

JUEZ PONENTE: DR. CARLOS M. RAMIREZ ROMERO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y

FAMILIA.- (Juicio No. 256-2009 - MBZ).- Quito a, 20 de julio de 2011.

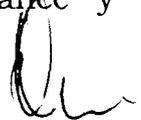
Las 15h10. **VISTOS:-** Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva tomada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No.511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo



principal, el actor, Fulgencio Alvaro Moreira Arteaga, interpone recurso de casación impugnando la sentencia pronunciada por la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, de 17 de octubre del 2008, las 09h30, que confirma el fallo del Juez de primer nivel que desechó la demanda, en el juicio ordinario que, por impugnación de la paternidad, sigue contra Agustina Gloria Paz Moreira, como madre y representante legal del menor Anthony Sebastián Moreira Paz.- El recurso se encuentra en estado de resolver, por lo que, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: **PRIMERA.**- La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 1 de junio del 2009, las 15h10, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el Art. 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite.-

SEGUNDA.- El casacionista funda el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el Art. 3 de la Ley de Casación: **2.1.**- En la causal primera, por falta de aplicación del Art. 24, numeral 13, 47 y 53 de la Constitución de 1998; falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios respecto de la práctica del examen de ADN.- **2.2.**- En la causal

segunda, por errónea interpretación del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil.- **2.3.-** En la causal quinta de casación por incongruencia en la sentencia.- En estos términos fija el objeto del recurso y en consecuencia lo que es materia de conocimiento y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo consagrado por el Art. 168.6 de la Constitución de la República y regulado por el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- **TERCERA.-** Por la supremacía de la Constitución se debe conocer en primer lugar el cargo por violación de normas constitucionales, que el casacionista plantea al amparo de la primera de casación.- **3.1.-** El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y


3

significado; mas se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla; es decir la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un yerro en la relación del precepto con el caso controvertido. Parte de la idea de que la norma no es aplicable al caso, es decir la norma aplicada no es la pertinente. En otras palabras, la indebida aplicación ocurre cuando el hecho motivo de la litis no es acorde con la hipótesis contenida en la norma aplicada en el caso; cuando establecido los hechos en el fallo, el tribunal de instancia los subsume en un norma jurídica que no los califica jurídicamente o que no le corresponde acorde con los presupuestos normativos que la misma norma establece; es decir, dada la interpretación lógico jurídica adecuada del precepto jurídico, la aplicación indebida significa presencia de norma inconsecuente con los presupuestos fácticos y normativos establecidos en el fallo, vale decir cuando a una situación fáctica, particular y específica determinada en la resolución judicial, se ha atribuido una situación abstracta, general o hipotética contenida en la norma jurídica que no le corresponde, lo que a su vez genera la falta de aplicación de aquella norma jurídica que efectivamente subsume los hechos o situaciones fácticas determinadas en el fallo. El error es de selección de norma. Existe aplicación indebida cuando la norma aplicada no guarda consecuencia con

los presupuestos fácticos y normativos del caso. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa; es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de norma de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en la norma jurídica que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos.- Implica error en cuanto a la existencia de la norma. El vicio de errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley. La errónea interpretación no ataca al hecho de que la norma haya sido aplicada al caso, es más, parte de una aceptación tácita del recurrente de que la norma es aplicable al caso, pero que el juzgador erró al interpretar la norma otorgándole un alcance que ella no lo tiene o restringiéndole el que realmente ostenta.- Implica error en cuanto al verdadero sentido de la norma.- **3.2.-** La recurrente acusa la violación del Art. 24, numeral 13, de la Constitución de la República de 1998, vigente a la época de expedición del fallo que impugna; normas que se refiere a la obligación de motivar las

sentencias judiciales.- La motivación implica justificar la decisión mediante razonamientos críticos, valorativos, lógicos con base en los presupuestos fácticos y normativos del caso.- De lo expuesto se desprende que la motivación tiene entre sus finalidades evitar el exceso discrecional del juez; pues la debida motivación conlleva a la búsqueda y determinación de la verdad procesal a través del análisis crítico de los hechos y a la calificación jurídica pertinente.- Dicha norma contiene la obligación de las servidoras y servidores públicos de motivar sus resoluciones enunciando las normas de derecho o los principios jurídicos en que se fundamenta la resolución y su pertinencia o aplicación a los antecedentes de hecho.- La motivación es un requisito esencial para la validez de las resoluciones de los poderes públicos, pues en ella se exige que las decisiones de las personas que ejercen jurisdicción y competencia, ya sea en el ámbito judicial como administrativo, sustenten sus decisiones en la ley y en la pertinencia de su aplicación a los hechos preestablecidos; este requisito se lo ha establecido para evitar abuso o arbitrariedades de las autoridades y jueces. Es tal su importancia que en la Carta Constitucional de 1998 se lo elevó a la categoría de derecho constitucional y en la actual Constitución, además, constituye causal de nulidad del acto o resolución.- Al respecto, el recurrente indica que la sentencia impugnada invoca

solamente el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil y en base de dicha norma se pretende hacer un análisis general de las diligencias de prueba que pudieron haber sido solicitadas dentro del proceso, cuando no era necesario practicar otras pruebas más de las señaladas en dicha norma, sea confesión, declaración de testigos u otra, dado que esas diligencias han quedado en desuso ante la prueba científica de ADN; indica que no tendría valor una declaración de testigos frente a un examen genético; por lo que, la falta de normatividad y sustento en derecho en la sentencia, la convierte en inmotivada y se ha vulnerado la garantía constitucional del Art. 24 numeral 13 de la Constitución de 1998.- Además, dice el recurrente, que existe falta de motivación al citar en su fallo una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, pero sin especificar si se trata de una aclaración de una norma o corresponde a una jurisprudencia de casación, sin especificar que se trata de un fallo de triple reiteración que constituya precedente jurisprudencial obligatorio.- **3.3.-** La sentencia del Tribunal ad quem tiene su motivación en el considerando Tercero de ese fallo, al expresar que para determinar el vínculo biológico progenitor-hijo la prueba científica de ADN es trascendental, pero que existen otra clase de pruebas que también se pueden presentar acorde con el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil. Que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que



no someterse a la prueba de ADN en caso de impugnación, no constituye obligatoriedad de “cosa juzgada”, ya que se lo puede repetir en un juicio de las mismas características, situación que se la puede aplicar al caso inverso donde el actor dice no ser el padre biológico.- El tema fundamental en esta causa es que el actor, dentro del término de prueba, solicitó se realice un examen de paternidad mediante el estudio de ADN con el menor Anthony Moreira Paz, prueba que no se pudo realizar, pese a los varios señalamientos, porque no compareció al Laboratorio de Servicio de Genética de la Cruz Roja Ecuatoriana, distrito de Guayas, la demandada en compañía del menor, según certificaciones que obran del proceso.- En estos casos, cuando se impugna el reconocimiento voluntario de paternidad, la falta de comparecencia del menor para realizarse la prueba de ADN, por la negativa de su representante, no es indicio suficiente para que el juez pueda en sentencia declarar que “el menor no es hijo biológico del actor”, como ocurre en otros casos, concretamente en los juicios de alimentos y declaración de paternidad o maternidad, donde, por mandato expreso del Art. 131 numeral 3 del Código de la Niñez y Adolescencia, que dispone: *“Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la*

negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen;”.- Debiendo aclarar que tal declaración no es definitiva, pues no impide que en otro juicio se la modifique, cuando se haya practicado este examen.- El fallo jurisprudencial que cita el Tribunal ad quem, precisamente, se refiere a este tema, señalando que en los procesos relativos a la filiación, cuando no se haya practicado la prueba de ADN, la resolución no alcanza la calidad de “cosa juzgada”, pudiendo intentarse un nuevo proceso en el cual se demuestre con esta prueba científica, la real situación de paternidad o maternidad de un menor o de una persona adulta.- Como en el presente caso, según lo han considerado los juzgadores de primera y segunda instancia, no se han actuado otras pruebas para justificar el asunto demandado, no es posible aceptar la demanda y declarar que el menor no es hijo del actor, ante esa insuficiencia de prueba.- De lo expresado se advierte que el razonamiento del Tribunal ad quem se sustenta en la Ley y en precedentes de la ex Corte Suprema de Justicia, aplicados a los aspectos fácticos de este proceso, por tanto, se halla debidamente motivada.- **3.4.-** El recurrente acusa también el no haberse aplicado los Arts. 47 y 53 de la Constitución de 1998, porque en su condición de persona ciega, discapacitada y de la tercera edad, tiene derecho a una


9.

atención prioritaria, preferente y especializada del Estado y el no haberse aplicado esas disposiciones ha sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia.- Al respecto esta Sala estima que las normas constitucionales antes indicadas, que hace referencia a los denominados "grupos vulnerables" y a los discapacitados que deben recibir una atención prioritaria y preferente en el ámbito público y privado, no son aplicables en el ámbito jurisdiccional en cuanto a la resolución que debe adoptar un juez frente a una controversia judicial.- Tal atención preferente debe darse en cuanto a la tramitación de la causa, mas no en cuanto a su resolución, pues el juzgador no puede basarse en el hecho de que una de las partes pertenece a tales grupos vulnerables, para fallar a su favor en un proceso.- Por lo expresado, no procede la acusación de violación de normas constitucionales.- **3.5.-** Dentro de la causal primera de casación, el recurrente dice que existe falta de aplicación de preceptos jurisdiccionales obligatorios, contenidos en fallos de triple reiteración, que versan sobre la prueba de ADN para establecer con certeza la paternidad de un niño, en los que cita: Resolución 671-98, publicada en el Registro Oficial 102, de 6 de enero de 1999; Resolución 83-99, publicada en la Gaceta Judicial XVII, No1. De 1999; y en la Gaceta Judicial serie XVII, No. 1 pp 37-38; Resolución 310-2000, publicada en el Registro Oficial No. 140 de 14 de

agosto del 2000; y, Resolución 186-2002, Registro Oficial No. 709 de 21 de noviembre del 2002.- Dice el recurrente que los jueces de instancia han dejado de aplicar estos fallos de triple reiteración que dan al examen de ADN un carácter definitivo, en cuanto al porcentaje de probabilidades de casi un cien por ciento y cuya conclusión es obligatoria para el juzgador. Examen que en la práctica no se realizó por desidia de la demandada, representante del menor, todo lo cual debió ser tomado en cuenta por los miembros de la Sala, quienes solo se limitan a señalar que existen otras pruebas que pudieron haber sido presentadas de conformidad con el Art. 121 del Código de Procedimiento Civil.- Sobre el particular, esta Sala de Casación reitera el criterio manifestado en el numeral 3.3. de este fallo, en el sentido de que al no haberse realizado la prueba de ADN ni ningún otra prueba, el juzgador estaba en la imposibilidad de admitir la demanda, pues no por la incuria de la madre y representante del menor, podía el juez aceptar la demanda de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, ya que el menor no podría sufrir las consecuencia de las decisiones de su madre y representante en este juicio. Podría ser distinto el caso, si el demandado ya es mayor de edad y puede ejercer por sí mismo la defensa en esta clase de juicios, pues en esa eventualidad, si se resiste injustificadamente a practicarse la prueba de ADN, tal circunstancia



podría ser apreciada por el juzgador como indicio en su contra.- En consecuencia no se observa que los jueces de la Sala Civil Corte Provincial de Manabí hayan dejado de aplicar los fallos relativos a la fuerza obligatoria del examen de ADN en esta clase de proceso, precisamente porque en este caso no se pudo realizar esta prueba.- **3.6.-** Finalmente, acusa la falta de aplicación del Art. 118 del Código de Procedimiento Civil, pues la Sala no se pronuncia sobre el hecho de no haberse realizado la prueba de ADN, aun conociendo el carácter trascendental de aquella.- La disposición legal ante citada establece que los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la causa; por tanto, claramente se trata de una norma procesal y no de una disposición sustantiva o material que corresponde a la causal primera de casación.- A más de aquello, es claro que esa norma establece una facultad potestativa del juez, pero de ninguna manera obligatoria, considerando que en este caso, la prueba de ADN si fue solicitada y ordenada, pero no se la pudo practicar, sin que el juez disponga de un medio coercitivo para obligar a la parte a concurrir a realizarse esa prueba.- Por lo anteriormente expresado, se desecha la acusación por la causal primera de casación.- **CUARTO:** La recurrente también fundamento su recurso en la causal segunda de casación.- **4.1.-** El vicio que configura

la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. La violación de las normas procesales previstas en los Arts 344, 346 y 1014 del Código de Procedimiento Civil configuran esta causal. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación: a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio está contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); e) que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (principio de trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.- **4.2.-** El casacionista acusa la errónea interpretación del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil, porque en la sentencia recurrida el Tribunal ad quem se limita a señalar que existen otras pruebas que se pudieron haber presentado según la mencionada norma, cuando para esta clase de asunto existe la prueba científica de ADN, frente a la cual no tendría ningún valor otra clase de pruebas.- **4.3.-** Al respecto, esta Sala estima que la norma del Art. 121 del Código de Procedimiento Civil se refiere al tipo de pruebas que son admitidas en materia civil, confesión de parte, instrumentos públicos y privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y el



dictamen de peritos, así como otros medios de prueba científicos.- Entonces, esa norma no se refieren a algún requisito fundamental para la validez del proceso de aquellos previstos en el Art. 346 del mencionado Código u otra disposición de la misma naturaleza; por tanto, al no cumplirse el mencionado requisito de especificidad, la acusación es improcedente.- Este tema, además, es motivo de la argumentación formulada con cargo en la causal primera, que fue ya analizado, siendo improcedente en materia de casación acusar la existencia de dos o más causales bajo la misma argumentación, pues cada una de las causales de casación son independientes, obedecen a un tipo específico de infracción.- Por tanto, se niega la acusación por la causal segunda de casación.-

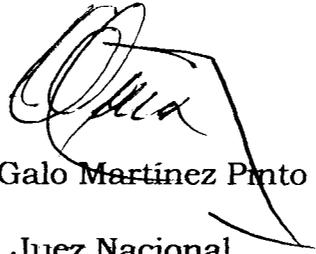
QUINTA: Finalmente, procede analizar el cargo por la causal quinta de casación.- **5.1.-** El vicio que contempla la causal quinta es el de violación de normas relativas a la estructura, al contenido y forma de la sentencia o auto, que se puede dar por dos formas: a) por defectos en la estructura del fallo, que se da por la falta de requisitos exigidos por la Ley para la sentencia o auto. b) por incongruencia en la parte dispositiva del fallo, en cuanto se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, lo que implica que haya más de un punto de decisión. Si el casacionista acusa la falta de requisitos en la sentencia, al amparo de la causal quinta, debe

cumplir las siguientes exigencias: a) determinar el requisito que no se cumple en la decisión judicial que impugna; b) precisar la norma jurídica que se vulnera; c) debe fundamentar el cargo, explicando razonadamente en qué consiste el yerro del tribunal de instancia. Si el cargo es por la existencia de contradicciones o incompatibilidades, se requiere la explicación razonada de cuál o cuáles son las conclusiones resolutorias que se anulan mutuamente por contradictorias o incompatibles. Los vicios que configuran la causal quinta emanan del análisis de la resolución o de la parte dispositiva del fallo, sin que se requiera confrontación entre el fallo, la demanda y la contestación, ya que esto último es lo que tipifica a la causal cuarta.- **5.2.-** Al respecto, el casacionista afirma que el Tribunal ad quem incurre en una inconsistencia que hace incongruente el fallo por que por una parte afirma *“Para determinar el vínculo biológico progenitor-hijo, la prueba del examen de ADN, es muy influyente y tiene peso probatorio trascendental”* (Sic), para luego señalar que existen otras pruebas que se pudieron presentar.- Así mismo indica que existe contradicción al exponer que *“... la Exma. Corte Suprema de Justicia ha determinado que no someterse a la prueba de ADN **en caso de impugnación** no constituye autoridad de cosa juzgada, ya que puede ser repetido en otro proceso de las mismas características, situación legal que*

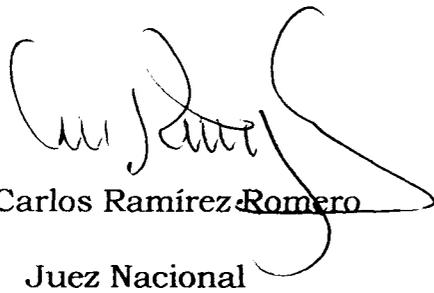
también es aplicable al caso inverso donde el actor dice no ser el padre biológico" (sic); pero indica, que caso inverso, esto es, que el actor no es el padre biológico, es la misma cosa.- **5.3.-** A criterio de este Tribunal de Casación no existe contradicción en las afirmaciones expuestas por la Sala de segunda instancia en su sentencia.- En el primer punto, lo que dice la Sala es coherente, al referirse a la fiabilidad de la prueba de ADN en los juicios de filiación; pero en el caso que se juzga, no se la realizó y tampoco el actor actuó otras pruebas, que puedan llevar al juez a la convicción de que el actor tiene la razón en su demanda, afirmación que es correcta, pues la prueba de ADN no es la única a la que se puede recurrir en esta clase de procesos, como por ejemplo si el actor y supuesto progenitor demuestra que durante el tiempo en que se produjo la concepción se encontraba ausente del país.- La segunda afirmación es coherente, respecto de que las sentencias, en los casos de impugnación, donde no se hubiere practicado la prueba de ADN, no tienen autoridad de cosa juzgada, según lo a señalado la ex Corte Suprema de Justicia.- Por la motivación expresada, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 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**, no casa la sentencia

256/09

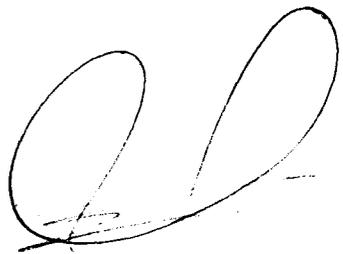
de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, materia del recurso de casación.- Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.



Dr. Galo Martínez Pinto
Juez Nacional



Dr. Carlos Ramírez Romero
Juez Nacional



Dr. Manuel Sánchez Zuraty
Juez Nacional

MBZ.

Certifico.



Dr. Carlos Rodríguez García
Secretario Relator

