de la declaración de presunción de pleno derecho, o que la presunción haya sido probada de conformidad con Ley.

En este sentido, el Capítulo I del presente informe se presenta con la descripción inicial de las principales problemáticas sobre las que se desarrolló el caso objeto de nuestro estudio, una presentación tema en la que se contextualiza al Apremio Personal con respecto a la presunción de paternidad, lo que nos ha permitido identificar los principales problemas de estudio, así como el planteamiento de los objetivos propios de la investigación.

En el mismo capítulo, se destaca los principales hechos de interés en el que se desarrolla la causa No. 07203-2014-1593, las actuaciones de las partes, y la influencia de la administración de justicia en lo que corresponde a los principales conflictos jurídicos identificados en la causa antes indicada, en la que se ordena la

Aprensión Personal del presunto padre, sin que previamente se hayan cumplido las condiciones establecidas en la Ley en lo que corresponde a la presunción de pleno derecho.

En el capítulo II se desarrolla la fundamentación epistemológica de la paternidad y la presunción de la paternidad, en lo que se destaca la responsabilidad del Estado en lo que corresponde a la integración familiar, así como al desarrollo integral de los menores, el derecho a la identidad, así como la presunción de inocencia, y otros principios constitucionales.

La base teórica en la que se sustenta el presente trabajo, se abordó temáticas relacionadas al Derecho a la identidad y la presunción de paternidad, la prueba y el derecho a la identidad, y un estudio teórico de las Medidas Cautelares, la presunción de inocencia y la presunción de paternidad, sustentado en el pensamiento crítico de doctrinarios a nivel internacional a fin de fundamentar los análisis que direccionan la investigación.

En el desarrollo del Capítulo III, se estructura la base metodológica que ha servido para la utilización adecuada de las técnicas de investigación, y de los métodos propiamente dicho, como lo es el deductivo-inductivo, histórico-comparativo, y el análisis crítico de contenidos.

Por su parte en el Capítulo IV se presentan los resultados de la investigación del estudio de caso, en la que se establece desde la óptica del autor, las condiciones legales y los efectos jurídicos del Apremio Personal en la sustanciación de procesos por presunción de paternidad, en la que se realiza la descripción propia de la figura jurídica, así como la argumentación de los resultados obtenidos.

Los resultados obtenidos de la investigación bibliográfica realizada, nos direcciona hacia las observaciones que realiza el Comité de Derechos del Niño, informes con carácter de vinculante que exhorta a la administración de justicia de los estados parte a evaluar las actuaciones que se realizan en función del reconocimiento del principio de interés superior, siendo que del mismo se desprende la necesidad de que las resoluciones o autos que se dicten en los procesos, no generen vulneraciones a otros derechos por el uso arbitrario de este principio, el cual garantiza que la desigualdad preferencial con la que se trata los derechos de los menores se gira en torno a la interpretación fundamentada, objetiva y razonable.

En este sentido de la doctrina, y de la revisión de la causa No. 07203-2014-1593 que ha sido objeto de estudio, se evidencia que las actuaciones sobre las que se desarrolló el proceso, no han garantizado los derechos de los menores, ni la de los presuntos padres, siendo que la emisión de sus resoluciones a pesar de ser favorable a los menores, denota la presentación de actuaciones arbitrarias que vulneración el derecho a la libertad personal del accionado, y por otra parte, no ha garantizado el derecho a la identidad de los menores.

Con la presentación de las conclusiones se destaca la legalidad y legitimidad de la Aprensión Personal de los accionados antes de la declaración de presunción de pleno derecho, así como los efectos que se desprenden de estos actos que pudieran vulnerar los derechos de las personas entre los que destaca la libertad personal por ordenes arbitrarias, la falta de protección al derecho a la identidad, la ausencia de evaluación de los efectos que generan de los procesos donde no se ha determinado

por prueba de ADN la paternidad de los accionados, entre otras que podrían vulnerar el desarrollo integral de los menores.

El presente trabajo concluye en la presentaciones de las recomendaciones que se realizan principalmente hacia los administradores de justicia, en las que se exhorta a tratar los procesos de menores en sus individualidades y no como casos genericos en las que las providencias que se emiten se puedan sujetar a formatos pre establecidos, evitando de esta forma la vulneracion de derechos constitucionales, entre los que destaca el de motivacion.

Con sujeción a los parametros dispuestos para este tipo de investigacion, el presente trabajo se presenta como el aporte que realizan los estudiantes de derecho de la Universidad Técnica de Machala al desarrollo normativo, constituyendose como aportes fundamentales en el desarrollo del derecho, que representa así mismo el desarrollo hacia una sociedad mas justa pero sobre todo mas humana.

El autor

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

1.1. Definición y contextualización del objeto de estudio

La presunción de paternidad se implementa en el derecho procesal civil como una garantía a los derechos de los menores, principalmente vinculado con el derecho a la identidad pero que genera efectos en lo que respecta a otros derechos que se derivan al de identidad como el de no discriminación, y el desarrollo integral de los menores.

El proceso sobre el cual se sustancia la presunción de paternidad, que es sujeto de nuestro análisis, se encuentra instrumentalizado en Código de la Niñez y Adolescencia e inicia a través de la presentación de la demanda de la madre al presunto padre. Debe esclarecerse que el estado de presunción en el derecho procesal corresponde a la falta de determinación del demandado, accionado, denunciado o acusado, y no solo a la presunción de inocencia en el ámbito penal, sino a la presunción del derecho al que se señala como responsable o titular. (Reyes Molina, 2012, pág. 235)

En este sentido, la presunción sobre la que se desarrolló el procedimiento antes indicado es en el que corresponde el análisis partiendo del hecho concreto de que las obligaciones que se derivan del derecho reclamado no pueden ejercerse hasta que la paternidad sea declarada judicialmente, o en su defecto, hasta la presunción se declare de pleno derecho.

Es entonces sujeto de análisis la situación legal en la que se encuentra el presunto padre desde la presentación de la demanda hasta que legalmente sea declarado padre, o no. La temporalidad propia sobre la que se desarrollan los procesos, son los que obligan a los jueces a tomar medidas cautelares de carácter provisional para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la causa principal, de la no podía estar exento el proceso de alimentos, dado la necesidad inmediata de que los hijos tengan el auxilio de sus padres en su desarrollo.

Sin embargo, debe destacarse que un proceso de alimentos no es igual a uno que en el que no se ha establecido la filiación del menor, o su parentesco con el accionado, de ahí que la propia normativa establezca la obligación de los jueces en ordenar de forma inmediata la prueba de ADN en la calificación de la demanda, esto, en función de la necesidad de establecer la titularidad del demandado con respecto al pago de pensiones alimenticias.

El cumplimiento de estas obligaciones son las que llaman la atención en la sustanciación del proceso, relacionado con el hecho jurídico de obligar a una persona a cumplir con obligaciones de las que su titularidad no le corresponde aun por derecho, supondría la vulneración al derecho a la libertad personal cuando se dictan ordenes de apremio personal sin que se haya establecido la filiación.

El apremio personal del obligado a pensiones alimenticias supone una acción provisional derivada de la fuerza coercitiva del estado para obligar a lo que la

propia constitución denomina como paternidad responsable; es decir que, frente al incumplimiento de las pensiones alimenticias por parte del padre o la madre, se podrá ordenar la privación de libertad como medida cautelar con el objeto de obligar al padre o madre a solventar los gastos alimenticios de sus hijos.

De este hecho normativo se desprende el objeto propio de la investigación, por lo que el desarrollo del estudio de caso objeto de investigación, se ha realizado con sujeción al tema **LA LEGITIMIDAD DE LAS DETENCIONES POR APREMIO PERSONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE ALIMENTOS CON PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD** como enfoque de la constitucionalidad y legalidad de las detenciones de los presuntos padres antes de la declaración judicial de paternidad, así como la discusión causada con respecto a la valoración de las pruebas y la presunción de derecho.

Tomamos de punto de partida para el desarrollo del presente trabajo, la causa No. 07203-2014-1593 que se desarrolló en el cantón El Guabo de la provincia de El Oro en el entonces Juzgado Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y que fu sustanciado por la Dra. Nancy Rodríguez Guillen.

El proceso tiene su origen en la unión libre de los señores María Luisa C. y Carlos Javier G. en la que manifiesta haber procreado dos hijos con el demandado, y encontrarse en estado de gestación, y cuyo padre también sería el accionado, sin que el mismo quiera inscribir a sus hijos sin que se especifique las razones.

La controversia se desarrolla en función del auto resolutorio mediante el cual la Jueza sustanciadora de la causa ordena la Aprensión Personal del accionado sin que antes se haya establecido la presunción de derecho en relación a la paternidad, hechos sobre los cuales no se pronunciaron las partes y que presumiblemente hubieren causado una detención arbitraria y otras consideraciones jurídicas que son sujeto de nuestra investigación, por lo que se ha considerado necesario el plantear las siguientes interrogantes:

1. ¿Existe legitimidad en las detenciones por apremio personas en la sustanciación de alimentos con presunción de paternidad antes de haberse declarado la paternidad del accionado?
2. ¿Cuáles son las consideraciones legales que deben cumplirse para la plena validez de una orden de apremio personal en la sustanciación de causas por presunción de paternidad?
3. ¿En qué momento procesal debe entenderse a la presunción de paternidad como de pleno derecho?
4. ¿Qué efectos jurídicos genera la orden de apremio personal que se ordena sin haberse cumplido las condiciones que establece la ley?

Problemas de investigación que serán absueltos en el desarrollo investigativo que se desarrollará con sujeción a los parámetros establecidos para los trabajos de titulación de la Universidad Técnica de Machala, desde la óptica de los derechos de los menores y de las partes litigantes, así como la de la administración de Justicia como garantistas del ejercicio de los derechos de las personas desde la óptica del objeto de estudio que es **EL APREMIO PERSONAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE ALIMENTOS CON PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD**.

La paternidad, no es solo un lazo consanguíneo que une a los progenitores con sus hijos biológicos, sino que genera una condición legal que establece derechos y obligaciones, pero en un desequilibrio que lejos de ser ilegal es plenamente constitucional si se analizada desde el enfoque del interés superior del niño.

El reconocimiento voluntario de los hijos a través de la historia jurídica, no habría causado mayor relevancia como en la actualidad en la que las madres se ven en la obligación de forzar a los padres al reconocimiento de sus hijos, quienes culturalmente sustentan sus negativas en la posibilidad de evadir sus obligaciones como alimentantes, hecho que generó una acción judicial llamada *demanda de alimentos con presunción de paternidad* la que se sustancia con sujeción al procedimiento establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Evidentemente en la acción de *presunción de paternidad* el legitimario activo es el *presunto padre*, de tal forma que el objeto de la acción de pensiones alimenticias se amplía en no solo ser ejecutora de las obligaciones de los padres, sino que deberá establecerse en la sustanciación del proceso la paternidad del accionado.

En esta transición entre la presentación de la acción y la declaración legal de la paternidad es en la que sustenta nuestra investigación, puesto que se debate la existencia legal de paternidad y la necesidad de los menores de alimentarse en la cual podría causarse vulneración de derechos, especialmente el de libertad, al tratarse a la presunción de paternidad como de pleno derecho, cuando la misma no ha sido sujeta a declaración judicial.

Es debatible la legitimidad y legalidad de órdenes de apremio de personal en las que se presuntamente se vulnera el derecho a la inocencia, la libertad, sin embargo, el análisis del legislador y otra jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional podrían desestimar esta presunción cuando al analizarse sus efectos se pondera el interés superior del menor, sin que se prevea reparaciones en casos sobre los cuales la presunción es negada por las pruebas y el accionado se ha tenido inexcusablemente que responder por obligaciones que no le correspondían.

1.1.1. Hechos de interés

La causa No. 07203-2014-1593 que objeto de nuestro estudio, se desarrolló en el cantón El Guabo de la provincia de El Oro en el entonces Juzgado Único de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, y que fu sustanciado por la Dra. Nancy Rodríguez Guillen, en la que María Luisa C. demanda a Carlos Javier G. por presumiblemente haberse negado al reconocimiento de sus hijos, esto es el 17 de noviembre del 2014.

Después del sorteo de ley, la Jueza sustanciadora de la causa la califico de *clara, concisa y concreta* en función de lo determinado en el Art. 67 del derogado Código de Procedimiento Civil en la que ordenó:

CUARTO.- Por cuanto la compareciente ha anunciado prueba, se dispone:
PRUEBA DOCUMENTAL: 1) partidas de nacimiento de los niños para quienes

reclama alimentos, certificado de embarazo. PRUEBA PERICIAL: 1) Prueba de paternidad mediante estudios de ADN. PRUEBA TESTIMONIAL: 1.- Recéptese en la diligencia de audiencia única la declaración del accionado (confesión judicial) CARLOS JAVIER, quien de manera personal y no por interpuesta persona depondrá al tenor del interrogatorio que de manera directa le será formulado por la defensa de la accionante. QUINTO.- En cumplimiento a lo establecido en el Art. 9 de la Ley reformativa al Título V del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se fija como pensión alimenticia provisional a favor de los niños JAMILE GRACIELA y LUIS DAVID, la suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO 89/100 DOLARES AMERICANOS MENSUALES (\$134,89), pensión alimenticia a cancelarse a partir del mes de NOVIEMBRE del 2014 y que el demandado deberá depositar en la cuenta 380205009243 de la Cooperativa Once de Junio, aperturada a nombre de María Luisa El patrocinador de la accionante instrúyala en el sentido de que, a efectos de evitar incidentes posteriores que podrían retardar el ejercicio efectivo de los derechos de su representada, la referida cuenta será destinada exclusivamente al depósito de pensiones alimenticias. SEXTO.- Téngase en cuenta la autorización que concede al Dr. Enrique Yange Aguilar para que la represente en esta causa. Para los fines pertinentes considérese la casilla judicial y el correo electrónico señalados. SEPTIMO.- Con respecto a la pretensión de que se proceda al pago de alimentos a favor de la mujer embarazada, tratándose de una institución jurídica diferente la accionante ejercite su derecho a través de la Acción correspondiente. OCTAVO: A efectos de cumplir con una de las funciones esenciales de las Juezas y Jueces, establecido en el Art. 130.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 257 del Código de la Niñez y Adolescencia, cual es el deber de cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en los juicios, la accionante cumpla bajo prevenciones de ley, con la diligencia de citación al demandado a la brevedad posible. Actúe en calidad de secretaria del juzgado la Ab. Diana Sánchez Pesántes. CUMPLASE Y NOTIFIQUESE

Citado que fue el accionado Carlos Javier G. se ordenó lo siguiente:

Por ser el estado de la causa se convoca a las partes para el día 10 DE FEBRERO DEL 2015, A LAS 10H30 para que se lleve a efecto en la Sala de Audiencias de esta Unidad, la diligencia de AUDIENCIA UNICA, diligencia a la cual las partes procesales deberán comparecer de manera personal o a través de procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir, esto a fin de hacer efectivos los principios que rigen la oralidad de los procesos como son los de INMEDIACIÓN, SIMPLIFICACIÓN, UNIFORMIDAD, EFICACIA, CELERIDAD, ECONOMÍA PROCESAL, PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO, PRIORIZACIÓN DE LA EQUIDAD SOBRE LA RITUALIDAD DEL ENJUICIAMIENTO, principios consagrados en los artículos 169 de la Constitución, 256 del Código de la Niñez y Adolescencia y 18 del Código Orgánico de la Función Judicial. Notifíquese.

Con fecha 7 de enero del 2015, la accionante del proceso presenta la solicitud a la jueza que sustancia la causa en la que indica sobre el presunto incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias que se hubieran ordenado como provisionales en el auto de calificación, por lo cual se ordena la siguiente:

Agréguese a los autos la información que en una foja útil proporciona el Ing. Miguel Barragán Endara, Administrativo de Juzgado encargado, de la cual se concluye que el demandado SI se encuentra en mora en el pago de pensiones alimenticias, por tanto en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia se ordena el APREMIO PERSONAL del demandado CARLOS JAVIER hasta por treinta días, debiendo girarse la boleta correspondiente, la misma que tendrá validez plena hasta su revocatoria. Así mismo, aplicando lo dispuesto en el Art. innumerado 20 de la Ley Reformatoria indicada, se dispone como medida cautelar de orden personal la prohibición de salida del país del demandado CARLOS JAVIER y su incorporación en el Registro de Deudores que el Consejo de la Judicatura ha establecido para el efecto. Por secretaria emítase la comunicación y notificación correspondiente que permitan efectivizar las medidas dictadas. Cúmplase y notifíquese.

Auto en el que se fundamenta la emisión de la Boleta Constitucional de Apremio Personal No. 0018-2015, y por la cual se detiene a CARLOS JAVIER G. el viernes 31 de enero del 2015, por adeudar más de dos pensiones alimenticias.

El 10 de febrero del 2015, se debió desarrollar la audiencia única, en la que evidentemente no podría comparecer el accionado ni judicializar prueba alguna al encontrarse detenido por orden de apremio dictado dentro del mismo proceso, sin embargo, esta audiencia se declara fallida en razón de:

Siento como tal señora Jueza, que la diligencia de AUDIENCIA ÚNICA, señalada para el día de hoy Martes 10 de febrero del 2015, a las 10h30, NO se llevó a efecto, toda vez que de la revisión del proceso se establece que la práctica de la prueba de ADN no ha sido ordenada, por lo que estando presente en esta Unidad Judicial la accionante señora María Luisa en compañía de su defensor Ab. Enrique Yange, se les informo lo antes expuesto, manifestando que estaban de acuerdo con que no se realice la audiencia, a fin de que se ordene día y hora para la práctica de la prueba ADN. Particular que comunico a su autoridad para los fines de ley. Lo Certifico.- El Guabo, Martes 10 de febrero del 2015.- Abg. Diana Sánchez Pesantes SECRETARIA

CARLOS JAVIER G. es puesto en libertad por revocatoria de la boleta de apremio personal a solicitud del accionado, puesto que habría cumplido el límite de tiempo de la detención, por lo cual el 2 de marzo del 2015 se emite el siguiente auto:

Con vista a la razón sentada por elseñor actuario del despacho se dispone: 1) De la revisión del proceso se establece que esta es la primera vez que en contra de accionado CARLOS JAVIER se ha dictado boleta de apremio personal y se ha hecho efectiva la misma. 2) El Art. innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que en caso de que el padre o la madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el juez a petición de parte dispondrá el apremio personal hasta por 30 días. 3) De la razón sentada por la señora actuarial del despacho se establece que el accionado ha cumplido ya 30 días privado de su libertad por lo que, habiéndose configurado lo expresamente dispuesto en el artículo de la referencia y en auto de fecha 26 de marzo del 2013, a las 16h22, se hace procedente disponer su libertad, sin

perjuicio de que en el momento que así lo solicite la accionante se vuelva a girar en su contra las medidas cautelares pertinentes. 4) Para los fines pertinentes se recuerda al accionado que, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 67 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el descuido grave o reiterado en el cumplimiento de las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, relativas a la prestación de alimentos constituye un forma de maltrato por la cual se tendría que adoptar las medidas legales pertinentes incluidas las de orden administrativo que prevé para estos casos sanción pecuniaria que va de cien a quinientos dólares americanos por cada amenaza o violación de derechos. 5) Por secretaría gírese la boleta respectiva. Notifíquese.

Mediante la cual el accionado es puesto en libertad, ordenándose en su rebeldía lo pertinente en el desarrollo y fin del proceso en el cual, mediante sentencia se declara de pleno derecho la paternidad de conformidad con lo siguiente:

LEGITIMIDAD DE PERSONERIA. - Con las partidas de nacimiento de fojas 1 y 2 de los autos se ha justificado plenamente legitimidad de personería activa; en tanto que, la legitimidad de personería del demandado quedaría determinada en razón de la presunción de paternidad consagrada en Art. innumerado 10 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, frente a la negativa tácita de someterse al examen de ADN oportunamente señalado. **TRES: ANALISIS DE LA PRUEBA: PRUEBA DOCUMENTAL APORTADA POR LA ACCIONANTE:** La accionante como prueba a su favor ha aportado con partida y certificado de nacimiento de los niños para quienes reclama alimentos y paternidad, oficio remitido por el perito designado en esta causa a través del cual se informa la no comparecencia del accionado a la diligencia de toma de muestras y práctica del examen de ADN. **PRUEBA DE LA PARTE ACCIONADA:** El accionado no ha anunciado prueba alguna que deba ser analizada y valorada en esta instancia. **CUATRO: VALORACION DE LA PRUEBA:** De la prueba aportada por la accionante ésta ha justificado la existencia legal de los niños para quienes reclama alimentos. En lo que respecta a la práctica del examen de ADN, el demandado no compareció a la práctica del mismo, de cuya no comparecencia obra constancia a fojas 106 de los autos, no comparecencia que entendida como negativa por parte del demandado a someterse a la prueba de ADN, configura lo expresamente dispuesto en el Art. innumerado 10 literal a de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia. **CINCO.-** Por las consideraciones ya expuestas y en aplicación efectiva de los principios de interés superior del niño, niña y adolescente, aplicación e interpretación más favorable al niño garantizados en los artículos 11 y 14 del Código de la Niñez y Adolescencia respectivamente y el del derecho a la identidad e identificación garantizados en el Art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño y Art. 35 del Código de la Niñez y adolescencia, la infrascrita **JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE EL GUABO**, en uso de la atribuciones conferidas en los Art. 233 y 234 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA** declara con lugar la demanda de alimentos y

declaratoria de paternidad presentada por MARIA LUISA en contra de CARLOS JAVIER y habiéndose configurado dentro de este trámite la presunción establecida en el Art. innumerado 10 literal a de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, se DECLARA JUDICIALMENTE A CARLOS JAVIER PADRE DE LOS NIÑOS LUIS DAVID y JAMILE GRACIELA.

1.2. Objetivos de la investigación

1.2.1. Objetivo General

DETERMINAR LA LEGITIMIDAD DE LA ORDEN DE APREMIO PERSONAL DICTADA CONTRA CARLOS JAVIER ANTES DE LA DECLARACION JUDICIAL DE PATERNIDAD EN EL PROCESO No. 07203-2014-1593 SUSTANCIADO EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN EL GUABO

1.2.1.1. Objetivos Específicos

- Establecer la singularidad de los requerimientos que debe contener los autos de calificación de demandas de pensiones alimenticias con presunción de paternidad, a través de la caracterización para su correcta aplicación en la administración de justicia.
- Analizar las condiciones legales que se deben cumplir para la determinación de la legalidad de las ordenes de apremio personal en las demandas de pensiones alimenticias con presunción de paternidad, a través de la caracterización para su correcta aplicación en el momento procesal oportuno.
- Determinar el momento procesal en la que se debe establecer como presunción de pleno derecho la paternidad del legitimario pasivo de la causa, a través de la caracterización para la correcta determinación de las obligaciones que se desprenden de la paternidad.
- Analizar los efectos legales que se generan de la declaración de presunción de pleno derecho a la paternidad de CARLOS JAVIER en el proceso No. 07203-2014-1593, y su relación con el derecho a la identidad de los menores LUIS DAVID y JAMILE GRACIELA.

CAPITULO II

2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA EPISTEMOLÓGICA DE LA PRESUNCION DE PATERNIDAD

Derivado de los derechos de filiación, el derecho a la identidad fue incluida en la Convención sobre los derechos del Niño como un derecho fundamental, por lo que en la legislación ecuatoriana no solo se debe considerar como una simple acción legalista, puesto que se encuentra ligada a normas supranacionales.

El Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño al referirse a la identidad de los mismos establece que:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989)

De lo que se puede colegir, que el ejercicio de cualquier acción judicial que se refiera al derecho a la identidad de los menores, como es el caso de la presunción de paternidad, debe analizarse desde la óptica mediante la cual los menores puedan hacer ejercicio a este derecho, y otros que se encuentran vinculados al mismo.

Por otra parte, en relación al derecho a la identidad, la misma norma en su Art. 8 establece que:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989)

La norma supranacional no solo determina la obligación del estado de generar procedimientos para el reconocimiento al derecho a la identidad, sino que lo obliga a que se genere una acción eficaz que procure el establecimiento inmediato de este derecho a favor de los menores, de tal forma que los estados, como el ecuatoriano, se ven en la obligación de establecer la forma inmediata de esclarecer las presunciones que se establezcan en cuanto a la identidad de los menores.

Es en relación a estas presunciones que se genere el conflicto de interpretación de derechos, que invita a los legisladores y la misma administración de justicia a realizar los análisis respectivos en la aplicación de este derecho en los casos concretos, puesto que a la vez impera el restablecimiento del ejercicio a la identidad de los menores, se encuentra la presunción de inocencia de la parte

accionada, igual de relevante, como lo es también el derecho a la libertad personal del presunto padre, todos supeditados al principio del interés superior del niño.

Es de discusión doctrinaria desde hace muchos años, todo lo que respecta a la interpretación y aplicabilidad del principio del interés superior del niño, debido a que el establecimiento de este principio se ha plasmado en la Ley, la Constitución y en el derecho internacional de forma abstracta, hecho que por un lado viabiliza su inclusión en la legislación, y en el ejercicio mismo de la administración de justicia, así como de las problemáticas que generan su aplicación.

Por otra parte, la misma característica en su aplicación genera inseguridad, ya que la falta de determinación de sus alcances ha sobre puesto a su figura sobre otras figuras jurídicas igual de relevantes, por lo que en la ponderación se han visto relegadas a una jerarquía inferior, hecho por el cual se generan críticas.

Estamos, pues, ante un concepto no pacífico, de difícil concreción, que ha atraído la atención de no pocos autores, deseosos de analizar pormenorizadamente si el mentado principio rector –siguiendo la caracterización que le ha atribuido el propio Comité de los Derechos del Niño – es realmente de aplicación efectiva en nuestra práctica cotidiana y en caso de ser así, cuál es el modelo de implementación en que ello se viene operando por parte de los diferentes actores sociales que inciden en la vida del niño, niña o adolescente. (Balleste, 2015, pág. 904)

Esta concepción al principio del interés superior del niño, se presenta como un pensamiento mágico en razón de su existencia, de ligera interpretación, que trae consigo el posible cometimiento de arbitrariedades que se justifican en el abuso de este principio.

En este sentido, a fin de dilucidar la aplicación del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño adoptó, el 29 de mayo de 2013, la Observación General n°. 14 que en su parte relevante indica:

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. (Observación general N° 14, CRC/C/GC/14, 2013)

La citada afirmación del Comité de los Derechos del Niño, en su observación No. 14 presenta una concepción eficiente del interés superior del niño, a través de la cual se puede realizar una correcta interpretación y una adecuada aplicación, que no genere restricciones arbitrarias hacia otros derechos.

La acción de presunción de paternidad, es una garantía al ejercicio al derecho a la identidad, que especialmente se encuentra protegida para los niños, niñas y adolescentes, un grupo de atención prioritaria de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador, la que no debe entenderse como una acción aislada ligada a la demanda de pensiones alimenticias sino que puede ejercerse de forma individualizada puesto que se deriva de otros derechos

constitucionalmente protegidos a favor de las personas, especialmente de los menores en atención a lo que establece el principio de su interés superior.

En esta línea del pensamiento, en cuanto a la presunción de paternidad, así como de las aristas que se generan durante el proceso, los derechos de los accionantes estarán sujetos a la interpretación normativa que le permita resguardar sus derechos, sin embargo, esto estará supeditado al principio del interés superior del niño, por lo que corresponde al análisis del presente caso de estudio, conocer y establecer la relación existente entre los principios antes mencionados.

La presunción de paternidad no presenta de forma exclusiva como un derecho a cobrar a alimentos, tampoco sobre el derecho de los menores a la ayuda del padre, sino que al igual que el derecho a la identidad, siendo que este proceso constituye la garantía para su reconocimiento, constituye por lo tanto la garantía de ejercicio de los derechos derivados del mismo, siendo responsabilidad del estado procurar la integración familiar, así como el desarrollo de los menores junto a sus padres biológicos.

2.2 ANÁLISIS TEORICO DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y EL APREMIO PERSONAL

2.2.1. El Derecho a la identidad y la presunción de paternidad

Para el derecho internacional, el derecho a la identidad es un derecho humano, de carácter fundamental para el desarrollo social y jurídico de las personas, considerando integrados a este derecho, varios aspectos que conforman la individualidad de las personas distinguiéndolas unas de otras. El ejercicio del derecho a la identidad se encuentra íntimamente ligado con el ejercicio de otros derechos fundamentales como la *no discriminación*¹ siendo que de la identidad se desprenden también la cultura, la filiación, e incluso la religión, entre otros como el proyecto de vida.

Debe destacarse que la identidad como derecho no ha sido ampliamente conceptualizado, por lo que no se ha logrado consolidar una corriente doctrinaria específica que responda o abarque la amplitud de su aplicación, destacándose que las teorías que hacen referencia a este derecho generalmente la asumen como una extensión al derecho a tener un nombre, consideración que no responde a sus verdaderos alcances. (Andrade Hidalgo, 2012, pág. 198)

El derecho a la identidad es, en palabras de Carlos Fernández, "lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser igual estructuralmente a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser uno mismo y no otro". (Fernández Sessarego, 2012, pág. 67)

¹ El Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el ejercicio de los derechos se regirá, entre otros, por el principio de no discriminación, por lo que nadie puede ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El derecho a la identidad articula el derecho a la libertad, al respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas, a la seguridad personal, a tener un nombre, a la protección de la familia y al derecho a la verdad. Pero por sobre todas las cosas, el derecho a la identidad está íntimamente ligado al núcleo esencial de lo que son los derechos humanos: el respeto de la dignidad de todas las personas. ¿Cómo podría respetarse una vida digna si no se respeta su identidad? (Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, 2007, pág. 130)

Debemos entender al derecho a la identidad como un derecho jurídico complejo, toda vez que la descripción de sus alcances es referencial y no se le logrado concertar con respecto a su origen jurídico; sin embargo, corresponde a un derecho de larga data, cuyo reconocimiento internacional alcance mayor relevancia en la suscripción de la Convención de los Derechos del Niño suscrita en 1989, en el que se lo vincula con otros derechos de igual relevancia, entre los que destaca el interés superior del niño. La Convención de los Derechos del Niño no solo se destaca por la declaratoria de derechos, puesto que en su normativa establece la responsabilidad del estado como protector de este derecho, así como sanciones a su incumplimiento.

Por su parte, el pacto internacional de los derechos del hombre, también reconoce al Estado como garantista y protector de los derechos, reconociendo a las personas el derecho a *tener un nombre*. Por lo que debe entenderse que este derecho, no es un derecho exclusivo de los menores, ya que se lo reconoce a favor de las personas desde su nacimiento, y se encuentra ligado al ejercicio de otros derechos fundamentales durante toda su vida, viendo reflejada su individualidad en el reconocimiento de su existencia individual proyectada a una realidad social en la que es un *sujeto de derechos*².

El derecho a la identidad, como repitió es un derecho complejo; por ello se quiere representar que se constituye como un núcleo en torno del cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados. (Andrade Hidalgo, 2012, pág. 201)

Esta determinación de la capacidad de las personas en lo que respecta a su individualidad no se limita al nombre, sino que se amplía con respecto a los apellidos, nacionalidad, lugar y fecha de nacimiento, sexo, así como otras consideraciones de acuerdo a la legislación infra constitucional que se ha desarrollado; además, debe considerarse aquellos caracteres que individualizan a la persona, como las cualidades físicas, metales y espirituales que solo podrán ser representadas en la realidad social a través del reconocimiento del derecho a la identidad.

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador con respecto al ejercicio de los derechos de libertad, determina que:

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

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar

² Se considera sujeto de derechos a aquel ente que ejerce derechos y tiene obligaciones arrojadas a él por la Constitución y la Ley, considerándose para el efecto que en sistema jurídico ecuatoriano se considera sujetos de derechos a las personas, y a la naturaleza.

y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. (Asamblea Constituyente, 2008)

Evidentemente en el reconocimiento de este derecho es ineludible, además de ser el objeto propio de nuestro estudio, referirnos a los menores, a quienes por el hecho de pertenecer a un grupo de atención prioritaria el derecho a la identidad toma un reconocimiento de mayor importancia, derecho sobre el cual se deberá incluir la facultad de conocer la identidad de sus padres biológicos. Al respecto la Constitución establece que:

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

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. (Asamblea Constituyente, 2008)

No se evidencia que en el sistema judicial ecuatoriano una línea jurisprudencial que nos permita analizar la forma en como ha sido concebido este derecho en la emisión de autos y sentencias, sino de forma subsidiaria a otros derechos, denotando que a este derecho se lo relaciona de forma accesorio, sin embargo, del análisis jurídico del mismo se desprende que es del derecho a la identidad del que se desprenden el ejercicio de otros derechos.

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, con respecto al derecho a la identidad de las personas en su Art. 24 establece que:

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)

Si bien la referida norma no determina de forma expresa el derecho a la identidad de las personas, si regula otras que corresponden a sus características esenciales como lo es la propia inscripción, el nombre, así como la nacionalidad mediante la cual la persona se proyecta a la realidad social.

El derecho a la identidad se encuentra también reconocido en la *Convención sobre los Derechos de los Niños*, estableciendo que “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” correspondiéndole su protección frente a la violación a este derecho determinando que “deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (Asamblea General de Naciones Unidas, 1989).

Debe reiterarse al derecho a la identidad como aquel permite establecer, en el caso de los menores, como sujetos de derechos del cual el estado tiene una especial responsabilidad de cuidado y protección, y del que se derivan otros derechos fundamentales como la educación, cuidado, salud, entre otros. Corresponsiéndole la obligación del Estado en respetar y hacer respetar este derecho de los niños como parte integrantes de la familia.

En este sentido, al Constitución de la República del Ecuador establece que promoverá la maternidad y paternidad responsables siendo estos los 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.” (Art.69) La paternidad y maternidad responsable es el vínculo de sangre de padres e hijos, del que se desprenden derechos y obligaciones que deben ejercerse con responsabilidad para el efectivo desarrollo de la familia como núcleo familiar.

La paternidad y maternidad, ejercidas de una manera responsable, es una experiencia que deberá estar presente a lo largo de la vida del individuo y que inicia en el momento en que se toma la decisión de tener un hijo, que implica preparación y madurez. (Bandaña, 2013, pág. 32)

La ejercer responsablemente la paternidad y la maternidad posibilitan el desarrollo integral de los menores desde el punto de vista físico, psicológico y social, por lo que corresponde al Estado prestar especial atención al cumplimiento de estas responsabilidades. De existir deficiencias en el cumplimiento de la paternidad, los menores se verán afectados no solo psicológicamente, sino a todos los elementos vinculados a la alimentación.

Este último enunciado es de mayor frecuencia de uso, en lo que respecta a la negativa del reconocimiento de los menores, lo que ha generado un aumento considerable en las acciones sobre las cuales se tiende a establecer la paternidad de un sujeto a fin de que responda a sus obligaciones como alimentante.

Por su parte, la acción de presunción de paternidad corresponde a una garantía judicial regulada con el objetivo de permitir que los menores gocen plenamente del ejercicio a su derecho a la identidad, y que entre otras consideraciones corresponde también al de conocer a sus progenitores.

Esta acción sobre la cual se presume la relación consanguínea de dos personas se plantea en un proceso judicial bajo los parámetros de una presunción *iuris tantum*, es decir, una presunción sobre la cual es admisible la valoración de pruebas que, por una parte, nieguen su validez, y otra que fundamente plenamente en derecho la existencia legal de la relación.

En estricto sentido jurídico en toda presunción existe: 1) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado, por una parte y probado después por ella, hecho que no integra el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte, 2) Un hecho

presumido, que ha de ser afirmado también por la parte, y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por ella, y 3) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio, se llega a dar por existente el hecho presumido. (Andrade Hidalgo, 2012, pág. 207)

Debe entenderse a la presunción, no solo como principio, sino también como garantía, entendiendo a la garantía como el medio y al principio normativo como el fin. En este sentido, la garantía de presunción forma parte del proceso para el sujeto haga uso efectivo de sus derechos sin restricción alguna.

La acción de presunción de paternidad debe observarse también desde la visión de los legitimarios activos, en el caso de que se legitimidad sea probada, puesto que la visión del derecho en lo que respecta a la protección de los menores pudiere afectar a los accionados durante el tiempo en el que recurre entre la presentación de la acción y la declaratoria de paternidad.

Durante este tiempo, los derechos de los menores entran en conflicto con otros derechos fundamentales que el estado se encuentran en la obligación de proteger a favor de los presuntos padres, como lo es la presunción de inocencia, principio por el cual no podría obligarse a los presuntos padres a cumplir con obligaciones alimenticias sin que sus derechos vulnerados, más aún cuando estos, bajo el principio del interés superior del niño podrían no ser reparados. (Benavente Chorres, 2013, pág. 71)

Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia establece que en la acción sobre la cual se pretende declarar a favor de un menor una pensión alimenticia, y no se haya establecido legalmente la filiación o parentesco del menor por el cual se reclama una pensión, en el mismo auto de calificación deberá establecer una pensión provisional. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. Innumerado 9)

No existe con claridad una determinación sobre cómo debe entenderse a la pensión provisional, sin embargo, dado sus características podrá entenderse como una medida cautelar, al tener carácter de urgente frente al derecho de alimentos de los hijos, y que su existencia es temporal dado que se extingue en la emisión de la decisión judicial, en su defecto, cuando la urgencia desaparece. La decisión judicial en lo que respecta a este tipo de acción judicial deberá establecer la filiación, y por su puesto extinguirá la pensión provisional que declarándola como definitiva siempre se haya demostrado el parentesco. (Estévez-Merello, 2013, pág. 299)

2.2.2. La prueba y el derecho a la identidad

La prueba es un elemento sustancial en el desarrollo de los procesos, cuya valoración fundamentará la motivación de las resoluciones de la administración de justicia, de ahí que dada su relevancia se traduce en la existencia en una gran cantidad de doctrina y jurisprudencia que hace referencia a su valor procesal.

Al referirse a la prueba, Guillermo Cabanellas la define como la “Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.” (Cabanellas, 1984, pág. 497)

Definición que posesiona a las partes procesales como responsables de la evacuación de pruebas que demuestren la veracidad de las presunciones sobre las cuales se hubieren pronunciado en el libelo de la demanda, o en su defecto en las excepciones que se hubieren planteado por parte del accionado.

Al respecto de la prueba, Carrara lo define como “todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición” (Carrara, 2013, pág. 229) que precisa la visión de la prueba desde el enfoque del juzgador que tiene el deber de valorar su relevancia dentro del proceso a fin de determinar la admisibilidad o no de un proceso, por lo que se podrá entender a la prueba como “un intento de conseguir el convencimiento psicológico del juez con respecto a la existencia, la veracidad o falsedad de los datos mismos” (Guasp, 2010, pág. 324).

En este sentido, tiene igual valor el hecho de no poseer un derecho, como el hecho de ser el titular del mismo y no poder demostrar su titularidad, por lo que la sustanciación de un proceso se centra en la evacuación de las pruebas idóneas para demostrar las afirmaciones de las partes. (Hunter Ampuero, 2015)

De esta forma, para las partes, la prueba toma mayor interés en el desarrollo de los procesos en la que su idoneidad y la forma en la que sea evacuada aportará favorable o desfavorablemente en el proceso, de ahí que para la develación de la verdad de los hechos se tendrá como obligación de las partes la aplicación de principio de colaboración.

el principio de colaboración procesal coloca al justiciable en un papel de cooperación con el servicio judicial para que el proceso llegue a su fin solucionando la controversia, puesto que se desarrolla a partir de una visión solidaria del proceso, que se asienta e implementa a partir de la probidad procesal, con la finalidad de afianzar la ética en los intervinientes y el resultado útil de la jurisdicción. (Grünstein, 2015, pág. 309)

Es necesario que resaltar que la prueba toma relevancia en el proceso, no por su judicialización o evacuación, sino en su valoración, actividad que realiza los jueces que sustancia las causas en ejercicio de la sana crítica o *apreciación razonada*, mediante la cual el juez que evalúa la prueba que haya sido practica legalmente dentro de los plazos, determinará si estas confirman las afirmaciones realizadas por los litigantes de tal forma que produzcan certeza en cuanto a las presunciones antes indicadas, valoración con la cual resolverá la causa admitiéndola a trámite o desestimándola.

Determinar cuál medio de prueba es idóneo para obtener un resultado favorable en un litigio presenta una multiplicidad de problemas. La importancia de realizar dicha selección es obvia: la convicción de los jueces se formula a partir de los elementos aportados al debate. (Flaquer Seijas, 2014, pág. 1)

En este sentido, la selección adecuada de las pruebas que pretendemos evacuar dentro de la causa, se condiciona a la determinación de establecer si la misma es idónea o no para legitimar las presunciones sobre las cuales se plantea los fundamentos de la acción o las excepciones propuestas en el proceso judicial.

La forma como se conducen los sujetos en el proceso ha sido una preocupación constante para la dogmática procesal, incorporándose bajo el alero del principio

genérico de moralidad, que, a su vez, se disgrega en predicados con concreción normativa como el de la buena fe, la colaboración o cooperación procesal y la proscripción del fraude o abuso en la actividad de defensa, regida primordialmente por el principio dispositivo. (Grünstein, 2015, pág. 304)

Es por tanto que en el ejercicio de los derechos de las partes en cuanto a la prueba se refiere, el aporte de las pruebas que se evacuan en los procesos con fundamento al principio dispositivo, se deberán realizar objetivamente de tal forma que fundamente plenamente sus acciones, además de que las mismas servirán de sustento para que el juzgador motive adecuadamente la resolución respectiva, es decir, fundamentar la probidad de las alegaciones.

La lealtad y la probidad vendrían a ser manifestaciones inseparables del principio de la buena fe, puesto que esta última encuentra su principal apoyo en la idea de que el proceso civil no es una contienda que se desarrolla ante un tercero imparcial, sino que, por el contrario, el proceso constituye un camino que termina en una solución legal basada en la verdad objetiva y en el deber de las partes de colaborar con el juez asumiendo este último deberes no con las partes sino con la sociedad, en el ejercicio de la función jurisdiccional (Grünstein, 2015, pág. 307)

De acuerdo a lo analizado, es preciso reflexionar en torno a los medios probatorios que podrían considerarse idóneos en una acción de presunción de paternidad, que, a diferencia de cualquier proceso civil o de otra área del conocimiento en el que son admisibles e idóneas un gran número de medios probatorios, la presunción de paternidad no lo es. (Duran Rivacoba, 2010, pág. 15)

Hasta antes de la genética, la prueba para determinar la paternidad se basaba a declaración de testigos y confesiones judiciales, que dada la naturaleza genética sobre la que sostiene la relación consanguínea padre e hijo, no eran suficientes para probar la filiación.

El problema de la determinación de la paternidad es tan antiguo como la humanidad, y hasta 1900 el único criterio que permitía establecerla o negarla era el parecido físico, a todas luces un medio poco idóneo y totalmente arbitrario, que conducía a resultados subjetivos carentes de fiabilidad, y de todo fundamento legal y fáctico (Mojica Gómez, 2013, pág. 251)

Frente a la necesidad de tener fiabilidad en los resultados probatorios, la prueba de paternidad basada en el ADN de las personas se posicionó como la única técnica científica para establecer la identidad biológica, que consiste en un análisis genético de las partes en el proceso, estableciendo la relación filial legítima, por lo que se considera a la prueba de ADN como idónea para determinar la existencia de la relación padre-hijo dentro de este tipo de proceso.

Ingrid Brena, citada por Mónica González Contró en su trabajo sobre la identidad de los menores indico:

La posibilidad de establecer o negar la paternidad o maternidad entre dos personas a través de una prueba genética ha cimbrado hasta sus cimientos a la institución de la filiación. Las repercusiones de este cisma llegan a incidir en los derechos humanos de los involucrados en forma tal, que se torna imprescindible la reflexión sobre temas como el sistema legal para establecer la filiación y las consecuencias jurídicas de tal establecimiento y, por otro lado, las herramientas que brinda

actualmente la ciencia genética para identificar una relación de filiación biológica. (González Contró, 2011, pág. 112)

La incidencia que tiene esta prueba dentro de los procesos de presunción de paternidad son determinantes, y se ha asumido como una parte esencial en la sustanciación de estas causas, de tal forma que en la calificación misma de la demanda de alimentos con presunción de paternidad, el Juez o Jueza que sustancia la causa tiene la obligación de ordenar la práctica de esta prueba.

El Código de la Niñez y Adolescencia, en el inciso segundo de su artículo innumerado nueve, al referirse a la calificación de la demanda en los casos en los que no se ha establecido el parentesco establece que:

[...] el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Es decir que a pesar de que le corresponde a quien demanda, por el sentido lógico de la carga de la prueba, probar la existencia de la relación padre-hijo, el Estado como garantista del derecho a la identidad, de conformidad con los tratados internacionales, asume la obligación de ordenar de oficio esta prueba con la que se garantiza a los menores el ejercicio a uno de los requisitos del derecho a la identidad como lo es tener el apellido de sus progenitores, además de sus cuidados, entre otros.

[...] los avances en el campo de la medicina genómica y sus implicaciones en la salud han tenido como consecuencia que sea cada vez más importante el conocimiento del origen genético como medio para prevenir enfermedades e impedir el riesgo de matrimonio o procreación con un pariente consanguíneo. Estamos hablando entonces de dos condiciones, una que posibilita el establecimiento de la filiación y que, por tanto, permite garantizar este derecho sin que la investigación de la paternidad suponga el generar inestabilidad al niño respecto de su filiación matrimonial o extramatrimonial y, por otra parte, se trata de una información que hoy es, y presumiblemente será cada vez más importante para la preservación de la salud. En el caso del riesgo de procreación con un pariente consanguíneo, estaría involucrado además el derecho de un tercero, el hijo producto de la relación, debido a la ignorancia del parentesco derivada del desconocimiento del origen genético. Como es bien sabido, la procreación entre parientes cercanos puede dar como resultado alteraciones genéticas serias en los hijos. (González Contró, 2011, pág. 115)

Razón por la prueba genética o de ADN ha establecido un cambio sustancial en el desarrollo de los procesos legales, en la que la determinación de la identidad o de la relación de filiación entre personas es teóricamente inimpugnable, en relación a la certeza que genera los resultados.

Debe entenderse que la práctica de la prueba de ADN dentro de los procesos de alimentos con presunción de paternidad no solo supone la determinación de obligaciones monetarias, sino que responde al principio de la dignidad de las personas, especialmente de los menores, a fin de garantizar el desarrollo pleno de la personalidad, hecho que podrá efectuarse cuando judicialmente se declarará el

parentesco y cuya prueba antes señalada se considera idónea para determinar genéticamente la existencia del parentesco consanguíneo de padre-hijo.

Podemos colegir entonces que la identidad de los menores se podrá garantizar a través de la prueba de ADN que establecerá la existencia de la verdad biológica de la relación con el presunto padre al que se señala en el proceso como el progenitor; en comparación con los procesos realizados hace pocos años atrás donde la relación padre-hijo se determinaba a través de otras pruebas, las mismas que no determinaban más que una verdad subjetiva, lo que solo establecía solo una posibilidad de demostrar la verdad material.

[...] ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de una concepción, el derecho creó una serie de presunciones, justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro del matrimonio, de atribuirle un estado jurídico además de proteger la institución matrimonial y salvaguardar el honor y la cohesión de la familia. (Brena Sesma, 2004, pág. 116)

Con la existencia jurídica de la prueba de ADN se puede garantizar la seguridad jurídica de las partes que intervienen en el proceso, especialmente de los menores en lo que respecta a la exactitud con la cual se puede establecer la relación con su padre biológico; la seguridad jurídica en cuanto a la presunción de la paternidad se ve cristalizada en la existencia de esta prueba, así como la garantía de poder ejercer otros derechos que se vinculan a ella.

La jurisprudencia desarrollada en los últimos años reconoce el valor y el mérito probatorio de las pruebas científicas de paternidad o maternidad realizadas con la técnica ADN y las considera como apoyo y pilar del veredicto del juez. (Mojica Gómez, 2013, pág. 256)

La valoración de la prueba es un elemento sustancial en la emisión de la decisión judicial, en el caso de la de acción de presunción de paternidad, la prueba de ADN no solo toma relevancia, es un elemento sustancial para la determinación de la filiación, que no permite errores en su interpretación para el ejercicio de los derechos de los menores que garantizan en las declaraciones judiciales.

A pesar de la importancia de la prueba de ADN en el proceso de presunción de paternidad, la exclusión de esta genera dudas en cuanto a la protección del derecho a la identidad. Supone la norma que la negativa a presentarse a la prueba de comparación genética la aceptación tácita de la paternidad del accionado, pero dada la importancia de esta prueba, su exclusión por la aceptación tácita establece, no una comprobación de los hechos, sino establece una presunción de pleno derecho.

Es decir que dada la importancia de la instrumentalización y práctica de esta prueba, su exclusión genera los efectos adversos en la estabilidad de la filiación de los menores, en la que se cuestionan la decisión judicial que llegará a basarse en una especulación normativa y no a un verdadero hecho probado en juicio. La normativa no recoge excusa en lo que respecta a la no presentación, sin embargo, de haber causa justificada podría desencadenar en una impugnación de paternidad.

2.2.3. El Apremio Personal y la presunción de paternidad.

En el desarrollo de las relaciones sociales y de las diversas actividades que realizan las personas, se puede notar que las personas ejecutan conductas con respecto a las normas establecidas; sin embargo, existe un margen considerable de personas que incumplen con las obligaciones que determina la ley, sobre las cuales impera la necesidad de imponer sanciones en ejercicio propio de la fuerza coercitiva que tiene el estado, cuando el estado la administra a través de un proceso judicial en el que se han respetado el derecho a la defensa y el debido proceso.

[...] las medidas serían una protección postergada, que precisaría de una mínima tramitación procesal para su otorgamiento dada la inadecuación de una concesión automática de medidas tales como la guarda de los menores, alimentos, etc. (Soletto, 2014, pág. 76)

Evidentemente que la sustanciación de las causas requiere un considerable lapso entre la interposición de la acción o demanda, hasta la ejecutoria de la resolución en la que se establece la existencia de cualquier tipo de responsabilidad. Este tiempo que transcurre hasta la satisfacción de las acciones jurisdiccionales son las que generan conflictos entre las partes, así como a la propia administración de justicia en la que se requiere de medios para garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, así como para el cumplimiento de las decisiones que se emiten en admisión o inadmisión de las causas.

En un sentido estricto, la medida cautelar sería aquella que sirviera al proceso principal proveyendo durante el tiempo en el que la resolución definitiva no se dictara o pudiera hacerse efectiva, y cuya finalidad esencial o primera sería la facilitación de la futura ejecución definitiva, permitiendo dicha ejecución al mantener el estado existente o modificándolo con el fin de procurar la efectividad de la futura ejecución. (Soletto, 2014, pág. 79)

En razón de lo expuesto, se colige la existencia de dos conflictos jurídicos; el primero, comprende la existencia de dilaciones injustificadas en lo que respecta a la ejecutoria de un derecho que no necesita declaración judicial para su cumplimiento, cuya solución aborda la justicia a través de la implementación de procesos sumarios, especiales o de ejecutoria; el segundo, aquellos que por su naturaleza se dilatan necesariamente para el examen ordinario y exhaustivo de su contenido y desarrollo, lapso en el que por la naturaleza de la propiedad u otros derechos reales, pueden cambiar en razón de las circunstancias lo que haría imposible la ejecución de la sentencia que se emita, al respecto de esto, las normativa prevé la admisión de medidas cautelares, que pueden dictarse en los dos tipos de conflictos antes indicados.

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que las medidas cautelares gozan de unas características comunes que son la "instrumentalidad", la "temporalidad" y la "homogeneidad". (Soletto, 2014, pág. 92)

Debemos entender a las medidas cautelar como aquellas decisiones temporales de los juzgadores con respecto a limitaciones en el ejercicio de los derechos de las personas, en las que no implica el prejuzgamiento o perjuicio con respecto al resultado del proceso.

Este tipo de ordenes pueden ser emitidas por órganos administrativos y judiciales previo a emitir la resolución correspondiente a fin de garantizar el ejercicio de los derechos de las personas o en su defecto, el cumplimiento de las posibles obligaciones que se deriven de la emisión de la resolución, siempre que existan la concurrencia de dos requisitos coexistentes, el *fumus boni iuris*³ y *periculum in mora*⁴, “la relación de instrumentalidad entre las medidas cautelares y el proceso principal se basa en que las resoluciones cautelares nacen al servicio de una resolución definitiva.” (Calamandrei, 2012, pág. 112)

En la sustanciación de los procesos de menores por fijación de pensiones alimenticias, las medidas cautelares que pueden ordenarse en desarrollo del proceso son:

1. La prohibición de salida del país
2. Cualquier medida de carácter real contemplado en el Derecho Civil ecuatoriano
3. Prohibición del ejercicio de la patria potestad
4. El apremio personal

Para ampliar los criterios correspondientes a la existencia jurídica de las medidas cautelares, no podemos dejar de citar a la *Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano*, que en su Art.9 establece que:

Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley. (Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789)

Premisa sobre la cual se determina que las medidas cautelares que puedan llegar a privar a la libertad de una persona deberán establecerse en base a dos condiciones ineludibles como lo son la necesidad y la temporalidad.

Al respecto de aquello, se destaca la necesidad de restringir los derechos de las personas en función de la posible vulneración de otro derecho, o con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de las decisiones judiciales o administrativas, en la que implique la posibilidad de que la persona a la que se interpone una medida cautelar tienda a evadir dicha responsabilidad.

Por otro lado, encontramos a la temporalidad, que establece la regulación de tiempo para su ejercicio, es decir, que la misma no puede estar condicionada a un

³ Apariencia de buen Derecho, exige simultáneamente la existencia de un derecho que debe ser protegido y que esa existencia pueda justificarse sumariamente. Es decir que la ley no exige la certidumbre absoluta de la existencia del derecho que se demanda, sino que basta con la probabilidad o verosimilitud de su existencia

⁴ peligro/riesgo por el paso del tiempo, El peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho por el paso del tiempo, deterioro del objeto, o la posible fuga del accionado.

tiempo indeterminado o al cumplimiento de otras obligaciones, sino que este lapso de existencia se encuentre determinado.

En este sentido nos encontramos al Apremio Personal, que se ordena como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de las pensiones alimenticias con respecto a las obligaciones como progenitor. El cumplimiento de esta obligación, a fin de garantizar el pago de las pensiones, el Juez puede ordenar el Apremio Personal del obligado, por 30 días la primera vez, 90 días la segunda ocasión, y hasta 180 días por tercera ocasión. Medida sobre la cual se verifica el fiel cumplimiento de las condiciones antes analizadas.

De lo anteriormente indicado, cabe destacar que a pesar de que el Apremio Personal en la Legislación referente a menores en los procesos de alimentos, es considerada una medida de coerción a fin de obligar al cumplimiento de las pensiones alimenticias.

El derecho a alimentos se lo considera como un derecho de los menores al cuidado de los progenitores con respecto a su desarrollo, alimentación, salud y educación, situación jurídica que se encuentra definida en el artículo innumerado 2 del Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que establece que:

“El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios...”. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Este mecanismo implementado en la legislación de menores ecuatoriana, poseen varias características que lo particularizan de otras medidas de privación de libertad, que, en palabras de Carolina Peña Garrido, serían:

- a. Se aplican por regla general dentro del procedimiento de la demanda de cumplimiento en el juicio de alimentos.
- b. El apremio se impone al deudor de una obligación de hacer, cuando no la cumple voluntariamente.
- c. El apremio es personal, es decir, corresponde su aplicación al deudor titular que señala taxativamente la ley.
- d. El apremio es provisional, es decir, se aplica o impone al deudor sólo mientras persista en el incumplimiento de su obligación.
- e. Son taxativos, ya que se aplican solamente aquellos contemplados en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
- f. Pueden aplicarse por solicitud de parte o de oficio por el tribunal.
- g. Los apremios no son incompatibles entre sí, por lo que se pueden solicitar por los alimentarios en forma conjunta” (Peña Garrido, 2009, pág. 5)

En lo que corresponde propiamente a la disposición de Apremio Personal, el derogado artículo innumerado 22 de la norma citada establecía que;

“En caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Cabe destacar que la normativa que regula al apremio personal, establece a los legitimarios activos de la obligación de pago de las pensiones alimenticias, cuya titularidad le corresponde a la madre y al padre respectivamente, y a los obligados considerados como subsidiarios conforme a la ley.

Con la presentación de la demanda que pone inicio a la obligación judicial para el pago de pensiones alimenticias, el juez que sustancia la causa tiene la obligación de ordenar el pago de una pensión provisional previa a la fijación definitiva de la pensión con efecto retroactivo, es decir que, en el caso de fijarse una pensión superior a la provisional, el obligado deberá cancelar las diferencias que correspondan entre la pensión provisional y la definitiva, esto, en aplicación del principio de interés superior del niño.

[...] los alimentos para menores y para el cónyuge se engloban en el concepto de "contribución a las cargas", sin embargo, en la práctica, en las medidas provisionales se conceden a menudo alimentos, por influencia de las medidas definitivas, en las que sí deberán estar delimitados individualmente. (Soletto, 2014, pág. 45)

Por otro lado, la regulación en cuanto la titularidad de la obligación de pago de las pensiones, tenemos la acción en la se reclama el pago de las mismas en el que no se ha establecido la filiación o relación entre el accionado y el menor a favor del cual se solicita el pago.

El ultimo inciso del artículo innumerado 9 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que:

Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Por su parte el artículo innumerado 10 de la misma norma establece que:

El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

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

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

c) Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita. (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003)

Cabe resaltar que el procedimiento aplicable reconoce la importancia de la prueba de ADN para la determinación de la filiación padre-hijo como se analizó en líneas anteriores, disponiendo la obligación de los jueces que sustancian este tipo de proceso que el auto mismo de calificación dispongan la práctica de esta prueba, además de la fijación de la pensión provisional.

En lo precedente, el innumerado 10 de la norma citada establece las condiciones que deberán cumplirse para que la presunción de paternidad indicada en la demanda, se constituya en una presunción de pleno derecho.

En base a la idea inicial, existe entonces una mera presunción en el lapso existente entre la demanda y la declaración judicial, tanto en lo que corresponde al valor de las pensiones alimenticias como en su titular correspondiéndole al accionado ya sea padre, madre, presunto padre u obligado subsidiaria el pago de las pensiones provisionales. Por su parte, en lo que respecta a como la normativa pretende establecer su fuerza coercitiva para obligar al pago de pensiones provisionales, el Art. Innumerado 22 establece que el *padre o la madre* que hayan incumplido con el pago de las pensiones se podrá emitir una orden de apremio personal.

Esta regulación en cuanto a la orden de apremio personal, hace plenamente la indicación de a quienes se pueden ordenar la medida coercitiva, en la que se incluía a los obligados subsidiarios, pero no reconoce al *presunto padre* como sujeto a esta disposición. En este sentido, nos encontramos que la legislación no ha consentido la posibilidad de la detención de los presuntos padres, sino hasta después de haberse declarado judicialmente como cierto esta presunción.

Sin embargo, en aplicación del principio de interés superior del niño, con el fin de que las pensiones provisionales cumplan su objeto, se ha consentido la posibilidad de ordenar el apremio personal de personas a las cuales la filiación no ha sido establecida, esto, de conformidad con lo que establece el antes citado artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, por lo que solo se podrá ordenar el apremio personal de un presunto padre cuando concurren las circunstancias descritas en la norma citada como lo son: Si el resultado de la prueba de ADN fuere positivo, o su defecto que ordenada la prueba el accionado no se hubiere presentado.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. TRADICIÓN DE INVESTIGACION SELECCIONADA.

3.1.1 aspectos generales.

El presente trabajo de investigación, realizado con sujeción a los requerimientos establecidos para el Análisis de Casos de la Guía Complementaria para el Sistema de Titulación de la Universidad Técnica de Machala, es fundamentalmente cualitativa, y bajo este parámetro se ha desarrollado en las principales descripciones teóricas a fin de conocer sus características.

El proceso metodológico que se utiliza, se sustenta en las siguientes etapas:

1. Planificación del proceso metodológico;
2. Búsqueda de información del objeto de estudio;
3. Clasificación de información bibliográfica;
4. Delineación de la información relevante; y,
5. Análisis crítico, e interpretación de la normativa.

En este proceso definido en etapas, se sujeta en aplicación de los métodos histórico-comparado, el método inductivo-deductivo, así como el método descriptivo; sin perjuicio de otros propios de las investigaciones jurídicas.

La ejecución del diseño investigativo propuesto, nos ha permitido alcanzar los objetivos que se plantearon al inicio de la investigación, despejando las dudas que pudieron existir en cuanto a los alcances y limitaciones de la aplicación de las normativas y principios pudieran existir, por lo cual se han podido establecer conclusiones veraces, y recomendaciones que podrían ayudar a resolver los conflictos jurídicos que se generen en torno al problema planteado.

3.1.2. Tipo de investigación.

Por el tipo de investigación que se propone, su ejecución ha sido descriptiva, ya que consistió en el análisis de las situaciones, objetos, parámetros y situaciones predominantes que influyen en el Apremio Personal en la sustanciación de procesos por presunción de paternidad, como objeto de estudio, a través de la descripción eficaz del proceso, las partes, y la administración de justicia que intervienen en el proceso, con la finalidad de identificar la relación existente entre el Apremio Personal, la seguridad jurídica, y la presunción de paternidad.

3.1.3. Los métodos generales de la investigación

Como se indica en líneas anteriores, en el proceso de investigación aplicada en la presente investigación se aplicaron los métodos investigación histórico-comparado, así como el método inductivo-deductivo.

1. **El método histórico-comparado:** La aplicación de este método nos ha permitido presentar un análisis a la descripción epistemológica del apremio personal, el derecho a la identidad y el principio de interés superior del niño, a través de la definición de sus conceptos, así como la presentación de una sistematización de su origen.
2. **El método de deductivo-inductivo:** La aplicación de este método se destaca el análisis de las normativas generales, específicas y concordantes aplicables al tema de investigación, mediante lo cual se ha podido establecer las condiciones sobre las cuales debió ejecutarse el caso concreto de estudio, así como los efectos inminentes de su errónea aplicación e interpretación.
3. **El método descriptivo:** La aplicación del método descriptivo nos ha permitido la caracterización de las instituciones jurídicas que han sido sujeto de análisis del capítulo II del presente trabajo, por medio del cual hemos podido establecer con precisión los alcances propios de las normativas y principios que las regulan.

En el desarrollo de todo el trabajo, ha sido necesaria la aplicación de otros métodos propios de todas las investigaciones científicas como lo son el análisis y la síntesis; además, para el desarrollo propio de los capítulos III y IV se han aplicado los métodos propios de la investigación jurídica, entre los que destaca el *método de las construcciones jurídicas* que consistió la construcción lógica de un proceso mental que permitió relacionar las dimensiones jurídicas, a través de la aplicación de los conocimientos jurídicos adquiridos en la construcción del capítulo II, que ha permitido solucionar los conflictos jurídicos.

3.2. PROCESO DE RECOLECCIÓN DE DATOS EN LA INVESTIGACIÓN

Para la ejecución de las etapas de investigación planteadas, ha sido necesario la utilización de técnicas adecuadas, las que sirvieron para la aplicación adecuada de la metodología propuesta.

La selección de las técnicas de investigación se ha planteado de acuerdo al objetivo propuesto, a fin de garantizar la consecución de sus fines, los que se describen en el siguiente cuadro:

SELECCION TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN								
OBEJTIVOS	TÉCNICAS							
	Bib	Est	Obv	Arc	En	Entr	Do	Cen

Determinar la legitimidad de la orden de apremio personal dictada contra Carlos Javier antes de la declaración judicial de paternidad en el proceso no. 07203-2014-1593 sustanciado en la unidad judicial civil del cantón El Guabo	X			X		X		
Establecer la singularidad de los requerimientos que debe contener los autos de calificación de demandas de pensiones alimenticias con presunción de paternidad, a través de la caracterización para su correcta aplicación en la administración de justicia.	X			X		X		
Analizar las condiciones legales que se deben cumplir para la determinación de la legalidad de las ordenes de apremio personal en las demandas de pensiones alimenticias con presunción de paternidad, a través de la caracterización para su correcta aplicación en el momento procesal oportuno.	X			X		X		
Determinar el momento procesal en la que se debe establecer como presunción de pleno derecho la paternidad del legitimario activo de la causa, a través de la caracterización para la correcta determinación de las obligaciones que se desprenden de la paternidad.	X			X		X		

<p>Analizar los efectos legales que se generan de la declaración de presunción de pleno derecho a la paternidad de CARLOS JAVIER en el proceso No. 07203-2014-1593, y su relación con el derecho a la identidad de los menores LUIS DAVID y JAMILE GRACIELA.</p>	X			X		X		
--	---	--	--	---	--	---	--	--

Con la finalidad de aplicar las técnicas de investigación seleccionadas, se considerado a la entrevista, que se caracteriza por permitir al investigador un contacto directo con los actores principales de los procesos, y que conocen de primera el procedimiento aplicable al caso, así como los accidentes del mismo y las formas en las que se han sido abordados.

Las entrevistas han sido aplicadas a 4 profesionales del derecho seleccionados por los investigadores autores del presente trabajo, pero sujetos a la aprobación del tutor, quienes vertieron sus criterios con respecto a las principales discusiones planteadas a raíz del problema planteado.

3.3. SISTEMA DE CATEGORIZACIÓN EN LOS ANALISIS DE DATOS

Para la interpretación de la información recabada mediante la aplicación de las técnicas de investigación propuestas, ha sido necesaria la aplicación del método analítico-sintético, y descriptivo por medio del cual se han podido obtener datos precisos en lo que corresponde a los resultados de la investigación para el cumplimiento de los objetivos de la investigación:

1. El desarrollo del trabajo preciso del análisis del caso objeto de estudio.
2. La investigación metodológica se inicia con la revisión de la bibliografía referente al tema principal;
3. Se realiza una categorización y selección, a través de la técnica de fichaje, de los principales temas de estudio para la construcción de los capítulos que conforman el informe final para la elaboración del mismo, desde los objetivos hasta las conclusiones a las que se han llegado.
4. Se determinó las variables que intervienen en cada uno de los objetivos planteados que permitió la construcción del capítulo II, así como los resultados de la investigación.
5. De la aplicación adecuada del método deductivo-inductivo se construyeron las unidades de análisis sobre las cuales se desarrollaron los resultados de investigación.

6. Habiendo culminado el proceso técnico de recolección e interpretación de la información, se realizó el análisis sintético de la información, para determinar las características de las instituciones jurídicas que han sido sujeto de nuestro análisis, cumplimiento con los objetivos a través de la caracterización y descripción del problema de estudio, así como para la solución del mismo.

CAPITULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN Y ARGUMENTACIÓN TEÓRICA DE RESULTADOS

El presente trabajo de investigación, cuyo objeto de estudio corresponde al *Apremio Personal en la sustanciación de los procesos por presunción de paternidad* se han planteado las siguientes unidades de análisis que son: 1) La legitimidad en las detenciones por apremio personas en la sustanciación de alimentos con presunción de paternidad; y, 2) La determinación de la presunción de paternidad y su influencia en el derecho a la identidad de los menores

Para la argumentación de las unidades de análisis se precisará del uso de la base teórica, de la información obtenida en las entrevistas, así como de la jurisprudencia, a través de la aplicación adecuada de las técnicas y métodos de investigación declaradas en el capítulo anterior.

4.1.1. La legitimidad en las detenciones por apremio personas en la sustanciación de alimentos con presunción de paternidad.

Debemos interpretar en primer lugar que como se indicó en la base teórica que sustenta este trabajo, el Apremio Personal que se ordena en contra de los obligados o accionados, corresponde a una medida de precisión de carácter coercitivo que realiza el estado para en base al principio de interés superior del niño restringir la libertad a fin de obligar a los progenitores al cumplimiento de sus obligaciones.

El origen de implementación del apremio personal se sustenta en la necesidad de obligar a los padres a prestar el cuidado y alimentación a sus hijos a través del pago de pensiones alimenticias, por lo que frente a su incumplimiento se puede ordenar medidas cautelares como el apremio personal, que en ninguna forma podrá considerarse una sanción. Al respecto, la Corte Constitucional en el caso N.º 0354-12-CN estableció lo siguiente:

El hecho generador de la obligación alimentaria, constituido por el nexo de filiación entre padres e hijos, no es una infracción penal, administrativa, ni de ninguna otra

naturaleza; y la obligación nacida de la norma, tampoco constituye sanción alguna. (Caso N.º 0354-12-CN, 2013)

Por lo que el obligado solo se verá privado de su libertad frente al incumplimiento de la misma, que en ningún caso se entenderá como una sanción, sino como la propia acción del estado en sus funciones de garantista en cuanto al desarrollo integral de los menores se refiere.

La obligación en lo que respecta a este tipo de orden de privación de libertad frente al incumplimiento, es al progenitor que incumpla el pago, al respecto el artículo innumerado 22 indica que

“en caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por [...]” (Congreso Nacional, 2003)

Concordante con el efecto jurídico que, con la presentación de la demanda el progenitor accionado queda obligado del pago de forma inmediata desde su calificación, sin embargo, este hecho no sucede de forma fáctica en cuanto a quienes no se ha establecido la filiación o parentesco, especialmente a lo que se refiere al presunto padre.

Con respecto a esto, la Dra. Nancy Del Carmen Rodríguez⁵ Guillen indica que:

Si tomamos en consideración que en materia de alimentos y a través de la institución jurídica de la acción de alimentos -sea ésta para la mujer embarazada o los hijos/as- lo que se protege es el derecho a la vida del que está por nacer y de niños, niñas y adolescentes, consecuentemente si realizamos una ponderación de derechos sin lugar a dudas que optaremos por la protección integral del grupo más vulnerable, consecuentemente y a mi criterio bien se ha hecho al sancionar con el apremio personal a quien incumple en el pago de dicha obligación alimenticia, más aún, cuando en el caso del Art. Innumerado 10 del Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, si no se ha establecido la paternidad del demandado se debe precisamente a su negativa a someterse a la prueba más idónea para establecer dicha filiación, por tanto deberá el demandado asumir las consecuencias de su negativa a la práctica de una prueba indispensable a efectos de garantizar niños, niñas y adolescentes no solo el derecho a los alimentos sino su derecho a la identidad, identificación y a conocer a sus padres. (Rodríguez Guillen, 2016)

Entendiendo que la legislación propone acciones singulares en lo que corresponde a las presunciones de paternidad, la normativa establece requerimientos específicos en cuanto a la presunción de paternidad se propone, de ahí que, en el

⁵ *Abogada de los Juzgados y Tribunales del Ecuador, Graduada en la Universidad Estatal de Cuenca, Doctora en Jurisprudencia, Diplomado en Asesoría Familiar, Especialista en Derecho de Familia, Secretaria Tribunal de Menores de El Oro (3-10-91 al 30-04-2003) Secretaria del Juzgado de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia (01-05-2003 al 10-04-2012), Jueza Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Guabo (del 11-04-12 a 09-2015, Jueza Unidad Judicial Multicompetente Civil de El Guabo (de 09-15 a la actualidad)*

Art. innumerado 9 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que “el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003), con el objeto de establecer la presunción de pleno derecho, de conformidad con lo determinado en la misma norma.

Teniendo en cuenta que la presunción en Derecho no es más que una ficción jurídica a través de la cual se considera que un determinado hecho o acontecimiento, se entiende probado una vez que se han cumplido los presupuestos que la ley ha establecido expresamente. En el asunto que nos ocupa tenemos que en tratándose de causas de alimentos y presunción de paternidad, esta presunción de derecho opera en el momento que el presunto padre habiéndose negado de manera injustificada a la práctica de toma de muestras y examen de ADN determina que el operador de justicia al dictar sentencia y habiéndose cumplido las condiciones expresadas en la ley declare en sentencia-resolución la paternidad del demandado (Rodríguez Guillen, 2016)

Al referirnos al proceso objeto de estudio, se observa que esta norma no se ha cumplido, ya que, en el auto de calificación de la demanda propuesta al referirse a la prueba, el examen de ADN no se ha ordenado, presumiendo de hecho la filiación en franco violación a la normativa citada.

Media por lo tanto la necesidad de desvanecer las presunciones, para lo cual el Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo innumerado 10 regula las circunstancias sobre las cuales deberá entenderse a la filiación como de pleno derecho, sin embargo, previo a esto ya se ha establecido una pensión provisional.

Sin perjuicio de que en la acción se encuentre o no establecida la filiación, la normativa ordena que el juzgador fije una pensión provisional, lo que se entiende como la respuesta que da el legislador al principio de interés superior del niño por medio del cual se pretende garantizar su desarrollo integral.

Al respecto la Fabiola Katherine Bonoso Velez⁶ indica que:

El art. 10 establece la fijación de la pensión alimenticia cuando la filiación o parentesco no haya sido legalmente establecida, la misma que rige a partir de la fecha de fijación de la misma generándole obligaciones que cumplir al presunto padre como se las detalla el art. 137 de COGEP y anteriormente el innumerado 23 de la ley reformativa del Código de la Niñez y Adolescencia siempre y cuando haya sido citado con la demanda es procedente el apremio personal garantizando el interés superior del niño 44 y 45 de la constitución. (Bonoso Velez, 2016)

⁶ *Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Graduada en la Universidad Técnica de Machala, Secretaria De La Unidad Judicial Multicompetente Civil Con Sede En El Cantón El Guabo y Secretaria De La Unidad Judicial Multicompetente Civil Con Sede En El Cantón El Guabo, especialista en Derecho de Familia.*

Destacando que Bonoso al establecer la obligación de los presuntos padres en cuanto a la falta de determinación de la Ley para ordenar en su contra el Apremio Personal establece que la sola citación con la determinación de la pensión provisional es suficiente para considerarlo obligado al pago puesto que, en sujeción al interés superior del niño, se pondera la necesidad de los menores a los alimentos sobre los derechos del presunto padre.

Debe entenderse que si bien la presunción puede entenderse de pleno derecho desde el “momento en que el juez emite la sentencia-resolución, declarando la paternidad ordenando su inscripción en el registro civil” (Bonoso Velez, 2016), no se sujeta a esta declaración la obligación de pago de pensiones alimenticias.

En este sentido, debemos entender entonces que la legislación propone la restricción de derechos de libertad de los padres en aplicación del principio de interés superior del niño, que, con características de una medida cautelar, utiliza la fuerza coercitiva del estado para obligar a los padres al cumplimiento de sus obligaciones, lo que no puede entenderse como una desigualdad del estado en la forma de garantizar los derechos.

[...] la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe precisarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (Caso N.º 0354-12-CN, 2013)

Sin embargo, nace la discusión en lo que corresponde a cómo afecta a la seguridad jurídica el hecho de ordenar el apremio personal basado en una presunción, así como si se vulnera este principio y su relación con la tutela judicial efectiva.

En lo que respecta a la seguridad jurídica, debe resaltarse el hecho que de la normativa no reconoce a los presuntos padres como personas sobre las cuales se pueda ordenar el apremio personal, ya que en su enunciación refiere a padre o madre, y disponiendo tanto para quien no se ha establecido la filiación o parentesco acciones procesales previas.

En el caso objeto de estudio, se ordenó:

[...] se concluye que el demandado SI se encuentra en mora en el pago de pensiones alimenticias, por tanto en cumplimiento a lo dispuesto en el Art. innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia se ordena el APREMIO PERSONAL del demandado CARLOS JAVIER hasta por treinta días [...]

En primer momento, debemos observar la motivación sobre la cual se ha girado la orden de apremio en cuanto a la redacción de las circunstancias se considera al hecho la mora en el pago, y en cuanto a la normativa relacionada se cita al Art. innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia; hechos que generan dudas en cuanto a su legitimidad, pues si bien el cumplimiento de pago es motivación suficiente para dictar una orden de apremio, no se encuentra está respaldada sino con las meras afirmaciones de la accionante

que señala a CARLOS JAVIER como presunto padre, dejando la puerta abierta a abusos por parte de los actores de los procesos.

Por lo que Bonoso considera al interés superior del niño como el fundamento normativo sobre el cual se puede emitir una orden de apremio contra el presunto padre. Al respecto, es importante resaltar lo considerado en la Observación No. 14 del Comité de los derechos del niño:

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

Si por una parte la normativa no encuentra regulado la detención de los presuntos padres, por otra, la aplicación del principio de interés superior del niño considera que el tratamiento de los derechos de los niños puede generar desigualdad en el tratamiento de los derechos de los presuntos padres en cuanto a su libertad, siempre que se fundamente justificada, objetiva y razonablemente motivada.

La motivación, no es la simple enunciación de las normas que regulan el derecho, más aún cuando de la interpretación de las mismas se desprenda la restricción de derechos de otras personas que, en el presente caso, debió analizarse desde la perspectiva regulatoria del principio de interés superior del niño.

4.1.2. La determinación de la presunción de paternidad y su influencia en el derecho a la identidad de los menores

Una realidad sobre las relaciones familiares en Ecuador, es el reconocimiento de las obligaciones de los progenitores quienes, en una proporción considerable, buscan las formas de evadir estas responsabilidades, de ahí que el aumento en el índice de número de causas en lo que respecta a pensiones alimenticias; situación que incluso se ha utilizado para negar el reconocimiento de sus losos consanguíneos. Esta realidad implica no solo a las obligaciones de los progenitores en cuanto al desarrollo integral de los menores, sino al derecho más amplió de este, como lo es la identidad, a través de la filiación.

La filiación es la relación biológica que une a procreantes y procreados (por ahora, prescindiremos de la adopción). Es un hecho natural, pero también es una realidad jurídica regulada por el derecho que presupone la determinación de la paternidad y la maternidad (Orozco Gadea, 2015, pág. 422)

En otras legislaciones como es el caso de España, un juez no puede conceder a a trámite un proceso sin que se la demanda se fundamente probatoriamente los hechos en que se funda, por lo tanto, que para que una acción dirigida a declarar la paternidad de una persona, así como una acción dirigida a impugnar este hecho debe fundamentarse en una prueba lo suficientemente capaz de demostrarlo, como lo es el caso de la Prueba de ADN.

[...] el establecimiento de la filiación se funda en dos principios. El primero plantea que (en principio) la maternidad se puede fijar con certeza (*mater semper certa est*); el segundo, que es imposible comprobar con absoluta seguridad (sin una prueba de adn) la paternidad (*pater semper incertus*). Esta cuestión, bastante lógica, se deriva del hecho incontestable en virtud del cual se determina la maternidad con demostrar que la mujer ha alumbrado y el nacido procede de tal alumbramiento o del principio natural de que el parto sigue al vientre. (Orozco Gadea, 2015, pág. 423)

La prueba de ADN ha significado un avance importante en cuanto a la prueba para identidad destacando su desarrollo que inicialmente se fundamente en presunciones que no podían ser materialmente determinadas, en lo que se fundamenta ahora en una prueba certera que no permite siquiera dudas en cuanto a sus resultados. El alcance de esta prueba no se sujeta únicamente a la determinación de relaciones consanguíneas, sino también a otros ámbitos, como es el caso del derecho penal, en la que se ha podido establecer la verdadera identidad de los culpables de determinados delitos. (Espejo Yaksi, 2015, pág. 401)

Lo importante de la práctica de esta prueba es que es de obligatoria ejecución en todos los procesos para establecer filiación, y que su dictamen ofrece certeza y seguridad, pues es una prueba irrefutable que supera y opaca cualquier otro medio probatorio. (Mojica Gómez, 2013, pág. 260)

Para efectos de este estudio, la prueba de ADN permite garantizar los derechos fundamentales de las personas, propiciando la posibilidad de conocer su verdadera identidad, que no se sujeta únicamente al nombre y al apellido, sino a su origen biológico hecho sobre el cual se sustentará el desarrollo de otros derechos antes indicados.

La prueba genética de paternidad ADN es una prueba reina no sólo frente a los asuntos de filiación, sino a la promiscuidad de la mujer, tema de difícil prueba en otras épocas, donde imperaban los testimonios y las probanzas indirectas. (Mojica Gómez, 2013, pág. 258)

El dilema en debate se genera en relación a las formas que establecen en el innumerado 10 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para establecer o no la paternidad, entre las que se incluye la posibilidad de no comparecer a realizarse el examen comparativo o ADN, hecho que en determinados casos podría llegar afectar la ejecución del proceso, sin embargo, se ha recurrido al principio de buenas prácticas procesales para la determinación en cuanto a este derecho.

De esta forma, la no comparecencia del accionado a la práctica de esta prueba, debe entenderse como su aceptación tácita de los resultados, que para efectos de

este proceso se entienden como positivos, de forma en la que se podrá declarar la paternidad.

La cuestión discurre en cuanto a la identidad de los menores, ya que la mera declaratoria los hace titulares de otros derechos, sin embargo, esto no significa que se haya garantizado de forma efectiva el derecho a la identidad de los menores, sino la accesibilidad a otros derechos derivados de la identidad, puesto que la veracidad de los hechos únicamente podrá establecerse a través de la ejecución plena de la prueba; en este sentido, se colige que el derecho a identidad en el ejercicio de ponderación de derechos queda supeditado al derecho al desarrollo integral.

Con respecto a la presunción de paternidad, Rodríguez Guillen indica que “Esta declaración garantiza el reconocimiento de un conjunto de derechos de niños, niñas y adolescentes como son los de alimentos, identidad, identificación, conocer a sus progenitores y otros relacionados con estos”. Coincide con Bonoso que indica que “se garantiza el derecho a la identidad establecida en la constitución en el art. 45 de la constitución y el derecho a alimentos establecido en la misma norma legal y del código orgánico de la niñez y adolescencia”.

Se entiende en primer momento, que el garantizar el derecho al desarrollo integral de los menores es la motivación primordial del juzgador al momento de establecer la no comparecencia a la prueba de ADN como una aceptación tácita sobre la que se declara la filiación, pero no se ha considerado el impacto que se tiene sobre otros derechos.

La declaración de paternidad no solo genera obligaciones al padre en cuanto a los alimentos, sino que establece también el derecho al menor de desarrollarse junto a su “progenitor”, derecho que se hace efectivo a través de la regulación de visita.

[...] la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial. La evaluación del impacto en los derechos del niño puede prever las repercusiones de cualquier proyecto de política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y al disfrute de sus derechos, y debería complementar el seguimiento y la evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño. (Comité de los Derechos del Niño, 2013)

No se establece en la legislación ecuatoriana la existencia de la obligación del juzgador en cuanto al impacto que esta mera presunción de pleno derecho genere en el desarrollo del niño, puesto que por un lado solo podrá existir el reconocimiento y el presunto padre solo pagar las pensiones sin que medie una intervención en su desarrollo emocional, y por otra parte, precisa el hecho de que se efectivice las visitas y que esto genere un impacto emocional a los menores que podría afectar su desarrollo.

En cuanto al caso objeto de estudio, en la sentencia dictado se establece:

En lo que respecta a la práctica del examen de ADN, el demandado no compareció a la práctica del mismo, de cuya no comparecencia obra constancia a fojas 106 de los autos, no comparecencia que entendida como negativa por parte del demandado a someterse a la prueba de ADN, configura lo expresamente dispuesto en el Art. innumerado 10 literal a de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia. CINCO.- Por las consideraciones ya expuestas y en aplicación efectiva de los principios de interés superior del niño, niña y adolescente, aplicación e interpretación más favorable al niño garantizados en los artículos 11 y 14 del Código de la Niñez y Adolescencia respectivamente y el del derecho a la identidad e identificación garantizados en el Art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño y Art. 35 del Código de la Niñez y adolescencia, la infrascrita JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE EL GUABO, en uso de la atribuciones conferidas en los Art. 233 y 234 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA declara con lugar la demanda de alimentos y declaratoria de paternidad presentada por MARIA LUISA en contra de CARLOS JAVIER y habiéndose configurado dentro de este trámite la presunción establecida en el Art. innumerado 10 literal a de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, se DECLARA JUDICIALMENTE A CARLOS JAVIER PADRE DE LOS NIÑOS LUIS DAVID y JAMILE GRACIELA.

En la motivación realizada se puede observar por una parte la mera enunciación de las normativas que regulan las situaciones que generan la declaratoria, así como el reconocimiento normativo nacional e internacional de la existencia del principio de interés superior, sin que se precisa la indicada fundamentación, la objetividad y la razonabilidad de su aplicación, hecho que si bien no perjudica al proceso, si genera dudas en cuanto su uso arbitrario, más aun cuando la normativa no establece la consideración de excusas sobre la no comparecencia.

Por otro parte, no existe en la emisión de la sentencia declaración alguna sobre la valoración del impacto que puede alcanzar esta declaratoria, lo que podría perjudicar en su desarrollo integral.

Corresponde por lo tanto que las emisiones de los decisiones y autos que se dictan en los procesos en las que se discuten derechos de menores, debe prestarse vital interés en lo que corresponde al cumplimiento de las solemnidades sustanciales que exige la constitución y Ley, de tal forma que se sustancien derechos sobre disposiciones con evidentes vicios que comprometan el ejercicio de los derechos de las menores.

No se puede dejar de observar que la tutela judicial efectiva que brindan las jueces que sustancia las causas no solo es un derecho del demandante, sino también del demandado, en este sentido, la emisión de autos debe garantizar la protección de derechos del demandado puesto que el principio de interés superior no es una justificación para emitir decisiones arbitrarias.

4.2. CONCLUSIONES

Ejecutado el proceso investigativo en todas sus etapas, a través del uso adecuado de los métodos y técnicas de investigación, es posible emitir las conclusiones a las cuales se infiere a través de la contratación de la base legal y teórica en relación al Caso Objeto de Estudio, las mismas que son:

1. Las ordenes de Apremio Personal que se emitieran en contra de los presuntos padres antes de la declaración de paternidad, gozan de legalidad y constitucionalidad siempre que se genere a través de la aplicación efectiva del principio de interés superior del niño y se hayan fundamentado razonable y objetivamente su declaración. Sin embargo, en el caso objeto de estudio, se ha podido establecer que la falta de motivación de la orden realizada en contra de CARLOS JAVIER, generó violación a su derecho a la libertad personal, más aún cuando en franca violación al Art. Innumerado 22, el juez que sustancia la causa no habría ordena la prueba de ADN, ni se habría subsanado este error procesal sobre el cual el demandado podría haber desvirtuado su parentesco antes de hacerse efectiva el apremio.
2. Las demandas de alimentos se sustancian de conformidad con el procedimiento establecido por el Código Orgánico Integral por Procesos, la causa objeto de estudio, se sustanció bajo las premisas dictadas por el vigente Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para lo cual, se requiere la presentación de las pruebas que se judicializarán en la audiencia única. Para el caso particular de las demandas con presunción de paternidad, sin perjuicio de la fijación de la prisión provisional, se ordena la práctica de la prueba de ADN, a fin de demostrar el parentesco del accionado con los menores sobre los cuales se reclama la pensión, hecho que no se ha dado en la presente causa y que se ha subsanado en el desarrollo del proceso, hecho que generó la detención del accionado.

3. Las ordenes de apremio personal, como medida coercitiva, se genera en violación a lo determinado en el Art. Innumerado 22 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por incumplimiento del pago de mas de dos pensiones alimenticias, que no hace distinción entre la definitiva o la provisional, que implica la posibilidad de que se generen detenciones hasta antes haberse culminado el proceso. Tampoco se genera distinciones entre la posibilidad de generar ordenes sobre los presuntos padres, dejando abierta la posibilidad de que estos pudieren llegar a dictarse ordenes en su contra en aplicación fundamentada, objetiva y razonable del principio del interés superior del niño. En la causa objeto de nuestro estudio, no se ha establecido que la orden de apremio goce de características de legalidad y legitimidad, al no existir motivación adecuada de su pertinencia.
4. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece como situaciones *ipso juris* para la determinación de la paternidad, aquellas establecidas en el Art. Innumerado 10, entre las que se encuentran: 1) La negación del accionado a someterse a la prueba, lo que implica como su reconocimiento tácito de la filiación o relación de consanguinidad, lo que se presume de hecho; y, 2) Si el resultado de la prueba de ADN es positivo, se reconoce la paternidad; reconoce la posibilidad de excepcionar falta recursos en cuanto al pago de la práctica de la prueba, que podrá ordenarse se realice de forma gratuita. A lo anterior, debe entenderse que solo se declara la paternidad en la resolución de la causa una vez se hayan culminado los plazos sobre los cuales se ejecutaron las pruebas, o se debieron ejecutar, no estableciendo en ninguna forma la posibilidad de la que misma se entienda de hecho antes de los momentos procesales antes indicados.
5. La falta de motivación sobre la orden de apremio personal que se realizó en contra de CARLOS JAVIER, generó en su apremio personal la franca violación a su derecho a la libertad personal, generando en su contra, obligaciones que se encuentran determinadas para los progenitores, que no pudieron ser asumidas por él, ya que la presunción de derecho que pudieren determinar su obligación no se realiza sino hasta la práctica de las pruebas, por lo que se colige como vulnerados sus derechos.

La declaración anticipada, así como la declaración en la resolución de la presunción de paternidad, no admiten justificaciones en cuanto a la posibilidad de presentarse a un nuevo peritaje, asumiendo de pleno derecho la filiación, sobre lo cual no se garantiza el derecho a la identidad sino únicamente el derecho al desarrollo integral, que se desprende del primero; así mismo, no se generó la valoración ni evaluación de sus alcances, al no haberse determinado el impacto emocional que genera la presencia del padre en el desarrollo del niño, sobre el cual debió regularse las visitas.

En cuanto al derecho a la identidad, se colige que esta no encuentra su acceso por medio de la declaración de pleno derecho, sino una medida urgente en la que el juzgador se encuentra en la obligación de admitir a trámite la demanda en su deber de proteger los derechos de los menores, y hagan ejercicio de sus derechos fundamentales, es decir, que no se debe fallar en todos los casos en los que se propongan demandas con derechos a

favor de menores, sino solo aquellas donde se haya probado o aparezca probado sus derechos.

4.3. RECOMENDACIONES

Expuestas las conclusiones referentes al proceso, es oportuno que la presentación de recomendaciones relacionadas a los conflictos jurídicos planteados con el objeto de contribuir con el desarrollo normativo de la legislación de menores ecuatoriana, las que se exponen a continuación:

1. Es pertinente que los administradores de justicia no mecanicen sus actuaciones judiciales en función a esquemas genéricos de los casos que se someten a su conocimiento, de forma tal que se evite la emisión de autos de calificación erróneos que pudieran generar vulneración de derechos, atención que especialmente deberán realizar a los procesos en los que se determinan derechos de menores, quienes como grupo de atención prioritaria, a quienes las normas constitucionales, infra y supra constitucionales establecen derechos preferenciales en base al principio de interés superior del niño.
2. Es necesario que los jueces que sustancian las casusas presten atención especial a la orden de práctica de pruebas de ADN, y que las mismas ordenen en plazos y términos inmediatos todas las actuaciones que deben realizarse a fin de garantizar la veracidad de la misma, con el objeto de evitar impugnaciones que solo retardarían el reconocimiento de los derechos de los menores, de ahí que el legislador haya establecido en el auto de calificación la orden de practicarse la prueba de ADN, sin embargo la práctica de la prueba solo depende de la actuación judicial, siendo que de esta depende el pleno ejercicio del derecho a la identidad de los menores.
3. Debe exhortarse a los jueces que sustancian las causas, asumir con responsabilidad la emisión de órdenes de apremio personal ya que su ejecución trae consigo la restricción de derechos fundamentales que no

pueden ser vulnerados por una orden judicial que violenta su obligación constitucional a la motivación, más aún cuando se encuentra explícitamente en discusión derechos de menores, cuyo ejercicio podría verse afectado por la impugnación de los actos.

Especial atención debe darse en los procesos en los que se presume la paternidad, ya que la restricción de la libertad podría generarse por actos dolosos de personas que podrían llegar a abusar de la justicia.

4. Las normas que regulan a la presunción de paternidad, no responden a la obligación del estado a hacer efectivo el derecho a la identidad de los menores, ya que la declaratoria por presunción de acuerdo al Art. innumerado 10 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia únicamente viabiliza el acceso al derecho al desarrollo integral de los menores, y no que este sea su progenitor o padre biológico.

Es necesario se regule de forma precisa la sustentación de los alimentos de los presuntos padres, a fin de que su tratamiento sea similar al de los subsidiarios hasta la declaratoria judicial del parentesco.

5. Se recomienda a los órganos administrativos de la niñez y adolescencia, en función de la obligación del estado de garantizar el desarrollo integral de los niños, se realice el seguimiento psicológico respectivo a los menores sobre los cuales se resolvió la causa No. 07203-2014-1593, con el objeto de mejorar la integración del padre en su desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Hidalgo, R. D. (2012). Vulneración legal del Derecho Constitucional de identidad.

Revista Juridica , 182-225.

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro

Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008.

Asamblea de Estados Generales. (1789). Declaracion de los derechos del hombre y del

ciudadano. Francia.

Asamblea General de Naciones Unidas. (20 de 11 de 1989). Convención sobre los Derechos

del Niño.

Balleste, I. R. (2015). EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Revista Chilena de Derecho, 903-934.

Bandaña, G. P. (2013). Educación para la vida: manual de. *Revista de Nicaragua*, 21-56.

Benavente Chorres, H. (2013). El derecho constitucionalo a la presuncion de inocencia.

Revista de Estudios constitucionales, 59-89.

- Bonosso Velez, F. K. (15 de Julio de 2016). El apremio personal y la presuncion de paternidad. (S. B. Lazo, Entrevistador)
- Brena Sesma, I. (2004). El derecho y la salud, temas a reflexionar. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 101-235.
- Cabanellas, G. (1984). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Argentina: Heliasta.
- Calamandrei, P. (2012). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. *Bibliográfica Argentina*, 104-354.
- Carrarra, F. (2013). Programa de Derecho Criminal. *Temis*, 225-257.
- Caso N.º 0354-12-CN, N.º 0354-12-CN (Corte Constitucional 4 de Septiembre de 2013).
- Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. (2007). *El trabajo del Estado en la recuperación de la identidad de jóvenes apropiados en la última dictadura militar*. Buenos Aires: CONADI.
- Comité de los Derechos del Niño. (29 de Mayo de 2013). Observación general N° 14, CRC/C/GC/14. *sObservación sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Convención sobre los Derechos del Niño.
- Congreso Nacional. (3 de 1 de 2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 737.
- Duran Rivacoba, R. (2010). Anonimato del progenitor y el derecho a la identidad. *Ius et Praxis*, 03-54.
- Espejo Yaksi, N. (2015). Identidad de Genero y Relaciones Familiares. Protección al derecho a la identidad. *Revista de Derecho*, 393-418.
- Estévez-Merello, M. I. (2013). Consecuencias psicosociales de la privación de la libertad en imputados inocentes. *Revista de Criminalidad*, 291-308.
- Fernández Sessarego, C. (2012). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea.

- Flaquer Seijas, C. A. (2014). *Importancia en la Determinación de la Prueba Idónea en Materia Civil*. Obtenido de <http://www.oficinabisono.com/LinkClick.aspx?fileticket=MXyp0B5BtVY%3d&tabid=105&language=es-CO>
- González Contró, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Scielo*, 107-132.
- Grünstein, M. A. (2015). Derecho Procesal Civil. *Revista chilena de derecho privado*, 303-312.
- Guasp, J. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el derecho civil. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 209-257.
- Mojica Gómez, L. (2013). La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, 250-265.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Orozco Gadea, G. A. (2015). Comentarios al artículo 326 del Código de Familia. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 419-440.
- Peña Garrido, C. (2009). *Análisis Jurisprudencial de los Nuevos Apremios*. Valdivia: Universidad Austral de Chile.
- Reyes Molina, S. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba. *Revista de derecho (Valdivia)*, 229-247.
- Rodríguez Guillen, N. d. (15 de Julio de 2016). El apremio personal y la presunción de paternidad. (S. B. Lazo, Entrevistador)
- Soletto, H. (2014). Las Medidas Provisionales en los Procesos de Familia. *Tiran lo Blanc*, 25-110.

ANEXOS