

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Trabajo de fin de carrera titulado:

**LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL
DE ALIMENTOS**

Realizado por:

FRANCISCO ALBERTO VIZCAINO BARBA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

QUITO, FEBRERO DE 2010

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Francisco Alberto Vizcaíno Barba, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normativa institucional vigente.

Francisco Alberto Vizcaíno Barba

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL DE ALIMENTOS

Realizado por el alumno
FRANCISCO ALBERTO VIZCAINO BARBA

Como requisito para la obtención de título de
ABOGADO

Ha sido dirigido por la profesora
DRA. ANA INTRIAGO CEVALLOS

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

Dra. Ana Intriago C.

Directora

Los profesores informantes

Dra. LORENA NARANJO GODOY, y

Dr. FERNANDO POLO ELMIR

después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante el Tribunal examinador.

Dra. Lorena Naranjo Godoy

Dr. Fernando Polo Elmir

DEDICATORIA

A mi padre celestial Dios, el ser supremo que siempre está a mi lado, a mis padres que con su esfuerzo siempre me han apoyado, motivado con su esfuerzo y perseverancia para salir adelante.

“Engrandezcan conmigo al Señor y ensalcemos a una su nombre, busque al Señor y me dio una respuesta y me libro de todos mis temores”.

Salmo 34, 4- 5

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Internacional SEK, a la facultad de Derecho y a mis maestros quienes con sus enseñanzas impartidas me han permitido formar una base sólida sobre la cual edificaré mi vida profesional.

Un especial agradecimiento a la señora Doctora Ana Intriago Cevallos Directora de mi trabajo de fin de carrera, quien con su gran experiencia, sabiduría y enseñanzas me permitieron desarrollar con éxito la presente investigación.

RESUMEN

El presente trabajo, se centra en las clases de pruebas que hay en el proceso contencioso general, para lo cual se analiza si la normativa procesal para sustanciar las audiencias de evacuación de pruebas es la adecuada además si se da cumplimiento de los principios de la tutela judicial efectiva contemplados en la Constitución Ecuatoriana, tomando como referentes las audiencias a las que se acudió en los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia de este Distrito Metropolitano de Quito.

Esta investigación inicia con una rápida revisión histórica sobre el proceso de alimentos en el derecho Romano, Europeo, y Ecuatoriano, tomando en cuenta el procedimiento y el ámbito de protección, el Código Civil, el anterior Código de Menores, y el actual Código de la Niñez y la Adolescencia. La segunda parte analiza las pruebas en el proceso contencioso general de alimentos, su objeto, los principios, los medios probatorios como la prueba del ADN, su probabilidad e invalidación. La tercera parte hace una evaluación del proceso contencioso general a través del análisis del desarrollo de la audiencia, el cumplimiento de los principios constitucionales sobre todo en lo relativo a la prueba así de las últimas reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia. La parte final está dedicada a las conclusiones y recomendaciones.

Descriptor: Proceso- Contencioso- General- Alimentos- Prueba- ADN- Audiencia Única- Interés Superior del niño.

ABSTRACT

The present work, focus in the different proofs that the trials for alimony have, in analyze if the regulations for conduct the hearings of evacuation of proofs are the proper ones, and also if inside of this hearings the Constitutional principles of the proceeding effective protection accomplish. Taking as a reference a sufficient numbers of hearings, performance in the Courts of law for Minors and Adolescents of the Metropolitan District of Quito.

This investigation begins with a historic review of the proceeding for alimony in the Roman law, Europe until situate the study in Ecuador considering the proceeding and ambit of protection that the Civil Code, Minors Code, and in the Minors and Adolescents Code have. The second part analyze the proof, it's object, the principles that rules it, specially the DNA proof, it's certain probability and invalidation. The third part make an evaluation of the general contentious proceeding thought the analysis of the development of the hearing of evacuation of proofs, the accomplish of the constitutional principles, and the last reforms make on the Minors and Adolescents Code. The final part is dedicate to the conclusions and recommendations.

Keywords: Process - Contentious - General - Foods - Test - DNA - Hearing Only - Interest Superior of the boy.

ÍNDICE

DECLARACIÓN JURAMENTADA.....	ii
DECLARATORIA	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
ÍNDICE.....	viii
RESUMEN EJECUTIVO	xii
INTRODUCCION.....	1

CAPÍTULO I

1	EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL ECUADOR	3
1.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	3
1.2	EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL ECUADOR	7
1.3	PROCEDIMIENTO Y AMBITO DE PROTECCION CONTEMPLADO EN EL CODIGO CIVIL.....	8
1.3.1	De las Clases de Hijos	8
1.3.1.1	De los Hijos Legítimos.....	8
1.3.1.2	De los Hijos Naturales.....	8
1.3.1.3	De los Hijos Ilegítimos.....	9
1.3.1.4	De los Derechos y Obligaciones de los Padres con los Hijos Legítimos, Naturales e Ilegítimos.....	9
1.3.1.5	De los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas Personas o Alimentos Congruos	10
1.4	DATOS CURIOSOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1860.....	11
1.4.1	Código Civil de 1960	11

1.4.1.1	Respecto de los Hijos Legitimados por Matrimonio Posterior a la Concepción.....	11
1.4.1.2	Creación de un Título Relativo al Reconocimiento Voluntario de los Hijos Ilegítimos	12
1.4.1.3	Respecto de la Declaración Judicial de la Paternidad y Maternidad Legítimas	12
1.4.1.4	Respecto a las Obligaciones entre los Padres y los Hijos Ilegítimos	13
1.4.1.5	Respecto de los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas Personas.....	13
1.5	CÓDIGO CIVIL DE 1970	13
1.5.1	Respecto de los Hijos Concebidos dentro del Matrimonio	14
1.5.1.1	Del Reconocimiento Voluntario de los Hijos.....	14
1.5.1.2	Respecto de los Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos.....	14
1.5.1.3	De las Pruebas del Estado Civil	15
1.5.1.4	De la Declaración Judicial de Paternidad o Maternidad	15
1.5.1.5	De los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas a Personas.....	16
1.6	PROCEDIMIENTO Y AMBITO DE PROTECCION CONTEMPLADO EN EL CODIGO MENORES: CÓDIGO DE MENORES DE 1938.....	17
1.6.1	Antecedentes	17
1.6.2	El Tribunal de Menores	18
1.6.3	Procedimiento.....	18
1.6.4	Decisiones del Tribunal.....	19
1.7	CODIGO DE MENORES DE 1992.....	20
1.7.1	De los Tipos de Protección de los Alimentos.....	20
1.8	CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DEL 2003	22
1.9	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008.....	25
1.10	APORTES E INNOVACIONES DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	26

CAPÍTULO II

2	LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL DE ALIMENTOS	29
2.1	LA PRUEBA.....	29
2.1.1	Objeto de la Prueba en el Proceso Contencioso General de Alimentos.....	29

2.1.2	Principios de la Prueba.....	30
2.1.3	Hechos Exentos de Prueba en el Proceso Contencioso General de Alimentos	35
2.1.4	La Carga de la Prueba en el Proceso Contencioso General de Alimentos	36
2.2	CLASES DE PRUEBAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL DE ALIMENTOS	38
2.3	MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL DE ALIMENTOS	40
2.3.1	Pruebas para Determinar la Filiación	40
2.4	PRUEBAS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN, LAS NECESIDADES DEL ALIMENTARIO Y LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL ALIMENTANTE	41
2.5	LA PRUEBA DEL ADN	42
2.5.1	¿En qué Consiste el Examen de ADN?.....	43
2.5.2	Invalidación de la Prueba de ADN.....	44
2.5.3	Probabilidad y Certeza de la Prueba de ADN	45
2.5.3.1	Inclusión a Posteriori.....	46
2.5.4	Exámenes realizados en la Cruz Roja Ecuatoriana	46
2.5.5	Procedimiento para la realización del examen de ADN.....	47
2.6	DE LA CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN Y DE LAS NECESIDADES DEL ALIMENTARIO	47
2.6.1	De la Capacidad Económica del Alimentante.....	49
2.6.2	La Negativa Injustificada y la Presunción de la Paternidad.....	51
2.6.3	Pruebas por Indicios	53
2.6.4	Pruebas de Oficio	53

CAPÍTULO III

3	EVACUACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL	56
3.1	DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE EVACUACION DE PRUEBAS	56
3.1.1	Fases de la Audiencia Única	60
3.1.1.1	Comparecencia de las Partes	60

3.1.1.2	Exposición del Juez respecto de las Obligaciones que Incumben la Prestación de Alimentos.....	61
3.1.1.3	Contestación a la Demanda por el Accionado.....	61
3.1.1.4	Búsqueda de Conciliación entre las Partes.....	62
3.1.1.5	Exposición de Pruebas por Parte del Actor.....	62
3.1.1.6	Exposición de Pruebas por Parte del Demandado.....	64
3.1.1.7	Alegatos.....	66
3.1.1.8	Resolución del Juez.....	66
3.1.2	Reproducción de las Pruebas.....	67
3.2	ANALISIS DE CUMPLIMIENTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LAS AUDIENCIAS DE EVACUACION DE PRUEBAS.....	68
3.2.1	Inmediación.....	69
3.2.2	Oralidad.....	69
3.2.2.1	Concentración de las Pruebas.....	69
3.2.3	Cadena de Custodia.....	70
3.3	ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE PRINCIPIOS JURIDICOS DEL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.....	70
3.3.1	Principio Constitucional del Interés Superior del Niño.....	71
3.3.2	Principio Jurídico de que nadie puede ser obligado a someterse a la Prueba de ADN.....	72

CAPÍTULO IV

4	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	75
4.1	CONCLUSIONES.....	75
4.2	RECOMENDACIONES.....	77
	BIBLIOGRAFIA.....	79
	ANEXOS.....	82
	ANEXO 1.....	83
	ANEXO 2.....	86

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación “La prueba en el proceso contencioso general de alimentos” se realizó en los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia del Distrito Metropolitano de Quito entre los años 2008-2009. El interés académico era establecer si en las audiencias de evacuación de pruebas, se cumplían los principios constitucionales de tutela judicial efectiva.

Particularmente interesaba averiguar si la normativa procesal para sustanciar la audiencia de evacuación de pruebas, era la adecuada y observar si dentro de ellas se cumplían los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva como son la inmediación, la oralidad, el principio dispositivo, y el del interés superior en el niño, considerando que este es un principio consagrado en la Constitución en su artículo 44 en el que se establece que los derechos de los niños prevalecerán por sobre los de las demás personas.

Se analizaron las diferentes clases de pruebas que son practicadas en esta clase de procesos, dado que la prueba es la esencia del juicio, ya que sin ella, no se podría dar el derecho que le corresponde a las personas que reclaman judicialmente y que en este caso son los representantes de los menores de edad.

Se ha puesto énfasis en la prueba madre para determinar la filiación y que es la del examen de ADN, la cual sin lugar a dudas fue la más analizada en la presente investigación, por constituir una prueba científica moderna, que practicada con todo el rigor y formalidades que establece la ley, la hace prácticamente indiscutible, salvo algunas excepciones que se pueden dar, y que podrían dar lugar a la invalidación de la prueba, por ejemplo en los casos en que se la practique en laboratorios que no se encuentren acreditados por el Ministerio Público, ni tengan los equipos adecuados, o que se viole de alguna manera la cadena de custodia.

Algo que vale la pena resaltar es el análisis que se hace sobre si en la práctica se hace respetar el principio del interés superior del niño; así como lo que ha significado el aporte del Código de la Niñez y la Adolescencia desde su expedición en el año 2003, incluyendo las últimas reformas hechas al mismo, las cuáles se consideran muy positivas, ya que lo que se pretende con ellas es reducir el tiempo de duración de los procesos de alimentos, que en la actualidad, puede demorar por muchos años y muchos niños, niñas y adolescentes son altamente perjudicados.

La recopilación de información se ha producido sobre las bases centrales de tres tipos de fuentes: revisión de textos especializada en el tema del proceso de alimentos; notas de campo tomadas durante el período 2009.

Además se contó con la colaboración de funcionarios judiciales de los diferentes Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, quienes permitieron el acceso a las audiencias en las que se evacúan las pruebas en este tipo de juicios, y así se obtuvo el material suficiente para llevar a cabo la investigación.

Como ha considerado que hoy en día, los Jueces de la Niñez y la Adolescencia tienen nuevas facultades como son la posibilidad de declarar la filiación, acto jurídico que antes solo correspondía al Juez Civil; ahora es el Juez de la Niñez y la Adolescencia quién puede fijar una pensión alimenticia provisional desde que encuentra indicios claros, precisos y concordantes sobre la paternidad o maternidad alegada.

Pero actualmente debido a las últimas reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, esta resolución provisional pasa a ser la definitiva, esto dado a que las necesidades del niño, niña o adolescente requieren protección judicial urgente.

En el Código de la Niñez y la Adolescencia antes de las reformas, contemplaba la posibilidad de que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, pero con las últimas reformas ha perdido esta facultad; además las reformas establecen reglas para el desarrollo de la audiencia que ahora es “única” en esta clase de procesos, y sobre cómo debe ser la incorporación de las pruebas al proceso, dentro de esta audiencia siempre y cuando hayan sido anunciadas previamente, lo cual determinará su validez como medio probatorio al momento de resolver.

La evolución de los medios probatorios en este proceso tienen importancia a la hora de la tomar una resolución o de dictar una sentencia por parte de los Jueces, de ahí la importancia de analizar los diferentes tipos de pruebas que se han practicado, a lo largo de los años y de las que están siendo utilizadas en la actualidad.

El propósito de abordar este particular es destacar el rol que la familia cumple dentro de la sociedad dado que en ella se dan las pautas de conductas de los individuos que conforman la misma, y la socialización en el cumplimiento de las reglas, las obligaciones y deberes que tienen los padres para con sus hijos ya sean estos niños, adolescentes o adultos hasta que cumplan la edad de veinte y uno años, si se encuentran cursando estudios superiores de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Y en cuanto a las personas de cualquier edad, que tengan alguna discapacidad física o mental, en tales casos para probar aquello, se requerirá un certificado del CONADIS, para en base de ello el Juez tener más elementos para fijar una pensión alimenticia mayor, ya que estos casos requieren de mayor atención, debido a los tratamientos, medicinas o cuidados que deben recibir.

De acuerdo a la ley, ellos son acreedores del derecho a percibir alimentos por parte de sus progenitores y del derecho de protección judicial de sus derechos por parte Estado.

Fue necesario evaluar los cambios que se implementaron con la expedición del Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual traza claras directrices de transición al proceso oral por audiencias, que proporciona maneras ágiles de resolver estos procesos en los cuales los beneficiarios son los niños y adolescentes.

Las preguntas de interés que se quisieron contestar eran varias: ¿La prueba en el procedimiento contencioso general cumple con los principios constitucionales?; ¿Es adecuada la normativa procesal para sustanciar la audiencia de prueba?; en la audiencia de prueba se cumplen los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva: inmediación, oralidad, dispositivo, e interés superior del niño?; y como se verá en las conclusiones las respuestas a estas interrogantes lamentablemente no fueron muy alentadoras, puesto que la mayoría de estos principios constitucionales no se cumplen a

cabalidad, sobre todo el de intermediación ya que los Jueces estaban presentes esporádicamente en las audiencias de prueba.

Esta investigación parte de una revisión histórica del ámbito de protección en el Código Civil, para ver cómo ha ido evolucionando en este proceso el derecho de alimentos y obligaciones entre los padres con respecto de sus hijos.

Se hace también referencia al Código de Menores de 1938 y al de 1992, el cual hasta hace algunos años atrás contenía la normativa más adecuada a la protección de los derechos de los beneficiarios de prestación de alimentos, pero el Código de la Niñez y la Adolescencia proporciona un mayor ámbito de protección de este derecho por lo que era indispensable analizar lo que este Código dispone, así como lo que se contempla en la nueva Constitución Política del Estado acerca de este proceso y sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes en general, como lo es el principio de interés superior del niño, el cuál como se ha explicado prevalece sobre los derechos de los demás.

Por lo tanto es uno de los más altos deberes del Estado el garantizar los derechos de los menores en todos los casos sin discriminación alguna, ya sea por razones de edad, condición económica o social, religión, género y más a aquellos que tengan alguna discapacidad.

También se busco encontrar la mayor cantidad de concordancias que tenga la nueva Constitución Política del Estado con el Código de la Niñez y la Adolescencia en lo que se refiere a los derechos y garantías de los beneficiarios de este derecho.

Es importante aclarar que aunque se hace una corta revisión histórica de la tutela judicial del derecho de alimentos prueba en el derecho romano, derecho europeo, el énfasis de esta investigación está en el análisis de los Códigos Civiles 1860-1970, su procedimiento y ámbito de protección así como del Código de Menores de 1938, el Código de Menores 1992, haciendo una comparación entre los mismos para destacar los avances evolutivos en los mismos.

Hasta llegar al Código de la Niñez y la Adolescencia el cual hasta ahora ha sido el más innovador en lo que se refiere a derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes en

la sustanciación de los procesos inherentes a la materia y a la transición clara que marca para que los procesos sean orales y así deje de ser el largo y tortuoso proceso que había en la antigüedad.

El análisis de las normas que regían el proceso de fijación de alimentos tanto en el Código Civil y la situación actual en el Código de la Niñez y la Adolescencia ayudaron a contextualizar de mejor manera el problema tratado.

La segunda parte recoge de forma organizada las clases de pruebas que se evacuan en la audiencia de evacuación de pruebas, hoy llamada “audiencia única”, los tipos de pruebas para la determinación de la filiación, pruebas documentales, testimoniales, periciales, materiales para determinar la cuantía de la obligación, las necesidades de los alimentarios y la situación económica del alimentante, y sobre todo para determinar la paternidad y maternidad se recopiló para el efecto abundante material bibliográfico relacionado con la prueba del ADN para determinar la invalidación, probabilidad y certezas, probabilidad de inclusión a posteriori, la capacidad económica del alimentante, la negativa injustificada y la presunción de la paternidad, las pruebas de oficio y las pruebas por indicios que antes era facultad del Juez el practicarlas, pero hoy en día con la expedición de las reformas ha perdido esa facultad.

Se determinó los medios probatorios que están siendo utilizados actualmente y cuáles de ellos son las más eficaces, se investigó en qué casos deben practicarse, sus costos, que en la prueba de ADN son elevados, y por lo tanto muchas veces por esta razón se hace inaccesible para personas de escasos recursos pero que no por esto podrán dejar de acceder a esta prueba fundamental, en estos casos el Juez dispondrá para el efecto que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita, y se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o consanguíneo, cuando haya sido probado por el estudio social que realice la Oficina Técnica de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia.

La negativa injustificada a someterse al examen de ADN conforme lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, tiene la consecuencia jurídica de que la paternidad sea declarada y que consecuentemente se origine el derecho a percibir alimentos por parte del alimentario acreedor a este derecho.

Lo que también se debe resaltar, es el hecho de que nadie puede ser obligado a someterse al examen de ADN, pero como se ha dicho, aquello es suficiente para presumir la paternidad o maternidad de la persona; otro caso en que no se practicará este examen es en el ser que está por nacer, ya que está expresamente prohibido por la ley.

En ese sentido, la experiencia del ADN permite en el ámbito de la filiación realizar un estudio de la identidad personal en su proyección genética y filiatoria. La cuestión está íntimamente ligada con la posibilidad de realizar pruebas biológicas, analizadas con los avances de la ciencia.

Este derecho a la prueba garantiza el derecho a la intimidad, a la no auto discriminación, integridad física; es un aporte valioso para Jueces y abogados que ayuda a la profundización de asuntos tan importantes como estos; de ahí el interés especial de profundizar en este tipo de prueba, que en adelante será contundente para afirmar o descartar la filiación.

En el tercer capítulo se analiza si la audiencia de evacuación de la prueba se cumple los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva. Se identifican las fases que se dan en la Audiencia oral así como se determina si la normativa procesal es la adecuada para el desarrollo de la audiencia de pruebas, se analiza el desenvolvimiento de las audiencias de pruebas y se determinan si las pruebas de oficio están en conflicto o no con los principios constitucionales del debido proceso.

Se prestó especial atención a la sustanciación de la audiencia de pruebas, se analizó el desarrollo de las mismas, sus diferentes etapas, se observó cómo se incorporan las pruebas dentro de la audiencia, la contradicción de los medios probatorios, la duración promedio de estas diligencias y en general los detalles de su sustanciación, además se determinó si en ellas se cumplen los principios constitucionales de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la inmediación, el derecho de defensa y se comprobó que es con la oralidad como será forma en que se sustanciaran en el futuro todos los procesos.

El primer acercamiento al tema se produjo como parte de este ejercicio académico 2008-2009, en el proceso de recopilación de datos de campo útiles para el capítulo práctico.

Parte de la investigación de audiencias relacionadas con la evacuación de la prueba, avanzó, gracias a la colaboración de los funcionarios judiciales de los distintos Juzgados de la Niñez y la Adolescencia quienes dieron facilidades para acceder a un suficiente número de audiencias de evacuación de pruebas, esto garantizo el éxito de la investigación.

La metodología de la investigación que se utilizo, se baso en la observación y, los datos de campo fueron registrados en un diario de campo. Para el estudio del proceso contencioso general de alimentos en el Ecuador, se establece un ensamble entre la doctrina y teoría jurídica y la realidad de las audiencias.

Se acudió a los diferentes Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, en donde se sustancian procesos por alimentos, para determinar si se cumplen los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva, en muchos de los casos no, también se acudió al laboratorio de Genética la Cruz Roja Ecuatoriana, así como también al laboratorio de Genética Molecular del Hospital Metropolitano, para solicitar información sobre las pruebas de ADN que allí se practican.

Esto fue algo muy valioso, para el éxito de la investigación ya que se pudo hacer un recorrido por las instalaciones de estos laboratorios con la guía de los peritos especializados en el procedimiento quienes de buena voluntad, explicaron la forma en que analizan las muestras desde que son tomadas del presunto padre, madre e hijo(a) hasta que son enviados los resultados al Juzgado que los hubiere solicitado, todo esto con tecnología de punta, y siempre vigilando que no se rompa la cadena de custodia, y de esa forma no se alteren los resultados obtenidos, de ahí lo que más vale la pena resaltar es el profesionalismo con el que trabajan y a la calidad de los equipos que utilizan para analizar las muestras de fluidos.

Se debe señalar que en la Cruz Roja Ecuatoriana, mantienen una adecuada cadena de custodia de las muestras tomadas, por lo que se puede confiar en que los resultados que se obtienen no son adulterados; así como también el hecho de que nunca se podría garantizar que el resultado del examen confirme o descarte la filiación ya que como se explica en el segundo capítulo este resultado puede tener como máximo un 99.99% de probabilidad aunque como se establece en las últimas reformas esto será más que suficiente para

determinar si existe relación de filiación o no, y la posibilidad de impugnar los resultados con la intención de dilatar el proceso ya no existirá.

El análisis de las audiencias permitió conocer con detalle el cumplimiento o incumplimiento de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva: inmediación, oralidad, dispositivo, e interés superior del niño.

En ese sentido, la observación permitió evaluar los principios para contrastarlos con la teoría existente.

Para acceder a las audiencias se presentaron algunos inconvenientes que luego fueron superados, debido a la oportuna colaboración del personal que allí labora, se asistió a un suficiente número de ellas

A pesar del difícil acceso a la información (audiencias) en los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia se consiguió una participación como observador de varias de ellas, por lo cual se pudo recopilar suficientes datos para sustentar el trabajo, evaluar el cumplimiento de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y así establecer si el procedimiento establecido para sustentar estas audiencias de evacuación de las pruebas es el adecuado.

Cabe mencionar que al igual que otros tantos temas de derecho el tema de la prueba de filiación merece especial atención. Su importancia radica en observar el gran avance en lo que se refiere a garantías y tutelaje de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, contemplado en el Código de la Niñez y la Adolescencia en relación al Código de Menores ya que al menos en lo que tiene que ver con el derecho a alimentos.

Se realizó una revisión de publicaciones especializadas de bibliotecas, textos propios sobre identificación filiatoria y pruebas biológicas, así como de las pruebas en general. La revisión documental fue una fuente importante de información para este trabajo debido a que aportó con detalles cronológicos del código civil así como de la ley anterior que es el Código de Menores y (reformas, artículos, etc.).

Teniendo siempre presente que estas técnicas se basan en el análisis de documentos, libros, revistas, en nuestras leyes y la Constitución Política de la República leyéndolos, analizándolos y haciendo un resumen de los mismos para extraer lo aplicable para la investigación.

Cabe mencionar que durante la investigación se expidió en la Asamblea Nacional la Ley Reformatoria al Título V Sección II del Código de la Niñez y la Adolescencia lo cual influía directamente en la investigación, razón por la cual obviamente se la tuvo que tomar en cuenta, más aún estando muy de acuerdo con lo que en ella se dispone ya que en ella se establece que el trámite para los juicios de alimentos sean más reducidos y por ende la prueba que se aporte en estos procesos deberá practicarse en una sola audiencia.

Aunque claro que esto no siempre podrá ser así ya que en muchos de los casos el demandado negara la relación de filiación, por lo que el Juez tendrá que suspender la audiencia por un término de 20 días hasta que se practique el examen de ADN, lo cual tiende a dilatar de todas formas al proceso.

Según el procedimiento anterior a las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, era en la audiencia de prueba el momento procesal en el que las partes presentaban los medios probatorios de los se creían asistidos, y tenían la facultad de contradecir e impugnar las pruebas que eran presentadas por la otra parte, podían hacer sus alegatos y al final de la diligencia se disponía que pasaran los autos para resolver; y según el artículo 277 del Código de la Niñez y la Adolescencia, el Juez o Jueza debía dar su resolución en el término de 5 días, pero esto en la práctica esto era muy difícil que se cumpliera, dada la gran cantidad de procesos que se encuentran pendientes de resolver; pero ahora con las reformas se establece que será en la audiencia única el momento en el que el Juez o Jueza dicte su resolución definitiva que fije la pensión de alimentos, los subsidios, beneficios y la forma de pagarlos.

Todo esto si bien es cierto, tiende a agilizar este tipo de procesos, puede desencadenar en que los Jueces o Juezas dicten resoluciones y sentencias sin la motivación suficiente, ya que será casi imposible que pueda apreciar todas las pruebas que las partes aporten en una sola audiencia, por lo que habrá que diferirla en muchos casos, ya que si no, sin duda alguna habrán muchísimas apelaciones y con justa razón del auto resolutorio que dicte el

Juez, por el hecho de que no tendrá el suficiente tiempo para apreciar las pruebas y mucho menos en su conjunto, además el Juez no debe admitir todas las pruebas que las partes presenten, ya que en muchos de los casos habrá pruebas que resultarán innecesarias, en otros casos serán inoportunas e inclusive habrá casos en que las pruebas estén prohibidas por la ley.

Se considero que no existen suficientes Juzgados de la Niñez y la Adolescencia a nivel nacional y que es urgente que se creen más, al corto y mediano plazo, para poder satisfacer en alguna medida las necesidades de los usuarios, que día a día son más, por sobre todo para precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son los beneficiarios y que requieren urgentemente de una pensión alimenticia, que les permita mantener un nivel adecuado de vida y satisfacer sus necesidades más básicas.

Si bien es cierto se han creado recientemente 7 nuevos Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, pero aún no son suficientes para poder satisfacer a los usuarios que cada día son más, y que es lamentable ver como madres de familia ruegan por una pensión digna para sus hijos durante muchos años, eso debería terminarse sobre todo por la mala atención que se les da en los Juzgados, tanto a ellas, como a los abogados que las patrocinan en sus causas, y todo en definitiva no puede seguirse dando.

En el cuarto capítulo se recogen las conclusiones finales a las que se ha llegado, en la presente investigación, así como las recomendaciones que se han considerado pertinentes. Finalmente consta una bibliografía citada y el listado de otras fuentes de información que fueron empleadas.

Todo esto si bien es cierto, tiende a agilizar este tipo de procesos, puede desencadenar en que los Jueces o Juezas dicten resoluciones y sentencias sin la motivación suficiente, ya que será casi imposible que pueda apreciar todas las pruebas que las partes aporten en una sola audiencia, por lo que habrá que diferirla en muchos casos, ya que si no, sin duda alguna habrán muchísimas apelaciones y con justa razón del auto resolutorio que dicte el Juez, por el hecho de que no tendrá el suficiente tiempo para apreciar las pruebas y mucho menos en su conjunto, además el Juez no debe admitir todas las pruebas que las partes presenten, ya que en muchos de los casos habrá pruebas que resultarán innecesarias, en

otros casos serán inoportunas e inclusive habrá casos en que las pruebas estén prohibidas por la ley.

Se considero que no existen suficientes Juzgados de la Niñez y la Adolescencia a nivel nacional y que es urgente que se creen más, al corto y mediano plazo, para poder satisfacer en alguna medida las necesidades de los usuarios, que día a día son más, por sobre todo para precautelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son los beneficiarios y que requieren urgentemente de una pensión alimenticia, que les permita mantener un nivel adecuado de vida y satisfacer sus necesidades más básicas.

Si bien es cierto se han creado recientemente 7 nuevos Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, pero aún no son suficientes para poder satisfacer a los usuarios que cada día son más, y que es lamentable ver como madres de familia ruegan por una pensión digna para sus hijos durante muchos años, eso debería terminarse sobre todo por la mala atención que se les da en los Juzgados, tanto a ellas, como a los abogados que las patrocinan en sus causas, y todo en definitiva no puede seguirse dando.

En el cuarto capítulo se recogen las conclusiones finales a las que se ha llegado, en la presente investigación, así como las recomendaciones que se han considerado pertinentes. Finalmente consta una bibliografía citada y el listado de otras fuentes de información que fueron empleadas.

INTRODUCCION

El presente trabajo es una investigación sobre los medios probatorios en el Proceso Contencioso General de alimentos en el Ecuador, concentrándose en la evacuación de las pruebas dentro de las audiencias, para determinar si en ellas se cumplen o no los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva.

Entre los principios constitucionales tenemos el proceso sin dilaciones, la inmediación, la contradicción, la oralidad y se evalúa si se aplica la preclusión de las fases en las audiencias. Para este propósito se analizaron las normas que rigen el proceso de fijación de alimentos en el Código Civil, en el Código de Menores y la situación actual en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Cabe recalcar que hoy en día, los Jueces de la Niñez y la Adolescencia tienen nuevas facultades como es la posibilidad de declarar la filiación, acto jurídico que antes solo correspondía al Juez de lo Civil; el Juez de la Niñez y la Adolescencia puede fijar una pensión alimenticia provisional desde que encuentra indicios claros, precisos y concordantes sobre la paternidad o maternidad alegada tal como lo dispone el artículo 131 del Código de la Niñez y Adolescencia. Todo esto considerando que las necesidades del niño o adolescente requieren protección judicial urgente. La ley también contemplaba la posibilidad de que el Juez pueda ordenar pruebas de oficio, y actualmente con las últimas reformas que se dieron al Código de la Niñez y la Adolescencia este ya no tiene esa facultad y establece reglas para el desarrollo de la audiencia y la evacuación de las pruebas.

Se parte de una revisión histórica del ámbito de protección en el Código Civil para ver cómo ha evolucionado en este proceso el derecho a alimentos y obligaciones entre los padres con respecto de sus hijos. Se hace referencia al Código de Menores de 1992 el cual contenía la normativa más adecuada en la protección de los derechos de los beneficiarios de prestación de alimentos. El Código de la Niñez y la Adolescencia proporcionan un

mayor ámbito de tutela de este derecho por lo que es indispensable analizarlo, así como, lo que se dispone en la nueva Constitución Política del 2008, acerca de este proceso, son encontrar las concordancias que ella tengan en lo que se refiere a los derechos y garantías de los beneficiarios de este derecho a los alimentos.

La metodología de la investigación que se utilizó, se basó en la observación de audiencias en donde se evacúan las pruebas y, los datos fueron registrados en un diario de campo. Para el estudio del Proceso Contencioso General de alimentos en el Ecuador, se establece un ensamble entre la doctrina, la teoría jurídica y lo que pasa día a día en las audiencias que se realizan en la práctica.

Se acudió a los diferentes Juzgados de la Niñez y la Adolescencia en los cuales se sustancian procesos por alimentos, para determinar si se cumplen los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva, verificando que en muchos de los casos no se cumplen. También se acudió a la Cruz Roja y al laboratorio de Genética Molecular del Hospital Metropolitano para solicitar información sobre las pruebas de ADN para determinar la paternidad o no de los niños, o niñas solicitados por la parte interesada.

La investigación de la presente tesina consta de cuatro capítulos. El primer capítulo hace un análisis del derecho de alimentos como uno de los derechos fundamentales de los menores y su evolución histórica. El segundo capítulo trata sobre las clases de pruebas que hay en el proceso de alimentos. En el tercer capítulo se trata la sustentación de la audiencia de evacuación de las pruebas. Finalmente, el capítulo cuarto de la investigación realizada recoge las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1 EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL ECUADOR

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A pesar de que la tutela judicial del derecho de alimentos comienza desde el mismo derecho romano, en el cuál la prestación de los alimentos regía por el principio IUS COMMUNE, que significaba que para ser acreedor a dicha prestación solo podía darse luego de la intervención judicial, y siendo exigibles inmediatamente, basados en la relación parento-filial que tenían entre si los miembros que componían la familia.

Es necesario aclarar que no obstante que los alimentos eran considerados como urgentes en esta etapa de la historia, los mismos debían ser exigidos por medio de la autoridad competente, respetando para ello los procedimientos establecidos.

Además, de los alimentos para los hijos, en la sociedad romana ya se conocía la prestación de alimentos entre parientes, aunque igualmente era muy limitada, pero lo que le caracterizaba a la familia romana era el sometimiento de todos sus miembros a la potestad del *pater familias*, lo cual le daba un poderío casi absoluto y de sometimiento hacia él por parte de los miembros de su familia.

Del procedimiento que existía en Roma para tutelar el derecho de alimentos se sabe muy poco, ya que no es mucho lo que las referencias de la doctrina romanista dedicaban a la institución de alimentos y en cuanto a la tutela, relativa a los medios probatorios que se utilizaban en los procesos judiciales mucho menos.

Con la instauración del proceso, que nace como consecuencia de la concentración de poderes que se sitúa en la órbita del Derecho Público; ahora es el Príncipe, investido de *imperium*,¹ quien conocía sin necesidad de que las partes decidan someterse voluntariamente y mediante la *litis contestation* a la decisión de un tercero, que es el Juez porque las partes lo han decidido. Un ejemplo en lo referente a un juicio de alimentos, que el sometimiento a la decisión del Juez era real y no fruto de la *litiscontestatio*,² consta en el Digesto, donde se establecía que si alguno se negare a dar alimentos, se señalaban los alimentos con arreglo a sus facultades; pero si no se prestasen, se le obligará a dar cumplimiento a la sentencia tomándole prendas y vendiéndolas, pudiéndose considerar a esto como el primer tipo de apremio personal que existió en materia de alimentos.

Este procedimiento tenía carácter sumario, respondía principalmente, al propósito de lograr una mayor rapidez en la resolución de las controversias y, para ello, se reducían los medios de prueba, se prescindía de algunos trámites o se acortaban los plazos. Entre estos procedimientos se incluye la acción para pedir alimentos.

En diversos lugares del Digesto se han encontrado algunas previsiones referidas expresamente a la tutela jurisdiccional de la obligación alimenticia, en síntesis, se preveía que los Jueces puedan pronunciarse sobre el derecho a percibir los alimentos con independencia de que el parentesco haya quedado plenamente acreditado o no. Es más, en caso de que se discuta el estado civil, la condición de hijo o padre, el Juez debía pronunciarse sobre este punto de manera sumaria, sobre la base de indicios o apariencias.

No era necesaria la prueba plena del parentesco, aun en el caso de que fuera negado por el alimentante, porque el juicio de alimentos no prejuzgaba la verdad de la filiación, que podría debatirse después en un juicio posterior, como se señala en el Digesto, y aunque los Jueces hubieran sentenciado que se tiene derecho a los

¹ Imperium: El **Imperium** es un término latino (*imperium*) que se traduce como «dominio» y cuyo significado moderno es poder público. Véase Cabanella Torres, Guillermo (2005) Diccionario Jurídico Elemental, décima séptima edición. Buenos Aires Argentina

² Litiscontestatio: En el Derecho romano el término *litis contestatio* varía según el tipo de procedimiento en que tiene lugar. En el procedimiento de las acciones de la ley, la *litis contestatio* es el momento de la fase *in iure* en que son llamados los testigos del juicio para que recuerden lo que en dicha fase ha ocurrido yyy lo repitan ante el Juez. Véase Cabanellas Torres, Guillermo (2005) Diccionario Jurídico Elemental, décima séptima edición. Buenos Aires Argentina.

alimentos, la sentencia no era de que sea hijo, sino de que debía recibir alimentos; solo en esto consistía la resolución, lo que equivaldría a la fijación provisional de alimentos que tenemos en la actualidad, desde que era presentada la demanda eran exigibles los alimentos y con esta sentencia de carácter provisoria no existía ningún obstáculo para en un proceso posterior se discuta la implícita atribución de paternidad, por lo cual se habría fundado la decisión de que se otorguen los alimentos.

En los procesos sumarios, como el de alimentos, se partía de la existencia de un hecho que no admitía discusión, el parentesco, aun a pesar de que la certeza positiva o negativa de ese hecho condicione el otorgamiento de la tutela solicitada. Es decir, acreditada indiciariamente la relación de parentesco, podrían concederse los alimentos sin perjuicio de que en otro proceso sea después denegado por haber acreditado el alimentante que no es pariente del alimentista. El juicio de alimentos se configuraba así, porque la materia objeto de tutela requería una rápida satisfacción y se consideraba en definitiva, que la urgencia en otorgar la tutela es el artífice que busca soluciones a la larga duración que podía tener el juicio, por cuanto la necesidad es prioritaria.

La doctrina y los historiadores en general coinciden en afirmar que el derecho de alimentos desde la época romana hasta casi inicios del siglo XVIII no tuvo una evolución significativa, se la seguía regulando de conformidad con las normas establecidas inicialmente.

La Ley 7 en España, dentro del título 19 de la Partida Cuarta formulaba de nuevo la previsión del Digesto de conocer sumariamente sobre el parentesco, sentando la base de lo que fue el juicio sumario de alimentos provisionales. Esta ley señalaba: “Que si alguno reclamase alimentos contra su padre y éste negara que es hijo suyo, el Juez conocerá de esta cuestión brevemente, y si de algún indicio o señal dedujera que es su hijo, mandará al padre que lo críe y mantenga, sin perjuicio de que, una vez queden cubiertas las necesidades del alimentista, se promueva otro juicio distinto en el que se ventile la cuestión de si es o no hijo de aquel a quien reclamó los alimentos”. De alguna manera se estaba reconociendo un carácter provisional a la tutela otorgada al alimentista, pues, por razón de la urgencia, se prefería que se le

otorguen los alimentos aun sin un grado de certeza razonable de que los solicitara fundadamente, a que quede desamparado durante el largo tiempo que podría transcurrir de sustanciarse todo un proceso tendiente a establecer la filiación no reconocida por el alimentante. Ahora bien, quedaba abierta la puerta a que en un juicio posterior se discuta acerca de la paternidad controvertida, ya que este punto no tuvo acceso al proceso de alimentos.

De lo expuesto se infiere que tanto en el Derecho romano, en el derecho medieval como nuestro Derecho actual, concibieron la tutela de los alimentos y de otros procesos que se han llamado sumarios, luego de los cuales se permitía otro proceso posterior, de ahí la provisionalidad de la tutela, pero con un objeto diferente del que tuvo el primero. Al parecer, los procesos sumarios no permitían otro plenario posterior sobre la misma cuestión, sino otro proceso posterior sobre el único presupuesto de que la concesión de alimentos no se ha podido debatir plenamente: el parentesco y el fundamento de la aportación inicial del título en que se fundan los alimentos.

Los procesos sumarios suponen, en primer lugar, menos formalidades por la urgencia de la tutela, y en segundo lugar, una tutela definitiva pero condicionada a la discusión en otro proceso posterior de la relación jurídica base del primer proceso; que es, justamente, la que no ha tenido cabida en el proceso sumario.

La reclamación de alimentos con carácter provisional estaba incluida dentro de los actos de *jurisdicción voluntaria*. Si mediante un expediente de jurisdicción de esta clase no se lograra la satisfacción de los alimentos, podía acudir a la jurisdicción contenciosa. Tanto, alimentante como los representantes del alimentario, cuando no estaban satisfechos con la resolución obtenida provisionalmente de pasar alimentos; por ejemplo, por estimarlos insuficientes el alimentista o excesivos el alimentante. Sin embargo, no se establecía en la jurisdicción contenciosa ninguna especialidad que sea de aplicación es decir, que todas las normas específicas sobre el cauce procesal para la reclamación de alimentos, eran de jurisdicción voluntaria. En definitiva, los alimentos conocidos como provisionales son los que se otorgaban a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, mientras que los llamados definitivos eran propios de la jurisdicción contenciosa.

1.2 EL PROCESO DE ALIMENTOS EN EL ECUADOR

En el Ecuador el derecho de alimentos encuentra su asidero legal en la vida republicana con la expedición del Código Civil de 1860, dentro del cual se hacían claras distinciones entre las personas que tenían derecho a recibir alimentos, esto, por cuanto el mismo Código hacía diferencias entre los hijos, los derechos de las mujeres, y la obligación que había para prestar la pensión alimenticia.

Previamente a la expedición del Código de Menores de 1938, no existió un tratamiento normativo específico en relación a los temas de la Niñez y Adolescencia. Se debe tener en consideración que este primer Código de Menores fue expedido durante la dictadura del Gral. Alberto Enríquez Gallo, de su redacción se encargó una Comisión especial la cual tomó interés primordial en la época por la delincuencia juvenil.

Previo al Código de Menores de 1938, existían varias leyes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que eran de aplicación supletoria para la protección de los derechos de los menores, tal es el caso de la Ley de Trabajo de Mujeres, Ley de Menores y Ley de Protección a la Maternidad.

Igualmente hay principios respecto de los alimentos que hasta la presente fecha se siguen manteniendo, como son la intransferibilidad de los mismos, la irrenunciabilidad del derecho –es un derecho de primer nivel, privilegiado sobre los demás, nadie puede renunciar a él, ni aún el posible beneficiario- busca evitar coacción alguna que obligue al menor o a su representante a renunciar a su derecho a una vida digna, la irrepitibilidad de lo pagado –este principio tiene sus excepciones, por cuanto si se prueba que la demanda fue maliciosa y temeraria, que la madre sabía probadamente que el demandado no era el padre, si había opción judicial contra la madre, igualmente, en caso de ser los tíos, abuelos o hermanos los que deban pagar solidariamente, éstos, si tenían derecho de repetición contra el padre o la madre-, el hecho de que son respecto de una persona específica, que solo se crea una obligación cuando hay necesidad del beneficiario y cuando el que está obligado por ley a prestarlos está en condiciones para hacerlo. A continuación se hace una descripción

cronológica sobre el derecho de alimentos encontrados a lo largo de nuestra evolución jurídica.

1.3 PROCEDIMIENTO Y AMBITO DE PROTECCION CONTEMPLADO EN EL CODIGO CIVIL

Dentro del derecho ecuatoriano, el derecho de alimentos adquiere protección y figura jurídica como tal, desde la expedición del Código Civil de 1860 (hasta entonces los tribunales de justicia resolvían con arreglo a las leyes de la Corona Española), mediante el cual se dispuso que, el derecho de alimentos es el deber que existe entre los familiares de exigir o prestar alimentos de conformidad con lo que establece la ley. Dentro de su articulado, en relación a los derechos de los menores, se destaca lo siguiente:

1.3.1 De las Clases de Hijos

1.3.1.1 De los Hijos Legítimos

Al respecto el Código Civil, establecía una diferencia entre los hijos, por una parte manifestaba que; se conocerá como legítimo al nacido dentro del matrimonio, tanto civil como putativo, mientras éste último produzca efectos civiles; esta filiación tenía alcance hasta los nacidos después de los ciento ochenta días contemplados en la ley, en tanto en cuanto el padre lo reconozca como tal. Así mismo, eran reconocidos como legítimos los que nacidos antes del matrimonio fueren legitimados por el posterior matrimonio de sus padres, siendo para este caso necesario únicamente el matrimonio putativo; en caso de querer ser negado el reconocimiento por parte del padre se le concedía ciento ochenta días desde el día del matrimonio para tal efecto.

1.3.1.2 De los Hijos Naturales

Eran conocidos como hijos naturales aquellos nacidos fuera del matrimonio, cuando habían sido reconocidos por sus padres, o por uno de

ellos. La característica principal de este tipo de reconocimiento era que nacía de la voluntad del padre o madre que lo efectuaba, para su instrumentación era necesario hacerlo ante un Juez y dos testigos, o por testamento. Este tipo de reconocimiento, debía ser aceptado o repudiado en los mismos términos que el de los hijos legítimos.

El matrimonio, tanto para los hijos naturales, como para los concebidos con anterioridad al mismo, tenía respecto de los mismos un reconocimiento *ipso iure* de su legitimación, con las salvedades legales; no así, en caso de que la legitimación no se produjera ipso iure, la misma debía ser notificada a la persona que se trataba de legitimar, o a su tutor o curador en su respectivo caso. Dichos beneficiarios tenían noventa días para mediante instrumento público, aceptar o rechazar la referida legitimación, el silencio era equivalente a aceptación, salvo prueba de imposibilidad de contestar.

1.3.1.3 De los Hijos Ilegítimos

Por deducción, debe entenderse como hijos ilegítimos aquellos nacidos fuera del matrimonio. Como tal éstos no podrán pedir reconocimiento de ningún tipo, más si podían exigir alimentos de quienes afirmen son sus padres.

1.3.1.4 De los Derechos y Obligaciones de los Padres con los Hijos Legítimos, Naturales e Ilegítimos

Los hijos legítimos debían respeto y obediencia a sus padres pero con especial sujeción al padre. El padre podía elegir a su arbitrio el estado o profesión a seguir por su hijo del modo que lo creyera más conveniente. En cuanto a la obligación de mantenerlos era por igual para los padres, mientras estuvieren casados, en caso de divorcio había una diferenciación, varones menores de cinco años siempre eran cuidados por la madre; mientras que; varones mayores de cinco años debían ser cuidados por el padre, en cuanto a las mujeres no había esta

diferenciación, siempre estarían al cuidado de la madre en caso de divorcio, salvo excepciones legales. Debe acotarse el derecho a visitar a los hijos, tanto del padre como de la madre en caso de que sea el otro quien en su poder los tenga.

En cuanto a los derechos de los hijos naturales, eran limitados a los que expresamente les reconocía la ley, debían respeto y cuidado al igual que los hijos legítimos, de su cuidado, educación y crianza era responsable el padre que los hubiere reconocido. Por su parte, los hijos ilegítimos tenían derecho de exigir alimentos de quienes creían eran sus padres. Todo tipo de sustanciación y resolución de procesos que en torno a menores se tramitara ante la justicia se lo hacía de forma breve y sumaria por la urgencia de cubrir sus necesidades.

1.3.1.5 De los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas Personas o Alimentos Congruos

En cuanto al tema que se está tratando, se contemplaba que se debían alimentos al cónyuge, a los descendientes legítimos, a los ascendientes legítimos, a los hijos naturales y a su posteridad legítima, a los padres naturales, a los hijos ilegítimos y madre ilegítima de conformidad con la ley, a los hermanos legítimos, entre los más importantes. Característica perpetua de estos derechos ha sido el hecho de que son personales e intransferibles. Era eximente para dar alimentos una injuria atroz cometida contra quien legalmente estaba obligado a prestarlos.

Dentro de los hijos a los cuales se debía alimentos se hacía una diferenciación en este código, a los hijos legítimos se debía tanto alimentos congruos como alimentos necesarios; mientras que, a los hijos naturales e ilegítimos solo se les debía los necesarios. Para ser exigidos estos alimentos se debían reunir dos presupuestos: El primero era que quien los pidiera era porque los necesita, y el segundo era que quien los debía estuviese en capacidad para darlos; era el Juez quien definía la cuantía que debía pagarse por alimentos. Durante el tiempo que se

discutía la obligación de prestar alimentos, el Juez podía ordenar que se den provisoriamente, desde que en la secuela del juicio se le haya ofrecido fundamento razonable, dejando a salvo el derecho de la restitución. Se debían siempre desde la primera mesada y su pago se debía efectuar en forma anticipada.

1.4 DATOS CURIOSOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1860

Durante la vigencia de este código se permitía al marido imponer una –guarda-especie de vigilancia sobre la mujer, tanto durante el embarazo como durante el parto, y en caso de negarse la mujer a someterse a la misma, el marido no tenía obligación de reconocer al hijo, salvo prueba que así lo determinara. La lógica implica que se lo hacía para tener la certeza de que el hijo nacido fuera de quien se creía padre. Igualmente está el hecho de que mientras estaba vivo el marido, nadie aparte de sí mismo podía reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, concediéndole para el efecto sesenta días desde el conocimiento del parto³.

1.4.1 Código Civil de 1960

El Código Civil de 1960⁴ en comparación con el Código Civil de 1860 tratándose del tema de los hijos, mantuvo ciertos parámetros ya establecidos, de igual forma incorporó ciertos cambios, entre los cuales vale la pena resaltar:

1.4.1.1 Respecto de los Hijos Legitimados por Matrimonio Posterior a la Concepción

Mientras que el Código Civil de 1860 establecía que el matrimonio como tal solo legitimaba a los hijos naturales y a los nacidos con anterioridad al matrimonio, el de 1960, extiende esta característica del matrimonio hasta los hijos ilegítimos comunes. En cuanto a esta legitimación, elimina la

³ Codificación del Código Civil de 1860: Fue expedido el 21 de Noviembre de 1857 (Archivo de la Biblioteca de la Asamblea Nacional).

⁴ Codificación del Código Civil de 1960: Suplemento del Registro Oficial No. 1202 del 20 de Agosto de 1960.

causal cuarta, respecto de las causas que servían para impugnarla, la causal decía: “4. Que no se ha otorgado la legitimación en tiempo hábil, según el art. 201, inciso 3”.

1.4.1.2 Creación de un Título Relativo al Reconocimiento Voluntario de los Hijos Ilegítimos

Establece que el reconocimiento es libre y voluntario, y una vez efectuado, crea respecto de quienes lo hicieron todos los derechos establecidos en la ley. Este reconocimiento se lo debía hacer por escritura pública, o ante un Juez y tres testigos, así como por acto testamentario, o en el acta matrimonial de ambos padres. Cuando solo uno de los padres realizaba este último reconocimiento no podía expresar la persona en quien, o de quién hubo el hijo ilegítimo. Para este tipo de reconocimiento también existía la necesidad de aceptarlo o repudiarlo respecto de la persona a la que se le confería. Ya en este cuerpo legal se dejaba sentada la igualdad de derechos entre los hijos ilegítimos y los naturales.

1.4.1.3 Respecto de la Declaración Judicial de la Paternidad y Maternidad Legítimas

Reunía dentro de un mismo título lo relativo a la paternidad y maternidad exigida judicialmente de parte de los hijos ilegítimos. Tanto para una como para otra acción el tiempo para interponerla era mientras durara la minoría de edad. En cambio, la acción para investigar la paternidad o maternidad, se extinguía únicamente por la muerte de los supuestos padre o madre, aunque el juicio hubiere iniciado, no importando el estado en el que se encontrase.

1.4.1.4 Respecto a las Obligaciones entre los Padres y los Hijos Ilegítimos

Respecto de las obligaciones, las equiparaba con las propias de los hijos legítimos, en toda su extensión; igualmente respecto de las obligaciones de cuidado de los padres las asemejaba a la de los padres legítimos.

1.4.1.5 Respecto de los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas Personas

Eliminó del texto los numerales 4 y 5 que decían: “4. A los hijos naturales y a su posteridad legítima; 5. A los padres naturales”. Lo aquí dicho es consecuencia lógica de la eliminación de la definición de hijos naturales que presenta el código de 1960.

1.5 CÓDIGO CIVIL DE 1970

En comparación con el Código Civil de 1960, éste, tratando de los hijos, mantuvo ciertos parámetros, incorporando cambios bastante progresistas, acorde al tiempo y a la evolución mundial del derecho, entre los cuales vale la pena resaltar:⁵

El hecho que dentro de este Código se elimina la distinción entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, es a partir del presente cuerpo legal que todos los hijos se convierten en legítimos y son sujetos de todos los derechos por igual. De igual modo, dentro del código se incorpora luego de la palabra padre la expresión “o la madre”, lo manifestado es por la equivalencia de derechos que en la fecha de promulgación del código se había puesto en apogeo. Este Código elimina muchos de los títulos que hacían relación con los hijos, en cuanto a los legítimos, los ilegítimos y los naturales, en cuanto a los derechos y obligaciones que tenían los unos respecto de los padres que los hubieren reconocido, aunque se mantienen, son modificados los tipos de reconocimiento.

⁵ Codificación del Código Civil de 1970: Suplemento del Registro Oficial No. 104 del 20 de Noviembre de 1970.

1.5.1 Respetto de los Hijos Concebidos dentro del Matrimonio

Deroga las reglas especiales para el caso de divorcio contenido del artículo 250 al 254, es decir, elimina lo relativo a las guardas que podía imponer el ex – cónyuge o el marido para conocer respecto de la certeza del hijo nacido y de su respectiva filiación. Respecto de las reglas del hijo póstumo, el Código Civil de 1970 eliminó el último inciso del artículo 257 que trataba sobre los derechos que se concedían al marido en caso de la mujer recién divorciada.

1.5.1.1 Del Reconocimiento Voluntario de los Hijos

Para establecer como causales para impugnar el reconocimiento de los hijos, cuando era efectuado por matrimonio posterior, el Código Civil de 1970 establecía una modificación respecto del último numeral del artículo 257 en el sentido de que, se podía efectuar la impugnación cuando no se hubiere hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley.

En cuanto al tiempo para que prescriba la acción para investigar la paternidad o maternidad se mantiene en diez años; de igual forma, sostenía el hecho de que muerto el padre o la madre se extinguían la acción para investigar la paternidad o maternidad, pero solo en tanto en cuanto no se hubiere trabado la litis. Este es un importantísimo avance en cuanto al reconocimiento de derechos a los menores, por cuanto, la calidad de hijo nunca debió depender de la supervivencia o no del progenitor, siempre debió ser independiente por cuanto los derechos que crea dicha relación sobreviven incluso a la muerte.

1.5.1.2 Respetto de los Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos

Establecía que los hijos deben respeto y obediencia al padre y a la madre por igual, así mismo, para los hijos concebidos fuera del matrimonio que hayan sido reconocidos voluntariamente.

1.5.1.3 De las Pruebas del Estado Civil

En cuanto al estado civil de padre e hijo, se lo probaba con las respectivas actas del Registro Civil. En caso de falta de estos documentos, podían ser suplidos con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil que se tratara o con la posesión notoria de los mismos. Con todo, en caso de que un hijo demandare herencia o alimentos, no se le admitía la demanda si no presentaba prueba de su estado civil según el Código de Procedimiento Civil. La posesión notoria del estado de hijo consistía en que sus padres lo hubieren tratado como tal, proveyendo su educación, establecimiento, alimentación y presentándolo como suyo a deudos y amigos. Pero para que esta posesión notoria surta efecto como prueba en juicio debía haber durado mínimo diez años.

1.5.1.4 De la Declaración Judicial de Paternidad o Maternidad

Para el caso del establecimiento de derechos como hijo, se mantuvo el hecho de que el hijo nacido después de expirados los cientos ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputaba concebido en él y se tenía como padre al marido.

Todo aquel hijo que no hubiera sido reconocido voluntariamente podía pedir que se lo declare judicialmente hijo de tal padre o madre. Pero para tal efecto sólo se podía dar en ciertas circunstancias. Así, para el caso se podía notificar al supuesto padre a petición del hijo, para que declarara con juramento ante el Juez, si creía ser tal padre, lo confesaba expresamente. Más el articulado legal vigente a aquella época nada decía respecto de alguna prueba que fuera permitida para probar la paternidad, no obstante se admitía testimonios fehacientes que establecieran el hecho del parto y la identidad del hijo. En cuanto a los hijos póstumos, para gozar de la paternidad, la madre debía denunciar a los que serían llamados a suceder al difunto dentro de los 30 días subsiguientes al día en el que tuvo conocimiento de la muerte del marido.

1.5.1.5 De los Alimentos que se deben por Ley a Ciertas a Personas

Este Código de 1970, de acuerdo a las modificaciones surgidas en cuanto a la calidad de los hijos y la unificación de tipos, así como el reconocimiento de mayores derechos para la mujer establece que, se deben alimentos por ley a: a) Al cónyuge, b) A los hijos, c) A los descendientes, d) a los padres, e) a los ascendientes, f) a los hermanos y g) al que hizo una donación cuantiosa, en cuanto no hubiere sido rescindida o revocada.

En cuanto al procedimiento para determinar los montos a pagarse y hasta cuando se debían, se seguían rigiendo por las leyes hasta la fecha vigentes. Los alimentos, ya congruos o necesarios incumbían la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

De igual forma, el estado civil de hijo, se probaba con las respectivas copias tomadas del Registro Civil. En caso de faltar este documento se lo podía sustituir con otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que conozcan los hechos o por la posesión notoria del estado civil. En este mismo sentido, sólo aquel hijo que probare su estado civil, acorde a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil era aquel que podía reclamar alimentos.

Se puede decir, que el procedimiento no se encontraba completamente establecido dentro de los textos reformados del Código Civil, por cuanto solo describen el derecho de alimentos, por lo cual, el procedimiento de manera general debió ser iniciado con la respectiva demanda fundamentada en dicho Código Civil, dentro del tiempo que una u otra causal tenía para reclamarse, además este cuerpo legal señalaba que una vez presentada la demanda debía correrse el traslado respectivo al demandado para su contestación, las dos partes tenían plenas facultades para presentar las pruebas que la ley les concedía, las cuales eran valoradas por el juzgador; y finalmente dictaba sentencia.

1.6 PROCEDIMIENTO Y AMBITO DE PROTECCION CONTEMPLADO EN EL CODIGO MENORES: CÓDIGO DE MENORES DE 1938

1.6.1 Antecedentes

El primer Código de Menores del Ecuador fue dictado el 1 de agosto de 1938, entre los considerandos se establecía que, "... es obligación del Estado garantizar los derechos de los menores desvalidos, huérfanos, tanto material, moral y jurídicamente abandonados, mediante la expedición de leyes que les proteja física y moralmente en todas las cuestiones civiles, penales, educativas y de asistencia social". Dentro de esta Ley se consideraba menores en cuanto concierne a la protección social, a todo individuo humano desde su gestación hasta la edad de 21 años; y, en cuanto a ser sujetos activos del delito, a la persona que no ha cumplido 18 años de edad. Establecía que la competencia para regular todo lo concerniente con la persona y bienes de un menor debía ser resuelto acorde a las disposiciones de este código.⁶

La protección implicaba lo relacionado con los aspectos de salud y crecimientos físicos, la salud y crecimientos morales, la educación intelectual y manual, el amparo del derecho del niño a un hogar. La protección incumbe los aspectos de: 1.- Protección prenatal; 2.- Protección del niño (desde el nacimiento hasta los 12 años); y, 3.- Protección de la adolescencia.

La obra de asistencia y protección de menores estaba a cargo de: a) El Consejo Nacional de Menores; b) La Asistencia Pública; c) La Dirección General de Hogares y Protección Social; y, d) Los Tribunales de Menores. Con excepción de la última, las otras eran instancias administrativas relativas al manejo de recursos y administración de establecimientos.

⁶ Codificación del Código de Menores de 1938: Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 1 de Agosto de 1938 (Archivo de la Biblioteca de la Asamblea Nacional).

1.6.2 El Tribunal de Menores

Para la época, dentro del Ecuador era un avance en cuanto al juzgamiento de delitos cometidos por menores de edad, consistía en un organismo de carácter Judicial, conformado por un educador, un médico y un abogado.

La competencia del Tribunal de Menores los facultaba para:

- a) Conocer de los conflictos sociales o familiares propios de los menores en estado de peligro; b) Sustanciar las causas por toda clase de infracciones cometidas por menores, o que aparecieran como cómplices menores; c) Atender las quejas y denuncias relacionadas con malos tratos, castigos exagerados o inhumanos y dictar las medidas necesarias para evitar su repetición y prevenir su continuación; e) Recluir en Establecimientos especiales a los menores que tenían mala conducta, cuando a su juicio tuvieren razón los padres o guardadores que lo solicitaren. En conclusión, lo que tenía que ver con el derecho de alimentos, era competencia únicamente del Juez de lo Civil.

1.6.3 Procedimiento

El Tribunal de Menores tenía la obligación de fallar en juicio verbal, breve y sumario después de practicada la información necesaria, sobre la base de las investigaciones y conclusiones del Policlínico y en presencia del menor y de sus padres o guardadores si los tuviere. Los procesos debían guardar la característica de secretos, solo podían consultarse, previo permiso del Tribunal respectivo. En caso de que un menor se hallare vinculado con un delito o falta, o cuando se encontrase en abandono, la policía o defensor del menor debía poner en el término de 24 horas de conocerse toda la información al Tribunal de Menores. Cuando un menor se encontrare detenido el Tribunal lo hacía comparecer ante él, en el término de la distancia para decidir sobre su situación legal dentro del plazo improrrogable de 15 días.

1.6.4 Decisiones del Tribunal

En el caso de la comisión de delitos por parte de los menores, el Tribunal tenía potestad para elegir una u otra sanción, que podía ser, dejarlo al cuidado de sus padres; dejarlo en un establecimiento educativo adecuado hasta los 18 años de edad; o internarlo en un Reformatorio, dependiendo siempre de la peligrosidad del menor.

De igual forma, el Tribunal tenía facultades para decretar la pérdida o suspensión de la patria potestad cuando se cumplieran algunos presupuestos como: a) Incapacidad Mental, b) Alcoholismo crónico, c) Descuido en la crianza, educación personal o educación del hijo, d) Permitir que el menor se entregue a la vagancia o a la mendicidad en lugares públicos, aún cuando fuere a pretexto de profesión u oficio, e) Haber sido condenado por vagancia, secuestro o abandono de menores, f) Maltratar o dar malos ejemplos al menor; y, g) Toda circunstancia que colocare al menor en peligro.

Concedía este mismo cuerpo legal la Acción Popular para denunciar, es decir, que cualquier persona que tuviere conocimiento de uno u otro suceso podía acudir ante la justicia a solicitar el reparo de sus respectivos derechos.

Llama la atención el hecho de que los Tribunales de Menores de 1938, carecían de competencia para fijar una pensión alimenticia, sus facultades estaban direccionadas a la protección social de los menores; es decir, en cuanto a las obligaciones que el Estado había adquirido para con ellos, que sean ejecutables mediante programas diseñados para el efecto, el Tribunal de la época podía incluso ayudar económicamente a los menores cuando la situación lo ameritaba pero no podía, por falta de competencia compeler a los padres de familia a pagar una pensión en razón de la filiación legal.

1.7 CODIGO DE MENORES DE 1992

El Código de Menores de 1992,⁷ ya por el transcurso del tiempo y de los avances propios que había experimentado el derecho en cuanto a lo que menores se refiere, pasa a ser un cuerpo legal mucho más elaborado tanto en lo administrativo como en lo judicial, relativo a la solución de controversias y el reparo de derechos en que estuvieren involucrados menores; es mediante este nuevo código que el Tribunal de Menores adquiere competencias que durante mucho tiempo fueron de los Jueces de lo Civil tales como la tramitación de la solicitud de alimentos, el régimen de visitas en caso de divorcio y sobre la adopción.

A la vez, este código es mucho más declarativo respecto de los principios que rigen su aplicación, toma como base el hecho de los tratados internacionales suscritos y lo consagrado en la Constitución Política de la República de aquella época, como los derechos fundamentales del menor, señala los deberes y obligaciones de los menores, define las situaciones de riesgo en que puede encontrarse un menor, determina los medios de protección para los menores, y señala la competencia y procedimiento para garantizar los derechos de los menores.

Sobre la protección de los menores deja prescrito que ésta debe ser integral y que será ejercida durante todos los períodos evolutivos, inclusive el prenatal, llegando incluso a velar por el cuidado de la mujer embarazada y por los derechos del menor concebido; reconoce expresos derechos para los menores, entre los que tenemos: El derecho a la convivencia familiar, el derecho a la vida y la salud, el derecho a la libertad, el respeto y a la dignidad, el derecho a la educación y a la cultura, el derecho a la identidad, el derecho a la asociación y a la expresión; y, el derecho de los menores con deficiencias físicas o mentales.

1.7.1 De los Tipos de Protección de los Alimentos

En cuanto a la protección por alimentos aborda la problemática de una manera muy específica, regulando montos, casos, personas y etapas, así tenemos que:

⁷ Codificación del Código de Menores de 1992: Suplemento del Registro Oficial No. 995 del 7 de Agosto de 1992.

Define a la obligación de alimentos como aquella que corresponde al padre y a la madre, consiste en proporcionar alimentos en relación a la capacidad económica de cada uno de ellos, se entendía dentro de los alimentos la satisfacción de las necesidades de subsistencia, habitación, educación, vestuario y asistencia médica al menor. En caso de que faltaren los padres o que éstos tuvieren impedimento para darlos, la obligación se hacía extensible hacia sus ascendientes, sus hermanos y sus tíos, en su orden respectivo.

Para la fijación de la pensión bastaba la convicción de que a quien se reclamaba era padre o madre del menor, aunque no hubiere prueba de filiación en el respectivo registro. El monto se lo podía fijar provisional o definitivamente, dependiendo de la capacidad económica del demandado, era referido en relación al salario mínimo vital general, por cuanto la pensión debía incrementarse automáticamente. La demanda podía ser presentada por el padre o la madre indistintamente, dependiendo de quién los necesitara por tener a su cargo al menor; una vez iniciado el proceso, el demandado podía ausentarse del país previa autorización del respectivo Tribunal.

La obligación para exigir alimentos se extinguía por la muerte del alimentante, de conformidad con la ley; por la muerte del alimentario; y, cuando existía sentencia ejecutoriada en la que se establezca que el alimentario no es hijo del alimentante. En cuanto a las pruebas para verificar la capacidad del alimentante y las necesidades del alimentario, se podían practicar todas las estipuladas en el derecho, más, si el Tribunal así lo consideraba podía incluso pedir de oficio las pruebas que creyera convenientes.

Los créditos de alimentos fueron catalogados como privilegiados, lo que equivalía a ser de primera ejecución y preferentes ante cualquier otro. En caso de ser condenado al pago de alimentos se lo debía efectuar mediante mesadas adelantadas.

Las autoridades para conocer respecto de la reclamación de alimentos en primera instancia era el Tribunal de Menores del domicilio del demandado o del domicilio del menor, dependiendo de la voluntad del actor, en los casos

donde no existiere el Tribunal de Menores, era competente el Juez de lo Civil siguiendo las normas del Código de Menores. Este proceso de ser necesario tenía una causa a prueba por el término de seis días. En caso de ser condenado al pago y no haberlo efectuado el alimentante durante dos meses, el Tribunal podía dictar apremio personal, el cual duraba hasta el cumplimiento de la obligación; pero en ningún caso más de ocho días. De continuar la mora se podía volver a dictar un apremio personal pero única y exclusivamente luego de que hubiera pasado treinta días desde que el alimentario obtuvo su libertad.

1.8 CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DEL 2003

El Código de la Niñez y Adolescencia del 2003, fue publicado en el R. O. No. 737 del 3 de enero del 2003, como su nombre lo indica tenía exclusivamente que conocer y resolver todo lo relacionado con menores. Tiene como finalidad la protección integral que el Estado debe a los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, así como, el disfrute de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad. Les otorga a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la naturaleza de públicos, independientes, indivisibles, irrenunciables e intransmisibles, salvo las excepciones expresamente nacidas de la ley; establece la obligación de cualquier persona puede denunciar cuando tenga conocimiento de la violación de derechos de un menor o cuando esté en riesgo. Los derechos consagrados en la Constitución Política, en el presente Código, deben ser reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna, por razones de condición familiar, social, económica, política, étnica, religiosa, o cualquier otra condición suya, de sus padres, familiares, o sus representantes.⁸

Los principios en los que se basa este código son: a) Consagra los derechos fundamentales del menor; b) Determina los principios rectores que orientan las normas que garantizan los derechos del menor; c) Señala los derechos y deberes del menor en la convivencia familiar y social; d) Define las situaciones de riesgo en las que puede encontrarse el menor; e) Determina las medidas que deben adoptarse con el fin de proteger al menor que se encuentra en situación de riesgo, y las medidas que

⁸ Codificación del Código de la Niñez y la Adolescencia: Suplemento del Registro Oficial No737 del 3 de Enero del 2003.

tiendan a la superación de dicha situación; f) Señala la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos del menor; y, g) Establece los servicios, modelos y alternativas de protección al menor que se encuentra en situación de riesgo, sin perjuicio de las normas orgánicas y de funcionamiento que se dicten.

Respecto al ámbito de aplicación que tiene este código en cuanto a las personas son: a) Todo ser humano, desde su estado prenatal hasta los dieciocho años; y, b) Las personas mayores de edad, en los casos previstos por la Ley -21 años y discapacitados-; mientras que, en lo que a derechos se refiere están: a) Derechos de Supervivencia; b) Derechos relacionados con el Desarrollo; c) Derechos de protección; y, d) Derechos de participación, subdividiéndose a su vez cada uno de ellos en reconocimientos y protecciones más específicas para la consecución de los referidos derechos. En relación a los derechos, crea capítulos específicos con penas individualizadas para distintos tipos de delitos que se quieran cometer con menores, como el maltrato, el abuso, la explotación sexual y el tráfico y pérdida de menores.

En cuanto a lo que al derecho de alimentos se refiere, no cambia lo relativo a las personas que tienen derecho a reclamar alimentos, así como tampoco lo relativo a las personas que tienen la obligación de darlos, los mantiene en su mismo orden; modifica eso sí, lo relativo a la manera de tramitarse lo relacionado con la petición de alimentos, en principio privilegia la oralidad con las anteriores dos audiencias –de contestación a la demanda y la de prueba- que en la actualidad han quedado reducidas a una audiencia única.

Dentro de este cuerpo legal se incluye la tecnología en cuanto a la prueba de la paternidad o maternidad disputada, se establece la obligación de realizar el examen de Ácido Desoxirribonucleico (ADN) respecto de la persona cuya paternidad o maternidad se disputa; y, en caso de negarse a hacérsela, era motivo suficiente para presumirla.

Mantiene el hecho de que la prestación de alimentos se debe desde la fecha de la presentación misma de la demanda, de igual forma, en caso de solicitar aumento, éste se hace exigible desde la fecha misma de la petición, no así, en caso de reducción de pensión, solo será exigible desde el momento de la resolución que la declara. Se

crean a más del derecho a recibir alimentos, el derecho a recibir subsidios y beneficios legales, tal es el caso de: 1) Los subsidios legales o convencionales por carga familiar que por su causa, correspondan al demandado; 2) Una pensión de asistencia adicional por cada una de las remuneraciones adicionales que establezca la ley y que en ningún caso excederán del monto efectivo que perciba el obligado por cada una de ellas. Habrá derecho a pensiones adicionales aunque el demandado no trabaje bajo relación de dependencia. Cuando las remuneraciones adicionales tengan un monto variable según los ingresos del trabajador, o el obligado no trabaje bajo relación de dependencia, la pensión de asistencia adicional será igual al monto de la pensión fijada por el Juez; 3) Percibir la parte de las utilidades legales del prestador de alimentos, por causa del hijo o hija beneficiarios; y, 4) El 5% del fondo de cesantía a que tiene derecho el prestador por cada hijo o hija.

Deja establecido que la resolución que fija el monto y forma de la prestación de alimentos no causa ejecutoria. Por consiguiente, podrá revisarse en cualquier tiempo, a petición de parte, para aumentarse o reducirse, si han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla. En lo que respecta al apremio personal, es exigible cuando se deban dos o más pensiones, se lo ordenaba única y exclusivamente luego de la respectiva razón sentada por el secretario, la duración del mismo era de diez días, en caso de reincidencia se lo podía extender hasta treinta días, que posteriormente fue modificado por las últimas reformas hechas al Código de la Niñez y la Adolescencia que eliminó el apremio indefinido y estableció un apremio máximo de 60 días.

En lo relativo a la adopción, le da un nuevo carácter y derechos, establece que la adopción será plena, es la única permitida por la ley, en virtud de la misma se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo.

Entre otra de sus innovaciones está la creación de medidas de protección, entre las que encontramos:

- 1) La orden de inserción del niño, niña o adolescente o de la persona comprometidos en la amenaza o violación del derecho, en alguno de los programas de protección que contempla el Sistema y que, a juicio de la autoridad competente, sea el más adecuado según el tipo de acto violatorio, como por ejemplo, la orden de realizar las investigaciones necesarias para la identificación y ubicación del niño, niña o adolescente o de sus familiares y el esclarecimiento de la situación social, familiar y legal del niño, niña o adolescente, la orden de ejecutar una acción determinada para la restitución del derecho conculcado, tal como: imponer a los progenitores la inscripción del niño, niña o adolescente en el Registro Civil o disponer que un establecimiento de salud le brinde atención de urgencia o que un establecimiento educativo proceda a matricularlo.
- 2) El alejamiento temporal de la persona que ha amenazado o violado un derecho o garantía, del lugar en que convive con el niño, niña o adolescente afectado; y, 3) La custodia de emergencia del niño, niña o adolescente afectado, en un hogar de familia o una entidad de atención, hasta por setenta y dos horas, tiempo en el cual el Juez dispondrá la medida de protección que corresponda. Son medidas judiciales: el acogimiento familiar, el acogimiento institucional y la adopción.

Dentro de este código la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia está conformada por los Juzgados de Niñez y Adolescencia, como órgano auxiliar tendrán una Oficina Técnica integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la Niñez y la Adolescencia., la cual tiene a su cargo la práctica de los exámenes técnicos que ordenen los Jueces de Niñez y Adolescencia y sus informes tendrán valor pericial.

1.9 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DEL 2008

La última Constitución de la República del Ecuador⁹ fue publicada en el R. O. No. 449 del 20 de octubre del 2008, la misma, que de manera general, establece, que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

⁹ Constitución de la República del Ecuador: Suplemento del Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008.

Dentro de su articulado, en el Título II de los Derechos, Capítulo Tercero de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, Sección Quinta, trata de los niños, niñas y adolescentes; manifestando que, tanto el Estado como la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. A más de los derechos propios de su edad gozan también de los derechos comunes.

El principio del interés superior del niño significa que sus derechos prevalecen por sobre los de cualquier otra persona, son de primera categoría para el cobro y de planificación inmediata dentro de las políticas estatales. Implica directamente protección de parte del Estado y de los padres a favor de los menores de edad.

También les reconoce el derecho a ser consultados sobre los asuntos que los afecten; así como la libertad de asociación y expresión. Así mismo, les otorga los derechos comunes a todos los seres humanos, garantizándoles desde la concepción el derecho a la atención preferente, a la protección integral y a la asistencia inmediata.

El nuevo Código de la Niñez y Adolescencia optimiza los derechos de los menores, promoviendo la oralidad del procesos, priorizando la intermediación y la concentración de las pruebas en la audiencia única que en la actualidad existe. Evidentemente, se está en un proceso de evolución y transición, durante el cual se analizan las ventajas y desventajas de los procedimientos establecidos procurando encontrar los posibles errores y corrijiéndolos mediante las reformas necesarias y adecuadas.

1.10 APORTES E INNOVACIONES DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Siguiendo las tendencias claramente marcadas por la evolución propia del derecho y la necesidad de oralidad para la efectivización de la intermediación procesal y de la celeridad en los mismos, el Código de la Niñez, la Adolescencia y la Familia desde la fecha de su promulgación trajo novedades en cuanto a lo que el manejo de los procesos se refería.

Así, incluyó dentro del procedimiento para los juicios las audiencias, tanto para la contestación de la demanda como para la presentación y solicitud de las pruebas de las cuales se crean asistidas las partes. Lo aquí mencionado involucra una interrelación directa entre las partes, el proceso y el Juez, se busca agilidad en los procesos y una prestación de justicia más efectiva y en menor tiempo, no obstante lo cual, para su mayor eficacia es necesaria la dotación de mayores Juzgados de la Niñez la Adolescencia y la Familia dentro del territorio ecuatoriano. Como aportes del presente código se puede establecer la facultad que se otorga a los Jueces para la práctica de las pruebas, así mismo, se puede considerar la vinculación directa a los principios constitucionales vigentes a la época de expedición del código y su concordancia con los ordenamientos internacionales vigentes en materia de menores de edad.

Por ser el derecho de alimentos, un derecho fundamental, indispensable para la subsistencia y normal desarrollo de los menores, se le ha dado desde siempre el carácter de intransferible, irrenunciable, imprescriptible sin importar la raza, edad, condición económica o social de los individuos, hemos visto que desde que se empezó a regularlo tanto en el derecho romano en el Digesto, así como, en el derecho europeo particularmente en España con las Partidas siempre se ha considerado que nadie puede ser privado de este derecho esencial para tener una vida digna y que en nuestro país se empezó a regularlo desde la expedición del Código Civil de 1860 en el que, si bien es cierto se hacía diferenciaciones a las diferentes clases de hijos, en ninguno de los casos se les negaba el derecho a alimentos, aunque si se consideraba que los hijos legítimos debían recibir tanto los alimentos congruos, como los necesarios, mientras que a los hijos naturales e ilegítimos solo se les debía los alimentos necesarios; pero luego en las siguientes codificaciones se fue eliminando esta clase de hijos.

Con la expedición del Código de Menores de 1938, se buscó proteger de mayor forma los derechos inherentes a estos, pero la competencia sobre la filiación y el derecho de alimentos seguía siendo del ámbito civil, y no fue sino hasta la expedición del siguiente Código de Menores de 1992 en el que al Tribunal de Menores se atribuía competencias que fueron del Juez Civil, para poder tramitar las solicitudes de alimentos a la vez que consagraba otros derechos fundamentales de los

menores como la libertad, la dignidad, la educación, la cultura, y el derecho a la identidad, por lo cuál su ambito de protección era el mas avanzado, hasta la aparición del Código de la Niñez y la Adolescencia en el año 2003, en el que el ámbito de protección era mucho mas avanzado ya que garantizaba la protección integral que el Estado debía proporcionar a los menores, así como, velar por el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución Política de la República.

Debe prevalecer sobre todo el principio del interés superior del niño sobre el de cualquier otra persona; para lo cuál se buscará agilizar los procedimientos tendientes a sustanciar los procesos relativos a temas de menores, y sobre todo en el proceso contencioso general de alimentos hacerlo expedito por la urgencia de la tutela a través de la sustanciación del proceso en audiencias, propiciando el sistema de la oralidad y contemplando la posibilidad de la prueba científica del ADN para los casos de paternidad o maternidad disputadas. Pero tanto, esta como otras pruebas que sirven para determinar las necesidades del niño y la capacidad económica del alimentante, serán tratadas a profundidad en el siguiente capítulo.

Evidentemente el Código de la Niñez la Adolescencia y la Familia mejora en mucho la situación de los niños, niñas y adolescentes frente a los derechos que les otorgaba el Código Civil, y el Código de Menores, aparte de no establecer diferencias entre los hijos, ya que se considera que tienen los mismos derechos, concibe el principio del interés superior del niño, no denigra a los niños de ninguna forma durante la sustanciación del proceso; en fin protege de forma directa e integral una materia determinada y no simplemente la abarca de forma supletoria como sucedía anteriormente.

CAPÍTULO II

2 LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO

GENERAL DE ALIMENTOS

2.1 LA PRUEBA¹⁰

Así como en los procesos civiles en los procesos de alimentos, los hechos que son objeto de prueba, son aquellos que deben ser afirmados por las partes. Entonces, se puede establecer que en principio el Juez no investiga ni averigua, sino que sólo verifica las afirmaciones de los litigantes. Ahora bien, debemos tener presente que los procesos como tales –sea cual sea su naturaleza-, son aquellos instrumentos jurídicos destinados a obtener la actuación de la ley frente a una acción u omisión, se pretende la tutela de los derechos subjetivos.

2.1.1 Objeto de la Prueba en el Proceso Contencioso General de Alimentos

Hernando Devis Echandía (2002) manifiesta que: “judicialmente la prueba constituye un conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden o pretenden emplearse para llevar al Juez a la convicción sobre hechos que interesan al proceso. Es

¹⁰ Etimológicamente, el vocablo prueba (al igual que probó) deriva de la voz latina probus, que significa, bueno, honrado; así pues lo que resulta probado es bueno, correcto, es auténtico. Generalmente es utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede acreditarse la existencia de un hecho. Hay definiciones tradicionalmente históricas para la prueba, para la presente investigación se tomaron en cuenta solamente las jurídicas sugeridas por los siguientes autores: A) Bentham, Jeremías. (1828) **Tratado**, Colombia: Samper. Citado por Falcón, Enrique (2003). “**Tratado de la Prueba**”. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, página 22. B) Demolombe, (1957). **Cours de Code Napoléon**, Buenos Aires: Borda. Ibid, página 22 C) Bonnier, Eduardo. (1928). **Tratado teórico-práctico de las pruebas**, Madrid: Reus. Ibid, página 22. En virtud de que esta parte general solo obedece a la pretensión de que sirva de ayuda al estudio de las pruebas en el proceso contencioso de alimentos, en especial que se trata en el capítulo, no se analizará los temas relacionados con las definiciones históricas de pruebas.

necesario anotar que al referirnos a la convicción del juez no lleva implícito una relación directa con la verdad, por cuanto ésta, dentro de un proceso nunca puede aparecer. La convicción está relacionada con el convencimiento de haber alcanzado la verdad mediante los hechos demostrados”.

En los juicios de alimentos el objeto de la prueba tiene como fines llevar al Juez a la convicción de que un supuesto padre o madre tiene una relación de filiación con un niño, niña o adolescente y si dicha filiación es establecida, llevar al Juez a la convicción sobre la real capacidad económica de esa persona que ha sido declarada padre o madre y sobre las necesidades que tenga el niño, niña o adolescente considerando sobre todo si tiene alguna característica especial como puede ser el hecho de que sea discapacitado.

2.1.2 Principios de la Prueba

Los principios procesales son aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso, aseguran el derecho de defensa de las partes.¹¹

Enrique Falcon (2003), en su obra “Tratado de la Prueba”, afirma que los principios son considerados como elementos axiomáticos necesarios para la existencia del sistema, sin que pueda admitirse en dichos principios la inversa (moralidad-inmoralidad), debe destacarse también que la mayoría están orientados al juzgamiento o valoración de la prueba.¹²

Doctrinariamente hablando han existido infinidad de principios aplicables para la prueba, coincidiendo mayoritariamente los procesalistas en los siguientes:

a) Principio de la necesidad de la prueba.

Implica que aquellos hechos sobre los cuales se vaya a dictar sentencia deben haber sido probados por cualquiera de las partes intervinientes en el

¹¹ Ver COFJ Código Orgánico de la Función Judicial 2009.

¹²Falcón, Enrique (2003). “*Tratado de la Prueba*”. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, página 218.

proceso. Este principio se relaciona con el principio de la verdad procesal contemplado en el Código Orgánico de la Función Judicial que establece que las Juezas y Jueces resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.

b) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba.

A más de constar pruebas en el proceso, éstas deben estar revestidas de eficacia jurídica, lo cual implica que hayan sido legalmente obtenidas, este principio concuerda con el principio de buena fe y lealtad procesal ya que claramente dispone que se sancionará especialmente la prueba deformada, todo abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe; la parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.

c) Principio de la unidad de la prueba.

El presente principio significa que las pruebas dentro de un proceso deben ser apreciadas en conjunto por el juzgador, confrontándolas entre sí para obtener una claridad del tema sujeto a decisión judicial.

d) Principio de la comunidad de la prueba.

Como consecuencia del principio anteriormente mencionado, se obtiene que la esencia de la prueba sea servir al proceso, no a la parte que la proporciona.

e) Principio del interés público de la función de la prueba.

Este principio está relacionado con el hecho de que como la finalidad de la prueba es brindar certeza para una resolución, la colectividad tiene interés en ella, y está relacionado con el principio de publicidad.

f) Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba.

Implica que la prueba no debe ser empleada para deformar u ocultar la realidad. Este principio también se encuentra inmerso en el principio de buena fe y lealtad procesal del Código Orgánico de la Función Judicial.

g) Principio de igualdad de oportunidad para la prueba.

Como su nombre mismo lo dice, se relaciona con la contradicción necesaria en la etapa probatoria, implica el hecho de que las partes tiene igualdad de oportunidades para presentar aquellas de las que se crean asistidos, así mismo, igualdad para solicitar el ejercicio de ciertas pruebas o para contradecir las pruebas de la contraparte, y está vinculado con el principio de imparcialidad ya que el mismo preserva el derecho a la defensa y a la réplica de las partes.

h) Principio de publicidad de la prueba.

Este principio implica dos cosas, por una parte implica la autorización a los litigantes a conocer las pruebas que hayan pedido, practicado o efectivamente evacuado las partes, y por otra parte, implica también que tiene derecho a conocer las conclusiones que sobre las pruebas ha adquirido el Juez; se relaciona con el principio de publicidad del Código Orgánico de la Función Judicial.

i) Principio de la formalidad y legalidad de la prueba.

Se refiere a los requisitos extrínsecos e intrínsecos relacionados con la prueba, los primeros tratan de las circunstancias, modo y lugar, las segundas contemplan principalmente la ausencia de vicios, por lo que está inmerso dentro del principio de buena fe y lealtad procesal del Código Orgánico de la Función Judicial.

j) Principio de preclusión de la prueba.

Preclusión incluye la finalización, el cierre de una etapa, como tal se trata de una formalidad en cuanto al tiempo u oportunidad para su práctica. Este principio se relaciona con el principio de celeridad del Código Orgánico de la Función Judicial por cuanto establece que una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales sin esperar petición de parte.

k) Principios de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba.

Implica que sea el órgano judicial a través del Juez quien dirija la etapa procesal, de manera inmediata, decidiendo acerca de su admisibilidad y de las formas de evacuación de las mismas, por lo que se vincula directamente con el principio dispositivo, de inmediación y concentración del Código Orgánico de la Función Judicial.

l) Principio de la imparcialidad del Juez en la dirección y apreciación de la prueba.

La validez de este principio está dada por su propio enunciado, implica la rectitud necesaria para que una persona dirija el proceso apegado a la realidad procesal y al respeto a las normas del derecho, por lo que está concatenado con el principio de la obligatoriedad de administrar justicia del Código Orgánico de la Función Judicial.

m) Principio de la originalidad de la prueba.

La originalidad de la prueba está dada por su directa relación con el hecho que se pretende demostrar.

n) Principio de la concentración de la prueba.

Tiene que ver con que todas las pruebas deben ser apreciadas por el Juez en conjunto; en la preclusión de la etapa probatoria, el término probatorio está dado para que exista vinculación, intermediación, contradicción y conocimiento de ambas partes respecto de lo aportado por su contraparte, de no existir una determinación en cuanto al tiempo para la evacuación de las pruebas, representaría la opción de que se puede generar pruebas en cualquier etapa procesal, ocasionando posibles irrespetos al derecho a la defensa. Por lo que concuerda con el principio dispositivo, de inmediación y concentración del Código Orgánico de la Función Judicial.

o) Principio de la libertad de la prueba.

Conlleva en sí el hecho de que las partes son libres para aportar las pruebas necesarias, con las limitantes de aquellas inútiles, impertinentes, idóneas o ajenas a la moralidad y al derecho, prohibidas por el principio de buena fe y lealtad procesal del Código Orgánico de la Función Judicial.

p) Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba.

Este principio está relacionado con la obtención mediante actos forzosos pero permitidos por el derecho de las pruebas necesarias, encuentran sus principales figuras en el allanamiento, acceso forzoso a archivos, o coacciones en general.

q) Principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad.

Implica el hecho de que hay casos en que la necesidad de aportar la prueba recae sobre una de las partes, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se infiere lo que solicita. Contiene una regla de conducta para el magistrado en virtud de la cual cuando falta la prueba que una parte invoca para el reconocimiento de su derecho debe dictarse sentencia en su contra.

r) Principio inquisitivo en la ordenación y práctica de las pruebas.

Se trata de aquellas pruebas que el Órgano Judicial puede ordenar de oficio, cuando las estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad.

En el Código Orgánico de la Función Judicial, que es el cuerpo legal que se encarga entre otras cosas de regular las acciones y omisiones de los Jueces, sean cual fuese su cargo. Al ser el código regulador de las acciones de quienes imparten justicia, tiene implícitos los principios de oralidad, concentración, inmediación, celeridad, probidad, legalidad, en fin, todos aquellos orientados a la buena conducta de los aplicadores de la justicia.

No obstante ser un código regulador de los administradores de justicia, tiene relación directa con todas las materias sobre las que se puede impartir justicia, como lo es el Código de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, más directamente con el juicio de alimentos. Se ha dicho en más de una ocasión que en el mismo, prima el principio superior del niño que incluye alimentación, educación y vida socialmente estable, por ende, para que el proceso pueda ser apegado a derecho debe estar íntimamente relacionado con los principios de concentración, inmediación, celeridad, entre otros.

Como se ha dicho en líneas anteriores, respecto de los principios que regulan el Código Orgánico de la Función Judicial, están directamente vinculados con el proceso de alimentos, por cuanto marcan la idealidad de los procesos para llegar a la conclusión de que se hace justicia, cuando en un proceso las partes gozan de inmediación, celeridad, y concentración, que son las obligaciones principales de los Jueces, y además se garantiza un proceso limpio y justo, a lo cual se tiende en el proceso de alimentos.

2.1.3 Hechos Exentos de Prueba en el Proceso Contencioso General de Alimentos

Se ha dicho que la prueba es el medio idóneo y necesario para llegar a la comprobación de una afirmación o a la sustentación de un hecho, pero bien, no

todos los hechos se deben probar, la necesidad o no de la prueba está dada por diversos motivos, como a continuación se pasa a exponer:

Hechos confesados y admitidos por las partes: Para que un hecho confesado o admitido por las partes, esté exento de prueba se requiere que sea susceptible de confesión y que no requiera de otra prueba.

Hechos presumidos legalmente: Hay dos tipos de presunciones; las de derecho, que no admiten prueba en contrario y las legales, las cuales sí admiten prueba en contrario.

Hechos cuya prueba prohíbe la ley: Cuando la Ley excluye la prueba de un hecho ya sea por razones de moral u otra índole.

Hechos materia de cosa juzgada o de decisión prejudicial: Esta exclusión se da por economía procesal.

Hechos irrelevantes o imposibles: El Juez debe rechazar todas aquellas pruebas, que no tengan que ver con el objeto de la litis o que no conlleven a nada; esto también se da por economía procesal.

2.1.4 La Carga de la Prueba en el Proceso Contencioso General de Alimentos

Cuando se ha iniciado un proceso, la actividad procesal de las partes y el Juez, está encaminada a una decisión la sentencia; que la cual puede ser de aceptación o de negación dependiendo de la óptica con la cual se la observe. El Juez nunca puede dejar de juzgar, no importa que absuelva o condene, tiene que cumplir con esa obligación que le impone la ley y es la de no abstenerse de fallar, para resolver tendrá que entrar a determinar, si los presupuestos de hecho presentados por las partes, se probaron o no y cuál de ellas era a la que le correspondía probarlos.

Las reglas sobre la carga de la prueba ayudan al Juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la

incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.¹³

Para entender el concepto de la carga de la prueba, es necesario distinguirla de los deberes y obligaciones procesales. Hay obligaciones, cuando una de las partes tiene que observar una conducta en beneficio de otro por disposición de la Ley. Hay deberes, cuando las partes o el Juez se ven compelidos por la ley a observar una determinada conducta en interés de la justicia y de la comunidad. Hay cargas cuando, la parte se ve enfrentada a un imperativo de su propio interés, de acuerdo con el cual la conducta puede ser facultativa, de acción u omisión; el incumplimiento, acarrea el riesgo de ser sancionado procesalmente, es decir, que el Juez no le resuelva favorablemente sus peticiones.

La noción de la carga de la prueba abarca dos aspectos: por una parte, es una regla de juicio, porque le indica al Juez cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo de fondo y evitándole producir un fallo inhibitorio o de incurrir en denegación por falta de prueba. Esto significa, que el fallador observará a quien le correspondía aportar o tenía interés en la prueba, para producir un fallo adverso a sus pretensiones. Por otro lado, implica una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son las afirmaciones sobre los hechos que a cada una le interesa probar, para que sean conocidos como ciertos por el Juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.

Dentro de los procesos de Niñez y Adolescencia en el Ecuador, la carga de la prueba cuando se trata de procesos de alimentos está dada para las dos partes, tanto el demandante como el demandado se encuentran en la obligación de probar sus afirmaciones y de desmentir las de la otra parte, y se lo hace mediante las pruebas documentales, periciales, de testigos o las aplicables a los

¹³ Hellwig, System, I, 468; Kipp en Berliner Festschrift für F. v. Martitz. Citado en Falcón, Enrique (2003). *Tratado de la Prueba*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, página 218.

casos concretos, para probar la capacidad económica del alimentante, y las necesidades del alimentario, sobre todo en los casos de niños, niñas o adolescentes con características especiales.

En el caso de los procesos que tratan de paternidad, la carga de la prueba se inclina hacia el padre, es decir, es el accionado quien debe probar que las afirmaciones sostenidas por la accionante no son reales y la única prueba que se podría considerar indicada para el efecto es el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ADN y aunque a él le corresponda pagar por dicho examen, si en el mismo se descarta su paternidad tendrá derecho a que se le reembolse lo pagado.

Todo lo cual sirve para una vez establecida la relación de filiación automatizar el derecho de alimentos, pero en los casos en que el supuesto hijo o hija aún no haya nacido no se podrá practicar el examen de ADN ya que está expresamente prohibido por el artículo innumerado 10 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que en esos casos se tendrá que esperar a que nazca para poder realizarlo.

2.2 CLASES DE PRUEBAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL DE ALIMENTOS

Como se puede establecer, la prueba es una sola, pero presenta diversas modalidades, en materia jurídica está especializada por cada rama y también presenta clasificaciones por razones de política (tiempos) o técnicas legislativas, incluso dependen de las personas que las utilicen.

Dentro de la materia de menores, encontramos que las clases de pruebas pueden ser:

1. Pruebas directas e indirectas: Se dice que la prueba es directa, cuando el Juez llega al conocimiento del hecho por probar de manera directa e inmediata, mediante su percepción de esta manera solo tiene ese carácter la inspección judicial, las demás pruebas tendrán el carácter de indirectas. Desde otro punto de

vista, la prueba directa es aquella que se identifica con el hecho objeto de la prueba y el hecho por probar y la indirecta será aquella que recae sobre un hecho diferente del que se quiere probar.

2. Pruebas escritas u orales: esta clasificación obedece a la forma de la prueba, ya sea que conste en un documento o en el dictamen de un perito; mientras que las orales como su nombre lo indica se presentan o rinden en su forma oral, como son la confesión y el testimonio.
3. Pruebas de Cargo y de Descargo: Se dice que la prueba es de cargo, cuando la parte que la utiliza tiende a satisfacer la carga que pesa sobre ella y es de descargo, cuando desvirtúa la prueba suministrada por la contraparte.
4. Pruebas de oficio, de partes y los terceros: Esta clasificación está dada única y exclusivamente respecto de las personas que las proponen.
5. Pruebas procesales y extra procesales: Esta clasificación obedece al momento u oportunidad en que se producen. Las primeras como su nombre lógicamente lo indica, son aquellas que se aducen o practican en el curso de un proceso, mientras que las segundas son practicadas fuera del proceso y pueden tener como fin o no el proceso.
6. Pruebas Simples y Compuestas: Esta clasificación hace referencia a la cantidad o número de pruebas que necesita el Juez para lograr su convicción; se dice que es simple cuando la prueba por sí sola produce dicha convicción al Juez sobre el hecho por demostrar: y, es compuesta, cuando obtiene la convicción por varias pruebas.

2.3 MEDIOS PROBATORIOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO GENERAL DE ALIMENTOS

2.3.1 Pruebas para Determinar la Filiación

La palabra filiación deriva del latín filius, que significa hijo, implica la relación que existe entre hijos y padres. Estrictamente se refiere al hecho de que una persona sea hijo de otra, que a su vez, es padre o madre de ella.

Como se ha visto dentro de la descripción y evolución histórica efectuada en el capítulo primero respecto del derecho de los menores en el Ecuador, se podrá inferir que hubo una época en la cual el reconocimiento de hijos era potestativo de los padres, y más aún, en caso de quererlo probar, los medios para conseguirlo siempre eran beneficiosos para los posibles padres, que ha ido evolucionando hasta la actualidad. Así, la Constitución aprobada en Plebiscito en el año 1978, reconoce que los hijos tienen iguales derechos, sin considerar sus antecedentes de filiación, llegando a establecer solamente la consideración genérica de “hijos”.

El Código Civil, facilita la prueba de la filiación por medio de dos presunciones. La primera se refiere a la época de concepción; y la segunda, a la paternidad del concebido durante el matrimonio de su madre.

La presunción relativa al tiempo en que pudo verificarse la concepción, es presunción legal y de derecho, es decir, no admite prueba en contrario, se basa en datos de experiencia científica que no han sido seriamente contradichos.

La Ley de Registro Civil, Identidad y Cedulación codificada en 1966, ordena que “El hecho del nacimiento, para ser inscrito en el Registro Civil, se probará por constancia escrita de médico, obstetra, o enfermera; a falta de dicho documento, por la declaración de dos testigos”. De igual modo, el artículo 24 de la mencionada ley, indicada es obligación del médico, obstetra, enfermera o

cualquier otra persona que hubiere asistido al parto, a informar por escrito, al Jefe de Registro Civil, sobre el hecho de nacimiento.

La presunción sobre la legitimidad del hijo nacido dentro del matrimonio en un período tal que la concepción coincida dentro del matrimonio, es aplicable para establecer la relación de filiación respecto del padre, la presunción legal implica que el padre es el marido. Tal presunción puede destruirse en caso de quien afirma ser el padre e impugne ese hecho.

La prueba documental para la filiación es la misma que para la legitimidad del hijo, su comprobación se da por medio de la presentación o solicitud de la partida de nacimiento y la de matrimonio. Con estos dos documentos se demuestra la época de la concepción, el matrimonio, la maternidad y la paternidad, o sea los cuatro elementos necesarios para ser tenido por hijo de un matrimonio. A más de estos documentos que serían considerados los más directos para la comprobación de la calidad de hijo, también encontramos la probabilidad de otros documentos públicos como pueden ser el acta de defunción de los padres, o del mismo hijo incluso, hasta una escritura pública.

De igual modo, la prueba pericial se lleva a cabo en las instalaciones del Registro Civil, entidad encargada de mantener el archivo de los documentos necesarios para la demostración del estado civil de una persona. Esta prueba pericial estaría dada sobre la legitimidad del documento que se entrega. Ej.: Falsificación de firma en el reconocimiento, error en la persona o corrección de información.

2.4 PRUEBAS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN, LAS NECESIDADES DEL ALIMENTARIO Y LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL ALIMENTANTE

La obligación de prestar alimentos está dada por el mandato legal y por la obligación moral de los padres, cuya responsabilidad recae sobre los actos que realice. Legal por cuanto el Estado obliga a la manutención del menor en todas las necesidades,

para su supervivencia, esta manutención y responsabilidad se da por el hecho de que si bien el Estado es responsable del bienestar de las personas no es menos cierto de que cada persona individualmente debe hacerse cargo de forma primaria e intransferible de las obligaciones que tiene con el menor. La obligación moral por su parte, se da por el reconocimiento parento filial que todo hombre debe asumir por el solo motivo de ser responsable.

Las características del derecho de alimentos y por ende de la obligación es que es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no sujeto de compensación. Tan alto es el interés superior del niño, que aún en caso de existir sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago, la ley no reconoce el reembolso de lo pagado.

La cuantía de la obligación, se traduce como la cantidad de dinero necesaria para la normal supervivencia del niño(a), en esto se debe incluir los gastos en que se debe incurrir para la educación, alimentación, vestimenta y el normal desenvolvimiento del niño(a) acorde a su edad, a las necesidades que se presenten y a la capacidad del alimentante.

2.5 LA PRUEBA DEL ADN

No se discute la individualidad biológica de cada persona, en tanto es un ser único en su información genética –diferente de cualquier otro-, con la salvedad de los gemelos idénticos monocigóticos o univitelinos. Dicha información genética se halla contenida en una molécula denominada “ácido desoxirribonucleico” (ADN), que se hereda por mitades de la madre y del padre.¹⁴

El Ácido Desoxirribonucleico o ADN,¹⁵ es una molécula compuesta por una sucesión de unidades o nucleótidos que contiene toda la información genética necesaria para el desarrollo adecuado del ser humano. El ADN se encuentra fundamentalmente en el núcleo de las células, en forma de cromosomas y en total

¹⁴ Verruno –Haas – Raimondi –Legaspe, **Manual para la investigación de la filiación** Citado por Devis Hechandía Hernando. (2002).”*Teoría General de la Prueba Judicial*”. Colombia; Temis, páginas 87; Chieri –Zannoni, Pureba del ADN, p. 4 y 5; Romeo Casabona, Genética y Derecho, p. 1 a 4.

¹⁵ Ensayos médicos sobre genética / La genética molecular en la medicina ecuatoriano.

está compuesto por 3000 millones en 23 cromosomas que proceden de la madre, y otros 3000 millones en los restantes 23 cromosomas que proceden del padre. El ADN de una persona es el mismo en cada núcleo de cada célula, por lo que en una persona hay billones de copias idénticas de ADN, tanto como células con núcleo.

Como antecedente histórico-médico-legal se puede decir que los exámenes antecesores del examen de ADN en cuanto al estudio de paternidad, eran los exámenes físicos, somáticos o hematológicos, los cuales con el avance de la tecnología han quedado sin validez, tanto científica como legal.

La prueba del ADN ingresa a nuestra legislación como medio para establecer la filiación mediante el Art. 90 del Código de Menores de 1992, que establecía: “Cuando el demandado negare la paternidad del menor o fuese necesario el examen del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) para determinar la misma, el costo correrá de cuenta de quien lo solicita”.

Hay distintos resultados que se pueden identificar mediante la prueba del ADN o Ácido Desoxirribonucleico, pero el más frecuente y solicitado en los actuales momento es el estudio de paternidad, y lo es por cuanto siempre es concluyente y no da margen a error.

2.5.1 ¿En qué Consiste el Examen de ADN?

El examen del ADN consiste en un estudio de los marcadores genéticos moleculares, en este caso del menor, en el cual se analizan polimorfismos de ADN que son considerados como caracteres hereditarios que se transmiten de padres a hijos siguiendo la leyes de Mendel (50% de la información genética procede de cada padre), por lo que la prueba se basa en el análisis del perfil genético de las distintas personas que integran la investigación y la comparación de los mismos. Por ejemplo, en el caso más sencillo, si realizamos una prueba de paternidad entre tres individuos: la madre (que se supone cierta), el hijo y el padre, primero comparamos el perfil genético del hijo con el de la madre, y los alelos (copias de un gen); que no comparte con ella habrán sido transmitidos y estarán presentes en el padre biológico.

Nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia, dentro de su articulado, y en base a la jurisprudencia que se ha dado, hacen relación al ADN como el mecanismo idóneo para establecer la paternidad de una determinada persona respecto de otra. Encuentra en él, el asidero para poder obligar a una prestación de alimentos, ya sea real o presunta, es decir, la ley otorga la facultad para que el Juez ordene que se practique el examen de ADN al presunto padre o madre, siempre y cuando esta prueba haya sido solicitada por la parte procesal correspondiente; en el caso de hacérsela y salir positiva, o en el caso de negarse a efectuársela se lo tendrá como presunto padre y será obligado por el ministerio de la Ley a prestar una pensión alimenticia. Hay que dejar en claro, que este artículo lo que procura es una prestación efectiva e inmediata de alimentos por presunción, mientras no se haya realizado el examen de ADN por dos ocasiones o no haya emanado de él un resultado positivo de paternidad, el Juez, no puede declarar la paternidad.

Las muestras para la tipificación del ADN pueden provenir de cualquier tejido del cuerpo (pelos, huesos, saliva, esperma, piel, órganos, etcétera). En la actualidad no es necesaria la punción venosa para extraer sangre, y el método que se va imponiendo es la determinación del ADN por hisopado de la mucosa bucal, que permite obtener miles de células mediante un suave raspado –de escasos minutos- de la parte interna de la mejilla. La obtención de la prueba, entonces, es mucho menos invasiva para el cuerpo de la persona –al no requerir utilización de agujas-, por lo que el procedimiento no puede calificarse como traumático.¹⁶

2.5.2 Invalidación de la Prueba de ADN

Tanto doctrinarios como médicos legales han considerado que, para evitar que la prueba de ADN se invalide es necesario:

¹⁶ Verruno –Haas- Raimondi –Legaspe, **Manual para la investigación** de la filiación, p. 57; Citado por Devis Hechandía Hernando. (2002).”*Teoría General de la Prueba Judicial*”. Colombia; Temis, páginas 87; Chieri Primarosa, Zannoni Eduardo A. (2001). *Prueba del ADN*. Buenos Aires: ASTREA, páginas 26.

- Vigilar siempre la cadena de custodia.
- Vigilar la correcta toma de muestras.
- Pedir el consentimiento informado a todos los actores.
- Controlar la identidad de los que acuden a la prueba.
- Realizar los procedimientos en el tiempo estipulado en la ley.
- Buscar peritos médicos idóneos, calificados y acreditados.
- Firmar el acta de posesión del perito en todos los casos.
- Trabajar con especialistas en genética molecular y forense.
- Verificar que en todos los informes haya los criterios estadísticos respectivos que garanticen la certeza de los resultados.
- Evitar los juicios de valor de los peritos.
- Utilizar métodos y criterios científicos objetivos.
- Solicitar el control de calidad internacional a cada laboratorio que realice este tipo de exámenes.
- Solicitar la prueba a los laboratorios con la tecnología más avanzada.
- Garantizar la transparencia en los procesos.
- Garantizar el debido proceso.

2.5.3 Probabilidad y Certeza de la Prueba de ADN

Los conceptos dados a lo largo de la historia establecen que la probabilidad es el cociente entre el número de casos en que puede darse un suceso y el número de casos posibles, siempre que estos sean verosímiles y mutuamente excluyentes. Ej.: Si lanzamos una moneda al aire, la posibilidad que caiga cara es de 1 en 2, esto es de 0,5 o del 50%. Actualmente, se la define como el grado de creencia o de persuasión; en el examen de ADN como el grado de certeza de la prueba. En todos los casos la probabilidad no es más que una medida de verosimilitud que superpone un sistema numérico a los juicios comparativos del sentido común, faltos de estructuración.

2.5.3.1 Inclusión a Posteriori

Científicamente se habla del término probabilidad de inclusión a posteriori Y esta es la probabilidad de que un determinado individuo pueda ser el presunto padre de un determinado niño comparado con el resto de la población, luego de la realización del examen de ADN, partiendo de una probabilidad a priori de 0,5. Este valor debe alcanzar un valor de 0,9999 o del 99,99 %, si el análisis resultara en inclusión de tríos completos (padre, madre e hijo), del 99,999 % si se tratara solo de presunto padre e hijo(a). Es a esto que se denomina Probabilidad de Paternidad.

Se llama Inclusión, cuando luego de realizado el análisis de ADN se encuentra que en los marcadores genéticos del hijo existe la presencia de un alelo del presunto padre (AOP, alelos obligados paternos). Cuando en todos los marcadores genéticos analizados hay inclusiones, se afirma que ese caso es positivo para paternidad.

Se llama Exclusión, cuando en los marcadores genéticos del hijo no se encuentra ningún alelo del presunto padre (alelos excluyentes). Son suficientes tan solo dos exclusiones para descartar la paternidad.

2.5.4 Exámenes realizados en la Cruz Roja Ecuatoriana

Los exámenes que se efectúan en la Cruz Roja Ecuatoriana –principal lugar acreditado para la realización de los exámenes de ADN-, dentro del formato de informe establecen que; su objetivo es establecer la posibilidad de que exista vínculo biológico entre el señor X y el menor Y, hace una descripción de los intervinientes en el examen –padre, madre y menor-, de igual forma, hacen mención del método empleado para examinar la compatibilidad, luego de lo cual exponen el resultado del examen y emiten sus conclusiones. Es interesante destacar que no obstante el porcentaje de certeza del resultado –positivo o negativo- 99%, en las conclusiones los peritos utilizan la expresión de que el resultado “NO EXCLUYE” al señor X como padre posible del menor

X, es decir, el informe en sí mismo no es incluyente, lo que lo hace incluyente es la valoración que le da el Juez.

2.5.5 Procedimiento para la realización del examen de ADN

El procedimiento para la realización de la prueba de ADN inicia en el juicio, las partes pueden solicitar se efectúe la prueba de ADN en determinada persona para efectos de proteger los derechos de un menor, al momento del Juez ordenar la evacuación de la prueba –entendiéndose que se tiene los recursos por capital propio o por los fondos del Consejo de la Judicatura creados para el efecto-, señalará día y hora para que concurran los sujetos al examen de laboratorio debidamente registrado –al momento de ir al laboratorio lo deberán hacer con sus respectivos documentos de identificación-, una vez en el laboratorio, siguiendo los procedimientos establecidos –todos deben guardar el más absoluto celo respecto del trabajo que realizan-, se toma la muestra sanguínea para la realización del examen y posterior resultado.

2.6 DE LA CUANTÍA DE LA OBLIGACIÓN Y DE LAS NECESIDADES DEL ALIMENTARIO

Es necesario dejar aclarado que para determinar las necesidades del niño(a) o adolescente debemos tener en consideración de forma inicial la edad del mismo. Como ha quedado establecido previamente la edad del niño(a) se da por medio de la respectiva inscripción o partida de nacimiento que conste en el Registro Civil; la prioridad de establecer la edad es por motivos de determinar qué tipo de necesidades puede llegar a comprender su manutención. Lo expresado se explica por cuanto la lógica simple induce al pensamiento de que no van a ser iguales las necesidades de un niño de 3 meses que las de un niño de 6 años o de 10 o de 15. Así mismo, para el efecto de establecer el monto de la obligación y las necesidades del alimentario debemos examinar el caso concreto, por cuanto, si el menor padece de alguna complicación médica, ya sea física o psicológica, ésta deberá tenerse en consideración al momento de fijarse la pensión.

Así, tenemos que para determinar el monto de la obligación y las necesidades del niño(a) o adolescente deben presentarse al Juzgado en la respectiva etapa probatoria:

Todos aquellos comprobantes, valga la redundancia, que demuestren los gastos en los que se ha incurrido para la manutención del niño(a) o adolescente, sean de alimentación, de estudios, de medicinas, de tratamientos para su correcto desenvolvimiento y desarrollo. Se deben presentar en caso de estar en guardería, jardín, escuela o colegio, los comprobantes de pago que se hubieren efectuado por los servicios prestados.

En caso de presentar un cuadro clínico específico que necesite atención especializada y por ende un gasto económico constante, se debe presentar certificados de los médicos tratantes que den fe de los padecimientos del menor.

Para este tipo de circunstancias –cuadro clínico- se puede solicitar la práctica de un examen pericial, que permita comprobar o desmentir lo aseverado por la parte reclamante. De igual forma, las prácticas periciales pueden ser pedidas sobre los documentos que las partes llegasen a presentar en caso de mostrar algún tipo de inconsistencias.

Las necesidades especiales que deben probarse documental y pericialmente son las relacionadas más que todo con la salud del niño(a) o adolescente, o algún tipo de atención específica que necesite, ya sean relativas a la salud o generales, se las prueban mediante exámenes médicos, los mismos deben justificar la necesidad –avaluarla monetariamente-, indicando cuales serían los pasos necesarios para la corrección o para sobrellevarla sin una afección al normal estilo de vida del menor, unas veces estas necesidades son temporales y otras son permanentes, pero tanto unas como otras deberán ser dictaminadas por el correspondiente médico legista.

En caso de no poder presentar documentación por cualquier motivo, son aceptables los testimonios de las personas que directa o indirectamente hayan tenido conocimiento de la necesidad de un gasto en el que se incurrió para la manutención del niño(a) o adolescente. Los testimonios deben ser creíbles y comprobables en la medida de lo posible, aunque no sea una prueba contundente.

Para una correcta apreciación de la prueba, a más de las que se lleguen a presentar por la demandante, el Juez debe poner especial énfasis al entorno, que, previo al inicio de la acción, ha estado viviendo el niño(a) o adolescente, debe retrotraerse en el tiempo hasta que su sana crítica le permita determinar cuáles han sido las reales necesidades que el niño(a) ha venido presentando a lo largo de su edad.

Respecto al monto de la obligación, es necesario aclarar que la obligación del alimentante es individualizada, en el sentido de que aunque la madre tenga más hijos, mientras éstos no tengan como padre al alimentante, la única alimentación a la que está obligado es a la de su hijo, en el monto a pagarse no deben ser considerados los gastos de ninguna otra persona que no sean los propios del niño(a) o adolescente, ni aún los de la madre.

2.6.1 De la Capacidad Económica del Alimentante

Para el caso de las pruebas que demuestren la capacidad económica del alimentante debemos tener en cuenta que la ley permite la apreciación de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, así mismo la ley habla de los recursos presuntivos que se puedan colegir de su forma de vida.

En este punto específico se puede llegar a presentar como medios de prueba - documentales- de la capacidad económica del alimentante:

En caso de ser empleado en relación de dependencia: Los roles de pago del trabajo, en caso de no tener los roles o de que se impugne su legitimidad, se puede solicitar un oficio de parte del Juzgado al empleador o empleadores en el cual se solicite saber el tiempo de trabajo del empleado y el total de la remuneración que percibe.

En caso de ser empleado por honorarios profesionales: Se deben presentar al Juzgado las facturas presentadas para el cobro de sus honorarios, en caso de no poder conseguirlas, bien podría el demandante solicitar al Juez se sirva cursar un oficio al Servicio de Rentas Internas, el cual permita determinar la base de ingresos declarada para la deducción o pago de impuestos.

A más de conocer los ingresos que una persona tiene, para efectos de poder determinar su capacidad de pago, se puede solicitar al Juez curse oficios a las instituciones financieras donde el demandado tenga cuentas a su nombre, así mismo es necesario enviar oficio a las instituciones emisoras de tarjetas de crédito (hay ocasiones en que las personas no guardan mucho dinero en el banco o no dejan huellas de sus ingresos mediante facturas o notas de ventas, pero por lo general la capacidad de pago de una persona se podrá determinar con los pagos que efectúe a una o varias tarjeta de crédito mensualmente).

En el mismo camino de determinación de ingresos se debe solicitar al Juez un oficio para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la finalidad del mismo es conocer si el accionado está afiliado y qué personas, naturales o jurídicas lo tienen afiliado y cuáles son las remuneraciones constantes como recibidas.

En cuanto a las pruebas periciales se puede solicitar una inspección al domicilio del demandado, a sus empresas o a sus locales, que permita determinar las condiciones socio-económicas (nivel de vida) en que vive el accionado; o un informe socio técnico a la Oficina Técnica ya que la mayoría de jueces no admiten la prueba de la inspección judicial.

Respecto de las pruebas de testigos se pueden considerar los testimonios de aquellas personas que conozcan de forma directa o indirecta de la capacidad económica del demandado, de aquellos que puedan dar fe del tipo de vida que está acostumbrado a llevar y de los egresos que realiza frecuentemente.

Se considera que para determinar la capacidad económica del alimentante, el Juzgador debe ser lo más estricto posible en la prueba, no dejarse llevar ni por las afirmaciones de las partes. La intención del legislador es que el menor en ningún momento se encuentre desprotegido, no es su intención actuar arbitrariamente contra el padre, haya o no reconocido a su hijo. Muchas veces los procesos de alimentos, cuya única motivación debería ser la estabilidad económica del niño(a) o adolescente, son escenarios en los cuales la una parte busca dejar sin el mayor sustento posible a la otra, dándose casos en los cuales aunque saben la realidad del alimentante y su capacidad económica piden

montos sumamente elevados en relación a sus posibilidades, no pudiendo avizorar que en caso de que el alimentante no tenga el dinero para cancelar la obligación puede ser compelido mediante el apremio personal, lo cual en ninguna medida podría llegar a solucionar el inconveniente de falta de pago. Existiendo de igual forma por otro lado el hecho de padres de familia que teniendo todos los recursos económicos recurren a argucias legales para establecer una mínima pensión que deben pagar para manutención de los niños(as) o adolescentes, siendo el trabajo del Juez, el llegar al establecimiento de un monto justo de conformidad con las pruebas presentadas y la sana crítica.

2.6.2 La Negativa Injustificada y la Presunción de la Paternidad

Dentro de la introducción a la prueba efectuada en el presente capítulo se ha dejado establecido que hay ciertas presunciones que admiten prueba en contrario y hay también ciertas presunciones que no admiten pruebas en contrario. La presunción de la paternidad es una que admite prueba en contrario, y la única que sirve para los efectos legales es la prueba de ADN.

Se ha dicho que la carga de la prueba en los juicios que buscan el establecimiento de la paternidad está a favor de la demandante (madre) y por ende en contra del demandado (supuesto padre), y la única forma de desvirtuar la prueba es con una contraprueba.

Para entender el principio legal de la presunción de la paternidad, se debe tener en cuenta, que se busca proteger el interés superior del niño, el cual no puede quedar desprotegido ante la negativa injustificada a la práctica de un examen que solo puede tener dos resultados; positivo o negativo. A más de la protección invocada, debe haber un motivo que justifique la negativa a efectuarse el examen, encajando en este caso el popular dicho, que reza, quien nada debe, nada teme; es decir, un examen puede tener dos resultados, si uno está seguro de no ser el padre, la mejor forma de lograr una resolución que respalde esa presunción es la realización de la prueba, caso contrario se establecería la obligación del reconocimiento legal y la prestación de alimentos debidos.

La ciencia médica ha establecido que, el examen de ADN, cuyo resultado tiene noventa y nueve coma noventa y nueve por ciento de posibilidades de acierto, se ha convertido en la prueba esencial que permite tener certeza, no sólo procesal, sino científica, de la existencia o no de la filiación. Es decir, gracias a los avances que permiten la realización de esta prueba científica, se ha podido llegar a unificar la verdad procesal con la real.

Por su lado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones ha señalado que “En el presente caso, si bien se ha solicitado por dos ocasiones la práctica del examen de ADN, e incluso el Tribunal de Menores que ha solicitado nuevamente, como prueba de oficio, sin embargo, no se ha realizado por la inasistencia del demandado. En tal situación y como no ha sido posible obtener la certeza que proporciona el resultado de la prueba de ADN, el Juez de instancia debe analizar aquellas otras pruebas que constan en autos, determinar si la renuencia del demandado a la realización de una prueba de ADN, puede ser considerada como un indicio de prueba en su contra y, finalmente, dictar la sentencia que considere más apegada a la realidad y a la justicia, tomando en cuenta que, en virtud del principio de interés superior del niño, en caso de duda se debe favorecer sus intereses”.

Aparte de la jurisprudencia, la misma ley obliga a la presunción de paternidad en caso de negativa infundada a la realización del examen de ADN, cuando establece que, habiéndose señalado por segunda ocasión fecha para la realización del referido análisis y no se hubiere presentado el sujeto de examen se considerará como presunto padre y se ordenará su inscripción como tal en el Registro Civil.

En este mismo sentido, la misma Jurisprudencia, mediante fallos de triple reiteración que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 1, págs. 29-38, en las resoluciones Nos. 83-99, publicada en el R.O. 159 de 29 de marzo de 1999; 183-99, publicada en el Suplemento del R.O. 208 del 9 de junio de 1999; y, 480-99, publicada en el R.O. 333 de 7 diciembre de 1999, han determinado que las sentencias judiciales dictadas en los juicios de filiación en los cuales no conste haberse

practicado la prueba de ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial pudiendo evidentemente ser materia de revisión en caso de darse las circunstancias apropiadas.

2.6.3 Pruebas por Indicios

La voz latina *indicium* es una derivación de *indiciare*, que significa indiciar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste.

En el ámbito de la Niñez y la Adolescencia los indicios que puedan llegar a servir como medios de prueba pueden ser el comportamiento que haya tenido un presunto padre con el hijo en forma pública, o su trato como tal en los lugares públicos, de igual manera lo pueden ser fotos que demuestren una relación afectiva entre los presuntos padre e hijo.

En las reformas introducidas al Código de la Niñez y Adolescencia ya no constan las pruebas por indicios que le servían al Juez para determinar las necesidades del alimentario y la capacidad económica del alimentante, se debe en tal caso recurrir a pruebas directas y reales que demuestren las situaciones indicadas, tanto de necesidad como de posibilidad.

2.6.4 Pruebas de Oficio

Las pruebas de oficio son aquellas que el Juez, por sí mismo y sin la necesidad de solicitud de ninguna de las partes intervinientes en el proceso las hayan solicitado. Por lo general la práctica de este tipo de pruebas está dada por la importancia que las mismas pueden representar dentro de un proceso. En el caso del proceso de menores la práctica de las pruebas de oficio se encuentra más seguido si se lo compara con otros tipos de proceso de naturaleza civil.

La ley permitía que el Juez practique todo tipo de pruebas de oficio, más aún cuando se trata de establecer las necesidades del menor y las capacidades

económicas del alimentario. Se da por la práctica y el conocimiento que la experiencia les da a los magistrados para poder conocer y reconocer en qué momentos son necesarias cierto tipo de pruebas, ya sean oficios, declaraciones o presunciones. Pero con la expedición de las últimas reformas hechas al Código de la Niñez y la Adolescencia se elimina esta facultad del Juez de pedir y practicar pruebas de oficio.

En el presente capítulo se concluye que las pruebas más importantes dentro del proceso contencioso general de alimentos son aquellas relativas a confirmar o descartar la relación de filiación de los supuestos padre o madre, así como las necesidades del alimentario y la capacidad económica del alimentante y cualidades especiales del niño; sobre la base de lo cual el Juez fijara una pensión alimenticia.

Con la aparición de la prueba del ADN para determinar la filiación entre los individuos se ha dejado sin valor alguno a otras pruebas que pretendan demostrar la paternidad o maternidad, incluso las pruebas testimoniales que se intentan reproducir para este fin, se han vuelto obsoletas y tienden a desaparecer.

Con la prueba de ADN es posible determinar la filiación con precisión casi absoluta y por ser el interés superior del niño un principio consagrado en normas constitucionales en donde se establece que sus derecho prevalecerán sobre los de los demás, en concordancia con lo que disponen tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, como la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al ser estas normas de orden público cuyo cumplimiento interesa a toda la sociedad, es lógico que se descarten otras pruebas que intenten contradecir la filiación establecida por la prueba del ADN y así dilatar el proceso, y considerando el valor que se le ha dado en las últimas reformas hechas al Código de la Niñez y la Adolescencia en el que se establece que practicada esta prueba con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en la ley.

Actualmente a la prueba del ADN se la tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad y que no será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas; de ahí la relevancia de esta prueba.

Pero es esencial que la prueba del ADN se haya actuado para tener validez dentro del proceso contencioso general, luego de haber sido solicitada, ordenada y practicada dentro de la etapa probatoria previo el cumplimiento de todas las formalidades impuestas por la ley, además existen fallos de triple reiteración que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante, en el sentido de que las resoluciones judiciales dictadas en los juicios de filiación en los que no conste haberse practicado la prueba del ADN, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial.

Así, que tanto la accionante como el demandado deberán probar una vez que haya quedado establecida la paternidad, tanto las necesidades del alimentario, como la capacidad económica del alimentante respectivamente, y una vez que hayan sido evacuadas dichas pruebas, el Juez deberá confrontarlas y apreciarlas en conjunto de la mejor manera posible y después decidir su fuerza probatoria; el proceso contencioso general de alimentos es esencialmente el arte de administrar las pruebas y de ahí su gran importancia ya que en todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin.

Ahora bien, en el siguiente capítulo se explicará la forma en que son evacuadas estas pruebas en el proceso contencioso general y se analizará si en la práctica se cumple lo que se dispone en la teoría.

CAPÍTULO III

3 EVACUACION DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

CONTENCIOSO GENERAL

3.1 DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE EVACUACION DE PRUEBAS

Se ha dejado establecido en el capítulo anterior que la expresión prueba, es un término generalmente utilizado para designar a los distintos medios o métodos con los cuales pretende acreditarse la existencia de un hecho o de un derecho; y que, judicialmente hablando, de conformidad con lo expresado por el tratadista Hernando Devis Echandía,¹⁷ la prueba constituiría el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden o pretenden emplearse para que el Juez llegue a la convicción sobre hechos que interesan al proceso.

Al tratarse los procesos de alimentos (padres-hijos), procesos de naturaleza civil, los hechos y derechos sujetos a prueba son aquellos que han sido afirmados y/o negados respectivamente por las partes intervinientes.

Es necesario tener en consideración que la evacuación de las pruebas en el proceso de alimentos ha sufrido modificaciones mediante la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio del 2009.

¹⁷Zavalía, Víctor. de Buenos Aires, 1970, t.I, p. 15. Citado por Devis Hechandía Hernando. (2002).”**Teoría General de la Prueba Judicial**”. Colombia: Temis, páginas 623.

Así pues, se cree necesario como antecedente dejar establecido someramente lo que contemplaba el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia previamente a la reforma del 28 de julio del 2009.

De forma general, la sección segunda del Capítulo IV, de los Procedimientos Judiciales, en cuanto al Procedimiento Contencioso General establecía: “Art. 271.- Materias a las que se aplica.- Las normas de la presente sección se aplicarán para la sustanciación de todos los asuntos relacionados con las materias de que trata el Libro Segundo, las del Libro Tercero cuya resolución es de competencia privativa del Juez de la Niñez y Adolescencia y en las cuales una persona legitimada activamente plantee una pretensión jurídica.”

El artículo citado disponía el procedimiento para determinar las personas a las que se debían alimentos y las pruebas que las partes debían presentar, así como el procedimiento para hacerlo; el cual se sujetaba a los artículos subsiguientes al 271.

Los artículos subsiguientes al 271, especialmente el 273, 274 y 275 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establecían el procedimiento a seguir una vez que había sido calificada y notificada legalmente una demanda para reclamar alimentos.

En forma simplificada se podría establecer que el procedimiento anterior ordenaba que: una vez que se calificaba la demanda, ésta debía ser citada en debida forma al demandado, luego de lo cual, se debía llevar a efecto la audiencia de conciliación y de contestación a la demanda, para cuya fijación no se establecía un plazo máximo, debiendo sujetarse supletoriamente a lo dispuesto por la Codificación del Código de Procedimiento Civil, era en esta audiencia, que debía ser conducida personalmente por el Juez, que se procuraba una conciliación, luego de la cual en caso de concretarse se daba paso a la resolución, caso contrario, se escuchaba las réplicas y contrarréplica de las partes, y se fijaba fecha para la audiencia de prueba, la misma que debía efectuarse de 15 a 20 días posteriores a la audiencia de conciliación, como en éste supuesto no había conciliación entre las partes, el Juez dictaba una resolución provisional.

En las reglas del procedimiento derogado, era en la Audiencia de Prueba, donde las partes presentaban los medios probatorios que hubieren sido oportunamente enunciados, ya sea exámenes de testigos, los cuales podían ser interrogados directamente por las partes, informes técnicos, sobre los cuales se podía pedir aclaración o ampliación debidamente fundamentada. Una vez concluida la exposición de la prueba, los defensores, en orden del actor primero y el demandado segundo, podían hacer uso de la palabra para sus correspondientes exposiciones sobre las pruebas rendidas. El término probatorio en el anterior procedimiento podía llegar a tener una extensión de hasta cinco días término como máximo, lo aquí dicho se establece por cuanto la ley permitía el receso de la audiencia de prueba hasta por cinco días hábiles de conformidad con la extensión de la prueba. Era única y exclusivamente después de esta audiencia que el Juez dictaba su auto resolutorio, para el cual tenía incluso cinco días posteriores a la finalización de la misma.

Se considera que era una adecuada forma para tramitar el proceso de alimentos al que tienen derecho los menores, no se menoscababa por el hecho de haber dos audiencias ningún principio procesal ni constitucional, respetaba el hecho del debido proceso y otorgaba un tiempo prudencial a las partes para la recopilación de pruebas que pudieren reforzar sus argumentos, ya como parte actora o ya como parte demandada.

Para una mayor explicación de lo manifestado, debemos expresar que lo adecuado para que el Código de la Niñez y de la Adolescencia funcionara, adecuadamente era el incremento de personal –jueces, secretarios y amanuenses- para que se pudiera cumplir con los plazos que estaban previstos anteriormente, y un Consejo de la Judicatura que realice efectivamente su trabajo, por cuanto el anterior proceso ya era sumario y proteccionista para con el niño(a) o adolescente, de igual forma era adecuado para el tiempo que conllevaba, no es necesario en muchos de los casos so pretexto de salvaguardar el derecho de los niños(as) o adolescentes –no se está diciendo que no sea importante– minimizar los tiempos procesales, pudiendo conllevar consabidas consecuencias por la mala estructura judicial de la cual estamos dotados.¹⁸

¹⁸ Farith, Simón (2007) Derechos de la niñez y adolescencia. De la convención de los derecho del niño a las legislaciones integrales. Tomo I, II. Editorial Jurídica Cevallos.

La prueba más clara de lo manifestado es que tanto en el anterior como en el actual procedimiento para la imposición de alimentos – se emplea la expresión imposición por cuanto es el Juez quien mediante providencia impone una carga al padre que no la ha asumido de forma voluntaria-, era en la etapa inicial del proceso en donde se fijaba una pensión provisional – ahora definitiva, que protegía de forma directa e inmediata los derechos del niño(a) o adolescente.

Ya entrando en el tema propio de la prueba y su trámite en base a lo dispuesto por la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio del 2009, esta ha sido modificada, por cuanto no obstante que, en el Art. Innumerado 45 establece: “Normas Supletorias.- En todo lo no previsto en esta sección, se aplicará el Procedimiento Contencioso General, descrito en el presente código y a falta de éste las disposiciones del Código de Procedimiento Civil”, la realidad es que la prueba, su realización y apreciación dentro de la audiencia única no dan lugar para que se emplee en forma supletoria las disposiciones del procedimiento general contencioso.

La Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia al contrario de lo establecido en el antiguo procedimiento, elimina la existencia de dos audiencias y abrevia el proceso al establecer la necesidad de una sola llamada “audiencia única”, dentro de la cual se efectúa tanto la contestación a la demanda como la exposición de los mecanismos probatorios que han sido previamente enunciados.

Para el adecuado desarrollo de esta “audiencia única”, el nuevo procedimiento establece que las pruebas deben haber sido anunciadas anteriormente, esto implica que, teóricamente, las partes deben saber de antemano las pruebas que la otra parte pretende que surtan efectos dentro del proceso.

Así, la obligación de la parte actora es anunciarlas en su demanda, en el formulario que para el efecto debe emitir el Consejo de la Judicatura, mientras que, por su parte, el demandado, de conformidad con la presente ley, debe anunciarlas hasta 48 horas antes de la audiencia única.

Lo que procura una ley nueva es precautelar los derechos de las personas respetando el debido proceso y corrigiendo aquellas falencias, que por el empleo, del procedimiento se hayan podido descubrir, así, como alivianar la carga del sistema que por falencia de personal o presupuesto se puedan suplir, procurando la celeridad necesaria en el acceso a la justicia, se hace necesario destacar que en cuanto al anuncio de las pruebas que deben cumplir las partes en el proceso se sigue manteniendo la posibilidad de que esa anunciación previa sea meramente formal; es decir que, haciendo una interpretación de la ley, en vez de enumerarlas taxativamente, se diga que se hará uso de aquellas que la ley contempla, como en ciertos casos se han presentado, sin que los mismos signifiquen violación a la ley.

3.1.1 Fases de la Audiencia Única

La audiencia, tanto en la teoría como en la práctica es una sola, solo que para efectos de aprendizaje y explicación se puede decir que se divide en etapas, las cuales son en su orden: 1) Comparecencia de las partes, 2) Exposición del Juez respecto de las obligaciones que incumben la prestación de alimentos, 3) Contestación a la demanda por el accionado, 4) Búsqueda de conciliación entre las partes, 5) Exposición de las pruebas de parte del demandante, 6) Exposición de pruebas de parte del demandado, 7) Alegato del accionante, 8) Alegato del accionado y 9) Resolución del Juez.

Se establece que en la realidad no hay etapas dentro de la audiencia única, por cuanto es un único acto procesal -el cual dentro del nuevo procedimiento no admite suspensión-, por la alternabilidad de la intervención de las partes, y por la inmediación procesal, se pueden llegar a distinguir distintos momentos en la misma, los cuales por sí mismos no llegan a constituir etapas.

3.1.1.1 Comparecencia de las Partes

La comparecencia de las partes está dada por la asistencia de las mismas al acto procesal -audiencia única-, para el efecto deben haber sido notificada y citada respectivamente, ahora bien, la falta de comparecencia a la Audiencia configura el hecho de que la resolución provisional se

convierta en definitiva, y establece un juzgamiento en rebeldía. Por otro lado, debemos tener en cuenta que el mayor justificativo para no presentarse a una audiencia es la falta de citación o notificación con la respectiva boleta. El otro justificativo para la falta de comparecencia, en este caso de las dos partes, esta dado cuando ha sido solicitada la suspensión de la misma, lo cual solo puede darse por el mutuo acuerdo de las partes y hasta por un término máximo de tres días, la suspensión debe solicitársela al Juez en su debida oportunidad –hasta antes de la instalación del acto procesal-.

3.1.1.2 Exposición del Juez respecto de las Obligaciones que Incumben la Prestación de Alimentos

Dentro del procedimiento de una audiencia se establece una especie de información de las obligaciones de las partes. Esta modalidad debía ser incluida hace ya mucho tiempo, la obligación legal de la misma incumbe el hecho de que el Juez debe informar a las partes sobre las normas que rigen las pensiones alimenticias, subsidios y beneficios, y en especial al demandado sobre aquella coacción legal de proveer alimentos y cubrir todas las necesidades que la ley abarca, así como, los alcances en caso de cumplimiento o incumplimiento.

3.1.1.3 Contestación a la Demanda por el Accionado

Luego de la presentación de las partes ante el Juez y de la información inicial que este último les proporciona respecto a derechos y obligaciones, viene el momento de la intervención de las partes, que por motivos de agilidad y eficacia, sobre todo respeto de los derechos, se ha dispuesto que se inicie por parte del demandado, por cuánto éste, con la citación de la demanda, conoce ya de las pretensiones del accionante.

En este orden, le compete al demandado responder por las pretensiones que están contenidas en el libelo inicial –formulario del Consejo de la Judicatura-, generalmente en los procesos –sea cual fuere su naturaleza-

cuando no se pretende llegar a una conciliación, lo que se hace es negar las pretensiones de hecho y de derecho, la negación puede ser total o parcial. La contestación a la demanda no implica la exposición de los motivos jurídicos para la misma, es una mera “contestación”, solo requiere el pronunciamiento ya sea afirmativo o negativo.

3.1.1.4 Búsqueda de Conciliación entre las Partes

Uno de los fines primordiales del sistema de justicia es propender a la conciliación, el buscar el resultado amigable entre las partes y sus pretensiones; no resulta de ninguna forma contradictorio ni mucho menos, habiendo las partes concurrido o puesto en marcha la acción judicial para buscar la defensa de sus derechos, una vez iniciada, se opte por la conciliación, buscando reducir el estancamiento procesal que el exceso de acciones produce y aliviando los costos procesales en los cuales se incurren con la tramitación propia de cada caso, considerando el desgaste de los recursos humanos, las relaciones sociales entre las partes y el tiempo que puede tomar la decisión judicial.

3.1.1.5 Exposición de Pruebas por Parte del Actor

La exposición de las pruebas –cuando no ha existido una conciliación por reconocimiento de pretensiones entre las partes-, es el momento más importante de la audiencia única, ya sea que la efectúe el actor o el demandado, es el momento en el que se emplean los medios probatorios de los que la ley asiste a las partes.

Las pruebas expuestas por la parte demandante estarán destinadas a demostrar la relación parento-filial entre el niño(a) o adolescente y el demandado, así mismo, buscará demostrar e identificar la capacidad económica del demandado, como el monto al cual ascienden las necesidades del niño(a) o adolescente, teniendo en consideración la edad y las características especiales de cada caso.

Dentro de este tipo de pruebas, pueden considerarse, para el caso de la relación filial, los siguientes:

- a) Documentos públicos o privados que tiendan a reconocer la relación padre-hijo, tales pueden ser declaraciones juramentadas, la partida de nacimiento, la inscripción de nacimiento en el registro civil – debidamente firmada por los padres-, cédula de identidad;
- b) Declaraciones de testigos, que puedan dar fe de la relación existente entre ellos y del reconocimiento tácito que por el tratamiento y la manutención que a un hijo le haya venido prestando.
- c) Solicitud del examen de ADN, prueba irrefutable respecto de la línea sanguínea que emana derechos y obligaciones –la cual debe ser solicitada en la audiencia única y su práctica debe ser dispuesta por el Juez–, de igual forma, al momento de solicitar la práctica del examen de ADN debe solicitarse que se agregue al expediente el futuro resultado y que se tenga como prueba a favor del solicitante el mismo.
- d) Resultados del examen de ADN, que de conformidad a los procedimientos establecidos en la ley, emanen un resultado, sea éste positivo o negativo, en torno a las pretensiones de la parte actora.

Para la demostración de las necesidades del niño(a) o adolescente:

- a) Principalmente en este punto, lo que se busca comprobar son los gastos en los que se ha incurrido y que son necesarios para la mantención del niño(a) o adolescente, para ello son necesarios los comprobantes de pago o recibos, que pueden provenir de vestimenta, alimentación, alojamiento, educación, atención médica o exámenes especiales, y el estilo de vida del niño(a) o adolescente, que aunque no es esencial, si es contemplado en relación a aquel en que se ha venido desarrollando o aquel en el que el padre le podría proporcionar. Es

necesario aclarar que los gastos deben estar relacionados a las necesidades del niño(a) o adolescente.

- b) Para el caso de demostración de necesidades especiales se deberá realizar las respectivas pruebas médicas que comprueben el estado especial del niño(a) o adolescente y los gastos que las mismas puedan representar en el presente mediato e inmediato del niño(a) o adolescente.

Para la demostración de la capacidad económica del padre:

- a) Serán las determinantes para la fijación de pensión del menor, van ligadas al monto de remuneración al cual tiene acceso el demandado, puede ser demostrada mediante los roles de pago, confesiones judiciales de las personas que tengan conocimiento de sus ingresos, documentos que muestren su nivel de vida, propiedades, bienes muebles y demás que permitan determinar un ingreso sustentable y fijar una pensión cuantitativamente justa tanto a las necesidades del niño(a) o adolescente como a los intereses del padre.

3.1.1.6 Exposición de Pruebas por Parte del Demandado

Al igual que en el caso de la exposición de pruebas de parte de la accionante, la exposición de las pruebas –cuando no ha existido una conciliación por reconocimiento de pretensiones entre las partes-, es el momento más importante de la audiencia única, ya sea que la efectúe el actor o el demandado, es el momento en el que se emplean los medios probatorios de los que la ley asiste a las partes –la audiencia es el momento donde lo que se aporte, se convierta en prueba a favor del que lo hace-.

Las pruebas expuestas por la parte demandada en caso de negar las pretensiones de la demanda, estarán destinadas a demostrar la falta de relación parento-filial entre el menor y el demandado, así mismo, en caso

de no poder demostrar falta de relación parento filial, buscará demostrar e identificar su capacidad económica, así como el monto al cual ascienden las necesidades del niño(a) o adolescente, teniendo en consideración la edad y las características especiales de cada caso.

Para el caso de la relación filial, se pueden tener como pruebas:

- a) Documentos públicos o privados que tiendan a desconocer la relación padre-hijo, tales pueden ser declaraciones juramentadas -dependiendo del caso buscarán establecer que el presunto padre nunca tuvo una relación con la madre o que habiéndola tenido, le fue imposible tener acceso a ella en la época en la que se hubiera generado la concepción-, la partida de nacimiento que lo reconozca como hijo de otra persona, la inscripción de nacimiento en el Registro Civil que no conste él como su padre sino otra persona, y la cédula de identidad;
- b) Solicitud del examen de ADN, prueba irrefutable respecto de la línea sanguínea que emana derechos y obligaciones: y,
- c) Resultados del examen de ADN, que de conformidad a los procedimientos establecidos en la ley, emanen un resultado ya positivo o ya negativo respecto de sus afirmaciones.

Para la demostración de las necesidades del menor –en caso de ser padre y procurar establecer cuáles serían realmente los requisitos para un aceptable nivel de vida-:

- a) Principalmente en este punto lo que se busca comprobar son los gastos necesarios para la mantención del menor, para ello buscará establecer las necesidades en función de la edad, educación, alimentación, vivienda, salud –esta última puede ser general o específica. Al procurar proteger su beneficio personal, el demandado buscará que todos los gastos estén íntimamente relacionados al menor y a las necesidades que a su edad se presentan.

- b) Para el caso de demostración de necesidades especiales, solicitará que se realicen las respectivas pruebas médicas que comprueben el estado especial del menor y los gastos que las mismas puedan representar en el presente mediato e inmediato del niño(a) o adolescente.

Para la demostración de la capacidad económica del demandado:

- a) Serán las necesarias y determinantes para la fijación de pensión del menor, van ligadas al monto de remuneración al cual el demandado aducirá tener acceso, puede ser demostrada mediante los roles de pago, documentos que muestren su nivel de vida, propiedades, bienes muebles y demás que permitan determinar un ingreso sustentable y fijar una pensión cuantitativamente justa tanto a las necesidades del niño(a) o adolescente como a los intereses del padre.

3.1.1.7 Alegatos

El alegato es un informe en derecho, el mismo consiste en presentar de forma resumida ante el Juez una aplicación entre el derecho y las pruebas presentadas y como la combinación de ambas respaldan la posición que uno defiende, básicamente es un resumen que pretende ayudar al Juez a tomar la decisión final refrescando las pruebas pertinentes que han sido presentadas y que constan respaldadas dentro del proceso.

3.1.1.8 Resolución del Juez

La resolución es la decisión que el Juez toma respecto del asunto o asuntos principales del juicio, en la misma se debe decidir acerca de la pensión alimenticia definitiva, el pago de costas judiciales, honorarios del abogado/a y todos los gastos en que el actor o actora hubiere incurrido por falta de cumplimiento en la obligación del demandado. Respecto del procedimiento anterior la resolución del Juez no ha cambiado, la misma se la hace en base a la valoración de las pruebas que las partes han aportado oportunamente al proceso.

La resolución está dada en base a las pruebas que las partes hayan presentado debidamente durante la tramitación del proceso. Es interesante destacar el hecho de que con la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio del 2009 la prueba de ADN adquiere aún mayor fuerza dentro de lo que a respaldo a una decisión –sentencia- se refiere, estableciéndose que por sí misma, y en tanto y en cuanto haya cumplido con los requisitos legales para su práctica, se considerará como suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad, inadmitiendo cualquier tipo de dilaciones que sobre la misma se pretenda plantear a no ser que las mismas traten sobre violaciones en los procedimientos a su realización.

Un punto que llama la atención respecto de otro tipo de procesos, es el hecho de que la resolución que dicta el Juez no causa efecto de cosa juzgada, es decir, puede ser revisada cuando se cumplan los presupuestos necesarios para cada caso, es decir, en el supuesto de la prestación de alimentos, cuando la situación económica del alimentante haya cambiado, la pensión puede subir o bajar, adecuándose a la realidad del momento, o cuando por algún motivo una persona no se ha hecho el examen de ADN y se lo hace posteriormente, la resolución que declaraba la paternidad o maternidad puede ser modificada.

3.1.2 Reproducción de las Pruebas

La reproducción de las pruebas consiste en una revalidación, es revalidar aquellas que han sido presentadas con anterioridad a la vigencia de la etapa probatoria; es decir, en la mayoría de los juicios civiles tenemos que mucha gente acompaña a la demanda documentos tales como títulos ejecutivos o contentivos de obligaciones que reclaman, documentos públicos o privados, diligencias previas, las cuales para surtir efecto dentro del proceso como prueba deben ser reproducidas en su respectiva etapa, caso contrario, por más que consten dentro del proceso, por no haber sido presentadas, pedidas,

ordenadas ni reproducidas dentro de la etapa probatoria, no tendrán valor de prueba.

En el caso concreto de los procesos de alimentos, el nuevo procedimiento establece que la demanda debe ser presentada en un formulario que debe crear el Consejo de la Judicatura, y que en el mismo se deben anunciar las pruebas, así mismo, establece que el demandado debe anunciar sus pruebas hasta 48 horas antes de la audiencia única, este anuncio de las pruebas no implica que se encuentra abierto el término probatorio, y más allá de anunciarlas las partes por motivos de seguridad jurídica y evitar la posibilidad de olvidarlas en el último momento las agregan al proceso y las reproducen en lo que ahora es la audiencia única para que sean tenidas en consideración por el Juez al momento de dictar su resolución.

3.2 ANALISIS DE CUMPLIMIENTO DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LAS AUDIENCIAS DE EVACUACION DE PRUEBAS

Dentro de este punto es necesario tener en cuenta que los principios, medios rectores que buscan dirigir –ideológicamente- los procesos y la intervención que en las distintas etapas las partes desarrollan, no siempre éstos son respetados con la integridad que los abogados quisiéramos.

Esta falta de aplicación en la mayoría de las ocasiones no responde a una intención maliciosa de las partes y mucho menos de la autoridad sancionadora, en ocasiones depende del mismo sistema y las falencias de las que adolece, las cuales van desde la falta de personal, pasando por la falta de presupuesto hasta llegar a la falta de preparación del personal que en los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia labora.

Los más importantes principios dentro de los procesos, sin tener en cuenta la naturaleza de los mismos, son:

3.2.1 Inmediación

Para entender el principio de inmediación debemos considerar la implícita necesidad que una sentencia exige respecto de que el Juez tenga el mayor contacto personal con los elementos objetivos y subjetivos que del proceso obra, se necesita un real conocimiento de parte de quien va a dictaminar sobre un derecho basado en los argumentos que las partes han podido probar a lo largo del proceso, requiere de forma obvia una participación activa del Juez dentro del proceso, para que lo dirija, evitando los excesos en los que las partes puedan incurrir en una determinada oportunidad, tratando de indagar y llevar a la verdad sobre los hechos o por lo menos a aquella que lo convenza sobre el resultado que va a dictaminar.

3.2.2 Oralidad

El principio de oralidad puede llegar a ser muchas veces un mero enunciado, por cuanto ningún proceso del mundo es por completo oral, cabe más la expresión de un proceso mixto, el cual aparte de tener ciertas instancias en las cuales la oralidad es la regla –audiencias- aún mantiene el sistema escrito, anunciación de pruebas, solicitud de sentencia, práctica de ciertas pruebas, etc. Como bien lo expresa el nombre del principio –oralidad-, la misma busca participación directa de las partes dentro del proceso, lo cual se demuestra en mejor medida dentro de la audiencia o audiencias que en un proceso se puedan dar.

3.2.2.1 Concentración de las Pruebas

El principio de concentración de las pruebas está íntimamente ligado con la justicia expedita y sin dilaciones, la oralidad del proceso ayuda a la concentración de las pruebas, la concentración busca reunir la mayor actividad procesal en la menor cantidad de actos posibles, evitando la dispersión.

Dentro del nuevo procedimiento establecido, la audiencia única sería la mayor expresión del principio de concentración, buscando evacuar en una “audiencia única” la mayor cantidad de actos procesales – comparecencia de las partes, contestación de la demanda, elaboración, práctica y reproducción de pruebas y sentencia-.

3.2.3 Cadena de Custodia

La cadena de custodia no es un principio en sí mismo, son pasos que se deben seguir para la correcta ejecución y posterior valoración de cierto tipo de pruebas -las cuales implican exámenes biológicos, morfológicos, peritajes, etc.- ; es decir, son procedimientos necesarios e indispensables para poder tomar como ciertos los resultados.

Por ejemplo, en el caso concreto del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia la cadena de custodia que importa para fines legales es la que se debe respetar en el momento de realizarse los exámenes de ADN.

3.3 ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE PRINCIPIOS JURIDICOS DEL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Como se ha dejado indicado en líneas anteriores, no siempre se cumplen los principios procesales, no obstante lo cual, los cuatro mencionados, son los de mayor cumplimiento. En la audiencia única las partes comparecen y de forma oral hacen sus alegaciones, demostraciones de prueba y peticiones al Juez, de igual forma, pueden presentar las pruebas por escrito, de las cuales se encuentren asistidas y previamente hayan anunciado, concentrando en ella lo realmente importante del proceso.

Un problema recurrente dentro de nuestro sistema procesal, sin importar la naturaleza del proceso es el cumplimiento del principio de la inmediación por parte del Juez con las partes en la audiencia por la necesidad de que el mismo este presente se durante todo el tiempo que esta dura -lo que no siempre se da-. Este problema

surge por la falta de personal, abarrotamiento de causas y falta de presupuestos que nuestros organismos judiciales presentan, más allá que por falta de voluntad del Juez a estar en la audiencia. Si tenemos en cuenta que en un mismo día pueden haber entre cinco o seis audiencias y el tiempo que las mismas demoran –teniendo una media de 30 a 45 minutos cada una-, obtendríamos que solo en audiencias se puede llevar casi cinco horas diarias, sin contar los incidentes que puedan presentarse en las audiencias y que las puedan hacer durar mucho más, tenemos que la autoridad sancionadora estaría dirigiendo audiencias todo el día dando menor tiempo al despacho que también tiene, lo cual no es una opción que la autoridad puede dejar pasar.

3.3.1 Principio Constitucional del Interés Superior del Niño

El principio jurídico del interés superior del niño, es una garantía constitucional la cual establece que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán por sobre los de las demás personas, se mirará de forma primaria su bienestar que el de otras personas. No se puede considerar un abuso ni mucho menos por parte de los legisladores el haber incluido un principio reconocido internacionalmente dentro de nuestra normativa rectora, el motivo del principio es la calidad de indefensos y más necesitados que tienen los menores por el mismo hecho de la edad, acompañado a la falta de conocimiento para la supervivencia y falta de ingresos para su manutención.

No obstante, este principio del interés superior del niño, puede decirse que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es abusivo en cierta medida –la facultad de imponer alimentos a los hermanos de los padres o a otros familiares-, pero en la realidad de nuestra sociedad, es el único que logra equilibrar la balanza de la vida a favor de los más necesitados.

3.3.2 Principio Jurídico de que nadie puede ser obligado a someterse a la Prueba de ADN

El principio jurídico que contiene el derecho de no someterse a una prueba de ADN, es el hecho de que nadie puede ser obligado a efectuar algo que no quiera, ni aún al examen de ADN.¹⁹

En este principio se valora la convicción que una persona tiene para actuar de conformidad con su criterio, pero esta convicción –negación al examen- de ninguna forma puede violentar los derechos de las demás personas, en caso de negativa a la realización del examen existen las presunciones que la ley ha establecido para esos supuestos, sería una igualdad a la negativa a realizarse el examen de alcoholemia en un conductor que presuntamente haya ingerido licor, la negativa a efectuarse el examen incumbe igualmente una presunción legal positiva en contra de sus negativas.

La negativa a la realización del examen puede tener distintas motivaciones como religiosas o culturales, no obstante las cuales no pueden dejar en indefensión alguna a las personas, por eso, en caso de negativa a su realización se los tendrán como si fueran resultados positivos presuntos. Las reformas que hemos visto se han dado sin duda alguna para proteger un poco más los derechos de los niños(as) y adolescentes frente a aquellos padres que no los han querido asumir, llevando a un nuevo concepto la celeridad procesal al unificar a una sola la audiencia existente en el proceso, priorizando las pruebas de ADN –de conformidad con el avance de la ciencia y la tecnología– sobre cualquier otra, pero manteniendo ciertos parámetros ya fijados anteriormente como lo son la intención de las etapas procesales y la intermediación de la autoridad –Juez– dentro de ellas.

Merece decirse que por más reformas que se propongan o se promulguen la mejor manera de velar por una adecuada justicia siempre será la capacitación de los profesionales que intervienen en los procesos –Juez, secretario y

¹⁹ Cabrera Vélez, Juan (2007) **Alimentos, legislación, doctrina y prácticas**. Editorial Jurídica Cevallos.

amanuenses–, de igual forma el incremento de personal en las Judicaturas ya existentes, así como el aumento de otros Juzgados de la Niñez y la Adolescencia según las necesidades de los usuarios.

En la práctica los exámenes de ADN se los hacen todos los días de lunes a viernes, pero no solo en el laboratorio de genética molecular de Cruz Roja ecuatoriana con sede central en Quito, si no que tienen tomas de muestra en toda la red territorial en las diferentes sedes de la Cruz Roja a nivel nacional.

Tienen un promedio en el 2009 de 200 casos de paternidad al mes. Los costos varían: judicial 340 dólares, privado 480 dólares.

Van al examen: padre, madre e hijo, o se puede hacer padre e hijo en ausencia de la madre. Además, se realizan maternidades y casos de filiación en los diferentes procesos civiles en lo que hay disputa de alguna herencia. En muchos de los casos no asiste el presunto padre, entregan en promedio unos 300 certificados al mes debido a que el padre no se presenta. Pero también, en el laboratorio se realizan pruebas de paternidad cuando el padre ha fallecido pues se puede obtener información genética de los abuelos paternos; los resultados de los análisis se entregan en un promedio de 15 a 20 días.

En este capítulo se ha tratado sobre cómo se evacúan las pruebas en el proceso contencioso general de alimentos que luego de las últimas reformas realizadas al Código de la Niñez y la Adolescencia se tiende a reducir este tipo de procesos por lo que se concluye que considerando la urgencia de tutelar el derecho de alimentos, tanto la Asamblea Nacional al realizar estas reformas al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, así como, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia al establecer una tabla de pensiones alimenticias mínimas se pretende garantizar que el tiempo para sustanciar el proceso se haga más corto, y privilegiar por sobre todo el interés superior del niño al establecer que las pruebas que se quieran actuar deban evacuarse en una sola audiencia, y que sea en base de ellas, que el Juez de su resolución, parece en teoría muy adecuado ya que se estaría garantizando que se cumplan principios como los de concentración, intermediación, que en los

actuales momentos no se cumplen y el de celeridad, para que la resolución se expida mas rápido.

Sin embargo, en el caso de que dentro de la audiencia única el demandado negare la relación de filiación se encontró con que el juez suspenderá la audiencia por un término de 20 días para que se practique la prueba de ADN, transcurrido este termino con los resultados obtenidos resolverá tanto sobre la fijación de la pensión alimenticia definitiva como sobre la relación de filiación. Por lo que habrá que ver si en la práctica se cumplen en realidad estos tiempos procesales establecidos en las reformas y esperar a que se pueda garantizar a los niños, niñas y adolescentes sus derechos, sobre todo el derecho de alimentos que es tan fundamental para su supervivencia y desarrollo.

Además, se considera que con las reformas se agilizará el proceso contencioso general si son aplicadas con efectividad siempre que los jueces hagan cumplir la ley y no permitan maniobras tendientes a dilatar injustificadamente el juicio, siendo los perjudicados los niños, niñas, adolescentes y sus madres que en la mayoría de los casos son de escasísimos recursos económicos y que por muchos años tienen que padecer un verdadero *viacrucis* para obtener lo que por derecho les corresponde.

Muchas veces, después de tanto esperar, lo único que reciben son pensiones alimenticias irrisorias que no alcanzan para mantener una vida digna.

CAPÍTULO IV

4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

Lo que se ha pretendido con este trabajo investigativo es aportar desde un acercamiento jurídico y una experiencia participativa en las audiencias donde se evacua las pruebas, en el proceso contencioso general de alimentos y se ha logrado un mayor conocimiento del derecho de alimentos y de las pruebas que se practican en este proceso, considerando un análisis de la normativa procesal, la verificación del cumplimiento de los principios constitucionales de tutela judicial efectiva, mediante una revisión histórica de los avances registrados en el Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, en el marco de la Constitución de la República del Ecuador, resaltando los niveles de protección de los beneficiarios del derecho de alimentos, las obligaciones de los padres respecto a hijos y se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- Se puede decir que hay principios respecto de los alimentos que hasta la fecha se siguen manteniendo, como la intransferibilidad de los mismos, la irrenunciabilidad de este derecho de alimentos privilegiado sobre los demás, ya que este derecho es fundamental para sustentar la vida y el normal desarrollo de los menores; se concluye además, que la prueba en el proceso contencioso general de alimentos es como en todos los procesos judiciales en el Ecuador la parte fundamental y sobre la que se basa la decisión del Juez que en estos casos será sobre la filiación disputada, y sobre el monto que deberá pagarse en beneficio de los menores con base a sus necesidades y si se ha comprobado tal filiación conjuntamente con la capacidad económica del alimentante y siempre deberá velarse por el interés superior del niño en todos los casos.

- Efectivamente en este trabajo se destaca la evolución de las reformas en el Código de la Niñez y Adolescencia, mostrando los tipos de pruebas documentales, testimoniales, periciales, materiales disponibles para determinar la cuantía de la obligación. Muchas cosas han cambiado desde el Código de Menores de 1938 -1992 ya que pasa a ser un cuerpo legal mucho más elaborado tanto en lo administrativo como en lo judicial; los Jueces adquieren mayores competencias, antes eran solo potestad de los Jueces de lo Civil.
- Con las últimas reformas hechas al Código de la Niñez y la Adolescencia en su Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio del 2009, el proceso contencioso general de alimentos se vuelve en teoría más expedito, la prueba del ADN sobre todo adquiere mayor importancia, se la manda a practicar una sola vez, pero no se toma en cuenta los tiempos procesales y a la hora de la realización de la Audiencia Única en muchos casos faltará el informe con los resultados de esta prueba tan fundamental, por lo que el Juez no va a tener los suficientes elementos para resolver y tendrá que suspender la audiencia por un término de 20 días hasta contar con los resultados practicados, lo cual hará que se dilate el proceso.
- Con las reformas en el Código de la Niñez y la Adolescencia, viene una interrelación más directa entre las partes, el proceso y el Juez, así, como la agilidad en los procesos para llevarlos con eficacia, ya que con la clara transición al proceso oral por audiencias, en una sola vez, se pretende garantizar el bienestar de los menores a la brevedad posible.
- La perspectiva de esta investigación parte de las pruebas en el proceso contencioso general de alimentos, del que se desprenden detalles del objeto, principios, clases de la misma, así como, de los hechos exentos de prueba en donde los estudios de casos varían de acuerdo a las necesidades de la obligación, concluyen o no el proceso influenciados por aspectos religiosos, culturales y económicos, propios del demandante.

- Luego de una revisión de las clases de pruebas que se evacuan en la audiencia de pruebas, se concluye que la prueba científica del ADN es contundente para determinar la paternidad de una persona, y lo es aún más gracias a las últimas reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia ya que se dispone, que bastará con que esta se practique una sola vez.
- Luego de analizar si se cumplen los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva en los procesos judiciales de alimentos, como son la inmediación, la oralidad, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes instaurados para garantizar protección a los beneficiados, se ha concluido que ellos no se cumplen en la mayoría de los casos, debido a que se comprobó la falta de la presencia del Juez, lo cual es determinante a la hora de resolver y de dictar sentencia.
- Como el Consejo de la Judicatura ya ha elaborado las tablas de pensiones alimenticias mínimas, todas las resoluciones judiciales sobre procesos de alimentos deberán ser apegadas a ella, lo cual es muy conveniente, ya que en muchos casos eran fijadas pensiones alimenticias como a bien tenga el Juez y en ciertos casos eran realmente tan irrisorias que no alcanzaban a satisfacer las necesidades primordiales que conlleva el derecho de los alimentos y en otros casos exageradas.

4.2 RECOMENDACIONES

- Se deben crear imperativamente más Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, para poder garantizar el interés superior que tienen los menores, para lo cual el Estado debe aportar con más recursos de los que actualmente aporta, puesto que con la gran carga laboral que tienen, no se pueden dar abasto para todas las causas que ingresan a diario.
- Se deben crear mecanismos o reglamentos para que se mantenga y no se violente la cadena de custodia en los exámenes de ADN.

- En el ejercicio académico del tema de la investigación, se hace urgente abrir debates, la producción de nueva bibliografía, para tener más publicaciones actualizadas relacionadas con el tema de estudio así como concientizar a los jueces y a la población sobre los derechos constitucionales de los niños y adolescentes.
- El Código de la Niñez y la Adolescencia, ha sido un gran avance en lo que se refiere a garantizar y tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación al Código de Menores, manteniendo cierto parámetros fijados como la intención de la etapas procesales y la inmediación del Juez; ahora es importante, tener buenos profesionales que lleven los procesos, para garantizar una rápida y acertada resolución.
- Según el formato de demandas de alimentos que ha elaborado el Consejo de la Judicatura, ya no se requerirá obligatoriamente la asistencia de un abogado, pero es mejor estar patrocinado por un profesional del derecho, para garantizar una adecuada defensa.
- Se considera muy buenas las reformas realizadas al Código de la Niñez y la Adolescencia, pero habrá que estar atentos para que en la práctica se cumplan, tanto los tiempos procesales allí dispuestos y se pueda garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sobre todo el derecho de alimentos que es fundamental para su normal desarrollo y supervivencia.
- Capacitar continuamente al personal de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia para que atender acertadamente a los usuarios con el respeto y la consideración que se merecen, y no sea una caridad lo que pidan sino el derecho que les corresponde.

BIBLIOGRAFIA

1. Abeliuk Manasevich René. (2000). *“La Filiación y sus Efectos”*. Santiago- Chile: Jurídica de Chile, páginas 149.
2. Albán Escobar Fernando y otros. (s/n).”*Derecho de la Niñez y Adolescencia”*. Ecuador: Sprint, páginas 313.
3. Albán Escobar Fernando. (2003).”*Derecho de la Niñez y Adolescencia”*. Ecuador: páginas 273.
4. Arazi Roland. (1998).”*La prueba en el Proceso Civil”*. Buenos Aires – Argentina: La Roca, páginas 427.
5. Beltrán de Heredia de Onis Pablo. (1958).” *La Obligación Legal de Alimentos entre Parientes”* tomo III. Salamanca: páginas 61.
6. Bentham Jeremy, (2001) **“Tratado de las pruebas judiciales”** Editorial Jurídica Universitaria, S.A. y la Asociación de Investigaciones Jurídicas., páginas 125.
7. Cabrera Vélez Juan Pablo, (2007).”*Alimentos, Legislación, Doctrina Y Práctica”*. Ecuador: Cevallos, páginas 284.
8. Chieri Primarosa, Zannoni Eduardo A. (2001). *“Prueba del ADN”*. Buenos Aires: ASTREA, páginas 203.
9. De Andreis Mahecha Oswaldo.(1979). *“El Indicio, Medio de Prueba”*. Bogotá D.E: páginas 85.
10. De Santo Víctor. (2005).”*La Prueba Judicial”*. Buenos Aires: Universidad S.R.L., páginas 563.
11. Devis Hechandía Hernando, **“Compendio de Derecho Procesal”** Editorial ABC- Bogota 1974, Cuarta Edición, páginas 214.
12. Devis Hechandía Hernando. (2002).”*Teoría General de la Prueba Judicial”*. Colombia: Temis, páginas 623.
13. Dohring Erich. (2003). *“La Prueba”*. Argentina, Valletta, páginas 353.
14. Falcón Enrique. (2003). *“Tratado de la Prueba”*. Tomo I y II. Buenos Aires: Astrea, páginas 819.

15. Farith, Simón (2008). *“Derechos de la Niñez y Adolescencia”*, tomo I y II de la Convención sobre los Derechos Integrales. Ecuador: Cevallos, páginas 356 tomo I y 650 tomo II.
16. Furno Carlo. *“Teoría de la Prueba Legal”* Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, páginas 178.
17. Larrea Holguín Juan Dr. (1985). *“Derecho Civil Del Ecuador”*, Tomo III –Filiación, Estado Civil y Alimentos-“. Quito: Copringt, páginas 407.
18. Larrea Holguín Juan Dr. (2008).”*Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”*. Volumen II –Derecho de Familia-. Ecuador, páginas 437.
19. Mizrahi, Mauricio Luis. (2006).” *Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas”*. Buenos Aires: Astrea, páginas199.
20. Moreno Cora, Silvestre.(2001).”*Tratado de las Pruebas Civiles y Penales”*. México: Jurídica, páginas 112.
21. Regato Cordero Miguel DR. (2005). *“Temas Jurídicos sobre el Código De La Niñez y Adolescencia”*. Ecuador: C.C.E.2005, páginas 139.
22. Romeo Casabona Carlos. (2001).” *Genética y Derecho”*. Madrid: Cevallos, páginas 229.
23. Rosemberg Leo. (2002).”*La Carga de la Prueba”* 2ª edición. Buenos Aires-Argentina: Editores S.R.L, páginas 447.
24. Saltos Espinosa Rodrigo Dr., (2008).”*Juicio De Alimentos De La Niñez Y Adolescencia” -El Derecho Especial De Menores y el Código de la Niñez y Adolescencia”*. Ecuador: páginas 299.
25. Wray Alberto, García Elizabeth, Larenas Rene, *“El Menor Ante La Ley”*.
26. Yunis T. Emilio José, y otros. (2002). *“EL ADN en la Identificación Humana”*. Colombia: TEMIS S.A., páginas 163.
27. Código Civil de 1860: Expedido el 21 de Noviembre de 1857 (Archivo de la Biblioteca de la Asamblea Nacional).
28. Código Civil de 1960: Suplemento del Registro Oficial No. 1202 del 20 de Agosto de 1960
29. Código Civil de 1970: Suplemento del Registro Oficial No. 104 del 20 de Noviembre de 1970
30. Código de la Niñez y la Adolescencia del 2003: Suplemento del Registro Oficial No737 del 3 de Enero del 2003.
31. Código de Menores de 1938: Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 1 de Agosto de 1938 (Archivo de la Biblioteca de la Asamblea Nacional).

32. Código de Menores de 1992: Suplemento del Registro Oficial No. 995 del 7 de Agosto de 1992.
33. Constitución Política de la República del Ecuador: Suplemento del Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008.

ANEXOS

PROCEDIMIENTO PARA LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD

I - REGISTRO DEL GRUPO Y TOMA DE MUESTRAS



El grupo familiar deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Presentar original y fotocopia del documento de identidad de cada uno de los integrantes del grupo.
2. Registrar la huella digital y la firma de cada integrante del grupo familiar en el documento denominado "consentimiento informado", el cual contiene la autorización para realizar la toma de muestra de sangre o mucosa bucal y en ella el estudio de ADN para paternidad.
3. A los integrantes del grupo se les tomará una fotografía en forma digital como evidencia de la asistencia a la toma de la muestra.
4. A continuación se toma la muestra (sangre o mucosa bucal) en Tarjeta FTA por punción capilar con Lanceta o citocepillo a cada uno de los integrantes del grupo, la respectiva tarjeta será marcada con los nombres y apellidos completos, seguido de la condición filial de cada uno de los miembros del grupo.
5. Para marcar, guardar y proteger las muestras se siguen las normas internacionales de custodia ("cadena de custodia") en la que cada trío recibe un código aleatorio cuya relación sólo es conocida por la persona responsable de la custodia, quien no participa en procesos de laboratorio. Los nombres, la relación filial y el código se anotan en el libro de custodia. Seguidamente se toma un pequeño segmento de la tarjeta conteniendo una mancha con el código correspondiente al grupo familiar y la relación filial. Las muestras pasan al laboratorio codificadas para guardar la reserva del grupo (el número de muestra se registra en el informe de resultados).

II- PROCESO DE LABORATORIO



- ***Extracción del ADN***

Se extrae el ADN de 1 mm de la mancha utilizando el método de extracción de Whatman FTA, siguiendo las instrucciones del fabricante.

- ***Reacción en cadena de la polimerasa (PCR) para STR***



Es un proceso que permite obtener en pocas horas millones de copias de uno o varios fragmentos de ADN llamados Short Tandem Repeat (STR), que son secuencias cortas y repetitivas del ADN, distribuidas a lo largo del genoma humano. Tales fragmentos son una fuente rica de marcadores heredables mitad de la madre y mitad del padre.

El Laboratorio de Genética Médica utiliza los principales sistemas STR's validados a nivel mundial (International Society of Forensic Group, FBI y otros) por su alto poder de discriminación entre personas, su carácter constante, seguro y reproducible en el laboratorio. Se buscan específicamente con "sondas de localización" llamadas primer o cebadores. El laboratorio usa mínimo 13 sistemas STR (VWA, THO1, TPOX, CSF1PO, D7S820, D5S818, D13S317, D16S539, D21S11, D18S51, FGA, D8S1179, D3S1358) y otros sistemas adicionales (D2S1338, D19S433, FESFPS, LPL, F1A01, F13B, AMELOGENINA) los cuales son identificados en el ADN de cada una de las personas en estudio.

- *Detección automatizada de STR's*



Para la visualización de estos segmentos de ADN el Laboratorio utiliza el equipo secuenciador ABI AVANT de la casa Applied Biosystem, con tecnología de detección del ADN basada en láser fluorescente.

III- ANÁLISIS GENÉTICO

En el **informe de resultados**, en las columnas **madre, hijo y presunto padre** se anotan los alelos de cada uno de los STR identificados en el ADN de la madre, el hijo y el presunto padre, respectivamente. La nomenclatura es internacional y se encuentra en internet GenBank (www.ncbi.nlm.nih.gov).

En la columna **paternidad** se especifica la no exclusión o exclusión observada para cada uno de los marcadores. Se acepta la no paternidad cuando por lo menos tres marcadores STR presentes en el hijo no se encuentran en el padre.

Los **índices de paternidad**, **IP** y **Wa**, son el resultado del análisis bayesiano de los STR estudiados. Se encuentra la probabilidad estadística de que los marcadores STR de la triplete conformada por la madre, el menor y el presunto padre señalado sea cierta, en relación estadística con los marcadores de la triplete conformada por la madre, el menor y *un hombre tomado al azar*. Se utiliza la frecuencia de cada uno de los alelos de la población. La **probabilidad acumulada de paternidad (Wa)** combina cada uno de los sistemas STR estudiados; El **índice de paternidad (IP)** se halla a partir de un razonamiento estadístico sobre la razón de verosimilitud, X/Y , en donde X indica la probabilidad del presunto padre de ser el padre, comparado con un hombre al azar de la población, Y . Dado que el valor de X depende de los resultados de las pruebas de laboratorio realizados al trío, el valor de Y corresponde a la frecuencia en la población del alelo del hijo que obligadamente ha recibido del padre. El IP debe ser de 100.000 a 1 o más a favor de la paternidad.

La probabilidad de exclusión acumulada (P.E.A.) aplicada permite excluir una falsa paternidad con un poder superior al 99.999%.

Tabla de pensiones alimenticias mínimas:

NIVEL 1: INGRESO DE: 218 USD HASTA 436 USD		
Derechohabientes	Edad del/la alimentado/a	
	0 a 4 años	5 años en adelante
1 hijo/a	27,20%	28,53%
2 hijos/as	39,67%	41,72%
3 o más hijos/as	52,18%	54,23%
*El consumo promedio de un adulto es 20,9%		
NIVEL 2 : INGRESO DE: 437 USD HASTA 1090 USD		
Derechohabientes	Edad del/la alimentado/a	
	0 a 4 años	5 años en adelante
1 hijo/a	33,70%	35,75%
2 o más hijos/as	47,45%	49,51%
*El consumo promedio de un adulto es 25%		
NIVEL 3: INGRESO DE: 1091 USD EN ADELANTE		
Derechohabientes	Edad del/la alimentado/a	
	0 a 4 años	5 años en adelante
1 hijo/a	41,36%	44,57%
2 o más hijos/as	52,06%	55,26%
*El consumo promedio de un adulto es 26,6%		