



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

***PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR***

TÍTULO:

“LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA
AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO, EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA
EL EXAMEN DE ADN.”

Tesis previa a la obtención del título de abogado de los tribunales y juzgados de la
república del Ecuador.

AUTORA:

MARÍA JUANA AUCANCELA SAGÑAY

TUTOR

DR. PATRICIO HIDALGO

Riobamba – Ecuador

2017

HOJA DE CALIFICACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TEMA

“LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO, EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL EXAMEN DE ADN.”

Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, y ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

TUTOR

Dr. Hugo Hidalgo

10

Calificación

Firma

MIEMBRO 1

Dr. Stalin Aldaz

10

Calificación

Firma

MIEMBRO 2

Dr. Juan Pablo Cabrera

10

Calificación

Firma

NOTA FINAL:

10

10

DR. PATRICIO HIDALGO

CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO, FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenidamente y minuciosamente durante todo su desarrollo, el proyecto final de investigación titulado: “LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO, EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL EXAMEN DE ADN.” Realizada por MARÍA JUANA AUCANCELA SAGÑAY, por lo tanto autorizo proseguir los trámites legales para su presentación.



DR. PATRICIO HIDALGO
TUTOR

DERECHOS DE AUTORÍA

Yo, MARÍA JUANA AUCANCELA SAGÑAY C.C: 0604759274, declaro que soy responsable de las ideas, doctrinas, resultados y propuestas expuestas en el presente trabajo de investigación y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



**MARÍA JUANA AUCANCELA
SAGÑAY**

C.C: 0604759274

AGRADECIMIENTO

Ante todo, quiero agradecer a Dios por darme la oportunidad de disfrutar y poder gozar la vida que me da día a día.

A todos los docentes que me supieron impartir sus conocimientos en cada una de las materias que recibí a lo largo de mi carrera estudiantil.

MARÍA JUANA AUCANCELA SAGÑAY

C.C: 0604759274

1.3 DEDICATORIA

A mis padres.

Que me han dado apoyo incondicional todo esfuerzo que uno realiza para alcanzar los sueños y metas que uno tiene siempre van a ser dedicados a mis padres por ser el respaldo que necesito para surgir.

**MARÍA JUANA AUCANCELA
SAGÑAY**

C.C: 0604759274

Índice

1.1 DERECHOS DE AUTORÍA.....	IV
1.2 AGRADECIMIENTO	V
1.3 DEDICATORIA	VI
1.4 Índice	VII
1.5 Resumen.....	9
1.6 Abstract.....	10
2. Introducción	11
3. Planteamiento del problema	12
4. Justificación	14
5. Objetivos.....	15
5.1 Objetivo general.....	15
5.2 Objetivos específicos.....	15
6. Marco Teórico	16
6.1 Estado del arte	16
6.2 Aspectos teóricos	17
7. Metodología	24
7.1 Métodos.....	24
Inductivo	24
Analítico.....	25
Descriptivo.....	25
7.2 Enfoque de la investigación.....	25
7.3 Tipo de Investigación.....	25
Exploratoria	25

Documental bibliográfico	25
Descriptiva.....	26
7.4 Diseño de Investigación.....	26
7.5 Población y muestra	26
7.6 Técnicas e instrumentos de investigación	26
7.7 Recursos	27
8. Resultados y discusión	27
9. Conclusiones y recomendaciones	27
10. Materiales de referencia	29
11. Anexos.....	30
12. Dictamen del tribunal	38

Resumen

“LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO, EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL EXAMEN DE ADN.” Es un trabajo investigativo que trata acerca de la impugnación a la paternidad y al trámite que debe seguirse para poder hacer efectivo el derecho del padre, cuando se conoce que la filiación no le corresponde.

Este tema es bastante sensible, por cuanto trata de la familia y los problemas jurídicos que acarrea una impugnación a la paternidad. Tanto por los derechos del padre, mismos que han sido vulnerados por un engaño en cuanto a su paternidad, como por los derechos de los hijos menores de edad, que poseen una identidad y parentesco que hoy se discute.

A pesar de que el reclamo debería tener un trámite que resulte eficaz, para determinar la impugnación a la paternidad, así como la verdadera filiación del hijo, en la práctica esto resulta bastante complejo, ya que el único medio para lograr este fin es la práctica del examen de ADN, el cual como prueba pericial se utilizará dentro del trámite.

El problema se presenta cuando los padres no concurren con el menor a la toma de muestras del examen de ADN, lo cual vuelve imposible impugnar la paternidad de forma exitosa, ocasionando que las obligaciones del padre se conserven injustamente y que el menor conserve una filiación que no le corresponde.

Abstract

"THE ACTION OF DEFENSE OF PATERNITY IN THE ABSENCE OF THE PRESUMED SON, IN THE SAMPLE GATHERING FOR THE DNA EXAMINATION." It is an investigative work that deals with the impugnation to the paternity and the procedure that must be followed to be able to do effective the right of the father, when it is known that the filiation does not correspond to him.

This issue is quite sensitive, because it deals with the family and the legal problems that imply a contesting to fatherhood, as well as for the rights of the father, the same who have been violated by a deception to his paternity, also the rights of minor children, who have an identity and relationship that is discussed today.

Even though the complaint should have a process that result effective to determine the contesting to the fatherhood, as well as the true filiation of the child, in practice this is quite complex, since the only way to achieve this is to practice a DNA test, which is an expert evidence that will be used within the procedure.

The problem arises when the parents do not attend with the child to the DNA examination, which makes it impossible to refute the fatherhood successfully, causing the father's obligations to be unfairly and that the child retains a filiation that does not match to him.

Reviewed by: Rodríguez, María
English Language Center Teacher.



2. Introducción

La investigación se centrará en una situación problemática, que es la toma de muestras del examen de ADN, en las veces que las partes procesales no quieren acudir al examen, debido a que conocen perfectamente que un hijo reconocido como tal por un padre, en realidad no posee tal condición. Lo cual puede ocurrir mediante engaños, cuando uno de los progenitores le hace pensar al otro que el hijo es suyo, cuando esto no es así. De esta forma se reconoce al menor, pero al impugnar la paternidad y llevar a cabo el examen de ADN, el progenitor que posee la tenencia se resiste a que tomen la muestra de ADN del menor, por cuanto quiere que la filiación se mantenga a pesar de saber que la filiación no es la correcta. Este es el problema central del tema de investigación.

El propósito de la investigación, es encontrar una forma para garantizar el derecho del menor a tener una identidad que sea la correcta, bajo la filiación real, lo cual no ocurre en determinados casos en que los padres desean actuar de forma inescrupulosa y practican la filiación por personas que no les corresponde. Para este efecto será importante utilizar el método deductivo, ya que será necesario estudiar la normativa constitucional y legal, así como estudiar la doctrina y las fuentes análogas del derecho.

El perfil del proyecto de investigación está estructurado en base al esquema correspondiente que contempla los siguientes acápite: Introducción; planteamiento del problema; objetivos que se subdivide en general y específicos; el marco teórico en este punto se da a conocer el estado del arte y los aspectos teóricos que sustentante teóricamente la investigación; la metodología que permite visualizar el enfoque, tipo y diseño de investigación, la población y muestra, las técnicas e instrumentos para la recolección de la información, las técnicas para el tratamiento de la información y los recursos que se van a utilizar dentro del proceso

investigativo; el cronograma del trabajo investigativo; materiales de referencia; los anexos y dictamen del tribunal.

3. Planteamiento del problema

Dentro del Código Civil, Libro I, se hace referencia al derecho y al mismo tiempo la obligación que poseen los padres de reconocer a sus hijos menores de edad, para lo cual la norma establece distintas formas, a fin de que se pueda establecer la relación paterno-materno-filial. Siendo la práctica más común el reconocimiento voluntario para este efecto.

Según el art. 247 del Código Civil dice: “Los hijos nacidos afuera de matrimonio obtendrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos señalados en la ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Alcanzarán también ser examinados los hijos que todavía están en el vientre de la madre, y esta afirmación surtirá”. (Codigo Civil, 2005)

Una vez, que la relación paterno-materno-filial se establece, se crean varios derechos en materia de menores establecidos en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que exigen a los padres a indemnizar las necesidades afectivas y económicas de sus hijos, como es el caso de la posesión, el poseer un derecho de visitas para conservar comunicación con el menor, y la fijación de una pensión alimenticia. Por lo cual, la filiación forma varias necesidades para los padres, que consientes de estos hechos las asumen.

No obstante, de ellos persiste la posibilidad de que de forma fraudulenta se engañe al progenitor, haciéndole pensar que es el padre de un menor, cuando en situación no lo es y de esta forma se le precisa con un menor

que no es su hijo. En estos eventos la ley ha previsto la posibilidad de que esta persona pueda ejercer una acción de impugnación de la paternidad y de esta forma probar que no es el progenitor y además librarse de las obligaciones parentales referidas.

De acuerdo en dispuesto artículo 233 del Código Civil: que se determina, “Personas que podrán ejercer la acción de impugnación de paternidad o maternidad. - La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por: 1. Quien se pretenda verdadero padre o madre. 2. El hijo. 3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna. 4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnada perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre”. (Codigo Civil, 2005)

A pesar de que el contingente legal existe, para plantear una acción de impugnación de la paternidad, en la práctica suelen presentarse problemas sociales que impiden la impugnación, esto debido a que en Ecuador el único medio válido de prueba es el examen de ADN. Lo cual está condicionado a que las partes procesales concurren a realizárselo.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 10, establece la consecuencia de que uno de los padres se resista a realizarse el examen, siendo la presunción de la filiación la sanción que se establece ante dicho evento. Sin embargo, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 10, nada determina en cuanto a la posibilidad de que el menor de edad no concorra, entendiéndose claro está, que la madre que posee la tenencia del menor no lo presente a la toma de muestras para el

examen de ADN, para que no pueda probarse fehacientemente la impugnación de la paternidad.

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia según el artículo 11, Párrafo 2do, dice: “La identificación de la persona a la que corresponde la muestra, se evidenciará mediante la cédula de identidad o ciudadanía o pasaporte o cualquier otro mecanismo que asegure fehacientemente la identidad de la persona y, el registro de su huella digital. La identificación y toma de muestras se hará en presencia de la autoridad que la ordena o su delegado, el/la perito y las partes o quienes las representen”. (Código de la Niñez y Adolescencia, 2007)

El resultado de la falta de comparecencia del menor de edad, impide que quién impugna la paternidad pueda probar que no es el padre, lo cual le continúa generando obligaciones frente a un menor que posiblemente no es su hijo. La razón de esta investigación será estudiar este fenómeno, para el cuál la ley no presenta ninguna salida.

Como un tema complementario a la materia objeto del presente estudio, se tratará el trámite previsto en el COGEP, por el cual se lleva a cabo el examen de ADN, así como lo concerniente a la toma de muestras.

4. Justificación

“LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO, EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL EXAMEN DE ADN.” Es un trabajo de investigación que posee una evidente importancia, ya que su tema medular es el derecho de los menores que, según la Constitución de la República del Ecuador, es un grupo de atención prioritaria.

Dentro de la impugnación de la paternidad se discute la filiación del menor, por tanto, se afectan varios derechos creados con el fin exclusivo de protegerle, tales como: la patria potestad, el derecho constitucional a la identidad, el mantener comunicación familiar, etcétera. Razón por la cual, el presente tema abarca derechos fundamentales con respecto del derecho de menores.

Vale indicar, que los derechos de la familia también se contraen al tema de estudio, por cuanto la impugnación a la paternidad ocasionaría efectos jurídicos, en cuanto a las obligaciones de los padres, como sería el caso de la pensión alimenticia.

5. Objetivos

Se señala los objetivos, tanto el general como los específicos.

5.1 Objetivo general

Describir cómo la acción de impugnación de la paternidad procede en la toma de muestras para el examen de ADN, cuando presunto hijo está ausente.

5.2 Objetivos específicos

- Realizar un análisis jurídico, doctrinario y crítico de la acción de impugnación de paternidad.
- Realizar un análisis jurídico, doctrinario y crítico de la prueba de ADN.

- Analizar el procedimiento para la toma de muestras para el examen de ADN cuando presunto hijo está ausente.

6. Marco Teórico

6.1 Estado del arte

Luego de haber realizado una investigación documental-bibliográfica en el archivo de temas y proyectos de la Carrera de Derecho, se determina que no hay trabajos similares la que se pretende realizar, ya que no existe el tema de la acción de impugnación de la paternidad y la forma como procede en la toma de muestras para el examen de ADN cuando presunto hijo está ausente.

Al realizar una indagación en los buscadores virtuales, se ha podido encontrar las siguientes investigaciones que guardan estrecha relación con la investigación:

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD O MATERNIDAD CUANDO EL PRESUNTO PADRE O MADRE HA FALLECIDO: UN ESTUDIO DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Realizado por los Autores: Sánchez Guzmán, Verónica Amada en el año 2014. Para optar por el título de Magister en Derecho. En Chile.

Dentro de este trabajo se estudian aspectos generales de las acciones de filiación como su concepto, características y clasificación. Así como también los medios probatorios en materia filiativa, se desarrolló un anexo que contiene, principalmente, los desemejantes tipos de prueba, en

particular, el estudio del ADN. Se muestran las doctrinas que en forma mayoritaria que aprecian que no proviene la acción de exigencia de filiación contra los herederos por carecer de legitimación pasiva

En el congreso de Colombia establece que el hijo que aparece posteriormente de expirados los ciento ochenta días siguiente al matrimonio o a la afirmación de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente manifieste por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo con-sagrado en la Ley. (Impugnación de la Paternidad, 2006)

Como conclusión personal, se puede decir que dentro de este trabajo se topan temas similares al de esta investigación, sin embargo, el tema central no es el mismo. Así, por ejemplo, se habla acerca de la filiación y sus efectos, así como también a la práctica del examen de ADN y su incidencia como prueba dentro del juicio. Finalmente, se estudian jurisprudencias en donde se profundizan estos temas.

6.2 Aspectos teóricos

La filiación es el primer efecto jurídico en producirse dentro del grupo familiar, corresponde al reconocimiento que realizan los padres frente al menor, aduciendo que poseen dicha calidad. Código Civil, artículo 248: "Naturaleza jurídica del reconocimiento. - El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce" (Codigo Civil, 2005). En un mismo sentido el artículo 34, de la Ley de Registro Civil, Identificación y

Cedulación, determina: “Reconocimiento al inscribir. - La declaración al momento de inscribir el nacimiento tendrá valor de reconocimiento de hijo, si fuere hecha personalmente por el padre, o por la madre, o por ambos...” (Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2005)

A partir de este punto se generan múltiples efectos jurídicos para el menor y sus padres, iniciando por la patria potestad, que es el conjunto de obligaciones y derechos que poseen los padres frente a sus hijos. López del Carril, amplía este tema: “...la patria potestad es un derecho natural que descansa, en último substractum, en una posición exclusivamente biológica, porque es indispensable ser padre o madre biológicos para que tenga nacimiento automático y espontáneo la patria potestad, constituyendo así uno de los atributos objetivos y subjetivos de la paternidad y la maternidad...” (López del Carril, Julio, 1999)

Dentro de las obligaciones que los padres poseen frente a los hijos se encuentran los deberes de crianza, educación y en términos económicos, primeramente, el deber de alimentos, que en síntesis es la obligación que posee el padre de sufragar una pensión alimenticia suficiente para cubrir los gastos propios de su hijo menor de edad. O como indica Fueyo: “Se entiende por deuda alimenticia, la prestación que pesa sobre determinadas personas, económicamente posibilitadas, para que alguno de sus parientes pobres u otras personas que señale la Ley, puedan subvenir a las necesidades de la existencia”. (Fueyo Fernando, 1952)

No obstante, esto no resulta siempre bien, ya que los padres pueden reconocer engañosamente al menor o incluido inducidos por un engaño, en el cual se han hecho comprometidas de un menor, cuando concurre otro progenitor que debería hacerlo. Ante esta posibilidad, existe la acción de impugnación de la paternidad que es un mecanismo, que permite substraer

al menor de la patria potestad de uno de sus padres, liberándole de las necesidades inherentes.

Para poder lograr la impugnación de la paternidad es necesario que se practique el examen de ADN, según lo determina la Ley Reformatoria de Alimento, del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, innumerado 11: “Condiciones para la prueba de ADN. - (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643S, 28VII2009). Tendrán valor probatorio en juicio, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) practicadas por laboratorios especializados públicos y privados, que cuenten con peritos calificados por la Fiscalía. En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública.

La identidad de la persona a la que concierne la muestra, se demostrará mediante la cédula de identidad o ciudadanía o pasaporte o cualquier otro mecanismo que afirme fehacientemente la identidad de la persona y, el registro de su huella digital. La identificación y toma de ejemplares se hará en presencia de la autoridad que la ordena o su encargado, el/la perito y las partes o quienes las representen.

Los resultados de las pruebas de ADN son confidenciales. Todo movimiento de la muestra corresponderá ser inscrito con conjetura de la fecha, la hora y el nombre e identificación de las personas que intervinieron. El Juez/a, podrá instalar el auxilio policial, la intrusión de médicos legistas o de otros peritos a petición de la parte interesada, para asegurar la autenticidad y confiabilidad de la toma de muestras, su examen, custodia y transporte.” (Ley Reformatoria de Alimento del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, 2016)

El examen de ADN es la única prueba que puede establecer la paternidad o su impugnación, no obstante, cuando la toma de muestras no se perfecciona subsiste la dificultad de realizar el examen, esto se ocasiona habitualmente cuando se conoce que la paternidad no pertenece al presunto hijo, por lo cual la madre se resiste a llevar al hijo a la toma de muestras del examen, originando que no se pueda producir la prueba suficiente dentro del trámite.

Vale indicar que ante esta negativa la justicia queda burlada, ya que no existe camino legal que posibilite efectivizar la toma de muestras para el examen de ADN.

El tema fundamental de esta investigación se somete a conocer la práctica judicial de la acción de impugnación de la paternidad frente a la ausencia del presunto hijo en la toma de muestras para el examen de ADN, para lo cual se examina una sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador, en la cual se instituye que no existe medio judicial para poder explicar a lugar la impugnación de la paternidad, cuando no se ha practicado la toma de muestras del examen de ADN.

La sentencia que va a ser sujeta a análisis es la N.º 301-16-SEP-CC, del caso N.º 1505-11-EP, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. La sentencia es fruto de una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, en contra de una sentencia dictada por los jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio ordinario de impugnación de paternidad, en el que no se llevó a cabo la prueba de ADN y consiguientemente no se ha probado dicha impugnación, por lo que se ha desechado la demanda en las tres instancias.

El actor del trámite plantea un juicio ordinario de impugnación de paternidad, en contra de un hijo del cual no es progenitor. Esto por cuanto, al momento de la inscripción de nacimiento -cual se realizó por reconocimiento voluntario del actor- se conocía perfectamente que el recién nacido no era hijo del demandante, sino que la madre del menor solicitó este reconocimiento como un favor, a fin de que la criatura posea un apellido paterno, comprometiéndose a no exigir los derechos de un hijo natural, tales como la pensión alimenticia.

No obstante, de este compromiso, la madre del menor demandó la pensión de alimentos al actor del amparo constitucional, obligándole de esta forma a pasar una pensión alimenticia que no le corresponde, debido a que no es el padre del menor, es en esta forma que acude a la administración de justicia en busca de la impugnación de paternidad, y con la partida de nacimiento de dicho menor, argumenta que la filiación no corresponde a la verdadera condición de padre biológico del menor.

Dentro del juicio ordinario de impugnación de paternidad de primera instancia, requiere la práctica del examen biogenético de ADN, para determinar científicamente que no es el padre biológico del menor. Sin embargo, se limitó su derecho a una prueba irrefutable y de suma importancia para la correcta aplicación de una justicia sin dilaciones y acorde a la verdad, ya que, habiéndose ordenado el examen en cuatro ocasiones por parte del administrador de justicia, este nunca se llevó a cabo, por tanto, no se pudo probar la impugnación de la paternidad, por este motivo en primera instancia la sentencia desecho la demanda, manteniendo la filiación.

Por esta razón se produce la apelación en segunda instancia, ordenándose nuevamente se practique la prueba de ADN que se solicitó en primera

instancia; sin embargo, la madre del menor continuó resistiéndose a acudir a la diligencia procesal, por lo que incurrió en rebeldía, sin que el examen pueda realizarse y consiguientemente, en segunda instancia tampoco se pudo perfeccionar la impugnación a la paternidad, por la ausencia de la prueba fundamental de ADN.

De esta forma se plantea el recurso de casación sobre estas sentencias, ante la Corte Nacional de Justicia, en la que señala la necesidad de que se observe la falta de la prueba en este tipo de juicios y que se establezca una forma adecuada de realizarla, para salvaguardar los derechos que se consagra en la actual Constitución de la República de Ecuador. No obstante, dentro de este trámite de impugnación de paternidad, se niega el recurso de casación, debido a que de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, incurre en una inconsistencia que hace incongruente el fallo, debido a que afirma, que para determinar el vínculo biológico progenitor el supuesto hijo debe someterse a la prueba del examen de ADN, la cual posee peso probatorio trascendental y al no haberse llevado a cabo esa prueba no puede impugnarse la paternidad, desechándose la demanda por tercera ocasión.

Ante esta situación, el actor solicita a la Corte Constitucional declare la violación de los derechos constitucionales a la tutela efectiva y la seguridad jurídica, en contra de la sentencia dictada por los señores Jueces miembros de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional del Justicia, por negar la práctica de la prueba de ADN, necesaria para impugnar una paternidad que no le corresponde.

La Corte Constitucional expide la siguiente sentencia:

1. Declarar que no existe vulneración de derechos constitucionales.

2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Para agravar más este tema, mediante la Resolución No. 05-2014, la Corte Nacional de Justicia adoptó el criterio emitido en la sentencia de la Corte Constitucional e incluso lo amplió, estipulando que: el reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable, el reconociente sólo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, demostrando que al momento de otorgarlo, no se ha verificado la concurrencia de los requisitos indispensables para su validez; y que, la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica.

Con lo cual queda del todo vulnerado el principio de la tutela efectiva, ya que ante el problema de que la madre no presente al menor al examen de ADN y con esto, sea imposible resolverse en sentencia la impugnación de la paternidad, la Corte Nacional de Justicia de hecho impide la impugnación de la paternidad frente al reconocimiento voluntario e incluso indica que el examen de ADN –de conseguirse- no hace prueba en juicio de impugnación de la paternidad.

Justificándose en que el reconocimiento voluntario de maternidad o paternidad previsto en el artículo 247 y siguientes del Código Civil, constituye un acto jurídico constitutivo del estado civil para el cual la ley no ha previsto revocatoria. Sin considerar los derechos, principios y garantías constitucionales, que se vulneran con una resolución de este tipo, tales como: el derecho del menor de edad a conocer su identidad, el derecho del menor a conocer a sus progenitores y a mantener comunicación con su grupo familiar.

Esta resolución que por decir lo menos, vulnera varios principios constitucionales tales como: la tutela efectiva de derechos, el derecho al acceso a una administración de justicia eficaz, el principio del interés superior del niño, no tiene explicación, por lo cual debe tratarse de un criterio con intervención política, como efectivamente sucede.

Con la Sentencia de la Corte Constitucional se originó una serie de cambios en la administración de justicia, a tal punto que la Corte Nacional de Justicia debió emitir una resolución en la cual se determinó que el reconocimiento voluntario tiene el carácter de irrevocable y que incluso el examen de ADN, que determine que no existe filiación, no es prueba dentro de un proceso. En síntesis, la Corte Nacional de Justicia ha provocado mediante su resolución un efecto vinculante en toda la administración de justicia.

Konrad Hesse: “Si en virtud de la misma el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante no solo para el ciudadano sino para los restantes órganos del Estado, la idea que origina y legitima esta vinculación, que no es sino el sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución...” (Konrad Hesse, 1992)

7. Metodología

7.1 Métodos

Los métodos de investigación que se utilizarán dentro del presente trabajo son:

Inductivo. – Porque el problema es estudiado de manera particular para llegar a conclusiones generales; es decir, se estudiará la acción de

impugnación de paternidad y la prueba de ADN para determinar el procedimiento que se sigue para la toma de muestras para el examen de ADN cuando presunto hijo está ausente.

Analítico. - El Análisis permitirá comprender y conocer algunos aspectos teóricos y prácticos de la acción de impugnación de paternidad y el examen de ADN.

Descriptivo. - La correlación de los datos y resultados logrados en la investigación documental-bibliográfica y de campo, permitirán describir las cualidades y características del problema a estudiarse.

7.2 Enfoque de la investigación

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, porque que sigue un procedimiento que permite estudiar al problema en su contexto natural y cómo sucede, cuyas cualidades y características serán expuestas en base a la información recopilada en el proceso investigativo.

7.3 Tipo de Investigación

Por los objetivos que se pretende alcanzar con la ejecución de la investigación es: exploratoria, documental bibliográfico y descriptiva.

Exploratoria. - Sobre el problema a investigarse existe poca información e investigaciones que den a conocer los procedimientos que se sigue para realizar el examen de ADN cuando el presunto hijo está ausente.

Documental bibliográfico. - La investigación ha sido realizada apoyándose en fuentes bibliográfica, hemerográfica y archivística; la

primera se basa en la consulta de bibliográfica para registrar y resumir los datos extraídos; y la segunda en los artículos o ensayos de revistas y periódicos; y la tercera en documentos que se encuentran en los archivos, como expedientes y resoluciones pendientes del Consejo de Judicatura.

Descriptiva. - Porque los resultados de la investigación permitirán verificar la consecución de los objetivos, es decir, al final de la investigación se podrá describir cómo la acción de impugnación de la paternidad procede en la toma de muestras para el examen de ADN cuando presunto hijo está ausente.

7.4 Diseño de Investigación

El diseño de investigación de este trabajo no es experimental, es exploratoria, documental bibliográfico y descriptiva porque el problema será estudiado tal como se da en su contexto natural, sin que exista manipulación intencional de ninguna variable.

7.5 Población y muestra

La población está constituida por los casos dictaminatorios a los 16 Abogados y a los 8 Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba. En el año 2016, por lo tanto, ya que la población y la muestra no ha sido extensa.

7.6 Técnicas e instrumentos de investigación

La técnica de investigación será la entrevista y el instrumento será la guía de entrevista.

7.7 Recursos

Los recursos que se utilizarán en la ejecución de la investigación son: humanos, materiales, tecnológicos y económicos.

8. Resultados y discusión

Dentro de las entrevistas realizadas a los Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba, así como de las encuestas realizadas a los Abogados, se puede llegar a los siguientes resultados:

El único medio para establecer la impugnación a la paternidad es el examen de ADN, por lo cual no existe ningún otro tipo de prueba para su establecimiento. No existe ninguna forma para obligar al menor a presentarse a la toma de muestra del examen de ADN, ni tampoco para coaccionar al padre que lo posee bajo su cuidado.

Por estas razones, no existe en la norma camino alguno, que permita asegurar la toma de muestras para el examen de ADN.

9. Conclusiones y recomendaciones

Conclusión: El examen de ADN es el único medio eficaz de prueba, para establecer la paternidad de un menor o impugnarla.

Recomendación: Debido a que esta es una base científica, que permite conocer sin lugar a dudas la filiación, no debe aceptarse ningún otro mecanismo de prueba. Tal como lo recomiendan en las entrevistas los señores Jueces.

Conclusión: No existe en la norma una sanción cuando el padre que posee al menor bajo su cuidado se resiste a presentarlo a la toma de muestras para el examen de ADN.

Recomendación: Se debería reformar la norma, a fin de que cuando el padre que posee el cuidado del menor no lo presente a la toma de muestras del examen de ADN, se establezca una sanción como el apremio personal, hasta que el menor concurra.

Conclusión: En tanto, se logre impugnar exitosamente la paternidad, el padre posee intactas todas sus obligaciones para con el menor, incluyéndose principalmente el derecho a la pensión alimenticia.

Recomendación: A fin de lograr que el menor concurra a la toma de muestras del examen de ADN, se debería establecer la suspensión del pago de la pensión alimenticia, cuando existe la oposición para la toma de muestras del examen de ADN.

10. Materiales de referencia

Código Civil. (2005). *Corporación de Estudios y Publicaciones*. Quito: Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código de la Niñez y Adolescencia. (2007). *Corporaciones de Estudios y Publicaciones*. Quito: Talleres de la Corporaciones de Estudios y Publicaciones.

Fueyo Fernando. (1952). *Derecho de Familia*. Buenos Aires.

Impugnación de la Paternidad, art. 213, pag. 1 (Congreso de Colombia 2006).

Konrad Hesse. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. (2005). *Corporaciones de Estudios y Publicaciones*. Quito: Talleres de la Corporaciones de Estudios y Publicaciones.

Ley Reformativa de Alimento del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. (2016). *Corporación de Estudios y Publicación*. Quito: Talleres de la Corporacion de Estudios y Publicación.

López del Carril, Julio. (1999). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeleto-Perrot.

11. Anexos

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO



FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

**“LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA
AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL
EXAMEN DE ADN.”**

MARÍA JUANA AUCANCELA SAGÑAY

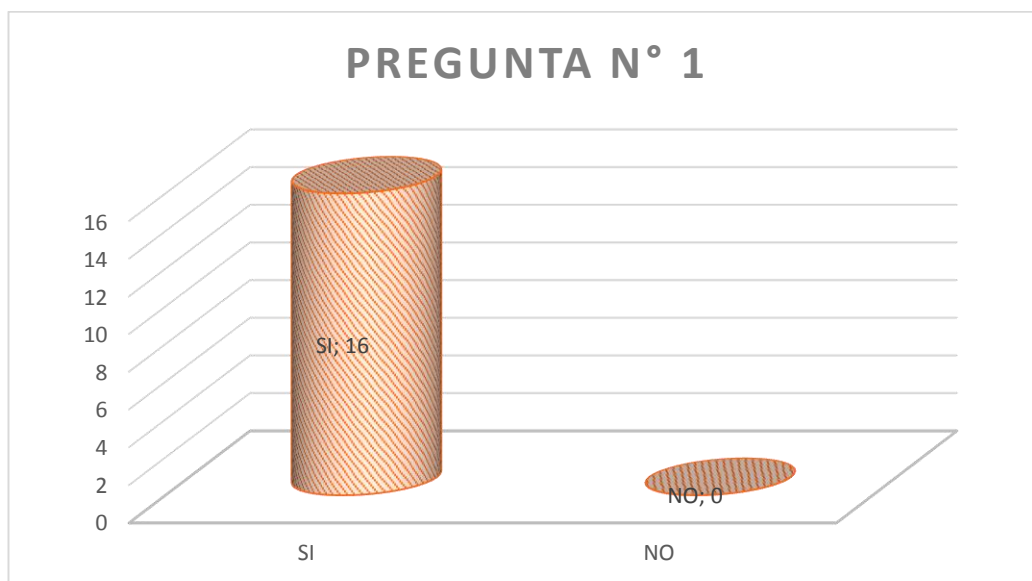
Encuesta realizada a Abogados

1. ¿Considera que el examen de ADN, es el único medio para establecer la paternidad o para impugnarla?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	16	100
2	No	0	0
	TOTAL	16	100,00

FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay



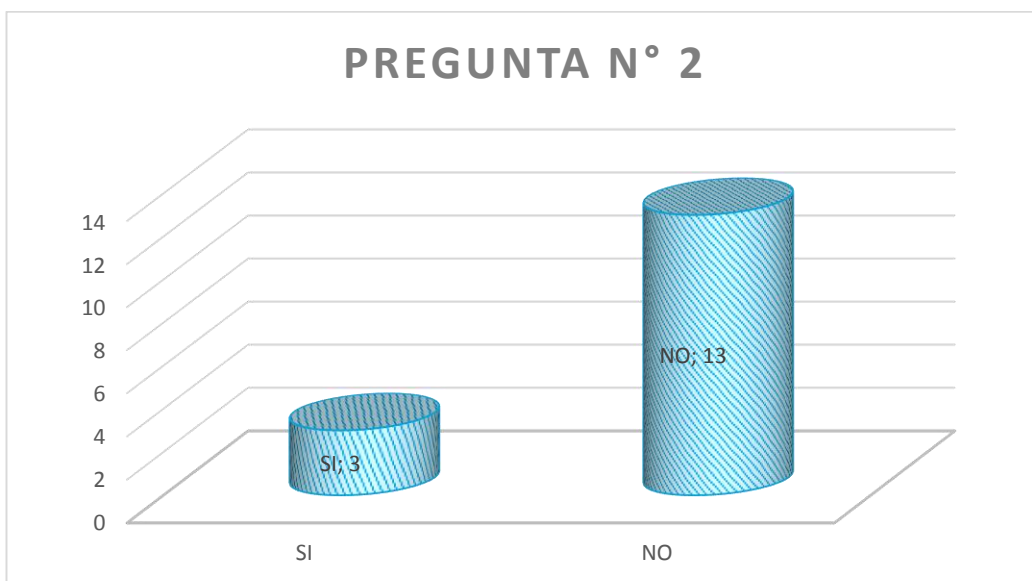
FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio
AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay

Interpretación de resultados: El 100% de los Abogados, consideran que el examen de ADN, es el único medio para establecer la paternidad o para impugnarla.

2. ¿Considera que podrían existir otros medios probatorios para establecer la paternidad o para impugnarla?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	3	18.75
2	No	13	81.25
	TOTAL	16	100,00

FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio
AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay



FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay

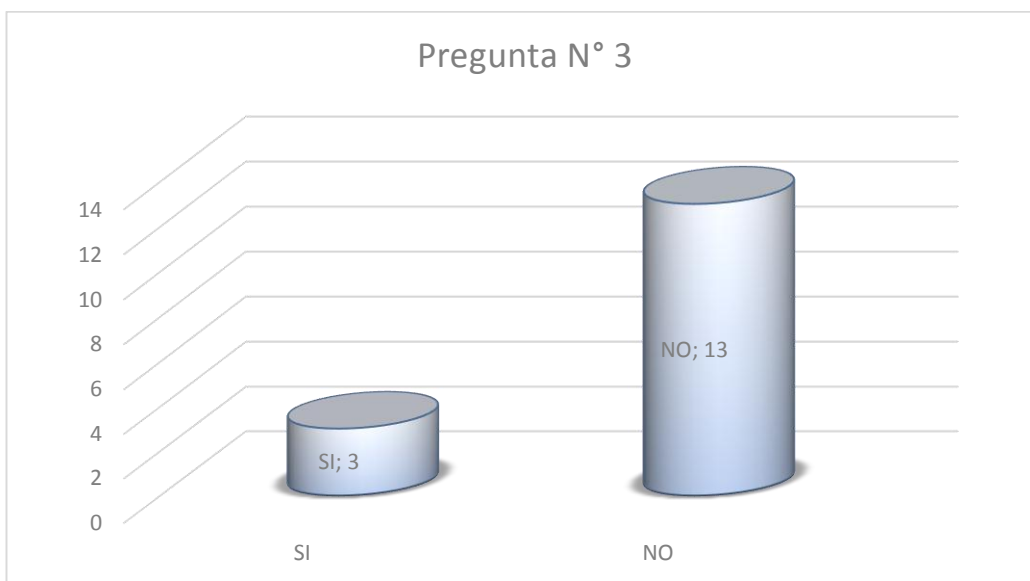
Interpretación de resultados: El 81.25% de los Abogados consideran que podrían existir otros medios probatorios para establecer la paternidad o para impugnarla

3. ¿Considera que existe normativa legal que asegure la presencia del menor, para la toma de muestras en el examen de ADN?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	3	18.75
2	No	13	81.25
	TOTAL	16	100,00

FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay



FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay

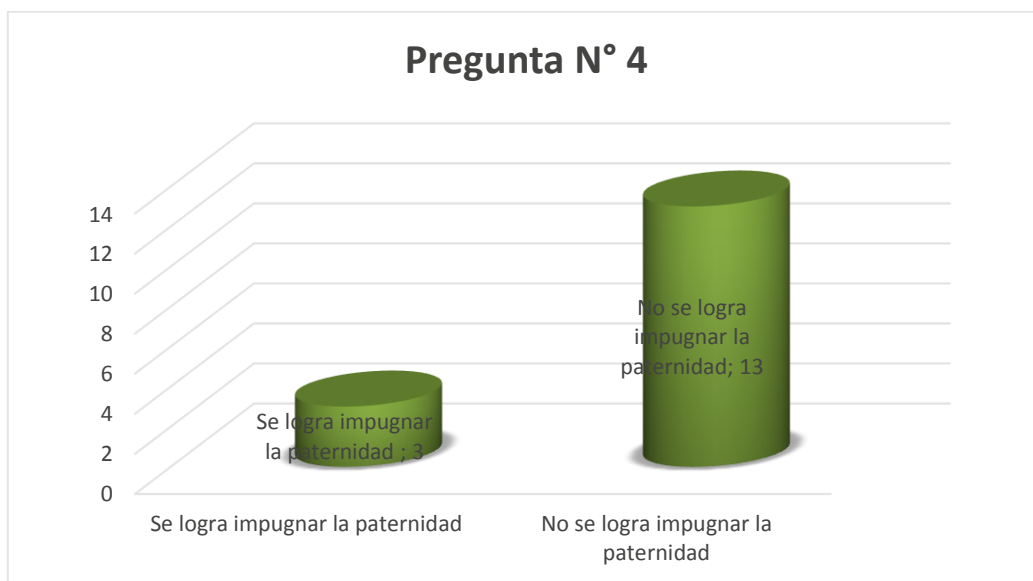
Interpretación de resultados: El 81.25% de los Abogados consideran que No existe normativa legal que asegure la presencia del menor, para la toma de muestras en el examen de ADN

4. ¿En su criterio: que sucede si se produce reiteradamente la ausencia del menor para la toma de muestras del examen de ADN?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Se logra impugnar la paternidad	3	18.75
2	No se logra impugnar la paternidad	13	81.25
	TOTAL	16	100,00

FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay



FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay

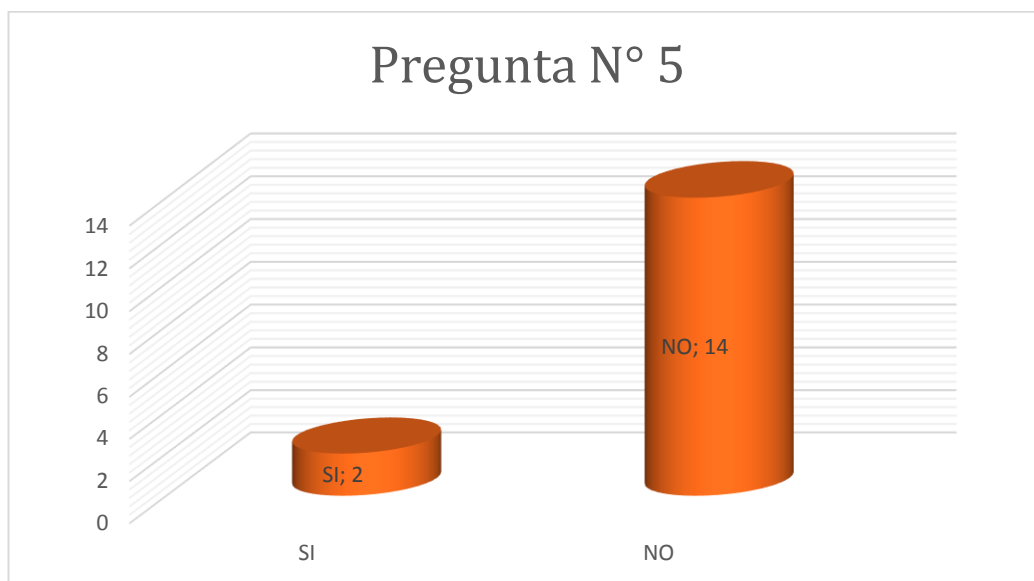
Interpretación de resultados: El 81.25% de los Abogados creen que, si se produce reiteradamente la ausencia del menor para la toma de muestras del examen de ADN, no se logra impugnar la paternidad

5. ¿Existe alguna alternativa para impugnar la paternidad, si es del caso que el menor no concurre nunca a la toma de muestras del examen de ADN?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	2	14.28
2	No	14	85.72
	TOTAL	16	100,00

FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay



FUENTE: Encuesta a los Abogados en libre ejercicio

AUTORA: María Juana Aucancela Sagñay

Interpretación de resultados: El 85.72% de los Abogados creen que no existe alguna alternativa para impugnar la paternidad, si es del caso que el menor no concurre nunca a la toma de muestras del examen de ADN



FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS
Escuela de Derecho

Tesis:

**“LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD FRENTE A LA
AUSENCIA DEL PRESUNTO HIJO EN LA TOMA DE MUESTRAS PARA EL
EXAMEN DE ADN.”**

MARÍA JUANA AUCANCELA SAGÑAY

Entrevista: Jueces de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia del cantón Riobamba

1. ¿Considera que el examen de ADN, es el único medio para establecer la paternidad o para impugnarla?

.....
.....
.....

2. Considera que podrían existir otros medios probatorios para establecer la paternidad o para impugnarla?

.....
.....
.....

3. Considera que existe normativa legal que asegure la presencia del menor, para la toma de muestras en el examen de ADN?

.....
.....
.....

4. En su criterio: ¿Que sucede si se produce reiteradamente la ausencia del menor para la toma de muestras del examen de ADN?

.....
.....
.....

5. ¿Existe alguna alternativa para impugnar la paternidad, si es del caso que el menor no concurre nunca a la toma de muestras del examen de ADN?

.....
.....
.....

12. Dictamen del tribunal