



Juicio No. 11203-2018-01696

**JUEZ PONENTE: DRA. JULIETA MAGALY SOLEDISPA TORO, JUEZA NACIONAL
(PONENTE)**

AUTOR/A: DRA. JULIETA MAGALY SOLEDISPA TORO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, lunes 3 de junio del 2019, las 15h00. **VISTOS:** Los doctores Paúl Edvaldo Carrión Gonzalez y Ángel Salvador Romero Ochoa, en su calidad de procuradores judiciales del señor Kevin David Jarrín Caraguay interponen recurso de casación respecto de la sentencia escrita notificada el 25 de enero de 2019, por un tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, dentro del juicio de impugnación de paternidad propuesto por el coronel de policía en servicio pasivo Segundo Filemón Jarrín Falcón en contra del recurrente.

JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL: La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, es competente para conocer y resolver el recurso de casación planteado en contra de la indicada sentencia, en atención a lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; 189.2 del Código Orgánico de la Función Judicial; 281 del Código de la Niñez y Adolescencia, y en virtud de la resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia n°001-2018 del 26 de enero de 2018.

Este tribunal se encuentra integrado por la doctora María Rosa Merchán Larrea jueza nacional; la doctora María del Carmen Espinoza Valdiviezo y por la doctora Magaly Soledispa Toro, actuando como jueza nacional, en virtud del oficio n°1594-SG-CNJ, de 21 de septiembre de 2018, suscrito por la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, ante la ausencia definitiva del doctor Carlos Ramírez Romero. Obra del expediente de casación, la razón del sorteo de la causa y de la ponencia de 29 de marzo de 2019.

En la tramitación del recurso, se convocó a los sujetos procesales a la audiencia de debate, a la que concurrieron los casacionistas así como el accionante, acompañado de su defensa técnica ejercida en este acto procesal por el doctor Alberto Palacios Durango.

Para fundamentar la decisión anunciada oralmente en dicha audiencia respecto del recurso de casación interpuesto, se hace las siguientes consideraciones:

PRIMERA: ANTECEDENTES

El coronel de policía en servicio pasivo Segundo Filemón Jarrín Falcón comparece ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, para demandar en procedimiento ordinario al señor Kevin David Jarrín Caraguay, portador de la cédula de identidad n° 1105585960, a fin de que mediante sentencia se declare que él no es el padre biológico del demandado y se proceda a la marginación en la respectiva partida de nacimiento, quedando sus nombres como Kevin David Caraguay, datos del padre NN y datos de la madre: Caraguay Campoverde Ana del Cisne.

Indica que el 5 de enero del año 2006, el juez primero de la familia, mujer, niñez y adolescencia del cantón Loja, dentro de la demanda de incidente de aumento de la pensión alimenticia propuesta por la señorita Ana Cisne Caraguay Campoverde, en su contra, en auto resolutorio lo declaró padre del entonces menor Kevin David Caraguay Campoverde, aduciendo no haber acudido al examen de ADN, cuando lo cierto es que jamás fue citado en debida y legal forma con tal demanda, quedándose por consiguiente en total y absoluto estado de indefensión.

El accionante señala que como jamás se llegó a practicar el examen de ADN solicitó como diligencia preparatoria la práctica de dicho examen, el mismo que se realizó entre el compareciente y el demandado Kevin David Jarrín Caraguay, cuyo resultado en su parte pertinente: *“ 1/4 excluyen la existencia de vínculo biológico de paternidad del señor Segundo Filemón Jarrín Falcón portador de la cédula de identidad No. 1703617751, respecto del señor Kevin David Jarrín Caraguay portador de la cédula de identidad No. 1105585960° y en consecuencia él no es su padre biológico.*

El accionado contesta la demanda oponiendo la excepción previa de cosa juzgada, que fue rechazada por el juez de la causa en la audiencia previa.

Se fijó como objeto de la controversia la impugnación de la paternidad del señor Kevin David Jarrín Caraguay, con fundamento en lo dispuesto en el art. 66 numerales 23 y 28 de la Constitución de la República y en el art. 233A n°3 del Código Civil.

Trabada así la litis, la jueza a cargo de la causa la ha sustanciado hasta su resolución, en la que *rechaza la demanda por improcedente. En virtud del recurso de apelación del auto interlocutorio por el cual se rechaza la excepción previa alegada por el demandado y el recurso de apelación de la sentencia interpuesto en la audiencia única por el accionante y vista la resolución por escrito, se notifica a los sujetos procesales a fin de que lo fundamenten en el término establecido en el Art 257*

del Código Orgánico General de Procesos (¼)°.

El conocimiento del recurso de apelación propuesto por el accionante [único que fue objeto de fundamentación] correspondió al tribunal de la Sala de Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, que declaró *“ con lugar el recurso de apelación interpuesto por el señor Segundo Filemón Jarrín Falcón° y revocó la sentencia venida en grado, declarando que ^a el señor Kevin David Jarrín Caraguay no es hijo del señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, para efectos de identificación, en el Registro Civil de Loja, procédase a la subinscripción en la partida de nacimiento de Kevin David Jarrín Caraguay, que consta en el Tomo 4, página 132, Ata 1322 de la Dirección Provincial del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Loja de 1998, Datos del Padre N. N., quedando los demás datos de la actual partida de nacimiento inalterables. El señor Kevin David Jarrín Caraguay podrá conservar el apellido Jarrín o cambiarlo como a bien tenga. Copia de esta sentencia adjúntese al proceso judicial 11951-2004-0152B de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Loja°.*

Contra esta última resolución, el accionado presenta recurso de casación que ha sido concedido por el tribunal provincial, en auto de 14 de febrero de 2019 y admitido a trámite por el órgano calificador de esta sala, en resolución de 22 de marzo de 2019.

SEGUNDA: NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN

El art. 10 del Código Orgánico de la Función Judicial establece el principio de unidad jurisdiccional y gradualidad, en función del cual, ^a la administración de justicia ordinaria se desarrolla por instancias o grados. La casación y la revisión no constituyen instancia ni grado de los procesos, sino recursos extraordinarios de control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia°.

Sobre el recurso de casación, tanto la jurisprudencia nacional como la doctrina, son concordantes respecto a su carácter extraordinario, formal, restrictivo y concreto, como medio de impugnación judicial.

Corresponde a esta sala verificar las infracciones legales en que habría incurrido el tribunal juzgador en la resolución de esta causa, a la luz de los cargos que formula el recurrente, teniendo para el efecto,

únicamente el apoyo de los insumos proporcionados en la fundamentación del recurso, pues como lo señala Edgardo Villamil Portilla¹: *“En casación, (1/4) la sentencia es un juicio a la sentencia del Tribunal y no a la conducta del procesado o de las partes en el contrato”*.

En palabras del maestro italiano, Hugo Rocco: *“El recurso de casación importa el nuevo examen de la controversia, pero no mediante una jurisdicción plena acerca del hecho y del derecho, como puede ser la del juez de apelación, sino mediante una jurisdicción limitada a las cuestiones de derecho”*². Los límites de esa jurisdicción están previstos, en este caso en el Código General de Procesos, a través de las causales taxativas de casación.

Por tanto, dentro del presente recurso, el análisis de la sala se contrae exclusivamente a la confrontación entre los aspectos materia del recurso de casación y la sentencia dictada por el tribunal juzgador, dada la naturaleza de esta impugnación.

TERCERA: DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y DE SU CONTESTACIÓN

3.1 El accionado, al amparo del caso 5 del art. 268 del COGEP, postula contra la sentencia del tribunal provincial, cargos por aplicación indebida del art. 233-A del Código Civil, en relación con el art. 24, letra c del Código Civil y los arts. 97, 99 y 100 del Código Orgánico General de Procesos y por falta de aplicación del art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el art. 112 del Código Orgánico General de Procesos.

3.1.1 Alega que el Código Civil ^apermite únicamente dos formas de oponerse a dicho acto jurídico: la impugnación de paternidad y la impugnación del reconocimiento [del hijo o hija] y que la acción propuesta se base en el título VII ^aDe los hijos concebidos en el matrimonio^o en el que está inserto el art. 233-A del Código Civil y que como el accionado no fue concebido dentro de matrimonio sino que fue reconocido mediante sentencia judicial, es improcedente la aplicación de esta norma al caso, por lo que a su decir, se ha legitimado al actor para proponer una acción de impugnación de paternidad ^a que no se lo permite ni la ley ni la jurisprudencia^o.

Agrega que el art. 24 del Código Civil, en su letra c establece la filiación y la correspondiente maternidad o paternidad por ^a haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre^o

1 Villamil Portilla, Edgardo, *“Estructura de la sentencia judicial”*, Escuela Judicial ^aRodrigo Lara Bonilla^o, Consejo Nacional de la Judicatura de Colombia, Bogotá, 2004, página 156.

2 ROCCO, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 1, parte general, Ed. TEMIS, 1969, pág. 399.

y que esa declaración no puede ser desconocida a través de un juicio de impugnación de paternidad.

Considera que al haberse revocado la sentencia emitida por el juez primero de la niñez y adolescencia, se ha dejado de aplicar los arts. 97, 99 100 del Código Orgánico General de Procesos que establecen el "efecto vinculante" de la sentencia que declaró al actor como padre del demandado y la inmutabilidad de la sentencia que en tal virtud adquiere la calidad de cosa juzgada.

3.1.2 Respecto del cargo por falta de aplicación del art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, el demandado expone que la sentencia se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley y "debidamente ejecutada", que: "[e]s una consecuencia de haber recaído decisión definitiva en un proceso; debiendo respetarse el contenido de esa decisión".

Según el recurrente, los únicos casos en los cuales la sentencia ejecutoriada es nula, son los previstos en el art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, "siempre que no se encuentre ejecutada".

Para la parte vencida, la rigidez e inmutabilidad de la sentencia definitiva descansa en los principios de seguridad y certeza jurídicas e implica la imposibilidad de volver a discutir lo decidido.

Concluye solicitando se case la sentencia impugnada.

3.2 En la audiencia de debate, el accionante, a través de su defensa técnica, comentó que la sentencia mediante la cual se declaró esta paternidad no es en realidad un proceso, pues no se siguió el trámite previsto por la ley para tal declaración, por lo que no tiene el carácter de definitiva al no haberse realizado la prueba de ADN.

Aclaró que actualmente el demandado es mayor de edad y que mientras fue sujeto del derecho de alimentos, el accionante cumplió a cabalidad las obligaciones que esta declaración conlleva.

Insistió que esa sentencia se obtuvo por desconocimiento de la orden judicial que a su vez tuvo por origen la falta de la debida citación con el incidente de aumento de pensión alimenticia.

Solicitó que se rechace el recurso de casación.

Quedan de esta manera establecidos los límites dentro de los cuales se enmarcará la decisión de este tribunal.

CUARTA: ANÁLISIS DEL RECURSO PLANTEADO

4.1 Con base en las argumentaciones presentadas por las partes procesales, corresponde fijar los límites dentro de los cuales se enmarcará el pronunciamiento de este tribunal, a través del establecimiento de los problemas jurídicos a resolver expuesto en el orden que impone la lógica:

¿La sentencia dictada por el juez o la jueza de la niñez y adolescencia, que declara al demandado renuente a practicarse la prueba de ADN padre del niño o niña previo a fijar pensión alimenticia tiene el carácter de inmutable o es impugnabile?

¿El art. 233A del Código Civil es aplicable únicamente a la impugnación de paternidad de hijos habidos dentro del matrimonio?;

¿Es procedente la aplicación del art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, en asocio con el art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador?

4.2 ANÁLISIS DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

Para resolver el primer problema jurídico es menester considerar el enunciado normativo que sustenta el reconocimiento de paternidad que se impugna:

^aArt. ... (10).- Obligación del presunto progenitor.- (Agregado por el Art. Único de la Ley s/n, R.O. 643-S, 28-VII-2009).- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

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

(..)^o

Con mucha claridad lo establece la norma: se trata de una presunción, por tanto su declaración no se basa en certezas sino que opera por disposición de la ley, con el objeto de evitar la incertidumbre procesal frente a un derecho que requiere atención inmediata. Entonces es una manifestación del poder de *imperium* del Estado que prevé esta respuesta específica y contundente a la desobediencia de

las órdenes judiciales en la atención de derechos prioritarios como el de alimentos.

Además, se debe tener presente que en el establecimiento del estado civil de las personas no prima la autonomía de la voluntad. Al ser un derecho personalísimo, las condiciones inherentes al estado civil se encuentran reguladas en la ley, estado civil entendido como todas aquellas situaciones jurídicas que vinculan a las personas con su familia o con la familia de la que forman parte y con ciertos atributos de su personalidad como sujeto de derechos y obligaciones, que se consideran inalienables, inescindibles e imprescriptibles.

Ello no implica, sin embargo, que no sean inimpugnables, en las condiciones y circunstancias específicas que se encuentran previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Así, la declaración judicial de paternidad está condicionada en primer lugar a la observancia de todas las garantías inherentes a la tutela judicial efectiva de los sujetos de la relación procesal específica, que correspondan teniendo en cuenta la naturaleza del trámite previsto para estas reclamaciones.

La jurisprudencia especializada de esta Corte, ha desarrollado una condición para la impugnabilidad de la resolución judicial de paternidad, esto es que además se haya producido tal declaración sin mediar la prueba científica de ácido desoxirribonucleico, mejor conocida como de ADN.

Así, en la resolución n° 480-99, dictada por esta Corte dentro del juicio ordinario n° 62-99 que se siguió por investigación de paternidad y que reitera el criterio expuesto en el recurso de casación n° 0268-98, a través de la resolución n° 464-99, se puntualizó:

^aLas resoluciones judiciales sobre filiación de menores concebidos fuera del matrimonio dictados sin prueba del ADN, o de otras de igual o de mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causan autoridad de cosa juzgada sustancial, como ya lo dijo esta Sala en fallo pronunciado en el juicio N°. 150-99 de 22 de marzo de 1999, mediante Resolución 183-99 y la Resolución No. 464-99, dictada el 1 de septiembre de 1999 en el proceso de casación N°. 268-99°.

En la especie, no existe dicha prueba sino un reconocimiento de carácter presuntivo, como se explicó previamente.

De allí que la respuesta al primer problema jurídico es que la resolución por la cual el juez o la jueza de niñez, mujer y adolescencia declara previamente la paternidad presuntiva dentro de las reclamaciones de alimentos es impugnabile cuando de por medio existe violación a las garantías constitucionales, principalmente del debido proceso.

4.3 ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

El segundo problema jurídico nos conduce al análisis del alcance que tiene el art. 233A del Código Civil y su aplicación en la impugnación de paternidad de hijos habidos fuera del matrimonio y al efecto es menester establecer cuándo existe aplicación indebida de una norma.

La aplicación indebida ocurre, según el tratadista colombiano Luis Alberto Gómez Castrillón³ cuando: *a (¼) el juez sí aplicó una norma jurídica, pero que no se adecua correctamente a los hechos del caso, por lo que deviene en incorrecta la declaración del efecto jurídico. Existe un yerro de selección normativo por parte del juez, de modo que, al igual que en la falta de aplicación, el recurrente debe respetar el material fáctico, y después de la finalidad del recurso, tiene la carga de alegar: i) la norma en la cual se subsumieron indebidamente los hechos del caso; ii) las razones por las cuales los hechos del caso no son un tipo de los que consagra genéricamente el supuesto de hecho legal; iii) la norma pertinente que se dejó de aplicar como consecuencia de la aplicación indebida; y por último; iv) la trascendencia del error y la petición*^o. Existe aplicación indebida cuando se incurre en un ^a error de diagnóstico^o.

La norma invocada tiene carácter sustancial y en efecto, ha sido analizada en la sentencia y su tenor literal es el siguiente:

³ GÓMEZ CASTRILLÓN, Luis Alberto, La técnica de casación en el sistema procesal penal acusatorio: causas de inadmisión del recurso, Revista Pluriverso, número 8, enero a junio de 2017, disponible en: publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/view/372/0

^a Art. 233 A.- (Agregado por el Art. 27 de la Ley s/n, R.O. 526-2S, 19-VI-2015).- La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por:

1. Quien se pretenda verdadero padre o madre.
2. El hijo.
3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna.
4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnada perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre°.

El número 3 de la norma concede el derecho de acción a quien ^aconsta legalmente registrado como padre o madre°, sin hacer diferencia alguna. Si el legislador hubiera querido limitar la acción de impugnación de paternidad de los hijos habidos dentro del matrimonio habría utilizado un término más concreto como el vocablo ^acónyuge°.

No obstante, dado que la norma se encuentra inserta en el título VII ^aDE LOS HIJOS CONCEBIDOS EN MATRIMONIO°, párrafo 1o. ^aREGLAS GENERALES°, corresponde plantear la siguiente interrogante: ¿Tienen los hijos concebidos dentro del matrimonio un régimen diferente en el sistema jurídico ecuatoriano? La respuesta es que no, partiendo del derecho a la igualdad formal y a la igualdad material y a la no discriminación, prevista en el art. 66, número 4 de la Constitución de la República del Ecuador.

Más allá de este derecho, de aceptarse que la norma regula exclusivamente la impugnación de paternidad de los hijos habidos dentro de matrimonio, ¿cuál es el trámite que deben seguir tales acciones respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio? Resultaría que no existe.

Pero el Código Civil tiene la respuesta a través de sus reglas de interpretación judicial de la ley, concretamente en su art. 18:

Art. 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

(1/4)

4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

(1/4)

7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

De tal suerte que si el art. 233A contiene reglas exclusivas para los hijos habidos dentro del matrimonio ello no exime al juez de administrar justicia, por lo que deberá recurrir a las reglas de interpretación que correspondan y éstas nos conducen a la analogía, es decir, a la aplicación de las normas que rigen casos similares.

No hay otra situación más análoga que la misma acción respecto de los hijos habidos dentro del matrimonio, contenida en el art. 233A del Código Civil.

Por tales razones, la respuesta al segundo problema jurídico es que sí es aplicable al caso la norma que se impugna.

4.4 ANÁLISIS DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO:

4.4.1 Respecto de la procedencia de la aplicación del art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, en asocio con el art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, conviene establecer en primer lugar en qué consiste el vicio ^a falta de aplicación°.

El vicio judicial ^a falta de aplicación°, al amparo del caso 5 del art. 268 del Código Orgánico General de Procesos, ocurre cuando el tribunal, al dictar sentencia ignora normas sustantivas, que están

llamadas a resolver el caso y que se encuentran vigentes, sin importar su jerarquía.

Ello supone que las normas sustanciales señaladas como infringidas no deben haber sido referidas ni analizadas en la sentencia.

También corresponde al o a la recurrente establecer la pertinencia de la aplicación de esta norma en la resolución de la causa; es decir, poner en evidencia que los hechos materia de la litis se subsumen en esta norma y no en la aplicada por el tribunal. Igualmente, debe consignar el carácter determinante del presunto vicio en la parte dispositiva de la sentencia.

La disposición constitucional invocada prevé:

^a Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes^o.

La norma contiene un derecho constitucional sustancial de carácter general, por lo cual, su invocación es pertinente siempre en asocio con una norma sustancial que la desarrolle y la vuelva operativa en el caso.

El recurrente propone este cargo en asocio con una norma sustancial que establece los casos en que procede la nulidad de la sentencia, que es el art. 112 del Código Orgánico General de Procesos.

En consideración a la argumentación presentada, cabe señalar en primer lugar que la seguridad jurídica no puede ser analizada en forma aislada sino concomitantemente con otros derechos y que esta causa no es de nulidad de sentencia. En efecto, el objeto de la acción de impugnación de paternidad no es la determinación de la existencia de defectos procesales que dan lugar a la anulación de la sentencia y del proceso en su conjunto, sino reexaminar el asunto sustancial relativo a la paternidad, como se explicó previamente.

A su tiempo, la Corte *Suprema* de Justicia, a través de la correspondiente Sala, sentó precedente sobre este tema, conforme se pasa a revisar:

^a Esta Sala ha dictado fallos de triple reiteración sobre los siguientes puntos de derecho concernientes a la declaración judicial de paternidad: 1) Que las pretensiones sobre investigación de la paternidad deben ser resueltas por los órganos judiciales teniendo siempre presente el fin esencial de velar por el interés superior de los niños, consagrados por el artículo 48 de la Constitución Política de la República del Ecuador y el artículo 3, numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Ecuador, y que, de acuerdo con el artículo 163 de la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico de la República y es del rango superior a las leyes; estos preceptos, por tanto, prevalecen sobre las disposiciones del Código Civil; 2) Que para la declaratoria judicial de paternidad la prueba de ADN tiene un valor terminante para establecer el nexo biológico entre el progenitor y el hijo; y, 3) Que el fallo que se dicte sobre un caso de declaración de la paternidad de un menor, procreado fuera de matrimonio, sin la prueba de ADN u otra de igual o mayor eficacia científica que se descubriere, no hace tránsito de cosa juzgada sustancial sino solamente formal. (¼) Sin embargo, estimamos que para la declaración judicial de la paternidad los jueces y tribunales de la Función Judicial, en aplicación de los instrumentos legales citados, que han reformado tácitamente las disposiciones referidas del Código Civil, así como también de conformidad con las reglas de la sana crítica previstas por el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, uno de cuyos componentes son las bases científicas y, que tratándose de la declaración judicial de la paternidad, es la prevalencia de los dictámenes periciales basados en el examen de ADN (¼) En vista de que en todos los casos, esto es sin excepción, en la administración de justicia se debe aplicar el principio de interés superior del niño, preceptuado por el artículo 48 de la Constitución y el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, las resoluciones sobre filiación de menores concebidos fuera de matrimonio dictadas sin la prueba del ADN, o de otras de igual o mayor valor que la ciencia vaya descubriendo, no causarían autoridad de cosa juzgada sustancial^o. Esta triple reiteración de los fallos corresponden a las resoluciones: No. 83-99, publicada en el R.O. No. 159 de 29 de marzo de 1999, Resolución 183-99, publicada en el Suplemento R.O. No. 208 de 9 de junio de 1999; Resolución 464-99, publicada en R.O. No. 332 de 3 de diciembre de 1999, en los cuales se reafirma una vez más esta

Sala, constituye un precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, conforme dispone el artículo 19, inciso segundo de la Ley de Casación°.

Los aludidos precedentes jurisprudenciales han venido siendo observados también por esta Sala Especializada.

4.4.2 La nulidad de la sentencia entonces tiene una finalidad aseguradora de la misión que debe cumplir el proceso, y que ha sido desatendida por actos que perjudican a un tercero. Es una medida extrema del sistema procesal, en orden a subsanar aquellos vicios taxativos de procedimiento que no pueden ser superados a través de otros remedios procesales a disposición del agraviado lo que la diferencia de aquella.

Por tanto, se trata de institutos jurídicos diferentes, de larga data en la legislación ecuatoriana, sin que ninguno de ellos pueda considerarse atentatorio a la seguridad jurídica pues se encuentran insertos en el sistema normativo ecuatoriano, como reglas claras, previas, claras y públicas, tal como lo exige el art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por lo expuesto, no existe falta de aplicación de las normas constitucional y legal invocadas. De esta manera queda resuelto el tercer problema jurídico.

RESOLUCIÓN:

Con estas consideraciones, el tribunal de la Sala Especializada de Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, al rechazar el recurso propuesto por los doctores Paúl Edvaldo Carrión Gonzalez y Ángel Salvador Romero Ochoa, en su calidad de procuradores judiciales del señor Kevin David Jarrín Caraguay, NO CASA la sentencia escrita notificada el 25 de enero de 2019, por un tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja. Sin costas. Notifíquese y devuélvase para los fines correspondientes.

DRA. JULIETA MAGALY SOLEDISPA TORO

JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DRA. MARIA DEL CARMEN ESPINOZA VALDIVIEZO

JUEZA NACIONAL

DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA

JUEZA NACIONAL

VOTO SALVADO DEL JUEZA NACIONAL, SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES, DRA. MARIA DEL CARMEN ESPINOZA VALDIVIEZO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. Quito, lunes 3 de junio del 2019, las 15h00. **VISTOS:**

La suscrita jueza nacional disiente de los argumentos y decisión expuestos en la sentencia de mayoría, por lo que, bajo las consideraciones que a continuación se exponen, salva su voto:

1. ANTECEDENTES:

1.1. De la demanda y las decisiones de instancia:

El señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, ha comparecido ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, planteando ^a demanda de impugnación de paternidad^o en contra del señor Kevin David Jarrín Caraguay.

Relata en su libelo, que desde el 07 de julio de 1989, hasta el 15 de junio de 1992, prestó sus servicios en la ciudad de Loja en calidad de oficial de policía ~~±~~ahora en servicio pasivo-, donde mantuvo relaciones íntimas con la señora Ana Cisne Caraguay Campoverde, madre de quien impugna la paternidad; que desde que se le ordenó el traslado a la ciudad de Quito, en 1992, no volvieron a mantener contacto alguno.

Indica que el demandado, cuya paternidad impugna, nació el 20 de febrero de 1997 en la ciudad de Loja, y que su madre, planteó demanda de alimentos en su contra ~~±~~ante el entonces tribunal de menores- el 18 de mayo de 1998; que con posterioridad, dentro del mismo proceso, el 05 de enero de 2006, se presentó incidente de alza de pensión alimenticia por parte de la señora Caraguay Campoverde, causa en la que el juez primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, además de aceptar en forma parcial la pretensión de alza de pensión, declaró la paternidad del accionante, señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, con respecto a Kevin David Jarrín Caraguay, quien a esa época fuera menor de edad.

Manifiesta, que la declaratoria de paternidad se dio con base en la ausencia del entonces demandado a la realización de la prueba de ADN, mas, alega que nunca fue citado en legal y debida forma, lo que le causó indefensión en aquella causa.

Sostiene que al no haberse practicado prueba científica de ADN dentro del proceso de alimentos en el que se le declaró padre, en razón de las circunstancias que relata, ha surgido duda razonable acerca de la filiación biológica con quien consta como su hijo, por lo que, de conformidad con los arts. 120 al 123 del Código Orgánico General de Procesos, solicitó diligencia preparatoria de juicio con el propósito de la realización de la pericia técnica, que una vez realizada la prueba entre los sujetos procesales, esta dio como resultado, la exclusión de la paternidad del accionante, Segundo Filemón Jarrín Falcón, respecto de quien consta como su hijo, Kevin David Jarrín Caraguay.

Con estos antecedentes y con fundamento en los arts. 66.23.28 de la Constitución de la República, 233 A numeral 3 del Código Civil, 332.3 y 333 del Código General de Procesos en relación con el art. 210

idem, plantea ante el misma jueza que sustanció la diligencia previa- demanda de impugación de la paternidad° en contra de Kevin David Jarrín Caraguay.

Sustanciada la causa conforme el trámite ordinario, se dicta en primera instancia, sentencia el 04 de diciembre de 2018; las 12:10, desestimatoria de la acción, la que una vez recurrida por la parte accionante, ha sido revocada por el tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Loja, mediante sentencia de 25 de enero de 2019; las 15:44, que acepta la demanda, y excluye de la paternidad al señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, respecto de quien constaba como su hijo, el señor Kevin David Jarrín Caraguay.

1.2. Actos de sustanciación del recurso:

En esa circunstancia, el accionado, a través de sus procuradores judiciales, abogados Paúl Edvaldo Carrión González y Ángel Salvador Romero Ochoa, ha comparecido en tiempo oportuno interponiendo recurso extraordinario de casación de la sentencia emitida en última instancia por el referido órgano de justicia.

La causa se recibe en la Secretaría General, Documentación y Archivo-Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo de la Corte Nacional de Justicia, el 28 de febrero de 2019; mientras que mediante auto de 22 de marzo de 2019; las 15:05, la conjueza competente, doctora Janeth Cecilia Santamaría Acurio, admite a trámite el recurso extraordinario de casación.

En esa virtud, mediante sorteo de 29 de marzo de 2019, accede la causa al tribunal que suscribe para su conocimiento y resolución.

De conformidad con los arts. 79 y 272 del Código Orgánico General de Procesos, se convocó a audiencia en casación para el día 16 de abril de 2019, a las 15:00, diligencia que fue evacuada en el día y hora señalados, dictándose resolución de mayoría en el sentido que se rechaza el recurso extraordinario de casación bajo las razones que se exponen por escrito- y estimando por voto salvado- la impugnación extraordinaria por parte de la jueza nacional que suscribe.

Siendo el estado de la causa, el de resolver por escrito, se considera:

1.3. Cargos admitidos en contra de la sentencia impugnada:

El recurso ha sido interpuesto con fundamento en el caso quinto del art. 268 del Código General de Procesos, esto es, por infracción de disposiciones de carácter sustantivo. Acusa quebrantados, por el error de indebida aplicación, los arts. 233 A del Código Civil en relación con el 24.c) *ibidem*, 97, 99 y 100 de la ley adjetiva vigente. Imputa además al fallo de apelación, por omitir aplicar el art. 82 de la

Constitución de la República del Ecuador, precepto que se halla en relación con el art. 122 del Código General de Procesos.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

2.1. Competencia:

Este tribunal integrado por las juezas nacionales: Magaly Soledispa Toro (ponente), María Rosa Merchán Larrea y María del Carmen Espinoza Valdiviezo (voto salvado), es competente para conocer y resolver en materia de casación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 184.1 de la Constitución de la República, en relación con los Artículos 183 y 189 Código Orgánico de la Función Judicial reformados por los artículos 8 y 11;⁴ artículo 1 de la Ley de Casación y, conforme las Resoluciones dictadas por el Consejo de la Judicatura de Transición N° 004-2012 de 25 de enero de 2012; y, la emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia N° 01-2015 de 28 de enero 2015, respecto a la nueva conformación de las Salas de este Órgano Jurisdiccional.

2.2. Fundamentos del recurso extraordinario de casación:

2.2.1. De la fundamentación presentada tanto en el escrito contentivo del recurso extraordinario de casación, cuanto de la exposición oral realizada en la audiencia pública y contradictoria efectuada en este nivel, se tienen los siguientes puntos de relevancia.

El quejoso manifiesta que la filiación -paterna- de una persona puede ser establecida, ya por presunción, en tratándose de un matrimonio, en el que se reputa padre al marido, o ya por reconocimiento voluntario, en tratándose de hijo/as concebidos fuera de matrimonio, en que el padre decide reconocer la calidad de hijo/a. En ambos casos \pm dice el casacionista- el padre tiene dos acciones con el propósito de reprochar la paternidad, la de impugnación de paternidad para hijos/as concebidos dentro de matrimonio, y la de impugnación de reconocimiento voluntario, para el segundo evento. Que el objeto de la presente controversia, fue definida por el accionante como acción de impugnación de paternidad con base en los arts. 66.23.28 de la Constitución de la República del Ecuador, y 233 A del Código Civil.

Así, sostiene que la acción propuesta por el actor, señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, se enmarca dentro de las que la ley prevé para la impugnación de paternidad de hijo/as concebidos en matrimonio, sin que esa premisa fáctica se adecúe al caso, pues el demandado \pm hoy recurrente- no ha sido concebido dentro de matrimonio, sino que su filiación paterna, se ha establecido por declaración judicial, es decir, por sentencia judicial que se encuentra ejecutoriada y ejecutada.

⁴ Ver Suplemento del R.O. N° 38 de 17 julio de 2013.

En estas circunstancias, refiere que el tribunal de apelación, aplicó indebidamente el art. 233 A del Código Civil, que regula la acción de impugnación de paternidad de hijo/as concebidos dentro de matrimonio, disposición jurídica que como manifestó, no se encuadra dentro de la premisa fáctica que esta establece, pues regula la impugnación de hijos habidos en matrimonio, y no de la impugnación de una paternidad judicialmente declarada. En consecuencia, sostiene que el tribunal de apelación, dio como legitimado al actor sin que la acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad se encuentre permitida por la ley o la jurisprudencia.

Asevera que el legislador no ha establecido acción que permita impugnar una paternidad declarada judicialmente; que, con la sentencia estimatoria de la demanda de ^a impugnación de paternidad^o se ha dejado sin efecto aquella que declara la filiación del accionante respecto del ahora recurrente, inobservando el texto legal del art. 97 del Código Orgánico General de Procesos, que trata sobre el efecto vinculante de las sentencias. En el mismo sentido, considera inaplicadas las disposiciones de los arts. 99 y 100 *ibídem*, que tratan sobre el principio de cosa juzgada y del criterio de inmutabilidad de lo resuelto.

Con la conclusión del tribunal en la sentencia recurrida, permite que cualquier persona que haya sido declarado judicialmente como padre o madre mediante una sentencia judicial, pudiera impugnar la paternidad haciendo uso del Art. 233 A del Código Civil, lo que constituye una aplicación indebida de la norma para un supuesto fáctico diferente al contemplado en dicha norma legal, dándole LEGITIMACIÓN ACTIVA, a quién (sic) no corresponde para proponer una acción de impugnación.⁵

De otro lado, señala que el texto del art. 112 del Código Orgánico General de Procesos, contempla los únicos casos en que procede la declaratoria de nulidad de una sentencia, aclarando que para que proceda tal acción, la resolución que se pretenda anular, no debe encontrarse ejecutada. Por tales razones, asegura que la acción que debió plantear el demandante, debió ser la de nulidad de sentencia.

Bajo esta línea de análisis, indica que habiéndose dejado sin efecto una sentencia ejecutoriada y ejecutada ~~±~~la de declaratoria de paternidad- por una vía judicial que no corresponde, se atenta contra el derecho constitucional a la seguridad jurídica y el principio de certeza de lo resuelto (art. 82 CRE).

2.2.2. Contestación de la parte accionante:

El demandante por intermedio de su defensa, contradice lo expresado por su contendor procesal,

⁵ Recurso extraordinario de casación, folios 11 ± 14 del cuaderno de segunda instancia. El párrafo transcrito consta de fojas 12.

manifestando que la declaratoria judicial de paternidad del accionante respecto del demandado, no deviene de un juicio declarativo sustanciado en vía ordinaria, sino que la filiación se ha establecido dentro de un incidente de alza de pensión alimenticia. Sostiene además, que la filiación se estableció con base en la presunción de paternidad por ausencia del entonces demandado a la realización de la pericia de ADN, por lo que, la práctica de esta prueba es de trascendental importancia; que una vez realizada, se ha demostrado que el señor Kevin David Jarrín Caraguay no es hijo del accionante, señor Segundo Filemón Jarrín Falcón.

En este contexto, señala que con fundamento en el derecho constitucional a la identidad, el ahora recurrente, ^a tiene la obligación de establecer su identidad^o biológica.

De otro lado, manifiesta que en el caso de proceder la nulidad de sentencia como manifiesta el casacionista, las cosas deberían retrotraerse al estado en el que se provocó el vicio irremediable, debiendo por tanto, resarcirse las pensiones alimenticias que fueran satisfechas, sin que exista vínculo sanguíneo para ello.

2.3. Problema jurídico a resolver:

Siguiendo la interposición del recurso, se tiene que la cuestión jurídica a resolver, estriba en determinar si la declaratoria judicial de paternidad puede ser impugnada por acción de impugnación de paternidad conforme el art. 233 A del Código Civil, o si como afirma el recurrente, esta puede ser desvanecida únicamente por vía de nulidad de sentencia.

2.4. Resolución motivada del problema jurídico planteado:

2.4.1. Antecedentes: de la declaratoria judicial de paternidad y los actos iniciados para reprochar esa decisión:

Si bien no es discutido el hecho que la declaratoria de paternidad se ha dado como consecuencia de una sentencia judicial, la ponente de este voto salvado, considera pertinente referirse al proceso en el que se fijó la filiación entre los sujetos procesales, y a los procesos judiciales que se han instaurado con posterioridad pretendiendo revertir aquella decisión.

Para mayor comprensión y facilidad del análisis, las actuaciones procesales serán fragmentadas en 3 secciones, como se muestra a continuación

1. Actuaciones procesales que se han adelantado para el establecimiento de la paternidad:

- Como se anotó en los antecedentes de esta resolución, la madre de quien ahora se

impugna la paternidad, señora Ana Cisne Caraguay Campoverde, planteó ante el Tribunal de Menores, demanda de fijación de pensión alimenticia en contra del ahora demandante, señor Segundo Filemón Jarrín Falcón.

- Esa acción ha sido interpuesta en el año de 1998, es decir, con fundamento en las disposiciones contenidas en la entonces vigente ley de menores.
- El Tribunal de menores, sin que exista reconocimiento voluntario de la calidad de padre del alimentante respecto al alimentario, ha fijado una pensión alimenticia provisional.
- Con fecha 1o de marzo de 2004, la madre del entonces niño, planteó incidente de alza de pensión alimenticia, ante el juzgado primero de la Niñez y Adolescencia de Loja (fs. 44).
- Mediante sentencia de 05 de enero de 2006; las 08:00, el juez Primero de la Niñez y Adolescencia de Loja, decide declarar la paternidad del señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, respecto del menor de edad, Kevin David ^aCaraguay^o, aceptando además ~~en~~ forma parcial-, la pretensión de alza de pensión alimenticia. De esta providencia, que dicho sea de paso, se encuentra ejecutada y ejecutoriada, no se encuentra un análisis extenso o específico acerca de los motivos que sustentan la declaratoria de paternidad, someramente, el juez de la causa, escribe: ^a[1/4] Se ha solicitado la realización del examen de sangre ADN, a fs. 164 y 167, se certifica por parte de la Cruz Roja de Loja, que el demandado no ha comparecido a la realización del examen. Por las consideraciones expuestas [1/4] RESUELVE de conformidad con lo establecido en el Art. 129 numeral 1, 131 del Código de la Niñez y Adolescencia, al existir en el proceso indicios suficientes, precisos y concordantes que fundamentan una convicción sobre la paternidad del demandado [1/4]^o (fs. 46) ordenando la marginación de la decisión en la partida de nacimiento correspondiente, lo que se encuentra cumplido según folios 66.

2. Acción judicial adelantada con el objeto de impugnar la paternidad:

- El señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, inicia acción de impugnación de paternidad conforme el art. 251.2 del Código Civil, en contra del entonces menor de edad Kevin

David Jarrín Caraguay, en la persona de su madre. La demanda se presenta con fecha el 18 de mayo de 2012 (fs. 67 - 69).

- Radicada la competencia por sorteo ante la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, mediante sentencia de 19 de septiembre de 2012; las 13:38, se desestima la demanda bajo el criterio que no ha existido prueba contundente que excluya la paternidad entre los sujetos procesales (fs. 77)..
- Por sentencia de 07 de marzo de 2013; las 10:44, el tribunal de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, rechaza la apelación del actor considerando que la acción es improcedente, pues quien consta como padre, lo es por decisión judicial, por lo que ~~en~~ en opinión del tribunal- la única vía posible para deshacer jurídicamente el vínculo filial radicado por sentencia judicial, es la de nulidad -precisamente- de ese acto jurisdiccional.

3. Acción judicial instaurada con el propósito de anular la sentencia de declaratoria de paternidad:

- En este escenario, con fecha 29 de abril de 2013, el señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, comparece ante la Unidad Judicial Especializada Tercera de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, incoando nueva acción, esta vez, demanda de nulidad de la sentencia arriba referida, esto es de la que lo declara padre del hoy demandado (fs. 48 - 50).
- En este proceso de nulidad, se produce conflicto de competencia negativo entre la unidad de familia, y la judicatura civil; esta se considera incompetente porque el juicio de nulidad se ha de plantear ante el mismo juez/a que dictó la resolución en la causa principal, y aquella, por considerar que el juicio de nulidad de sentencia es asunto civil. El tribunal de la Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, resuelve el conflicto, dirimiendo la competencia a favor de la Unidad Judicial Especializada Tercera de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja.
- El 17 de octubre de 2014; las 17:08, la jueza de la última judicatura en mención,

desecha la demanda de nulidad. De esta decisión se ha interpuesto recurso de apelación (56 - 57). En conocimiento del recurso vertical, el tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, mediante auto de 02 de marzo de 2015; las 08:30, dispone devolver el proceso a la jueza de origen, para que esta conceda el recurso ante su homólogo de la Sala Civil y Mercantil.

- Esta última Sala, por auto de 27 de julio de 2015; las 12:47, se estima incompetente para conocer el recurso de apelación de una acción de nulidad de sentencia pronunciada por una jueza de la familia, y decide devolver el proceso a la Sala Especializada de la Familia de la Corte Provincial de Justicia de Loja (fs. 60 - 61).
- Hecho esto, por auto de 28 de agosto de 2015; las 09:07, el tribunal de Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, considera nulo el proceso de nulidad de sentencia por incompetencia en razón de la materia, argumentando \pm actuando en contra de una decisión que ya dirimió la competencia- que el juicio de nulidad de sentencia en un acción autónoma, por lo que, el juez/a competente para el conocimiento y resolución, es el civil y no el de la familia. Así las cosas, declara la nulidad desde el auto de admisión a trámite (fs. 63 - 64).

Como se puede apreciar, el accionante de esta causa, ya inició dos procesos con el fin de reprochar la paternidad declarada judicialmente, el uno de impugnación de paternidad conforma las normas civiles previstas para la objeción de la filiación de hijos habidos en matrimonio, y la segunda, de nulidad de sentencia.

En el primer juicio, en segunda instancia, ha obtenido sentencia desestimatoria, en la que, el tribunal manifiesta que la acción de impugnación de paternidad es improcedente e inadecuada; que la vía por la que puede revertir la paternidad, es la de nulidad de sentencia. Acatando esa decisión, el propio actor, adelanta juicio de nulidad de la sentencia que lo declara padre, y \pm sin que esta jueza nacional pretenda entrar en un análisis profundo y minucioso pues no viene al caso- de forma inopinada, se entablan conflictos de competencia para determinar qué judicatura es la competente para el conocimiento y resolución del juicio, si la de familia o la civil, resolviéndose en un primer momento el conflicto a favor de aquella, mas en apelación, se vuelve a producir el dilema de competencia, declarándose finalmente la nulidad a partir de la calificación de la demanda.

Evidentemente las actuaciones judiciales de las autoridades que conocieron del juicio de nulidad de sentencia, colocaron al accionante en una situación procesal de indefensión insostenible, pues acatando una orden judicial, ha iniciado demanda la nulidad de sentencia, y de esta acción no llega a obtenerse sentencia por conflictos de competencia que han durado por más de dos años; hasta que se declara la nulidad a partir de la calificación de la demanda, pese a ya existir un pronunciamiento que resolviera el mismo conflicto de competencia que se ha vuelto a poner en discusión.

2.4.2. Una vez que se ha definido el contexto procesal que antecede a la presente demanda de impugnación de paternidad, corresponde el análisis y resolución del problema jurídico como tal.

Así, se debe iniciar por distinguir los modos por los cuales se puede establecer legalmente el vínculo paterno filial, y son tres, por la presunción de paternidad que opera en un matrimonio o unión de hecho, en el que el marido se reputa padre de quien ha nacido en matrimonio; por reconocimiento voluntario de quien se considere padre cuando no exista vínculo matrimonial o de hecho; y por declaración judicial mediante sentencia ejecutoriada. Al respecto el art. 24 de la codificación sustantiva civil, dispone:

Art. 24.- Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.

Para los dos primeros casos, el legislador ha previsto en forma expresa, explícita y clara, las formas de impugnación, para los hijo/as reconocidos en forma voluntaria (art. 250 CC), la de impugnación de reconocimiento voluntario; y, para los hijo/as nacidos en matrimonio, la de impugnación de la paternidad (art. 233 A *ídem*). Para la última forma de establecimiento de la paternidad, no se ha previsto en forma expresa y específica una acción.

Así las cosas, se hace necesario remitirse a las disposiciones comunes que regulan los conceptos de la ley y sus efectos. En este sentido, el art. 8 de la propia codificación civil, prevé ^a A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.^o Por lo que, con base en esta disposición y con fundamento en el art. 75 de la Carta Fundamental, que consagra los derechos constitucionales de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, entendidos como el derecho de toda persona a acudir ante los órganos jurisdiccionales para reclamar o reivindicar los derechos que se crean incumplidos y/o vulnerados, así como a través de un debido proceso, obtener una sentencia adecuada, motivada, y que pueda además, ser ejecutada en forma efectiva, no puede impedirse la acción de impugnación de una sentencia de declaración de paternidad.

En este marco, si bien es cierto que al accionante no se le puede negar el derecho de objetar o poner en tela de duda la paternidad que se la ha establecido por vía judicial, no es menos cierto, que pueda plantear su acción con base en disposiciones jurídicas cuya hipótesis fáctica no se corresponde con los hechos acaecidos en la realidad.

2.4.3. La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha conocido y resuelto controversias anteriores, en las que, una vez declarada la paternidad vía judicial, el que consta como padre ha pretendido revertir esa decisión jurisdiccional.

En conocimiento de esos casos, el tribunal ha denominado a la acción, como una ^a acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad^o, que como hemos visto, si bien no se encuentra expresamente contemplada en la ley, con base en los derechos constitucionales de acceso a la justicia, tutela judicial y del art. 8 del Código Civil, no puede estar prohibida por el ordenamiento jurídico. Las autoridades jurisdiccionales, por mandato constitucional, no pueden denegar administración de justicia, y se encuentran en la obligación constitucional y legal de emitir pronunciamientos y resoluciones debidamente justificadas y razonadas.

En las controversias judiciales relatadas, se ha conocido dos tipos de premisas fácticas, **(i)** cuando en los juicios de declaratoria judicial de paternidad se ha actuado prueba científica de ADN concluyente favorablemente sobre el vínculo consanguíneo; y, **(ii)** en el supuesto que la declaratoria judicial de paternidad se ha dado por la ausencia del demandado ±supuesto padre- al llamado judicial de la prueba de ADN, o sea, por presunción de paternidad conforme el art. innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia.⁶ En el primer supuesto, se ha manifestado que la decisión judicial de

6 Art. 10.- Obligación del presunto progenitor.- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

declaratoria de paternidad ±con prueba de ADN favorable- es de carácter inmutable ya en lo formal, cuanto en lo sustantivo, esto es, que tiene efectos de cosa juzgada formal y material. En el segundo evento, a su vez, se han manejado dos tesis, la primera por la cual la ausencia del demandado a la realización de la prueba de ADN, ha sido reiterada, deliberada e injustificada, caso en el que se ha dicho, que la resolución de declaratoria de paternidad con base en esos presupuestos fácticos, es también inmutable y ha alcanzado efectos de cosa juzgada; la segunda postura en cambio, ha sido que, si la ausencia del demandado a la prueba de ADN, *no* incurre en la calificación jurídica de reiterada, deliberada e injustificada, procedería la acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad, si además de lo anterior, existe prueba a través de la pericia de ácido desoxirribonucleico (ADN) la exclusión de la paternidad.

Los casos expuestos se transcriben a continuación:

Juicio 073 ± 2014:

[¼] la identidad constituye un umbral que no puede desvirtuarse por la sola voluntad del reconociente, incluso de existir prueba científica de ADN. La acción que franquea la ley para refutar el acto de reconocimiento, es la de nulidad de ese acto, con presupuestos propios legalmente establecidos. *En este caso concreto, si bien el reconocimiento del niño no ha sido voluntario, sino judicial*, resulta -por lo analizado anteriormente-, impensado despojar de la identidad al niño, a través de la acción de impugnación de paternidad; máxime que en las dos pruebas científicas judicialmente actuadas, y en la tercera practicada por voluntad del accionante, se concluye que efectivamente, es compatible la paternidad del accionante y el niño demandado. (Cursivas y negritas no originales).

Juicio No. 246 - 16:

[¼] (3) Este tribunal de justicia, en anteriores ocasiones, tratándose de juicios en que se

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

Se debe manifestar, que también se han manejado casos en los que, la declaratoria de paternidad se ha dado como producto de la aplicación del art. 263 del Código de Procedimiento Civil, que prevé:

Art. 263.- Cuando se trate de exámenes o reconocimiento de personas, podrán practicarse peritajes radiológicos, hematológicos y de otra naturaleza. La renuencia de la parte a estos exámenes será apreciada por el juez como indicio en contra de ella.

pretendió impugnar una sentencia de declaratoria judicial de paternidad, en cuyas causas se ha realizado la prueba de ADN entre los sujetos procesales, obteniéndose resultado positivo acerca de la existencia del vínculo filiatorio entre el demandado y el hijo/a demandante, se pronunció en el sentido que esas decisiones que declararon la paternidad, son ya inimpugnables, e inmutables, esto es, que han adquirido efecto de cosa juzgada formal y material.

Esto significa, que en contra de una sentencia dada en última instancia y que fuere estimatoria de la demanda de investigación de paternidad con prueba favorable de ADN, no caben más recursos, ni se podrán plantear nuevas causas judiciales para modificar su contenido.

(4) Con este antecedente, en conjunción con el precedente de la ex Corte Suprema de Justicia ampliamente analizado *ut supra*, y en atención a la línea de comportamiento en aplicación de ese precedente jurisprudencial, en respeto de los derechos constitucionales a la identidad, estado civil de las personas, y en atención al objetivo de la función judicial, cual es la búsqueda de la justicia, causa en la que la sociedad en general y los sujetos procesales en particular, tienen un alto compromiso y deber, en esta oportunidad, se determina que:

Las sentencias estimatorias de una demanda de investigación de paternidad cuyo fundamento fáctico y jurídico tenga como base la renuencia injustificada, deliberada, e insistente del demandado a la práctica del examen de ADN; causan autoridad de cosa juzgada formal (inimpugnabilidad) y sustancial o material (inmutabilidad).

Juicio 0633-2014-0623:

Con respecto a la procedencia y/o improcedencia de la acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad, este tribunal ha manejado dos tipos de casos diferentes; el uno, cuando dentro del juicio de declaratoria judicial de paternidad exista la realización de la prueba científica de ADN, y que esta tenga resultado ~~in~~incontrovertido- positivo de filiación entre los sujetos procesales; y el segundo, cuando dentro del juicio de declaratoria judicial de

paternidad, el accionado supuesto padre, ha evadido a la realización de la pericia científica en forma reiterada e injustificada.

En el marco de estos dos eventos, *prueba positiva de ADN, o reticencia reiterada, deliberada e injustificada a la realización de la prueba de ADN por parte de la persona accionada*, es que este tribunal de justicia ha estimado improcedente la acción que pretenda desvanecer una declaratoria judicial previa de filiación, no solo por el respeto al derecho al estado civil de las personas y al de identidad, que dicho sea de paso, ha sido considerado por el tribunal de Estrasburgo como parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada;⁷ sino además, por el respeto y obligación que tienen las personas involucradas en un juicio a coadyuvar con el esclarecimiento de la verdad procesal y material, y a acudir a los llamados judiciales.

En definitiva, la sentencia que declare el vínculo de filiación se torna inimpugnable e inmutable (derrotable a través de otro juicio en sede ordinaria) en dos circunstancias: **(1)** Si en el juicio de investigación de paternidad que sirvió como antecedente a la declaratoria, existe prueba incontrovertible de ADN que concluya positivamente sobre el vínculo de filiación; y, **(2)** Si es que la declaratoria se ha realizado bajo la presunción de paternidad siempre y cuando el demandado en juicio, haya rehusado a la realización de la prueba científica de ADN, en forma reiterada deliberada e injustificada.

En el caso bajo estudio, la declaratoria de paternidad realizada dentro del juicio -signado con el No. 06333-2013-0085- de alimentos y paternidad seguido por [¼] en representación de su hija [¼] en contra de [...], *se ha efectuado por parte de la autoridad jurisdiccional de esa causa con base en la inasistencia del accionado a la pericia de ADN, por una sola ocasión; es decir, su actuar no puede ser calificado como reiterado, deliberado e injustificado*; por tanto, la presente acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad procede, tanto más que existe prueba científica de ADN que excluye del vínculo de filiación al señor Segundo Alberto Guaraca Morocho respecto de la niña accionada María Cecilia Guaraca Chimbo. (Cursivas originales).

⁷ Hernán Talciani, *Intereses y derechos en colisión sobre la identidad*, 07.08.14, en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v16n2/art03.pdf>

2.4.4. En este contexto, resulta evidente que las disposiciones que regulan la acción de impugnación de paternidad de hijo/as nacidos en matrimonio no son aplicables al caso concreto, toda vez que la filiación entre los sujetos procesales ±como ha quedado claro- se ha dado por sentencia judicial ejecutada y ejecutoriada.

La acción de impugnación de declaratoria judicial de paternidad ±entiéndase con base en la ausencia del demandado a la prueba de ADN-, para su procedencia, debe estar encaminada a demostrar dos asuntos, que la ausencia al llamado judicial para la práctica del examen de ADN, no fue reiterada, deliberada e injustificada; y además, que la vinculación de sangre se encuentre excluida precisamente con base en aquella pericia científica.

Entonces la lógica procesal que persigue la acción de impugnación de declaratoria de judicial de paternidad, diverge de la acción de impugnación de paternidad y de la de reconocimiento. La demanda de reproche de declaratoria judicial debe estar encaminada a unos presupuestos fácticos distintos a los de la impugnación de paternidad, y como es obvio, la defensa de la persona requerida en juicio, ha de encaminarse a desvanecer asimismo, las alegaciones de su contendor procesal.

Parte del derecho al debido proceso, es que las acciones estén correctamente encaminadas, no solo como cuestión de validez formal, sino también como cuestión de validez material, pues el derecho de defensa del requerido en juicio, inicia con conocer cuáles son los motivos por los que se le demanda, y cuáles son las razones y hechos por los que ha de planificar su estrategia de defensa. De manera que, no es aceptable ni deseable constitucionalmente que una discusión judicial se promueva durante todas las etapas del proceso por una acción y unos hechos, entiéndase el debate jurídico y el objeto de la prueba, y a la postre, la resolución sea en sentido diferente a ese contexto procesal.

En conclusión, la acción de impugnación de paternidad conforme el art. 233 A del Código Civil, en la forma planteada por el señor Segundo Filemón Jarrín Falcón, resulta improcedente, pues la acción adecuada para el caso es la de impugnación de declaratoria judicial de paternidad encaminada a demostrar los presupuestos que se han dejado descritos *supra*.

3. DECISIÓN EN SENTENCIA:

Por las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, la jueza Nacional María del Carmen Espinoza Valdiviezo, como miembro del Tribunal Único de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, de la Corte Nacional de Justicia **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA°**, *salva su voto*, y aceptando el recurso interpuesto casa la sentencia recurrida, pronunciada por el tribunal de la Sala

Especializada de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Loja, mediante sentencia de 25 de enero de 2019; las 15:44, y desestima la demanda planteada por improcedente. Sin costas ni multa regular. Con el ejecutorial se dispone la devolución de los expedientes al tribunal de origen. Notifíquese.

DRA. JULIETA MAGALY SOLEDISPA TORO

JUEZA NACIONAL (PONENTE)

DRA. MARIA DEL CARMEN ESPINOZA VALDIVIEZO

JUEZA NACIONAL

DRA. MARIA ROSA MERCHAN LARREA

JUEZA NACIONAL