DR. WILMAN GABRIEL TERÁN CARRILLO
JUEZ NACIONAL PONENTE

Juicio No. 14304-2018-00997
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA. NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y ADOLESCENTES INFRACTORES. -
Quito,

El Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, habiendo sido designados y posesionados conforme al orden jurídico constituido y por el sorteo de ley realizado en esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, pronuncian la siguiente decisión:

I. ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, de 30 de noviembre de 2019, en la presente causa ordinaria de declaratoria de paternidad post morten, seguida por José Abrahan Torres Calle (en adelante "*accionante*" o *"recurrente"*) en contra de la señora Carmen Gerardina Palacios Palacios y demás herederos presuntos y desconocidos del señor Pomerio Alejandro Palacios López (en adelante "*parte demandada*" o "*parte accionada*").

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció debido al recurso de apelación deducido por el accionante contra la resolución emitida por el Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Sucúa, de 10 de septiembre de 2019, en la que declaró sin lugar la demanda plateada, por falta de prueba.

1.2.- Satisfecho el trámite del indicado Recurso de Apelación, la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago, resuelve aceptar el recurso de apelación interpuesto por el accionante y en consecuencia dictar con lugar la demanda, declarando que el actor José Abrahan Torres Calle es hijo de Pomerio Alejandro Palacios López y ordena la inscripción de la sentencia en el Registro Civil del Cantón Guayaquil.

2.- La parte recurrente: Notificada la resolución en cuestión, la señora Carmen Gerardina Palacios Palacios, deduce Recurso de Casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsora del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales Admitidas en el Recurso de Casación: Remitido el recurso interpuesto, por sorteo, es resuelto por el Conjuez Nacional, doctor José Layedra Bustamante, quien, mediante auto de 27 de octubre de 2020, luego del estudio formal del escrito contentivo de Casación, admite el mismo por los casos dos y cuatro del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. En consecuencia, la actividad jurisdiccional de los jueces de casación, queda fijada en los términos de los cargos admitidos en fase de calificación y de la sustentación en la audiencia oral, pública y contradictoria efectuada en los términos del artículo 272 *ibídem*.

II. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente, señora Carmen Gerardina Palacios Palacios, por parte de su defensa técnica, fundamentó su recurso en audiencia

oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contra parte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Defensa técnica de la parte recurrente: En lo sustancial, inició la fundamentación por el caso dos del artículo 28 del COGEP, aludiendo la falta de motivación del fallo impugnado y la concomitante infracción de los artículos 89, 164 y186 del COGEP y 13 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, bajo la consideración, de que aquel carece del requisito de razonabilidad puesto que la decisión no se sustenta en normas constitucionales ni legales que se subsuman a lo que es materia de fondo, faltando al silogismo, el precepto jurídico que la respalde. No se explica, bajo qué razonamientos se ha llegado a la conclusión, decayendo también en falta congruencia y consistencia entre la parte considerativa y resolutiva de la sentencia, visto que el párrafo tercero del numeral sexto, el Tribunal afirma no tener certeza sobre la filiación del demandante con el señor Pomerio Palacios López, dada la imposibilidad física de la prueba científica para determinar la identidad de las personas; sin embargo, concluye que con sustento en lo expuesto y las disposiciones legales invocadas, ha llegado al convencimiento del que el señor Pomerio Palacios López es padre del actor José Abraham Torres Calle. Anotación que resulta contradictoria, aun cuando se diga que el linaje de paternidad se ha establecido con el señor Carlos Alberto Palacios López, persona de la cual no se reclama la paternidad; no se puede decir que existe convencimiento bajo el silogismo de ausencia de certeza, demostrándose evidente contradicción y falta de la razonabilidad de los jueces de apelación. Con apoyo en el caso cuarto, denuncia la errónea valoración de los testimonios rendidos por las señoras María Salazar Chauripoma, Maria Agustina Tenemaza e Hilda Palacios López, en vista de la falta de aplicación de los artículos 186 y 164 del Código General del Procesos. Refiere, que la sala de apelación no ha valorado los testimonios descritos relacionándolos con el resto de pruebas practicadas, en específico con la prueba científica de ADN, que no brinda certeza de la paternidad demandada, basándose la decisión únicamente en las declaraciones de los testigos para supuestamente arribar a su convencimiento, dado el fuerte parecido del actor con el fallecido Pomerio Palacios López. Considera que la vulneración de los preceptos de valoración indicados, da lugar a la infracción indirecta del 13 del Código de la Niñez y Adolescencia, que se ha dejado de aplicar en la sentencia, según la cual la prueba de ADN, es elemento suficiente para descartar o para afirmar la paternidad, en el caso, el linaje de paternidad determinado con un supuesto tío no es concluyente para el efecto, tanto más, que bien puedo realizarse el examen con la demandada, quien es hija de quien se demanda la paternidad. Con los indicados yerros, solicitó se case la sentencia recurrida.

5.1.- Por requerimiento del Juez Nacional, doctor Roberto Guzmán, en su calidad de miembro del Tribunal, el defensor técnico señaló, que toda prueba permite al juzgador llegar al convencimiento de los hechos que proponen las partes; y que, en efecto en la sentencia de apelación, se manifiesta que no existe certeza de que el actor sea hijo de quien aduce, premisa sobre la que termina resolviendo, no óbstate de que no se trate de un estándar probatorio. Así mismo, aclara que el examen de ADN, se efectuó al señor Carlos Alberto Palacios Lopez, hermano del supuesto padre del actor, en vista de que el cuerpo del señor Pomerio Palacios ha sido trasladado, además, que dicho elemento de prueba, pese a ser objetado por la anterior defensa técnica de la demandada, no fue aceptada dicha solicitud en primera instancia, por considerarla pertinente, conducente y oportuna para el objeto de la controversia, pese a que no se estaba demandando la paternidad del hermano.

6.- Efectivización del principio de contradicción: Por principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, quien puntualizó, que la sentencia cumple con el estándar de

motivación, estando dividida en siete considerandos: referentes a la competencia, admisibilidad del recurso de apelación, régimen de nulidades y procedimiento del recurso de apelación; carga y evacuación de la prueba. Que, en el considerando sexto, se cita el contenido de los artículos 164 del Código Orgánico General de Procesos, 66 numeral 28 de la Constitución de la República del Ecuador y 225 del Código Civil, estos dos últimos, relacionados con el derecho a la identidad de la persona y de quienes están legitimados para proponer la acción de declaración de paternidad. Elementos que desvanecen la aseveración que el fallo no se encuentra fundado en ninguna norma de derecho, por el contrario, se han subsumido los hechos a las disposiciones jurídicas aplicables. En cuanto al parámetro de lógica, este su cumple con una importante carga argumentativa que le da solidez a la decisión con normas suficientes para dilucidar el tema que ha sido puesto en conocimiento. Por último, la sentencia es comprensible, contiene un lenguaje sencillo claro y fácil de entender. Indica que la recurrente, ha plateado conjuntamente con la falta de motivación en vicio de contradicción en la sentencia, vicios que no se pueden combinar bajo el mismo argumento. Añade, que durante la alegación de la casacionista, se ha dicho que dicho que fue imposible realizar el examen de ADN a los resto del señor Pomerio Palacios, por haberse exhumado el cadáver por pedido de la hoy demandada, cuyos restos hasta el momento no aparecen, pese a que se lo exhumó para trasladarlo a un cantón Guachapada de la provincia del Azuay, para ser sepultado en un sector llamado Sastre, pero según se ha certificado el cadáver nunca llego a ese lugar; situación que obligó a efectuar prueba de ADN con el cadáver del señor Carlos Alberto Palacios López. Los jueces de la Corte Provincial, a partir de la sana critica, han llegado al convencimiento de que el actor es hijo de Pomerio Alejandro Palacios López. Desde su punto de vista, el recurso planteado busca la revisión de la prueba aportada en el proceso, situación que está prohibida en casación, tampoco se ha demostrado que la valoración haya sido absurda o arbitraria, quedando en evidencia el defecto en la proposición del recurso. Resalta que existe confusión en cuanto al método de valoración probatoria del artículo 164 del Código Orgánico General y el precepto contenido en el artículo 184 ibídem. Solicitó se rechace el recurso de casación interpuesto y se confirme la paternidad demandada.

III CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 172, 183 numeral 6, 184, 189 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269 del Código Orgánico General de Procesos; de conformidad con la resolución número 03-2021 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y por el sorteo de ley; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez Procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, lo cual, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violado solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales

y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

IV DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA (Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir, la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de la causal invocada, admitida en fase previa de admisibilidad: Tal como ha quedado establecido, en el párrafo 3 del fallo, los casos admitidos por vía casacional, son el dos y el cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, atinente a los vicios de:

> *"2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.*
>
> *4. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto."*

10.1.- El caso dos atiende a vicios *in procedendo*, se refiere a la falta de requisitos de forma y de fondo en la sentencia previstos principalmente en los artículos 90 y 95 del *Código Orgánico General de Procesos* y principalmente la motivación; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso cuarto de casación, se produce por violación directa de las normas procesales que regulan la valoración de los instrumentos probatorios y por tal vulnera de manera indirecta normas sustanciales, normas que deben indicarse en la formulación del cargo; concomitantemente con la determinación del medio de prueba en que se produjo la infracción y la explicación razonada del nexo de causalidad entre ambas infracciones. En cuanto a los vicios de esta causal —falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación— responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; por su parte la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación es un yerro, donde si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: En la especie, conforme al principio dispositivo, se tiene que la parte recurrente ha invocado los casos dos y cuatro del artículo 268 Código Orgánico General de Procesos, alegando

falta de motivación por ausencia razonabilidad en el fallo; y, falta de aplicación de los artículos 164 y 184 *ibídem*, violación conducente a la no aplicación del artículo 30 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

V. JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- Como ya ha quedado determinado, se procede a verificar lo impugnado por la casacionista conforme los cargos expuestos en la audiencia de fundamentación oral.

12.1.- Los cargos acusados: La sentencia impugnada, incurre en falta de motivación, carece de respaldo de norma constitucional o legal que sustente los razonamientos de la decisión, esto en contraposición con el parámetro de razonabilidad en la motivación. Situación que también da lugar al vicio de contradicción o inconsistencia, en la parte considerativa de la sentencia se anota que, ante la falta de la prueba de ADN de los restos mortales del señor Pomerio López con la persona del demandante, carece de certeza sobre la filiación del señor Abraham Torres Calle; acto seguido, en la parte resolutiva concluye el tribunal, que ha llegado al convencimiento del que el señor Pomerio Palacios Lopez es padre del actor, tal deducción es contradictoria. El linaje paterno se ha establecido con el señor Carlos Alberto Palacios López, persona distinta a la que se ha reclamado la paternidad; existe evidente contradicción en la decisión, la falta de certeza impide llevar al convencimiento del Tribunal. Los testimonios de las señoras María Salazar Chauripoma, María Agustina Tenemaza e Hilda Palacios López, se valoran sin correlación con la prueba científica de ADN, la cual es determinante para el establecimiento o descarte de paternidad, pese a la falta de certeza, el Tribunal funda su convencimiento en la prueba testimonial, que solo sugieren un fuerte parecido entre el accionante y el señor Pomerio Palacios López. La fijación del linaje paterno con un tío carece de certeza con relación a la persona cuya declaración de paternidad se requiere.

12.2.- Problema a dilucidar: De la abstracción realizada a los dos cargos acusados, se establece el siguiente problema jurídico a resolver: ¿La falta de la prueba de ADN con el presunto padre, impide la declaratoria judicial de paternidad post morten?, interrogante que se pasa a desarrollar en los párrafos siguientes:

¿La falta de la prueba de ADN con el presunto padre, impide la declaratoria judicial de paternidad post morten?

13.- Acerca de la filiación.- En términos amplios, la filiación es el conjunto de relaciones jurídicas, que determinadas por la maternidad o la paternidad, vinculan a los padres con sus hijos[1]. En ese sentido, alude a la procedencia de los hijos respecto a sus progenitores y a la relación existente entre ellos, caracterizada por una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí, como son: el derecho al nombre, a conocer a sus progenitores y descendencia, de alimentos, sucesorios, entre otros. Se la considera como una relación jurídica recíproca entre los progenitores legalmente establecidos y los hijos que representa el origen del torrente de derechos y obligaciones exigibles entre progenitores e hijos. Al sustentarse en el vínculo de la generación, origina un estado, determinante de la posición que la individualidad humana ocupa en la familia como hijo, derivándose en prerrogativas y responsabilidades; de allí que se dice, que habrá filiación cuando el vínculo entre padres e hijos se traslada al plano jurídico. Esta relación parental puede tener como origen un hecho bilógico o hecho jurídico marcado por la ley, como sucede con la adopción. El artículo 24 del Código Civil señala: "*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*

[1] Eduardo Zanoni, Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires. 2012. Pag.61

matrimonio entre ellos; y, c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre." De esta relación filial se ocasiona entre otros aspectos el parentesco, la patria potestad y a partir de ella, se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los ascendientes y descendientes de un grupo humano dentro de la sociedad.

13.1.- La filiación puede ser por naturaleza, denominada como aquella que posee una base biológica, cuyo criterio legal fundamental para establecerla es la fijación del hecho biológico de la generación, dándose un reconocimiento legal a las más frecuentes relaciones familiares dentro de las cuales el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Esta clase de filiación, es de la que habla el artículo 24 del Código Civil, la cual puede ser marital y extramarital, iguales en efectos y distintas por su origen en una unidad familiar o fuera de ella. La filiación extramarital tiene igualdad de derechos con la marital, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. Las únicas diferencias entre estas filiaciones, están en las formas de reconocimiento o determinación legal de éstas. Así por ejemplo la marital se sitúa en el artículo 24 letra a, del Código Civil, por haberse concebido al hijo dentro del relación marital, asimilándose a éste el matrimonio aparente o putativo de los progenitores, como también a la unión de hecho estable y monogámica reconocida legalmente; situaciones en las cuales, la ley presume esa paternidad o maternidad de manera automática. La extra marital se revela en el artículo 24 letra b, del Código Civil, por el hecho de reconocerse al hijo voluntariamente por el padre o la madre o por ambos, al no existir matrimonio entre ellos. De manera general, el supuesto de la letra c, de la norma *ibídem*, manifiesta la filiación cuando ha sido necesaria la intervención judicial para que se declare hijo de determinados padre o madre, o se ha requerido de la misma para la adopción, establecida en el artículo 314 y siguientes del Código Civil. En el caso *in examine* se está ante una demanda de declaración judicial de filiación, subsumible al artículo 24.c del Código Civil, por el hecho de fallecimiento de quien se presume era el padre del demandado, requiere de la acción de investigación de paternidad esgrimida en los artículo 252 y subsiguientes del Código Civil; que faculta al hijo que no ha sido reconocido voluntariamente, a solicitar a la administración de justicia, lo declare hijo de determinado padre o madre.

13.2.- Sobre el derecho de identidad y declaratoria de paternidad post mortem.- La filiación hace parte del derecho a la identidad personal, que como derecho de libertad contenido en el artículo 66.28 de la Constitución de la República, permite la designación de las personas con nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; así como la conservación y desarrollo se sus características materiales e inmateriales de la identidad, como son la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. Así, la identidad personal, en la arista de conservación de la verdad biológica y procedencia familiar, va más allá del vínculo jurídico que otorga la filiación por su reconocimiento legal; dado que el Estado está obligado a la protección de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando que cada miembro identificado como parte un linaje familiar, goce de los mismos derechos y oportunidades que el resto de sus integrantes, promoviendo la responsabilidad parental, aun cuando los padres se encuentren separados de sus hijos, sin perjuicio de los antecedentes o calidad de la filiación. Por tanto, el derecho de identidad personal, evoca a dos supuestos: 1) la identidad genética y 2) la identidad filiatoria[2]; a través de la primera se busca llegar a la realidad biológica de la

[2] Eduardo Zanoni, *ibídem*, pág.78

persona, pues no obstante del sentido de pertenencia que se pueda tener con respecto a quienes jurídicamente aparecen como familia, es importante que se respete la dignidad e individualidad que caracterizan a cada persona. Así, la Declaración Universal, sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, en su artículo 2 consagra: *"(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. (b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad";* se permite entonces, que toda persona conozca la verdad sobre su origen y en consecuencia, la herencia genética legada de sus progenitores biológicos; lo cual devela su irrepetible identidad. De manera general, la identidad filiatoria, también está dada a partir de verdad biológica, pero bajo ciertas circunstancias la identidad de filiación no siempre coincide con la identidad genética, como sucede en el caso de hijos habidos fuera del matrimonio y reconocidos por el cónyuge, hijos adoptados, hijos reconocidos voluntariamente aun conociendo que no lo son o mediando errores en el consentimiento del reconociente. Lo que importa en la identidad filiatoria, no es el origen sino la relación parental dada por el reconocimiento jurídico del individuo con respecto a quienes ostentan como sus progenitores; el valor de la filiación, vista únicamente como vinculo jurídico, es tal, que en el régimen legal de familia, importa más que la certeza biológica, por proteger la identidad personalísima del individuo que se auto determina e identifica con la parentela y grupo familiar en el que se desenvuelve, criterio que se concatena con la obligación de protección del artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[3] y el artículo 67 de la Constitución de la República. Indistintamente de la disquisición efectuada, lo que atañe al caso en análisis, es la identidad genética del actor, quien inclusive ha rebatido en juicio anterior de impugnación de reconocimiento, su identidad filiatoria con aquel que lo había reconocido voluntariamente como su legítimo hijo, buscando ahora, la declaración judicial de paternidad post morten de quien se presume fue su padre, para cuyo establecimiento era factible recurrir a la prueba científica de ADN, de los restos mortales del presunto progenitor, por ser el medio más idóneo con es que se cuenta en la actualidad para revelar la herencia genética en este tipo de acciones y que a luz del artículo 13, Capítulo I, Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, es prueba suficiente para la declaración de maternidad o paternidad. No obstante, en la investigación de paternidad, en pro de salvaguardar el interés legítimo de los hijos, amparados a nivel constitucional por iguales derechos, se erige el denominado principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, que permite *"al hijo el ejercicio de la acción de reclamación del estado filiativo en términos amplios, en contra de quien corresponda y apoyándose en toda la gama de pruebas que admite la ley, posibilitando, de este modo, y en forma definitiva, la búsqueda de la verdad real por sobre la verdad formal"*[4]*;* mediante este principio se otorga igualdad en el círculo familiar, dando paso al libre desarrollo de la personalidad[5] a través de la singularidad del ser, cuyo fundamento descansa en el derecho a conocer la verdad bilógica, solo así se protege el derecho a la identidad personal. Entonces, la libertad probatoria en el juicio de declaración de paternidad, autoriza al hijo o a quien legalmente lo representa, a acceder a todos los medios de prueba para transparentar su procedencia, porque el objetivo primario en esta causa, es el derecho del hijo a que declare su filiación biológica[6], es decir

[3] "Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

[4] Sentencia de la Corte Suprema de Chile n°2.089-05, de 28 de agosto del 2006, Cuarta Sala.

[5] Artículo 66. 4 y 5 de la Constitución de la Republica.

[6] Sentencia del Tribunal supremo Español, de 15 de marzo de 1989 así también se recoge esto en otras sentencias tales como STS 5 de abril de 1990 y STS 2 de enero de 1991.

que frente al derecho constitucional de identidad del hijo el de intimidad de sus progenitores se limita, pero esto no significa que se desconozca; únicamente supone una garantía de equidad. Precisamente, en la investigación de paternidad post morten, normalmente se recurre al examen de ADN mediante la exhumación de los restos mortales del presumible progenitor, la posible oposición de los herederos, cónyuge o parientes del extinto, deriva en la presunción legal de paternidad, que correlacionada con otros medios de prueba la corrobora; inclusive, el artículo 258 del Código Civil, señala que cuando el propio investigado de paternidad o maternidad se niega a someterse al ADN, el hecho de la filiación se presume.

14.- De la imposibilidad de la práctica de la prueba de ADN: Como se ha analizado, la prueba de ADN, es por antonomasia la que determina con certitud la génesis de la persona y por ende su filiación bilógica, dada da fiabilidad que este examen otorga. La estructura del ácido desoxirribonucleico mejor conocida como ADN, es una doble cadena que gira sobre sí que contiene información hereditaria codificada solo por cuatro nucleótidos[7], su importancia radica en su necesidad para el funcionamiento celular, ya que contiene las instrucciones para sintetizar proteínas. *"(...)* Un perfil de ADN se compone de los genotipos para varios STRs (secuencias de ADN), que forman un código casi único para diferenciar o relacionar a una persona biológicamente... *A la dotación completa de material genético que recibimos de nuestros padres se le denomina genoma, y se localiza en el núcleo de prácticamente todas nuestras células, por lo que teóricamente es posible realizar la prueba de ADN a partir de una sola célula de casi cualquier tejido.... recibimos una dotación genética doble, vía paterna y materna, que constituye nuestro genoma,... prueba de ADN se realiza analizando secuencias del genoma muy variables,... Estas secuencias permiten diferenciar a un individuo de otro y, al heredarse de padres a hijos, también permiten establecer relaciones biológicas de parentesco, por lo que se les conoce como marcadores genéticos Cabe señalar que para cada marcador una persona tendrá dos alelos, uno materno y otro paterno, y a dicha combinación de alelos que recibimos de nuestros padres se le denomina genotipo"*[8]. Pero no siempre existe la posibilidad de efectuar la prueba directamente con el padre o la madre, como sucedió en el *in examine*, en que el cadáver del señor Pomerio Palacios desapareció, ante esta situación la genética ha desarrollado la práctica del ADN para determinar la paternidad, usando el cromosoma sexual "Y" que científicamente establece una herencia exclusiva de padres a hijos varones, dado que gran parte del material genético paterno y materno se mezcla (23 cromosomas maternos y 23 paternos), el par de cromosomas que establece el sexo, en el caso de los varones el "Y", que determina el sexo masculino no se mezcla durante la formación de los gametos, por ello cada hombre recibe un cromosoma "Y" idéntico al de su padre. *"El potencial del cromosoma Y ..., permite resolver casos en situaciones forenses particulares, como violaciones, donde existe una mezcla de ADN de hombre/mujer, ya que estos marcadores al ser específicos del varón generarán un perfil de ADN específico del agresor. Por su parte, en pruebas de paternidad, los Y-STRs tienen un gran poder de exclusión cuando el hijo en disputa es varón, y permiten resolver casos donde el supuesto padre no está disponible, ya que sus parientes varones por línea paterna (hermanos, tíos, abuelo, primos, etc.) sirven de referencia por tener el mismo haplotipo para el cromosoma Y"*[9]. Como vemos, desde el punto de vista científico técnico descrito, es más fiable el examen de ADN entre varones

[7]La unión de las bases de una cadena con las de otra se hace siempre entre la adenina y la timina y, la citosina y la guanina.

[8] Rangel Villalobos H. La prueba de paternidad con ADN, Artículo de revisión, 2010. Obtenido en: file:///C:/Users/USER/Downloads/LaPruebadePaternidadconADN_unlocked.pdf

[9] *Ibídem*.

presumiblemente del mismo tronco genético, en razón del cromosoma idéntico que heredan de generación en generación. Este tipo de análisis facilita la investigación de paternidad, no requiriendo la presencia o los restos mortales siquiera del padre presunto, basta con el acceso al material genético de otro ascendiente, descendiente o colateral varón.

14.1.- En consecuencia, la aseveración de la casacionsita con relación a que la fijación del linaje paterno con un hermano del extinto señor Pomerio Palacios López no otorga certeza de la paternidad demanda por lo que su valoración correlacionada con los testimonios de las señoras María Salazar Chauripoma, María Agustina Tenemaza e Hilda Palacios López, no justifican el convencimiento al que arribó el tribunal para conceder la acción, se contrapone al rigor que la ciencia otorga al genoma humano[10], que aunque se examine a partir de otro individuo siempre que sea del mismo linaje, constituye un indicio y dado que no se puede desconocer el derecho de identidad como trasfondo de la acción de declaración judicial de paternidad, bien ha actuado el tribunal ad quem, afirmando en el considerado Sexto, que: *"(...) Ante la imposibilidad física de la pruba científica para determinar la identidad de las personas, el juzgador no puede afectar el derecho a la tutela efectiva de los derchos del actor con las otras pruebas practicadas... La Exhumación del Cadáver del presunto tío paterno del accionante Carlos Alberto Palacios Lopez, y posterior Informe de la Prueba de Filiación Paterna, por el Perito Dr. Raul Esteban Carrasco Castro determina un "linaje paterno" con el accionante; si bien aquello no nos da la certeza de filiación paterna con Pomerio Alejando Palacios Lopez; si nos sirve para valorar la prueba en su conjunto con los testimonios de María Salazar Yauripoma, Maria Augustina Yupa Tenemaza, e Hilda Beatriz Palacios Lopez, la ùltima hermana del causante cuya paternidad se demanda, en el sentido de que si bien este fue soltero, sabían que éste tenía dos hijos, y que José Abraham Torres Calle quien tiene un parecido físico fuerte con Pomerio Alejandro Palacios Lopez. Por todo lo expuesto,... este tribunal lleva al convencimiento de que el fallecido señor: Pomerio Alejando Palacios Lopez es padre del actor Jose Abrahan Torres Calle".* Bajo la teoría de la casacionista, el tribunal de apelación no apreció la prueba científica de ADN, fundando la decisión solo en la prueba testimonial, criterio por demás alejado de la verdad; es precisamente a partir de la prueba biológica, que marca el linaje paterno del demandante con su tío, que la sala se ve abocada a la valoración del acervo probatorio en su conjunto, sino ¿De qué otra manera se podría haber resuelto el entuerto en análisis? ¿Con el rechazo sin más de la demanda? Por supuesto que no, no olvidemos que por el principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, el actor estaba facultado para encontrar su verdad bilógica por cualquiera de los medios de prueba que procesalmente se le ofrece, tanto más ante la imposibilidad del examen de ADN con los restos mortales del señor Pomerio Palacios, que como se anota en la sentencia impugnada, es un hecho no controvertido la imposibilidad de haberse efectuado porque a partir de la presentación de la demanda de declaratoria de paternidad, la propia demandada Carmen Palacios Palacios, hija del causante, realizó los tramites de exhumación del cadáver y su traslado a la Provincia del Azuay; y, hasta la fecha no se tiene conocimiento de su paradero. Dicha situación, desde el punto de vista doctrinario tiene la condición de indicio probatorio[11],

---

[10] Artículo 1 de la Declaración Universal, sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

[11] Audiencia Provincial de Lleida-España, EDJ 2018/31721 SAP LLEIDA DE 1 MARZO DE 2018, Obtenido en:https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?nref=7E207BE9&producto_inicial=A&anchor=#%2Fpresentar.do%3Fnref%3D7e27be9%26producto%3DUNIVERSAL

que unido a otras pruebas fue ponderado por los jueces de segunda instancia, para efectos de atribuir la paternidad reclamada y desde la esfera de la legalidad, el impedimento causado por la demandada para el examen de ADN, debía ser tomado como presunción[12] de la filiación, correspondiendo a la accionada desvirtuarla. Los juzgadores de la Corte Provincial de Morona Santiago, valoran la prueba conforme a las reglas sana critica, contenido en el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos: "*Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión"*. Método de valoración probatoria por medio del que formaron su convencimiento y que nada tiene que ver con el grado de certeza de la prueba de ADN practicada entre el demandante y el cadáver de quien presumía era su tío, la certeza no es un estándar ni mucho menos un precepto de valoración probatoria, al calor de los artículos 158 y 172 del Código Orgánico General de Procesos, la finalidad de la prueba es llevar al convencimiento de los hechos al administrador de justicia y ante ciertas circunstancias precisas y concordantes que en su conjunto lo conduzcan a ese convencimiento de los hechos fácticos, puede resolver sobre la base de la presunción judicial. En tal razón, queda claro que la norma *ibídem*, cuya infracción se acusa en el caso, no contiene en si una regla de valoración de prueba, al ser un método de valoración que guía la apreciación de la prueba excluyendo la valoración discrecional del juzgador. Puesto que la valoración probatoria es facultad soberana de las instancias, escapa al control de la casación su revisión; la vulneración de estas reglas es motivo de casación únicamente cuando se demuestre de manera evidente, que el Tribunal *ad quem* ha actuado arbitrariamente, apartándose de los conocimientos científicos generalmente reconocidos, de la lógica y buen sentido, la experiencia y en la observación racional, puesto que la convicción a más de ser razonada debe ser el resultado lógico de los hechos y la convicción que sobre ellos se alcance con la apreciación motivada de los elementos de la prueba; nada de lo cual ha explicado ni demostrado la recurrente en la audiencia de fundamentación de recurso que ocurra en el caso. En ese contexto, no procede el cargo por el caso cuarto de casación, al no verificarse la infracción de los artículos 186 y 164 del Código Orgánica General de Procesos, tampoco la vulneración del artículo 13 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

15.- Sobre la acusación de falta de motivación. - El artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República, reza que, entre las facultades esenciales de juezas y jueces, deben ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y leyes; por lo tanto deben: "*Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los*

[12] Artículo 32 del Código Civil.-Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.
Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.
Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias

antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos".

15.1.- En acato a esta disposición, la debida motivación es una obligación y al mismo tiempo un derecho fundamental, constituye un punto esencial del Estado Constitucional de derechos y justicia en el marco de lo social como pilar fundamental de la democracia; en todo sentido, coadyuva a garantizar la efectividad interconectada de otros derechos de los justiciables e incluso principios fundamentales que rigen la actividad jurisdiccional, para controlar que la misma, no sea arbitraria ni abusiva del poder; o mejor dicho, parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la debida motivación es un elemento esencial para descartar cualquier indicio de arbitrariedad en la autoridad, para suministrar las razones que tiene y otorgar credibilidad a las decisiones en el marco de una sociedad democrática;[13] una sentencia "*debidamente motivada*", debe reunir: "*…requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia (…) la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal…*".[14]

15.2.- Los requisitos de concreción, suficiencia y claridad, se refieren a lo sustancial de la causa, a la necesidad de abarcar los hechos y el derecho y que sea comprensible al auditorio social, es decir, que no sea obscura. Por su parte, los requisitos de coherencia y congruencia responden a los principios lógicos que guían el razonamiento correcto, siendo como lo son, requisitos transversales que afectan a los otros requisitos, así pues, la sustentación del *Ad-quem*, debe guiar a lo debidamente derivado o deducido, con la utilización de las máximas de la correcta utilización de la ley, la experiencia, la psicología y la fuerza del convencimiento, lo cual ha de llevar a lo adecuado de la sentencia; que a su vez, para que sea coherente debe ser congruente, es decir, que sus afirmaciones guarden una correlación armónica adecuada, inequívoca, que no dé lugar a dudas sobre las conclusiones a las que llega y no contradictoria, requiriendo que sus conclusiones sean concordantes, correspondientes a los elementos que le dotan del convencimiento, derivadas de aspectos verdaderos y suficientes para producir con efectividad la subsunción del derecho al hecho.

15.3.- La impugnante en casación, ha manifestado que la sentencia del tribunal de alzada, no dispone de las premisas jurídicas que la fundan. Revisado el fallo, en el Considerando Sexto, titulado: Consideraciones Finales, se exhibe las normas jurídicas que dan razón a la decisión: *"(..) Analizada las pretensiones del actor, y la prueba en su conjunto, la misma que corresponde valorarla conforme la sana crítica, según se previene en el artículo 164 del COGEP; ... El derecho a la identidad personal es un derecho humano fundamental, garantizad en la CRE en el artículo 66.28; y el artículo 255 del Còdigo Civil manda que la acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales, cyas acciones serán imprescriptibles. CRE, art. 66.28: Se reconoce y garantizará a las personas: 28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales. Código Civil, art. 255: La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes*

[13] Sentencia de 1 de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 118

[14] Corte Constitucional, sentencia No. 035-12-SEP-CC, caso No. 3-0338-10-E

legales. Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código. Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles. Por todo lo expuesto, y sustento en las disposiciones legales invocadas, este tribunal lleva al convencimiento de que el fallecido señor: Pomerio Alejando Palacios Lopez es padre del actor Jose Abrahan Torres Calle…" esas son las normas que sujetan la decisión y bajo cuya previsión legal se han establecido los razonamientos del Tribunal, atendiendo a la naturaleza de la demanda, que persigue el restableciendo del derecho identidad personal del demandado mediante la declaración judicial de su filiación biológica. El fallo enervado, reúne los requisitos mínimos de motivación, por lo tanto, no existe mérito que dé lugar a la casación por falta de motivación ni por el vicio de incompatibilidad o contradicción en la parte dispositiva del fallo, parte alguna de la decisión se contrapone entre sí.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

16.- La filiación, paternidad y maternidad se establece: al concebir a una persona en el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o en una unión de hecho; o, con el reconocimiento voluntario del padre o madre, o ambos, al inexistir relación marital entre ellos; o, con declaración judicial. Atiende a la procedencia de hijos respecto a sus progenitores y a la relación entre ellos, por medio de derechos y deberes recíprocos; siendo el vínculo de la generación, que establece la posición ocupada por una individualidad en la familia como hijo. Cuando es por base biológica, como criterio legal establece frecuentes relaciones familiares donde el hijo desarrolla su personalidad, se integra a la sociedad y se asegura, de forma natural, la atención moral y económica de sus progenitores. Tal filiación puede ser marital y extra marital, iguales en efectos y derechos; diferenciándose por las formas de reconocimiento o determinación legal. La filiación es parte del derecho a la identidad personal, en lo que atañe a la verdad biológica y procedencia familiar, mira a la filiación no solo como creadora de relación jurídica parenteral sino como garantía de identidad biológica y de goce de los mismos derechos y oportunidades que el resto de su linaje familiar. El derecho de identidad personal, incluye la identidad genética y la identidad filiatoria; la primera busca la realidad biológica de la persona, su origen y, en consecuencia, su herencia genética, mientras que identidad filiatoria, mayormente está dada a partir de verdad biológica, pero en ciertas circunstancias se aparta de la identidad genética, (hijos habidos fuera del matrimonio y reconocidos por el cónyuge, hijos adoptados, hijos reconocidos voluntariamente). Se refiere a la identidad filiatoria, la relación parental dada por el reconocimiento jurídico del individuo por quienes aparecen como sus progenitores. En lo que respecta a la acción de declaración de paternidad judicial, importa la identidad genética del hijo con respecto a quien se presume es o fue su padre (declaración post morten), para el efecto resulta suficiente la prueba científica de ADN, dado el grado de fiabilidad que ofrece. Sin embargo, por el principio de libertad de investigación de la maternidad o paternidad, es posible hacer uso del catálogo de pruebas que el hijo requiera para obtener la verdad material sobre su filiación, como supuesto del libre desarrollo de la personalidad y la singularidad del ser, en el derecho de identidad personal. Este principio surte sus efectos, cuando el legitimado pasivo o quien hace sus veces por la extinción del primero, se oponen a la realización de la prueba de ADN en su persona o mediante la exhumación de los restos mortales del presumible progenitor, oposición que da lugar a la presunción de paternidad o de filiación biológica. Aun, cuando subsista la imposibilidad del examen de ADN con el presunto progenitor o sus restos mortales, en el caso específico de la

declaratoria de paternidad de un hijo hombre, es fiable el examen de ADN entre varones presumiblemente del mismo linaje, en razón del cromosoma "Y" idéntico que se heredan generacionalmente los hombres de un mismo tronco parental. La declaración judicial de paternidad, no requiere necesariamente del examen de ADN con el presunto padre o sus restos mortales, cuando exista la posibilidad de realizarla con el material genético de otro ascendiente, descendiente o colateral.

VI
RESOLUCIÓN

17.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de 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**, decide:

17.1.- Rechazar el recurso de casación planteado por la demandada Carmen Gerardina Palacios Palacios.

17.2.- Para los fines de ley, se manda a devolver el expediente con la razón de ejecutoría de esta resolución. - **Notifíquese y cúmplase. - F)** DR. WILMAN TERÁN CARRILLO, **JUEZ NACIONAL PONENTE (E);** DR. ROBERTO GUZMÁN CASTAÑEDA, **JUEZ NACIONAL (E);** DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA **JUEZ NACIONAL (E).**