



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS
POLITICAS Y SOCIALES**

ESCUELA DE DERECHO

DENUNCIA DEL TEMA

“El incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias, como impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción en el cantón San Miguel provincia Bolívar, durante el año 2011”.

AUTOR:

Egdo. Ángel Serafín Cajo Arana

DIRECTOR DE TESIS:

Abg. Plutarco Villena G

Guaranda - Ecuador

2012

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS
POLITICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO**

TEMA:

**“EL INCUMPLIMIENTO DE LO ADEUDADO DE LAS
PENSIONES ALIMENTICIAS, COMO IMPEDIMENTO
PARA GENERAR UN INCIDENTE DE REBAJA O
EXTINCIÓN EN EL CANTÓN SAN MIGUEL PROVINCIA
BOLÍVAR, DURANTE EL AÑO 2011”.**

AUTOR:

EGDO. ÁNGEL S. CAJO ARANA

DIRECTOR DE TESIS:

AB. PLUTARCO VILLENA

GUARANDA, MARZO DEL 2013

**TESIS PREVIA LA A OBTENCIÓN EL TÍTULO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DELA REPÚBLICA,
OTORGADO, POR LA UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR A
TRAVÉS DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS
SOCIALES Y POLÍTICAS, ESCUELA DE DERECHO**

VISTO BUENO DIRECTOR DE TESIS

En calidad de Director de Tesis, CERTIFICO:

Que el trabajo de investigación titulado: **“El incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias, como impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción, en el cantón San Miguel provincia Bolívar durante el año 2011”**, elaborado por la señor, ANGEL SERAFIN CAJO ARANA, egresado de la Escuela Derecho, Facultad de Jurisprudencia, ha desarrollado su trabajo investigativo bajo los lineamientos jurídicos y académicos de la institución, por lo que se aprueba la misma, pudiendo ser sometido a presentación pública y evaluación por parte del jurado calificador que se designe.

Guaranda, Diciembre 2012



Abg. Plutarco Villena

DIRECTOR DE TESIS

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo jurídico, es la consecuencia del persistente sacrificio por superarme; es por ello, que dedico este trabajo a mis padres y ahora mis amigos admirables, porque con su sabiduría y su praxis, supieron orientarme por los ejemplares caminos de la vida.

Quien con su sapiencia y don abnegada me enseñó con fortaleza a enfrentar los inevitables obstáculos de la vida, trasformando mis debilidades en fortalezas, y las tristezas en alegrías, atenuando mis horas difíciles, lo cual hizo posible alcanzar los objetivos propuestos. Dedico también este trabajo a todos mis hermanos, ya que influyeron en mis batallas de forma positiva, siendo de alguna manera partícipes en la consecución de mis sueños diseñados.

ANGEL CAJO ARANA

AGRADECIMIENTO

La gratitud es uno de los principios más significativos del espíritu humano que me han legado mis padres; por eso quiero exteriorizar un infinito agradecimiento, a los DOCENTES DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR EXTENSIÓN SAN MIGUEL, por los conocimientos impartidos hacia mi persona durante mi permanencia en la escuela de derecho.

También agradezco al Maestro tutor de mi tesis al ABOGADO, PLUTARCO VILLENA GAIBOR: quien con su aceptable experiencia y sus sabios conocimientos que lo determinan ha hecho posible que culmine mi objetivo final.

De manera especial quiero agradecer al distinguido catedrático Dr. Ulises Barragán Vinuesa, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien con su talento humano dirige acertadamente el destino de la Facultad, forjando nuevos ilustrados en el campo del derecho; y, a todos los que conforman la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas.

GRACIAS:

ACTA NOTARIADA DE VERIFICACIÓN DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA.

ÁNGEL SERAFÍN CAJO ARANA, egresado de la Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, Universidad Estatal de Bolívar, declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación y elaboración de Tesis de Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador, que versa sobre: **El incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias, como impedimento para generar un incidente de rebaja o extensión, en el cantón San Miguel provincia Bolívar durante el año 2011**", así como las versiones vertidas en la misma, es autoría del compareciente, quien la ha realizado a base de la recopilación bibliográfica de la legislación, el derecho ecuatoriano, derecho comparado y consultas en el sistema informático de Internet.

Por lo expresado en esta nuestra declaración, asumo la responsabilidad de originalidad de la misma y el cuidado respectivo a remitirse a las fuentes bibliográficas anexas para fundamentar el contenido expreso.


Ángel Serafín Cajo Arana
AUTOR



R. DEL E.
NOTARIA
PRIMERA
San Miguel
Prov. Bolívar

DR. JOSE CORDOVA NUÑEZ

RECONOCIMIENTO DE FIRMAS Y RUBRICAS

1 En la Ciudad de San Miguel, Cantón del mismo nombre,
2 Provincia de Bolívar, República del Ecuador, hoy viernes ocho
3 (08) de marzo del dos mil trece, ante mí, DOCTOR JOSÉ
4 CÓRDOVA NÚÑEZ, NOTARIO PUBLICO PRIMERO DEL
5 CANTÓN SAN MIGUEL, comparece el señor: CAJO ARANA
6 ANGEL SERAFIN, soltero, con el objeto de reconocer su firma
7 y rúbrica, que obra al pie del documento que antecede. Al
8 efecto, siendo conocedor de los delitos del perjurio e instruido
9 por mí el Notario, de la obligación que tiene de decir la verdad,
10 declara y manifiesta, que la firma y rúbrica, impresa en el
11 mismo, es suya propia, la misma que la utiliza en todos sus
12 actos públicos y privados y como tal la reconoce, firmando en
13 unidad de acto, de todo lo cual Doy Fe.-
14

15
16
17
18 Dr. José Córdova Núñez
19 EL NOTARIO
20



21
22
23
24
25
26
27
28

060369941-24

INDICE GENERAL

CONTENIDOS	PÁGINAS
VISTO BUENO DIRECTOR DE TESIS.....	2
DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO.....	4
ACTA NOTARIZADA.....	5
RESUMEN.....	11
INTRODUCCIÓN.....	12
TEMA.....	14
CAPÍTULO I	
EL PROBLEMA.....	15
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	19
1.1.2. DELIMITACION DEL PROBLEMA.....	20
OBJETIVOS:.....	21
GENERAL.....	21
ESPECIFICOS.....	21
1.3. JUSTIFICACION.....	22
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO.....	23
2.1. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.....	23
2.3. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL DERECHO DE ALIMENTOS.....	25
Aceptaciones jurídicas del derecho de alimentos.....	26
EL DERECHO A LOS ALIMENTOS.....	27
Titulares de este Derecho.....	28
Características de este derecho.....	30
LOS PROGENITORES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	32
LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD.....	33
Prueba biológica de maternidad.....	34
Investigación de la maternidad.....	35
LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD RESPONSABLE.....	37
CONCEPCIONES SOCIALES DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD.....	41
DERECHOS Y OBLIGACIONES.....	42
Personas obligadas a prestar alimentos.....	43
Las leyes internacionales frente a la cuestión de alimentos.....	47
ASPECTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL.....	48
EL DERECHO.....	48
Naturaleza del derecho.....	50
Origen del derecho de familia:.....	51
Principios del derecho de los alimentos.....	52
Orden en que debe reclamarle los alimentos.....	58
LA FILIACIÓN COMO BIEN JURÍDICO.....	59
Clases de filiación.....	59
Evolución histórica jurídica de los hijos nacidos extra matrimonio.....	60
Generalidades sobre la filiación legítima.....	63
Requisitos de la filiación legítima.....	67
Derecho a la identificación.....	69
Prueba instrumental.....	71
Hijos ilegítimos.....	76

LA RELEVANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.	76
Las leyes internacionales frente a la cuestión de alimentos.	77
Constitución ecuatoriana y los tratados internacionales	78
La persona humana y los tratados internacionales	79
1.2 ILUSTRACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS CONTENIDOS EN	
MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	79
CONCEPCIÓN DOCTRINARIA Y JURÍDICA DE BIEN JURÍDICO.	79
ILUSTRACIÓN DE DERECHOS, DESDE LA PERSPECTIVA	
CONSTITUCIONAL Y LEGAL	82
LA OBLIGATORIEDAD LEGAL	83
TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES	84
CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	85
LOS DERECHOS Y SU JERARQUÍA.	86
LA CONSTITUCIÓN.	90
La supra constitucionalidad:	91
1.3. LA RITUALIDAD PROCESAL EN MATERIA DE ALIMENTOS.	93
ANÁLISIS DEL FORMULARIO PARA NUEVAS DEMANDAS DE	
ALIMENTOS.	94
ANÁLISIS DE CASOS.	95
TRÁMITES DE LA DEMANDA EN EL JUICIO DE ALIMENTOS.	96
INTRODUCCIÓN.	96
SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.	105
LIBELOS DE DEMANDAS ADMITIDAS.	107
TRAMITE APLICABLE A LOS ALIMENTOS, ATENDIENDO LA REFORMA	
LEGAL.	111
EL ÁMBITO Y RELACIÓN CON OTROS CUERPOS LEGALES.	114
LAS RESOLUCIONES Y SUS EFECTOS.	117
SANA CRÍTICA COMO FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS	119
CLASIFICACIÓN DE LAS DEMANDAS INCIDENTALES	123
Las demandas incidentales	125
CLASIFICACIÓN DE LOS INCIDENTES.	127
REGULACIÓN DE LOS INCIDENTES ORDINARIOS	129
OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PROMOVER LOS INCIDENTES.	131
CLASIFICACIÓN DE LAS DEMANDAS INCIDENTALES.	133
DEMANDAS ADICIONALES.	133
DEMANDAS RECONVENCIONALES.	135
Definición y condiciones de risibilidad.	135
Demandas reconvencionales en segundo grado.	136
DEMANDA EN INTERVENCIÓN.	137
COMPENDIO DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE DENTRO DEL JUICIO	
PRINCIPAL INCIDENTAL.	144
LA SANA CRÍTICA Y LA LÓGICA JURÍDICA.	151
LA SANA CRÍTICA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA.	151
LA SANA CRÍTICA SEGÚN LA LEGISLACIÓN	152
SUJETOS Y DERECHOS PERJUDICADOS	155
INCUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO DE LA FILIACIÓN COMO DERECHO.	156
LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LOS ALIMENTOS.	157
ALIMENTOS IMPAGOS.	163

LA SUSTANCIACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS, FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS.	166
LOS DEMÁS JUICIOS INCIDENTALES DE ALIMENTOS, FRENTE A VULNERACIONES DE DERECHOS.	168
2.1. FALTA DE PROTECCIÓN DE LOS PADRES A LOS HIJOS, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	169
COMO SE DEFINE AL DERECHO DE MENORES.	170
DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS.	172
ACTOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS.	176
EXISTENCIA DE DEUDAS DE ALIMENTOS NO PAGADAS A FAVOR DEL TITULAR DEL DERECHO.	178
PADRES DEUDORES DE ALIMENTOS QUE EJERCEN LA EXTINCIÓN DE ESTE DERECHO.	180
OMISIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.	193
INCUMPLIMIENTO A LOS INFORMES PERICIALES	194
EVASIÓN DE RESPONSABILIDADES	196
CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, PSICOLÓGICAS Y SOCIALES	
3.1. COMPENDIO ANALÍTICO ORIGINAL	197
EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LOS ALIMENTOS	198
CRÍTICA PROYECTIVA.	200
COMENTARIO SOBRE LOS DERECHOS VULNERADOS.	201
CONSECUENCIAS NEGATIVAS.	202
LA LÓGICA COMO SOLUCIÓN.	203
LA IGUALDAD ANTE LA LEY.	204
CAPITULO III	
3.-MARCO METODOLÓGICO	207
3.2. METODOS.	208
4. UNIVERSO O MUESTRA.....	211
5.- ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS.....	213
6.- SUSTENTACIÓN DE LA HIPOTESIS	217
CAPÍTULO IV	
4.1. LA PROPUESTA JURÍDICA	2188
DESARROLLO DE LA PROPUESTA JURIDICA	222
VALIDACION DE LA PROPUESTA	225
CONCLUSIONES	226
RECOMENDACIONES	227
ANEXOS	230

RESUMEN

Con la promulgación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia mediante Ley No. 100, publicada en el R O No. 737 del 3 de Enero del 2003, cuya vigencia en el territorio ecuatoriano, es de fecha 3 de Julio del 2005; cuerpo legal que adolece una reforma a corto tiempo de vida como es al Título V, Libro II, Capítulo I, Derecho de Alimentos , publicado en el R O No. 643 de fecha 28 de Julio del 2009, cambia las disposiciones normativas primitivas, reforma que en nada aporta a lo que se relaciona a los alimentos, es decir la forma o formas¹ específicas para hacer efectivo el pago de lo adeudado por concepto de pensiones alimenticias, pues el alcance es a aquellos obligados que no han pagado las dos últimas mesadas o cánones alimentarios pudiendo decretar el operador de justicia, la prohibición de salida del país, su incorporación en el registro de deudores del Consejo de la Judicatura de la jurisdicción que corresponda, inhabilitación para ser candidato a cualquier dignidad de elección popular, ocupar cargo público alguno, enajenar bienes si es para alimentos, prestar garantías prendarias o hipotecarias, apremio personal hasta por 30 días y prohibición de salir del país, reincidencia por 60 días más hasta un máximo de 180 días, etc., medidas coercitivas que no satisfacen la obligación, razón más que suficiente para este trabajo de tesis, y aportar con un efecto de solución a un gravísimo problema en el que se hallan la mayoría ciudadana, puesto que todos no alcanza a un cargo público, no salen del país, ni tampoco se acogen al derecho de ser elegidos entre otras medidas de tipo legal que pueden afectar a ayudar a cubrir obligaciones, conforme lo determina el Art. Innumerado 20, 21, 22 de dicha reforma, lo que incide en la tramitación de causas de alimentos en los juzgados Cantonales de lo Civil al ser competentes para conocer inicialmente estas causas al no existir juzgados especiales en la materia y en espera de que se constituyan los juzgados de la Niñez y Adolescencia conforme lo determina el, Código Orgánico de la Función Judicial

¹Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia mediante Ley No. 100, publicada en el R O No. 737 del 3 de Enero del 2003, cuya vigencia en el territorio ecuatoriano, es de fecha 3 de Julio del 2005; cuerpo legal que adolece una reforma a corto tiempo de vida como es al Título V, Libro II, Capítulo I, Derecho de Alimentos , publicado en el R O No. 643 de fecha 28 de Julio del 2009, Art. Innumerado 20, 21, 22

cuya vigencia obedece al R O No. 544² de fecha 9 de Marzo del 2009, lo que ha devenido en un laberinto legal para quienes solicitan medidas para cobrar obligaciones adeudadas, y los obligados para pagar, por lo que esta ³investigación toma como escenario geográfico el Juzgado Sexto de Lo Civil de Bolívar.⁴

En la formulación del problema, se hace notar que la falta de una diseñar una propuesta de tipo jurídico que contenga una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que permita asegurar que en casos de incumplimiento de la obligación pese de haberse agotado las medidas ya expresadas que adopte el juez, se determine una norma imperativa obligatoria al pago, como es el caso para admitir una demanda incidental, sin que esto conlleve a denegación de justicia alguna, tomando en consideración el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, propuesta con un criterio definido de aplicación de las reglas legales.

La Hipótesis direcciona una aplicación apropiada en su trámite legal de las demandas y causas de este tipo, partiendo desde la variable independiente y otra dependiente.

², Código Orgánico de la Función Judicial cuya vigencia obedece al R O No. 544 de fecha 9 de Marzo del 2009.

INTRODUCCIÓN

La pretensión de este trabajo investigativo, es instituir un diseñar una propuesta de tipo jurídico que contenga una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que permita asegurar que en casos de incumplimiento de la obligación pese de haberse agotado ⁵las medidas ya expresadas que adopte el juez, se determine una norma imperativa obligatoria al pago, como es el caso para admitir una demanda incidental, sin que esto conlleve a denegación de justicia alguna, tomando en consideración el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, propuesta con un criterio definido de aplicación de las reglas legales que fortalezca el sistema aplicable al régimen procesal, atendiendo la normativa legal ecuatoriana en lo relacionado con la aplicación a la reforma del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y las que provienen de las disposiciones reformativas y derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial.

El capítulo primero de este trabajo recoge todo lo relacionado al problema, planteamiento, formulación, delimitación del problema, al igual que los objetivos que se pretende alcanzar en esta investigación; y, la justificación.

El capítulo segundo, hace referencia al marco teórico, donde se recoge los antecedentes investigativos, la fundamentación científica, destacándose el origen de la responsabilidad jurídica del derecho de alimentos, los derechos vulnerados frente a esta institución jurídica, un compendio analítico original, la fundamentación filosófica, la hipótesis, variables.

El capítulo tercero, determina el marco metodológico, donde se destaca la modalidad, el tipo de investigación, la población y muestra, los métodos, técnicas e instrumentos, al igual que la interpretación de datos (gráficos y cuadros) y la sustentación de la Hipótesis.

El capítulo cuarto, recoge el marco propositivo, título, objetivo, justificación, desarrollo, validación de la propuesta, conclusiones, recomendaciones, bibliografía, y los anexos.

En conclusión, este trabajo de investigación, recoge una temática de actualidad como lo es el incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias como impedimento para generar un incidente de aumento, rebaja o extinción, y que, es que justamente se trata de diseñar una propuesta de tipo jurídico que contenga una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que permita asegurar que en casos de incumplimiento de la obligación pese de haberse agotado las medidas ya expresadas que adopte el juez, se determine una norma imperativa obligatoria al pago, como es el caso para admitir una demanda incidental, sin que esto conlleve a denegación de justicia alguna, tomando en consideración el principio de interés superior de niños, niñas y adolescencia, de ahí que, se torna en interesante este trabajo investigativo, en su tema mismo, pues abordar temas en derecho sobre alimentos, es aportar a la solución de problemas sociales.

Finalmente nuestra propuesta es un aporte a la normativa legal del Codificación Código de la Niñez y Adolescencia, atendiendo las disposiciones reformativas y derogatorias al Título V, Libro II, y que para su plena vigencia, se debe establecer una reforma de este tipo que recoja aplicabilidad en todos los casos.

TEMA

El incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias, como impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción, en el cantón San Miguel provincia Bolívar durante el año 2011”

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿Cómo evitar que el incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias, cause impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción en el Cantón San Miguel de Bolívar durante el año 2011?

Empiezo esta investigación académica ilustrando la existencia de falencias jurídicas inmersas en algunos cuerpos jurídicos, a pesar de las múltiples reformas legales e institucionales acontecidas en la República del Ecuador, problemática que causa incertidumbre en cuanto a la verdadera aplicabilidad del derecho, incluso conlleva al suplicio a varios bienes jurídicos reconocidos, a causa de las violaciones que se dan en la praxis jurídica; hechos, abalizados por los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, específicamente por los administradores de la justicia, actos por demás ilegítimos, que son justificados por los vacíos o lagunas legales existentes, provocando daños irreparables a los titulares del derecho.

Al estado le corresponde la aplicación eficiente del derecho a través del administrador de justicia, quienes ejercerán sus deberes y atribuciones atendiendo la supremacía constitucional y demás leyes conexas; sin embargo, a pesar de estar bien garantizado los derechos por mandato constitucional y legal, en materia de niñez y adolescencia se está vulnerando el principio de interés superior, el principio de atención prioritaria prescrito en los Arts. 35, 44 y más pertinentes de la Constitución de la República del Ecuador, incluso se está⁶ debilitando la eficiente aplicación de los derechos estatuidos en los Arts. innumerados 4, 2, 3 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia que hace referencia al derecho de alimentos a favor de los niños, niñas y adolescentes, por la admisibilidad de

Art. innumerado 42, 37, 32 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

demandas incidentales de rebaja o extinción de alimentos en las judicaturas del país a pesar de haber deudas de alimentos impagas, por parte de los jueces/zas que por mandato legal están obligados a aceptar estos petitorios, estos libelos de demandas, ya que mal podrían rechazarlos, porque caerían en absoluta denegación de justicia, y eso también sería gravísimo, pues se estaría atentando flagrantemente la tutela efectiva de derechos; es decir, con estas demandas, se está irrespetando derechos a favor de los grupos de atención prioritaria, así como el principio de filiación, ya que bien se puede demandar ante la judicatura competente una acción incidental de rebaja o extinción de alimentos según el caso en contra de su hijo/a, con el objeto de buscar la modificación de la resolución judicial dictada por el juez en contra suya, respecto a la pensión de alimentos fijado, sea pidiendo en este libelo de demanda la extinción del derecho o simplemente la rebaja del mismo.

Debo clarificar que para demandar rebaja o extinción de alimentos, solo se debe llenar los formularios de rebaja o extinción de alimentos, cumplir con lo dispuesto en el Art 68 del Código de Procedimiento Civil que hace referencia a los requisitos que se debe adjuntar a la demanda, y en caso de incumplimiento de las normas ya invocadas el juez mandará a completar la misma en el término de tres días bajo prevenciones de ley; pero, qué pasaría si el actor de estas acciones está adeudando cierta cantidad de dinero o su totalidad por concepto de liquidación o pago de pensión de alimentos a favor del demandado en esta causa, acaso podrá el juez competente aceptar a trámite esta acción por ser un derecho del actor consagrado en el Art. innumerado 42, 37, 32 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que hacen referencia a la rebaja y revisión de la pensión fijada, así como de la extinción del derecho, admisión que bien favorece al obligado al pago de estas pensiones alimenticias y perjudica al titular del derecho a alimentos, ya que si existiría inadmisión de estas demandas se le estaría denegando justicia; lamentablemente, la ley en este caso es permisible, pues este código jamás se pronuncia al respecto, más bien permite estas acciones legales; por ello, lo ideal sería que el actor de estas demandas debe presentar una certificación previa que determine que está al día en cuanto al pago de las pensiones alimenticias a favor de su hijo o hija de acuerdo al caso o en su defecto presente una declaración juramentada

de no estar adeudando ninguna deuda alimenticia, cosa que jamás ocurre en la práctica.⁷

El Art. innumerado 21 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, clarifica varias inhabilidades del deudor de alimentos para ejecutar actos jurídicos o administrativos, pero jamás expresa que tener una deuda de alimentos impaga es causal de inhabilidad para ejercer una acción incidental de rebaja o extinción de alimentos; recalco, el Código de la Niñez y Adolescencia jamás previno esta clase de particularidades, pues deja la brecha latente para vulnerar los principios y derechos superiores de los niños(as) prescritos en los presupuestos jurídicos vigentes, al admitir estos libelos de demandas; el Art. innumerado 20, Ibídem, clarifica sobre el incumplimiento de lo adeudado, menciona sobre algunas prohibiciones, como la salida del país, la incorporación a un registro de deudores y al ingreso a la central de riesgos, pero no menciona sobre la prohibición de presentar un incidente de alimentos al incumplir dos o más pensiones alimenticias, cosa que debería constar para proteger derechos prioritarios.

La aplicabilidad eficiente y eficaz de los bienes jurídicos en materia de niñez deben ser tutelados por los Órganos de la Función Judicial conforme lo prescribe el Art. 167 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial en base a una reforma legal, porque son quienes ejercen la potestad de administrar justicia, por ende sus atribuciones deben evitar inaplicabilidades de normas, de derechos, jamás permitir violaciones, como en el caso que nos ocupa, pues se vulnera el principio superior de los niños(as), la relación de filiación, pues de ahí se desprende múltiples obligaciones unidas por vínculos legales entre padres e hijos; y, así debe conjugar en la práctica el criterio del juzgador de justicia, al tener conocimiento de una acción incidental de rebaja o extinción de alimentos, claro está que hoy no se podría rechazar estas demandas, porque se denegaría justicia al peticionario y eso no es la solución. No cabe duda, que el acto de admisión de libelos de demandas incidentales de rebaja o extinción de alimentos por parte de los Jueces de la Niñez y Adolescencia o por los

Art. 167 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial

Juzgados de lo Civil en los lugares donde no existen estas judicaturas sin previa revisión de obligaciones, demuestra el nacimiento de la vulneración de derechos.

Está claro que el interés superior de los niños(as) y adolescentes prevalece sobre los demás derechos, pero tampoco un juez podría denegar justicia a un ciudadano, porque de hacerlo se negaría un derecho también prescrito, entonces el problema surge por la existencia de un vacío jurídico, ya que se debió hacer constar en la reforma al Código de la Niñez un inciso que especifique una prohibición legal que impida al alimentante deudor ejercer el derecho a demandar incidentalmente la rebaja o extinción de alimentos, y así podría hoy el juzgador rechazar estas demandas hasta que paguen todo lo adeudado, sin caer en el campo de la denegación de justicia; debido, a esa falla se está atropellando el derecho a la salud, educación, alimentación, vestuario, como a los objetivos que persigue la Institución de la Filiación en plena relación con la paternidad o maternidad. No cabe duda, que están en peligro derechos prioritarios, pues mal se puede dar preferencia a un derecho, lesionando otro.

Este problema a más de irrespetar el derecho superior de los niños, niñas y adolescentes, permite terminar o alterar una obligación jurídica ya adquirida sin cumplir con una anterior por así disponerlo la ley, dejando deudas pendientes que a la postre son difíciles de cobrar, ya que deberán acogerse a otras acciones legales, provocando incrementos de expedientes en las judicaturas, consecuentemente más trámites engorrosos e innecesarios en las mismas.

El ejercicio de actos jurídicos que vulneran derechos está lejos de ser una novedad, porque vivimos en una época rica en instrumentos jurídicos, pobre en correctas aplicabilidades, pues de que sirve cuantiosas leyes si no la aplicamos y si lo hacemos atentan el derecho de los demás; y, en el caso que nos ocupa vulneran el derecho superior de los niños(as) y adolescentes en sus diferentes ámbitos, específicamente en cuanto a la satisfacción de las necesidades más vitales de estos menores, actuaciones acontecidas a nivel nacional, como local, ya que este problema también se vive en el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar, pues actualmente se están tramitando demandas incidentales de

rebaja y o extinción de alimentos, sin exigir al actor que pague lo adeudado por concepto de liquidaciones o pensiones alimenticia atrasadas. Realidad que causa preocupaciones tanto jurídicas como sociales, ya que se incrementa la desprotección económica de la niñez y adolescencia, ocasionando un daño moral y psicológico a los menores.

Por las deducciones establecidas, es relevante plantear una propuesta de tipo jurídico que luego de recabar las causas del problema y sus efectos, contenga una reforma legal al Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, incrustando un inciso legal al Art. innumerado 20 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, atendiendo el interés superior de los titulares del derecho de alimentos inmersos en esta materia.⁸

Objetivamente, lo investigado permitirá potencializar los derechos de los niños, niñas y adolescentes rescatando el carácter de superior, más aun al tener conocimiento de esta problemática en la jurisdicción sanmiguelense, me circundo de compromisos prácticos, viables, con carácter solucionario para fortalecer la justicia, comprometido con el pueblo, con los grupos de atención prioritaria; inclusive, para contribuir con el fortalecimiento de los bienes jurídicos, respaldando a los niños (as) y adolescentes que no solo son el futuro, sino el presente de la patria; por supuesto, sin lesionar los bienes jurídicos de las demás personas.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

La falta de una propuesta de tipo jurídico que contenga una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que permita asegurar que en casos de incumplimiento de la obligación pese de haberse agotado las medidas ya expresadas que adopte el juez, se determine una norma imperativa obligatoria al pago, como es el caso para admitir una demanda incidental, sin

Art. innumerado 20 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

que esto conlleve a denegación de justicia alguna, tomando en consideración el principio de interés superior de niños, niñas y adolescencia.

1.1.2. DELIMITACION DEL PROBLEMA.

Este trabajo, materia de investigación por la inexistencia de una propuesta de tipo jurídico que contenga una reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que permita asegurar que en casos de incumplimiento de la obligación pese de haberse agotado las medidas ya expresadas que adopte el juez, se determine una norma imperativa obligatoria al pago, como es el caso para admitir una demanda incidental, sin que esto conlleve a denegación de justicia alguna, tomando en consideración el principio de interés superior de niños, niñas y adolescenciaun, se desarrollará en el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

OBJETIVOS:

GENERAL.

- Investigar el incumplimiento de las pensiones alimenticias impagas, como impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción.

ESPECIFICOS.

- Analizar si tener deudas impagas de alimentos, causa impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción.
- Determinar si el incumplimiento de las pensiones alimenticias vulnera derechos prioritarios.
- Investigar si la admisión de demandas incidentales de Rebaja y Extinción de alimentos, ocasionando vulneración de derechos.
- Determinar si los derechos de la niñez y adolescencia prevalecen sobre los demás derechos imperantes.
- Analizar qué derechos se violentan con esta clase de admisiones por parte del juez.
- Comprobar si el juez no puede inadmitir las demandas antes indicadas, porque caería en el campo de la denegación de justicia.
- Inventariar las causas incidentales de rebaja y extinción de alimentos en la Judicatura de San Miguel de Bolívar.
- Diseñar una propuesta de tipo jurídico que contenga un agregado legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que permita garantizar el derecho de la niñez y adolescencia en cuanto a la satisfacción de sus necesidades básicas, aplicando el principio de interés superior, sin lesionar otros derechos.

1.3. JUSTIFICACION.

Examinando, averiguando una forma positiva para atender los problemas sociales de nuestro país y como fórmula a dar solución a éstos en nuestra legislación ecuatoriana, nace el interés en desarrollar este trabajo de investigación en lo relacionado al incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias como impedimento para generar incidente o extinción.

Según la historia del derecho de familia y en especial de alimentos se tiene que nuestra legislación ha incorporado reformas permanentes y ha dado a luz a nuevos ordenamientos jurídicos que protejan derechos sociales, puesto que el derecho de alimentos no es un problema legal, sino más bien es un conflicto social, donde sobresale por una parte el derecho del hijo desatendido, desprotegido, descuidado en la obligación de sus progenitores; y por otro lado la responsabilidad de asistencia que en el mayor de los casos es negada, o habiéndose generado el derecho, es incumplida, inaplicada; he ahí el problema, pues en el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar al igual que otras judicaturas cantonales se ven abocadas en imposibilidades para dar ejecución, seguimiento a las resoluciones por ellos dictadas, entonces justamente este trabajo permitirá que ese operador de justicia llamado profesional del derecho, Abogado, parte procesal o justiciable, administrador de justicia, cuente con un instrumento legal que le permita generar y poner en práctica los conocimientos en esta materia, tener un escenario más idóneo y de fácil aplicabilidad.

Esta respuesta se fundamenta en la imposibilidad de ejecutar cobros adeudados por pensiones alimenticias por cuanto las disposiciones legales contenidas en los Arts. Innumerados 20, 21, 22 del Código de la Niñez y Adolescencia no son suficientes, ni garantizan un cobro a tiempo, oportuno, seguro.

Se justifica porque a la vigencia de la reforma al Título V, Libro II, Capítulo I, Derecho de Alimentos, se estaría desarrollando un diseño o modelo de propuesta de tipo jurídico aplicable en estos casos.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.

Determinado el tema de estudio e investigación se tiene que no se han realizado investigaciones sobre otros trabajos en esta materia, determinándose la no existencia de trabajo alguno con el tema planteado, siendo en consecuencia nuevo, original, de mi autoría; y, aprobado que fue este se dio el trámite de rigor para procurar su ejecución no solo en el Juzgado lugar de investigación, sino en otras jurisdicciones de esta competencia.

2.2. FUNDAMENTACION CIENTÍFICA.

El procedimiento de la causa sobre el incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias como impedimento para generar incidente de extinción y que es materia de este trabajo de tesis, nos brinda una respuesta que faculta el acceso a ejecutar cobros adeudados por pensiones alimenticias; y, que como se deja dicho las disposiciones legales contenidas en los Arts. Innumerados 20, 21, 22 del Código de la Niñez y Adolescencia al no ser suficientes, no garantizan o permiten el cobro a tiempo, oportuno, seguro.⁹

Entonces decimos que siendo el Marco Teórico el aporte fundamental de la investigación, en materia civil, es la forma de aplicación a la ley de la materia la que permite generar un problema procesal en su ritualidad, constituyéndose en la parte sustantiva propiamente dicha, surgiendo ciertas relaciones adoptadas y tomadas de otras investigaciones, que sumadas con las experiencias vividas se llega a determinar esta falencia procesal y legal que

Arts. Innumerados 20, 21, 22 del Código de la Niñez y Adolescencia.

atenta al principio del interés superior del niño, niña y adolescente; dicho en otras palabras, viene a ser el problema planteado en forma teórica, la explicación a las relaciones entre los hechos, los elementos que intervienen en el proceso, los valores o factores variables; o mejor dicho, el marco teórico parte de los elementos teóricos básicos que lo conforman, para poder penetrar en la realidad o hecho a investigarse, permite, facilita explicar el problema u objeto de estudio, nos da la oportunidad de quien investiga, lea, seleccione la información teórica específica que yendo de la mano con el objeto de investigación o estudio, se constituye en la base para el desarrollo de la investigación.

En el presente caso que nos ocupa, los pocos aportes teóricos, a permitido situar al problema y aprovechando conceptualizaciones, experiencias presentar una propuesta de solución, nos ha permitido, comprender, explicar científicamente, puesto que como persona inmersa en la investigación, como observadores directos de esta falencia de tipo legal no podemos ser conjeturados o constituirnos en entes ajenos al problema mismo, por el contrario debemos ofrecer seguridad judicial, que no se encuentre viciado para que en un momento inmediato no se cause la nulidad por economía procesal y seguridad jurídica, debe entonces ofrecer seguridad en la orientación a la acción investigadora, debe ser orientadora, para poder formular una hipótesis con objetivos determinados.

Oportuno resulta entonces ampararse en las teorías sustantivas que va a constituirse nuestra investigación, la legislación ecuatoriana, la Constitución de la República, de textos, de obras editadas, de legislaciones vecinas o derecho comparado, de la Ley de la materia, de la Doctrina, Jurisprudencia al respecto, de procesos o causas sustanciadas, resueltas como aspiración a graduarse como Abogado de los Tribunales y Juzgados, por lo que propongo este modelo aplicando frases de fácil comprensión para que sea fuente de ayuda, apoyo para toda persona inmersa e interesada en este trabajo de investigación.

2.3. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL DERECHO DE ALIMENTOS.

Acepciones jurídicas y doctrinarias.

Según el Diccionario Jurídico Ámbar, en lo relacionado a la institución jurídica de los alimentos establece que es uno de los derechos más importantes que la ley otorga, para que una persona pueda reclamar otra, basado en principios tales como los de proteger a la Institución de la Familia y los valores sobre los cuales descansan, como son: la unidad, la solidaridad y la asistencia, que nacen, en este caso de la filiación y del parentesco. El derecho a alimentos es irrenunciable y no puede ser compensado con lo que el alimentario le deba al alimentante.

La obligación de Alimentos termina con la muerte de los alimentantes o del alimentado. La declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, reconocen al derecho de alimentos como un derecho fundamental del hombre. Esto resalta la importancia y objeto que la obligación alimenticia tiene respecto de los menores.

Dentro del ordenamiento jurídico se halla priorizado el derecho tutelar de los alimentos; que no comprende solo los alimentos propiamente dichos, sino que se amplía a otras prestaciones como vivienda, salud, vestuario, educación entretenimiento. El estado a través de las normas legales determina la obligación de ofrecer los alimentos a todos aquellos que establece la legislación civil ecuatoriana las normas y tratados internacionales. El derecho a solicitar alimentos deviene desde el momento que se determina la relación de parentesco o condiciones para ejercer el derecho de alimentos la existencia de un estado de quien se los pide de acuerdo a su posibilidad económica de quien debe prestarlos y la existencia de una norma legal que establezca dicha obligación quienes, de acuerdo a los niveles que pertenece según sus ingresos económicos y a las necesidades del solicitante. De darse un cambio en la condición económica del alimentante, el juez a petición de parte podrá revisar,

para aumentar o disminuir la pensión decretada. Es primordial decir que si se solicita la reducción de alimentos, y esta se otorga, solo será exigible desde la fecha de la resolución que la declara. En cambio sí se ha demandado el aumento y se declara con lugar, este se deberá con carácter retroactivo desde la fecha de la solicitud o incidente.

Dentro del marco jurídico el derecho de alimentos como una responsabilidad jurídica señalada en la ley, para su mantenimiento y subsistencia, es pues, todo aquello que, por determinación de la ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para los fines indicados.

Nace la responsabilidad jurídica y obligación de prestar alimentos del deber impuesto a una persona, así mismo doctrinariamente para que se configuren los alimentos deben constituirse algunos elementos como: el estado de necesidad del acreedor alimentario; como también la posibilidad económica de quien debe prestarlos y la norma legal que señala la obligación alimentaria.

Aceptaciones jurídicas del derecho de alimentos.

Podemos mencionar que es la facultad ética y legal que todo individuo tiene para reclamar y exigir y hacer efectivas las asistencias que ciertas personas están obligadas a proporcionar para solventar su supervivencia.

Según Estriche, en su obra Diccionario Razonado de la legislación y jurisprudencia, establece que un derecho a la exigencia de alimentos puede provenir ya sea, de la ley, de la equidad natural u oficio de piedad de disposiciones testamentarias o de contrato.

Y la ley de equidad, concede alimentos a varias personas, cuando estos se hallan sin bienes ni medios de ganarse la vida y los obligados pueden suministrarlos.¹⁰

La principal fuente del derecho a los alimentos es la necesidad de asistencia para subsistir.

Estriche, en su obra Diccionario Razonado de la legislación y jurisprudencia

Según la legislación española la prestación alimenticia es la relación jurídica cuya virtud una persona está obligada a prestar a otra lo necesario para su subsistencia.

Su fundamento está íntimamente ligado a la familia ya el digesto hablaba de justicia y afecto de la sangre; y muchos autores no lo encuentran en la solidaridad familiar, en el cariño y caridad en el seno de la familia y en su papel social. Aunque no falte quien acude a un argumento de conservación y supervivencia del individuo conectado a una suerte de obligación Moral.

Nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia cuando se refiere a los derechos de alimentos en el título V, libro segundo establece el ámbito y la relación con las normas de otros cuerpos legales, su naturaleza y caracteres, establece quienes son los titulares de este derecho, los llamados u obligados a la prestación de alimentos, la procedencia del derecho aun en el caso en el que el derechohabiente y el obligado no estén separados, la situación de los presuntos progenitores las condiciones para la práctica de estas pruebas biológicas, momentos en que se debe la prestación alimentaria, las formas de prestar alimentos los criterios para determinar el monto de la prestación, subsidios y otros beneficios legales.

EL DERECHO A LOS ALIMENTOS.

Conceptualización del derecho a alimentos.

Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres, en su contenido establece lo siguiente: las asistencias que por ley, contrato o testamento sedan a algunas personas para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentado es menor de edad.

El derecho a alimentos, es un derecho irrenunciable, imprescriptible y privilegiado, que va en beneficio de los menores, ya que por medio de esta acción se pueden reclamar ciertos derechos que sean específicos de los de su edad. Diccionario Jurídico Omeba, Ed. Ambato 2001, en su contenido establece lo siguiente; relación jurídica en cuya virtud una persona está

obligada a prestar a otra lo necesario para su subsistencia, su fundamento está íntimamente ligado a la familia.

El vínculo jurídico determinante del parentesco establece una verdadera relación alimentaria, que se traduce en un vínculo obligacional de origen legal. Se exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado.¹¹

Titulares de este Derecho.

El Diccionario Jurídico Espasa Calpe, Diccionario Jurídico, siglo XXI, en su concepto establece lo siguiente:¹²

- 1.- Los niños, niñas y adolescentes no emancipados.
- 2.- Los adultos hasta los veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impida dedicarse a alguna actividad productiva y carezca de recursos propios suficientes; y
- 3.- Las personas de cualquier edad que no esté en condiciones físicas o mental es de procurarse los medios para subsistir, por sí mismo. Considero, que es muy clara la definición que da Guillermo Cabanellas, acerca de las personas que pueden reclamar este Derecho a Alimentos, los niños (as), los adultos hasta los 21 años, y las personas que no estén en condiciones de suministrárselos, por sí mismo, por alguna condición física o mental.

Se trata de un deber asistencial acotado a lo que el pariente mayor de edad requiere exclusivamente para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a su condición, y lo necesario para la asistencia en las enfermedades. Pero el pariente que pide de otros alimentos con ese alcance, debe probar que carece de los medios para procurárselos por sí mismo, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo.

Relación alimentaria entre los padres respecto de los hijos menores de edad: se trata de un deber asistencial mucho más amplio ya que los padres deben a

Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de Torres.
Diccionario Jurídico Espasa Calpe, Diccionario Jurídico, siglo XXI
Guillermo Cabanellas

sus hijos menores una prestación que comprende todo lo necesario para su alimentación propiamente dicha (como en el caso de los parientes) sino también los gastos de educación, habitación, esparcimiento, etc. de acuerdo a la condición y fortuna de aquellos.

Relación alimentaria entre los cónyuges: es el deber asistencial recíproco en sentido amplio determinado por el nivel económico del que goza la familia, en base a los recursos de ambos esposos.

Caracteres del derecho alimentario: el derecho a percibir alimentos y la obligación de prestarlos, derivan de una relación alimentaria legal, de contenido patrimonial, pero cuyo fin es la satisfacción de necesidades personales de quien los requiere.

¹³Parientes obligados: parientes por consanguinidad (se establece un orden de prelación): se deben alimentos los ascendientes y descendientes; en segundo término, los hermanos y medio hermanos. Entre parientes por afinidad, la ley obliga por alimentos a quienes están vinculados en primer grado, ello es el suegro y la suegra respecto del yerno o la nuera y el padrastro o madrastra respecto del hijastro o hijastra, sin interesar que sean matrimoniales o extramatrimoniales. Los parientes por afinidad se deben alimentos entre sí cuando no hay consanguíneos en condiciones de prestarlos.

Modo de Ejecución.

Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres, en su contenido sostiene el siguiente Concepto; El derecho se aprende Leyendo, y se ejerce pensando.

Es por lo que esta clase de derecho es reconocido como Privilegiado, ya que en este proceso se juegan los intereses comunes del menor. Se ejecuta de conformidad a las leyes existentes de cada país, pero por ser un derecho reconocido Universalmente, es un derecho que siempre regla a favor del menor, esto es conocido como los Pro-Infante. Código de la Niñez y Adolescencia, en su contenido lo define de la siguiente manera; que dentro de

Art. 272 Código de la Niñez y Adolescencia
Diccionario Jurídico Guillermo Cabanellas de Torres

este cuerpo legal, se regla el procedimiento, cuando existe controversias en derecho de menores Art. 272 Código de la Niñez y Adolescencia, donde se comienza con una Demanda y termina con una Resolución que no causa ejecutoría.

Características de este derecho.

Las principales características del derecho de alimentos señaladas por nuestro derecho son las siguientes:

- a) Constituye un derecho especial.**
- b) No son comerciables.**
- c) No admiten compensación.**
- d) Se diferencia de las pensiones alimenticias atrasadas.**
- e) Tiene carácter permanente.**
- f) Su monto es relativo y variable.**

Otras características se desprenden de las anteriores o se reconocen por diversas leyes.

- g) Los alimentos son inembargables
- h) Se puede cobrar mediante apremio personal
- i) La obligación alimenticia es divisible.

TITULARES DE ESTE DERECHO

Para mayor ilustración citamos las personas que tienen derecho a los alimentos según la Codificación al Código Civil, Art. 349¹⁴ se debe alimentos en primer plano al cónyuge; segundo, a los hijos; tercero a los descendientes; cuarto, a los padres, quinto, a los ascendientes; sexto, a los hermanos; y séptima, al que hizo una donación cuantiosa, sino ha sido rescindida o revocada. Se deben

¹⁴Codificación al Código Civil, Art. 349

alimentos congruos a los designados en los cuatro primero numerales y en el séptimo, los demás, esto es los ascendientes (que no sean padre o madre) y los hermanos, reciben solamente los alimentos necesarios. (Art.349 y 352, C.C.).

Como la mayoría de edad se cumple a los 18 años se redujo a esa misma edad el límite hasta el cual se puede exigir alimentos, salvo otra razón de incapacidad para ganarse la vida, en cuanto a la jurisprudencia, en términos generales, cabe decir que en nuestro país se muestra cada vez más amplia en cuanto a la concesión de los alimentos, y que ha reconocido su cuantía juiciosamente de acuerdo con los cambios de condiciones de vida.

Ilustramos las condiciones y requisitos para que haya lugar la obligación de dar alimentos, como es lógico entre las personas señaladas expresamente por la ley. Pero la obligación natural, el deber de caridad puede extenderse más allá, a otras personas pero no está respaldada por una acción judicial que la haga propiamente exigible.

Incluso la doctrina establece que quien tiene derecho hacer alimentado solamente puede hacer uso de su facultad si realmente se encuentra en circunstancias que hacen necesarias la ayuda ajena, y en la medida que dicha ayuda es requerida, el que puede basarse por sí mismo, no tiene derecho hacer alimentado por otro; y quien requiere una pensión alimenticia solamente debe recibirla en aquella medida en que complete sus propios recursos y satisfagan las correspondiente necesidades.

Frente a esto la reforma es totalmente diferente, pues determina montos determinados para pagar los alimentos a los hijos, no así a los demás alimentos estipulados en materia civil.

La primera condición para que se deban alimentos, es pues, la de que puedan realmente darse, quien está en la pobreza, o no tiene ni lo suficiente para cubrir sus propias necesidades no puede ser obligado a satisfacer las ajenas.

Pero esta capacidad del alimentante presenta ciertas dificultades de interpretación. Respecto a los alimentos que se deben a los hijos se mirara las tablas de pensiones mínimas creadas por la judicatura.

Respecto de la condición de indigencia del alimentario, hay que considerar el conjunto de circunstancias de su persona y vida: el sexo, la edad, las cargas de familia, el costo de vida, la posibilidad real y actual de proporcionarse por sí mismo medios de subsistencia.

LOS PROGENITORES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Las relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intrasmisibles.

La protección estatal a la que se refiere el artículo anterior se expresa en la adopción de políticas sociales y la ejecución, de planes, programas y acciones políticas, económicas y sociales que según a la familia los recursos suficientes para cumplir con los deberes y responsabilidades tendientes al desarrollo integral de sus miembros, en especial a los niños, niñas y adolescentes.

A su vez nuestra legislación ecuatoriana hace referencia como progenitores como es la familia biológica que a su vez está formada por, el padre la madre, sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.

El Art. 101 del Código de la Niñez y Adolescencia¹⁵, determina que, los progenitores y sus hijos se deben mutuamente afecto, solidaridad, socorro, respeto y las consideraciones necesarias para que cada uno pueda realizar los derechos y atribuciones inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad.

DEBERES ESPECÍFICOS DE LOS PROGENITORES.

El Art. 101 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales.

En consecuencia los progenitores deben:

1. Proveer a sus hijas e hijos lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto.
2. Velar por su educación, por lo menos en los niveles básicos y medio.
3. Inculcar valores compatibles con el respeto y la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa.
4. Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio, la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y la restitución si es el caso.
5. Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales.
6. Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo.
7. Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica.
8. Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y,
9. Cumplir con la demás obligaciones señaladas en nuestra legislación.

LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La paternidad y la maternidad es fruto de la unión matrimonial de un hombre y una mujer. El don recíproco del uno y el otro en el matrimonio se abre al don de una nueva vida, de un nuevo ser humano, que es también persona a semejanza de sus padres.

Al convertirse en padre y madre no es solo un hecho biológico, sino que también un significado más profundo.

Además dentro del campo biológico consideran que las circunstancias de las aplicaciones de esta prueba pueden darse en distintas situaciones, siendo en lo práctico médico legal una de las más frecuentes, como es el caso de la investigación biológica de la paternidad.

Prueba biológica de maternidad.

Se ha considerado como caracteres hereditarios transmitido de padres a hijos, basándose en la prueba de análisis del perfil genético de las distintas personas que son materia de análisis y la comparación de dichos análisis. Así como podemos mencionar, por ejemplo. Madre- hijo- presunto padre.

El análisis comparación el perfil genético del hijo con el de la madre y los alelos que no comparten con dicha madre habrá sido transmitidos estando presentes en el padre biológico, caso contrario se deberá excluir a esa persona como tal.

Científicamente se ha determinado que dicho análisis se realiza:

Con los progenitores y los hijos.

En ausencia de la madre y presencia del padre para el caso de la paternidad.

En ausencia del padre y presencia de la madre para el caso de maternidad.

En el caso de que no se pueda contar con los progenitores, es decir por ausencia o fallecimiento, aconsejan que se pueda recurrir.

Al estudio de restos óseos o piezas dentales, previa exhumación del cadáver mediante trámite legal.

Del estudio de muestras o vestigios biológicos de cuando vivía esto puede ser (biopsias clínicas, objetos con restos de células.)

Del estudio de los familiares directos de donde se reduce el perfil genético del progenitor, es decir.

Análisis de la paternidad, siendo el padre fallecido, la prueba podría ser deducida de la madre e hijos legales pueden ser de dos o más; de los abuelos paternos; de los hermanos legales y la madre respectiva.

Si tomamos en consideración el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata de la filiación, si se practica un examen genético del informe pericial es definitivo ya que el porcentaje de probabilidades es casi el cien por cien, por lo que la conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia; y, o a su vez la no concurrencia a la práctica de dicho examen, por lo que resulta importante, considerar los elementos que conlleva inmersos el art 6. Reformado del art 126 de Código de la Niñez Adolescencia y Familia.

¹⁶Investigación de la maternidad

Los entendidos manifiestan que la investigación de la maternidad es superponible a una investigación de paternidad pudiendo ser requerida en distintas situaciones, vale decir, por sustitución de niños, cambio de niños en hospitales y centros de salud.

El convertirse en padre o en madre no es sólo un hecho biológico, sino que tiene un significado más profundo, que encuentra una total resonancia en la interioridad de las personas.

El hombre y la mujer encuentran en la procreación una confirmación de su madurez no sólo física, sino moral, así como la esperanza de una cierta prolongación de sus existencias.

Art 6. Reformado del art 126 de Código de la Niñez Adolescencia y Familia.

Cuando la vida de cada uno de ellos acabe con la muerte física, el hijo seguirá viviendo, no solamente "carne de su carne», sino también persona que ellos mismos habrán modelado.

En la paternidad del hombre y en la maternidad de la mujer se refleja el gran misterio del engendrar eterno que se da en Dios mismo, en Dios uno y trino. El engendrar es común al hombre y a la mujer. "Sin embargo, aunque los dos juntos engendran al hijo, la maternidad de la mujer constituye una "parte" especial de esta común generación, así como la parte de mayor compromiso.

El ser procreadores -aunque pertenece a los dos- se realiza más en la mujer, especialmente en el período prenatal. Es la mujer la que " paga" directamente por esta común generación, que literalmente absorbe las energías de su cuerpo y de su alma».

Se piensa realmente que la mujer tiene disposiciones más fuertes para la maternidad que el hombre para la paternidad. Esto se explica fácilmente por el hecho de que su organismo está inicialmente constituido con vistas a la maternidad. La mujer, llevando consigo al hijo, está fisiológicamente condicionada para la maternidad.

La relación biológica del feto y luego del niño con su madre tiene una intensidad visceral particular. La madre constituye el centro y prácticamente la totalidad de las experiencias del niño, tanto en el plano fisiológico como en el afectivo, psíquico e intelectual.

En consecuencia, se piensa que la mujer es más capaz que el hombre de atender a la persona concreta y que la maternidad desarrolla más aún esta disposición.

La paternidad física ocupa menos lugar en la vida del hombre, el cual, frente al proceso del embarazo y del nacimiento descubre siempre que se encuentra "fuera". Por esta razón, la paternidad tiene que ser formada y cultivada, a fin de asumir el hombre en la vida interior un lugar tan importante como el de la maternidad en la vida interior de la mujer.

Así el hombre, bajo muchos aspectos, tiene que aprender de la madre a ser padre

La paternidad y la maternidad, como apertura a una nueva vida, implica una dimensión ética de responsabilidad.

La paternidad y la maternidad responsables sirven para indicar en general, la responsabilidad frente a un proyecto global de fecundidad; en sentido más estricto. Indica la exigencia de dar número y medida a la voluntad general de vida. En relación con las condiciones físicas, económicas, psicológicas y sociales, la paternidad responsable se ejerce tanto con la deliberación ponderada y generosa de hacer que crezca una familia numerosa, como con la decisión.

Tomada por motivos graves y en el respeto a la ley moral, de evitar temporalmente e incluso hasta un tiempo indeterminado un nuevo nacimiento".

La paternidad y la maternidad tienen que vivirse igualmente en el terreno de la educación. La educación de los hijos debe ser obra conjunta de los padres, con funciones educativas propias de cada uno de ellos.

Más allá de la paternidad y de la maternidad física está la paternidad y la maternidad espiritual, dotada de su propia fecundidad. Toda persona, aunque sea célibe, está llamada de una manera o de otra a la paternidad o a la maternidad espiritual, signos de una plenitud espiritual que se quiere compartir. Se trata de una vocación que está comprendida en la llamada evangélica a la perfección y que tiene en el "Padre" su modelo supremo. El hombre adquiere desde ese momento una semejanza mayor con Dios, puesto que logra ser entonces padre o madre espiritual.

LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD RESPONSABLE.

La paternidad y maternidad es fruto de la unión matrimonial de un hombre y una mujer. El don recíproco del uno y de la otra en el matrimonio se abre al don de una nueva vida, de un nuevo ser humano, que es también persona a semejanza de sus padres.

Al ejercer una paternidad o maternidad responsable, el individuo identifica este ejercicio como un acto voluntario, por lo que le es más fácil aceptar las responsabilidades que conlleva además de reconocer y respetar los derechos de la niñez, los de su pareja y los propios.

Todo esto tiene repercusiones en el bienestar de la familias guatemaltecas: se reduce el trabajo infantil, el ausentismo y deserción escolar, analfabetismo, muertes maternas e infantiles, infecciones de transmisión sexual, abortos, familias desintegradas, violencia intrafamiliar, niñez en abandono, desnutrición, drogadicción y padres y madres adolescentes (MSPAS, 2008, p. 2 y 3).

El convertirse en padre o en madre no es sólo un hecho biológico, sino que tiene un significado más profundo, que encuentra una total resonancia en la interioridad de las personas.

El hombre y la mujer encuentran en la procreación una confirmación de su madurez no sólo física, sino moral, así como la esperanza de una cierta prolongación de sus existencias. Cuando la vida de cada uno de ellos acabe con la muerte física, el hijo seguirá viviendo, no solamente "carne de su carne», sino también persona que ellos mismos habrán modelado.

En la paternidad del hombre y en la maternidad de la mujer se refleja el gran misterio del engendrar eterno que se da en Dios mismo, en Dios uno y trino (cf. Ef. 3,14-15). El engendrar es común al hombre y a la mujer. "Sin embargo, aunque los dos juntos engendran al hijo, la maternidad de la mujer constituye una "parte" especial de esta común generación, así como la parte de mayor compromiso.

El ser procreadores -aunque pertenece a los dos- se realiza más en la mujer, especialmente en el período prenatal. Es la mujer la que " paga" directamente por esta común generación, que literalmente absorbe las energías de su cuerpo y de su alma» (Juan Pablo II, *Mulieris dignitatem*, 18).

Se piensa realmente que la mujer tiene disposiciones más fuertes para la maternidad que el hombre para la paternidad. Esto se explica fácilmente por el

hecho de que su organismo está inicialmente constituido con vistas a la maternidad.

La mujer, llevando consigo al hijo, está fisiológicamente condicionada para la maternidad.

La relación biológica del feto y luego del niño con su madre tiene una intensidad visceral particular. La madre constituye el centro y prácticamente la totalidad de las experiencias del niño, tanto en el plano fisiológico como en el afectivo, psíquico e intelectual. En consecuencia, se piensa que la mujer es más capaz que el hombre de atender a la persona concreta y que la maternidad desarrolla más aún esta disposición.

La paternidad física ocupa menos lugar en la vida del hombre, el cual, frente al proceso del embarazo y del nacimiento descubre siempre que se encuentra "fuera". Por esta razón, la paternidad tiene que ser formada y cultivada, a fin de asumir el hombre en la vida interior un lugar tan importante como el de la maternidad en la vida interior de la mujer. Así el hombre, bajo muchos aspectos, tiene que aprender de la madre a ser padre.

La paternidad y la maternidad, como apertura a una nueva vida, implica una dimensión ética de responsabilidad. La paternidad y la maternidad responsables sirven para indicar en general, la responsabilidad frente a un proyecto global de fecundidad; en sentido más estricto.

Indica la exigencia de dar número y medida a la voluntad general de vida- " En relación con las condiciones físicas, económicas, psicológicas y sociales, la¹⁷ paternidad responsable se ejerce tanto con la deliberación ponderada y generosa de hacer que crezca una familia numerosa, como con la decisión.

G. Capelli

Bibl: M. Vidal, Familia y valores éticos, SP, Madrid 1986: p, Beltrao Sociología de la familia contemporánea, Sígueme, Salamanca 1975; Leclercq, La familia, Herder, Barcelona 1965; B. Haring, Paternidad responsable, San Pablo, Madrid 1970; A, Ancel Evangelio. Amor. Fecundidad Atenas, Madrid 1973

Tomada por motivos graves y en el respeto a la ley moral, de evitar temporalmente e incluso hasta un tiempo indeterminado un nuevo nacimiento" (Pablo VI, Humana e vitae, 10).

La paternidad y la maternidad tienen que vivirse igualmente en el terreno de la educación. La educación de los hijos debe ser obra conjunta de los padres, con funciones educativas propias de cada uno de ellos.

Más allá de la paternidad y de la maternidad física está la paternidad y la maternidad espiritual, dotada de su propia fecundidad. Toda persona, aunque sea célibe, está llamada de una manera o de otra a la paternidad o a la maternidad espiritual, signos de una plenitud espiritual que se quiere compartir.

Se trata de una vocación que está comprendida en la llamada evangélica a la perfección y que tiene en el "Padre" su modelo supremo. El hombre adquiere desde ese momento una semejanza mayor con Dios, puesto que logra ser entonces padre o madre espiritual. G. Capelli.

Es el vínculo permanente de sangre o relación, entre el padre y la madre con sus hijos e hijas, con reconocimiento social, que entraña sentimientos, derechos y obligaciones, ejercidos con responsabilidad para el desarrollo integral de la familia.

La paternidad y maternidad, ejercidas de una manera responsable, es una experiencia que deberá estar presente a lo largo de la vida del individuo y que inicia en el momento en que se toma la decisión de tener un hijo, que implica preparación y madurez.

La responsabilidad en la paternidad y maternidad requiere de la aceptación y cumplimiento del compromiso de formar una familia saludable, tanto física como socialmente, que le permita tener todas las posibilidades de desarrollo y bienestar, con todo lo que implica a nivel económico, social, ético, educativo y en salud.

La decisión de tener un hijo o hija es un asunto muy serio. Debe tenerse en cuenta que:

-La responsabilidad de tenerlo debe ser tomada en pareja y ambos deben asumir las consecuencias de su decisión.

-Concebir un hijo o hija es responsabilidad del padre y la madre, criarlo debe ser también una experiencia compartida.

-Un hijo o hija debe ser deseado. También debe ser concebido cuando la pareja lo decida.

-Los hijos/as tienen el derecho de nacer y desarrollarse en el seno de una familia.

-La planificación familiar permite a la pareja regular su fecundidad y asumirla.

BENEFICIOS DEL EJERCICIO DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD RESPONSABLE.

Al ejercer una paternidad o maternidad responsable, el individuo identifica este ejercicio como un acto voluntario, por lo que le es más fácil aceptar las responsabilidades que conlleva además de reconocer y respetar los derechos de la niñez, los de su pareja y los propios.

Todo esto tiene repercusiones en el bienestar de las familias ecuatorianas se reduce el trabajo infantil, el ausentismo y deserción escolar, analfabetismo, muertes maternas e infantiles, infecciones de transmisión sexual, abortos, familias desintegradas, violencia intrafamiliar, niñez en abandono, desnutrición, drogadicción y padres y madres adolescentes.

CONCEPCIONES SOCIALES DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD.

Muchas sociedades han promovido la idea que las mujeres se realizan únicamente al convertirse en madres, comprendiendo el proceso de maternidad únicamente desde el punto de vista biológico, olvidando que la maternidad no siempre está ligada a la biología (el caso de adopciones por diferentes motivos), pero que sí tiene mucho que ver con aspectos afectivos, éticos,

económicos y sociales. La maternidad no es, ni puede ser, el destino único de la mujer ni la única forma de alcanzar su realización personal, existen muchas mujeres y parejas que voluntariamente deciden no tener hijos y no por eso dejan de alcanzar su realización personal.

Otra idea socialmente muy difundida, pero no por eso correcta, es que al padre le corresponde dar el sustento económico mientras la madre se encarga de criar a los hijos, sin embargo, el ser padre implica mucho más que eso, es llevar equitativamente con su compañera la responsabilidad de brindar al hijo todo lo que necesita aún antes de nacer, criarlo, valar por su desarrollo, salud y educación, así como brindar cariño, apoyo y seguridad.

DERECHOS Y OBLIGACIONES.

La presunción de prestar alimentos, se hace exigible desde que nace la necesidad que carece de medios para subsistir.

Nuestra legislación civil ecuatoriana de una forma divagada, manifiesta que los alimentos se pagaran desde el momento en que se presenta la primera demanda.

Sin embargo, hay que manifestar que se encuentra establecida la obligación de prestar alimentos aunque nazca por la ley o de una forma voluntaria, se transforma exigible desde el momento en que el titular reclama para sí.

El Código de la Niñez y la Adolescencia expresa y determina los casos en que a de aplicarse tal o cual modalidad.

Como hemos indicado anteriormente, existe una disposición muy general que establece el Código Civil, por lo que debemos anotar que todo juicio empieza por demanda, y esta se lo hace conocer mediante citación; es decir desde el momento en que tiene lugar dicho acto procesal, de dar a conocer al demandado de tal o cual reclamación es que se hace exigible la prestación alimenticia y no antes de ella, porque existe la presunción que el alimento se dispuso de lo necesario para su subsistencia; ni después, porque se entiende

a su vez, que existe necesidad actual eminente del alimentario para recurrir con la reclamación alimenticia.

Art.100. el padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y el mantenimiento del hogar el cuidado, crianza educación, desarrollo integral y protección de los hijos e hijas comunes.

El derecho a reclamar alimentos y obligación de prestarlos se da entre parientes legítimos por consanguinidad, como el padre la madre,

Las relaciones jurídicas internas de carácter no patrimonial son personalísimas y, por lo mismo, irrenunciables, intransferibles e intrasmisibles.

Origen de este derecho.

La obligación de dar alimentos puede originarse en actos voluntarios como los contratos o disposiciones testamentarias, o bien deriva directamente de disposiciones legales que consagran principios de justicia, caridad o simple equidad naturales.¹⁸

En cuanto a los alimentos legales, se ha tratado de explicar su fundamento más próximo, mediante varias teorías. Para unos, estos alimentos se deben en virtud de un cuasicontrato que establece con la misma generación, pero tal explicación es insuficiente: no daría fundamento a los alimentos entre cónyuges, ni a favor del que hizo una donación cuantiosa, etc. Otros hablan de un anticipo mide herencia, lo cual resulta aún menos admisible.

Personas obligadas a prestar alimentos.

Según lo establecido en el Art 130 del Código de la Niñez y Adolescencia, están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en la norma anterior, en su orden:

Art 130 del Código de la Niñez y Adolescencia

El padre la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;

1.- los abuelos

2.- Los hermanos que hayan cumplido la mayoría de edad y no se encuentren comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del art anterior.

3.- los tíos.

4.-Los abuelos.

También nos hace caer en cuenta que si hay más de una persona obligada a la prestación de alimentos, la autoridad judicial regulará la contribución de cada una de las proporciones a sus recursos.

Como inteligentemente el legislador a dispuesto, la limitación, suspensión, privación o pérdida de la patria potestad, no constituye ninguna causa para negar la prestación de alimentos a los niños, niñas y adolescentes esto quizá tiene una explicación más profunda, porque en si debemos entender que la patria potestad en cualquier momento puede ser restituida a los progenitores, o a su vez porque una de las mayores responsabilidades de los padres es asegurar la subsistencia, la prestación alimenticia la debe el padre la madre y los dos juntos.

Manifiestamente el derecho a recibir alimentos es de orden privilegiado; convirtiéndose este derecho en un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación, el derecho a alimentos concierne al estado, la sociedad y la familia. Así rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar, por lo cual quien deba presentar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto de apremio personal y medidas reales, este derecho de subsistencia o de sobre vivencia por ser determinado a todo niño, niña, adolescente prevalece sobre otro derecho cualquiera que sea su naturaleza.

El Art. Innumerado 2.- Naturaleza Jurídica. Prescribe que “este derecho de alimentos es connatural a la relación paterno-filial y está relacionado con el derecho a la vida.

Como bien dice el legislador, el derecho a alimentos o denominado también de sobrevivencia es consecuente de una relación de parientes y de filiación porque no solo los progenitores están obligados a proporcionárselos, sino también los hermanos, abuelos y tíos, esta relación parento-filial es fuente de la presentación de alimentos a favor de niño, niña, adolescente, cuyas características jurídicas las ilustramos a continuación:

ES INSTRANSFERIBLE.

Porque este derecho a alimentos no se puede ser sujeto de enajenación ni a título oneroso ni a título gratuito por ser personalísimo cuyo interés además es de orden público familiar.¹⁹

ES INTRANSMISIBLE.

Ya que este derecho a alimentos no es susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte, ya que por de ser de naturaleza pública familiar y de ser un derecho personalísimo con la muerte del titular se extingue este derecho, el Art. 362 del Código Civil prescribe que: el derecho de pedir alimentos no se puede transmitir por causa de muerte, ni venderse o ceder de modo alguno, ni renunciarse.

ES IRRENUNCIABLE.

Porque queda prohibida la renuncia para sus beneficiarios como son los niños, niñas, adolescentes; queda prohibida esta renuncia a los progenitores, tutores, parientes, o terceras personas, bajo las cuales se halle su cuidado, no deben ni pueden renunciar a este derecho.

ES IMPRESCRIPTIBLE.

Art. 362 del Código Civil

Esto es que el derecho a pedir alimentos no se lo impide por prescripción, la prestación de alimentos por ser de naturaleza pública- familiar no está sujeto a apelar de un periodo de tiempo determinado para que extinga.

NO ADMITE COMPENSACIÓN.

²⁰El derecho a alimentos a través de la compensación no extingue la prestación, la competencia como una forma de extinguir la obligación, según el Art. 1583 del Código Civil está prohibida por naturaleza jurídica y carácter de este derecho, la existencia de la deuda recíproca entre el alimentante y alimentado, no es condición permitida para renunciar a pedir alimentos.

Vale decir que las pensiones de alimentos que han sido fijadas y se encuentran adeudadas podrán compensarse, transmitirse activa y pasivamente a los herederos.

NO ADMITE REEMBOLSO DE LO PAGADO.

Es decir cuando fijado una pensión alimenticia provisional y posterior, se lo deje sin efecto aun por orden judicial o voluntariamente, el alimentado no está obligado a devolver el dinero recibido por este concepto, es decir no está permitido ni cobro por parte del alimentante ni pago recibido por el alimentado.

En materia de derecho de alimentos, los titulares de este derecho están estatuidos en la ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia se debe alimentos a los niños ,niñas y adolescentes no emancipados, a los adultos o adultas, hasta la edad de veinte y dos años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y, a las personas de cualquier edad que estén en condiciones físicas o mentales que les impida o dificulte procurarse los medio para subsistir por si mismas, conforme conste en del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, que para el efecto deberá presentarse. (Art. Innumerado 4 del Código antes citado)

Art. 1583 del Código Civil.
Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia

Las leyes internacionales frente a la cuestión de alimentos. ²¹

Según, el Código Sánchez Bustamante en los Arts. 59, 67 y 68 dice: la materia de alimentos se somete a la ley personal del alimentado en unos aspectos, y tiene carácter de orden público internacional en otros.

Se puede decir que se rigen por la ley personal del alimentado la concepción legal o clasificación de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de este derecho.

Además dice, son de orden público internacional: la regla que da al hijo derecho de alimentos, las que deduce la obligación de prestar alimentos, su cuantía, su reducción o aumento, la ocasión en que se deben y la forma de pago, así como las normas que prohíben las renuncia de este derecho.

Estas reglas, descritas en el Código Sánchez de Bustamante concuerdan con la doctrina generalmente admitida ya que avala el valor de los derechos adquiridos, en esta materia, sí somete su ejercicio, por regla general, a la legislación local.

Según, los tratados de Montevideo y el Restatement of Law de los Estados Unidos dice: no tener ninguna disposición sobre alimentos, de modo que los países vinculados a este sistema deben aplicar las normas generales sobre obligaciones de familia.

Actualmente, no tenemos reglas internas que hagan mención disposiciones especiales del derecho internacional privado, sobre alimentos, por lo que deben aplicarse las reglas del Código Sánchez de Bustamante, y como norma supletorio, la disposición de índole más general sobre relaciones de familia, contenida en el Art. 14 del C.C. Ecuatoriano.

Por lo tanto, se aplicaran en el ecuador la convención sobre la jurisdicción, ley aplicable y cooperación respecto de responsabilidad paterna y medidas para la protección de menores, publicada en el registro oficial de 17 de marzo de 1998.

Código Sánchez de Bustamante
Art. 14 del C.C. Ecuatoriano

Esta obligación de dar alimentos existe, como es lógico, solamente entre las personas señaladas expresamente por la ley, la obligación natural, el deber de caridad puede extenderse más allá, a otras personas pero no está respaldada por una acción judicial que la haga propiamente exigible.

Por otra parte, quien tiene derecho hacer alimentado solamente puede hacer uso de su facultad si realmente se encuentra en circunstancias que hacen necesarias la ayuda ajena, y en la medida que dicha ayuda es requerida, el que puede bastarse por sí mismo, no tiene derecho hacer alimentado por otro; y quien requiere una pensión alimenticia solamente debe recibirla en aquella medida en que complete sus propios recursos y satisfaga las correspondiente necesidades.

Vale destacar que la condición de indigencia del alimentante, conllevaría a que esta persona pobre pueda plantear para el caso de las pruebas biológicas, costas procesales y gastos de los estudios sociales cuando lo hubiere, una demanda de amparo de pobreza y con una copia certificada de la misma pueda presentarla al juez competente para los efectos pertinentes. (Innumerado 10 de la Reforma ya citada).

ASPECTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL.

EL DERECHO

1. Generalidades.

2. El derecho como la más importante.

Superestructura dentro de la sociedad, sin el cual no es posible el orden, puede ser estudiado desde tres puntos de vista:

- 1.- Como Ciencia del Derecho Dogmática Jurídica;

- 2.- Como teoría General del Derecho; y,

- 3.- Cómo Filosofía del Derecho.

1.- Como ciencia del derecho o dogmática jurídica.

Nos ubicamos en este campo, cuando estudiamos al derecho convertido en una figura histórica, positivando las reglas de aplicación a las cosas particulares.

La ciencia del derecho equivale al derecho positivo, ramas jurídicas contadas en el Código de Derecho, que en un momento determinado rige la vida de la colectividad, no sólo la técnica sino la interpretación y aplicación de dichas reglas.

El derecho es fruto de las necesidades sociales, de las relaciones sociales y crece adquiriendo desarrollo a medida que crecen dichas necesidades.

Existen dos tendencias al respecto, tales, el suponer centrar el estudio del derecho al estudio de un punto determinado e interesando la eficiencia sin considerar el aspecto humano, esto es, la especialización y la tecnificación, factores ambos del todo negativos en el desarrollo del derecho.

2.- Como teoría general del derecho.

Parte en su estudio del derecho positivo vigente y se extiende al análisis del derecho de los demás países.

La teoría general del derecho, en sí estudia y descubre a los elementos comunes que nos permitan clasificar a un determinado orden de normas como que constituyen derecho, a diferencia de otros órdenes que pueden ser normas morales, usos, costumbres.

En síntesis, la Teoría General del Derecho, estudia el recuento de los principios jurídicos fundamentales que han sido clasificados como derechos, constituyendo un cimiento, un pilar para obtener los conceptos fundamentales.

3.- filosofía del derecho.

Es el conocimiento del ser del Derecho de todos los entes jurídicos.

Estudiando el derecho desde el punto de vista filosófico, cuando a su vez estudiamos la naturaleza, la esencia del derecho.

El derecho se origina en la vida cotidiana del hombre y llega al desarrollo de sus normas conforme se desarrolla la sociedad.

Naturaleza del derecho.

El hombre y las sociedades viven en un mundo sujeto a las leyes de la más diversa índole y que hacen factible la vida en sociedad.

Aunque el mundo se considera ordenado, existen en él varias contradicciones producto de la desarmonía; cuando este principio de contradicción en el campo sociológico es mayor, es cuando más se adquiere el derecho y es a la vez, cuando interviene la voluntad humana. Consecuentemente, sólo el hombre puede ser sujeto de derecho y la idea de éste incluye la calidad de sujeto activo y pasivo. El ejercicio del derecho equivale a que los demás lo respeten o lo acaten.

Para que el derecho adquiriera su desarrollo se necesita una determinación concreta, que tenga un objeto; y, además, que se manifieste por un acto. En otro caso, el derecho constituye una expectativa como facultad eventual que sólo se ejercita al manifestarse.

Definiciones de derecho:

Manuel Kant, manifestaba que la idea de la humanidad, es buscar un concepto de derecho con validez general, es decir, que merezca aceptación por todos, intención que tiene vigencia hasta la actualidad.

El estudioso del derecho, Blunschli: Manifiesta que el estudio del derecho constituye el eje de todos los estudios jurídicos, dependiendo de la orientación de todas las ramas jurídicas el concepto del derecho es válido para todos los sistemas jurídicos.

Derecho propiamente viene del latín *directus*, directo; de *dirigere*, enderezar o alinear, equivale a lo justo, a lo cabal.

Monseñor Larrea Holguín, orgullo ecuatoriano aportando al derecho, lo define como “Una norma, o un conjunto de normas que rigen el obrar libre del hombre, dentro de la moral para realizar la justicia, ósea para dar a cada uno lo suyo”.

Origen del derecho de familia:

El Derecho de familia ha dado lugar desde su origen a varios problemas, tales como aquellos que afectaban las relaciones entre el Estado y la Iglesia, en especial en el derecho matrimonial y la actitud que debía tomar el estado frente a la Iglesia en los impedimentos al matrimonio, la forma de contraerlo, el divorcio o sus causas y admisión; otro problema era el legado con la situación de la mujer en el matrimonio.

El Derecho de familia se basa en el derecho del matrimonio y en el derecho de parentesco, especialmente.

Hay que anotar sin embargo, que la relación familiar y el derecho de familia sedan necesariamente porque tal o cual miembro vive permanentemente bajo el mismo techo, pues, un individuo puede ser miembro de la familia sin vivir en la casa de ella, y del mismo modo el que vive en la casa no necesariamente es miembro de los demás que lo habitan, siendo por tanto totalmente extraño, aunque los conceptos que nos entregan los diferentes autores, hacen extensivos como miembros de la familia, a la servidumbre, al aprendiz de una industria, etc.²²

Para los miembros que viven en la misma casa, rige un derecho familiar más riguroso o al menos diferente que cuando falta esa convivencia.

Así por ejemplo, respecto del hijo de familia que vive en la casa aunque haya llegado a la mayoría de edad y no esté sujeto a la patria potestad, subsiste el vínculo eficaz familiar y el derecho patrimonial.

Así mismo la prestación de alimentos entre los cónyuges tiene diferentes contenidos según vivan juntos o separados.

Como se define al Derecho de Familia: “Se manifiesta que está representado por las normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de la familia, su constitución, desarrollo y extinción”.

Manuel Kant.

Dentro del marco constitucional el estado ecuatoriano garantizara y adoptara medidas de prevención que garantice la protección integral de sus derechos. Como responsabilidad jurídica de los derechos de los alimentos.

Los alimentos comprenden lo necesario para atender la subsistencia, habitación, vestido. Asistencia educación e instrucción de alimentado, y su cuantía ha de ser proporcionada de acuerdo a la condición económica del alimentado de acuerdo a lo establecido en el código civil en referencia al Art. 349 de los alimentos que se deben a ciertas personas como:

1. Al cónyuge.
2. A los hijos
3. A los descendientes.
4. A los padres.
5. A los ascendientes
6. A los hermanos
7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido restringida o revocada.

Principios del derecho de los alimentos.

En general el derecho de los alimentos es uno de los más importantes que la ley otorga para que una persona pueda reclamar a otra, basados en principios tales como el de proteger a institución de la familia y los valores y sobre los cuales descansa, como son: la unidad la solidaridad, y la asistencia que nacen en este caso, de la filiación del parentesco. El derecho de pedir alimentos es irrenunciable y ni puede ser compensado con la que el alimentario o quien recibe alimentos le deba al alimentante que proporciona alimentos.

La obligación de alimentos se extingue por muerte de los alimentantes o del alimentario. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económico, Sociales y Culturales, reconocen el

derecho a alimentos como un derecho fundamental del hombre. Este resalta la importancia y el objeto que la obligación alimentaria tiene respecto de los menores.

Dentro del ordenamiento jurídico se halla priorizado el derecho titular del menor a ser alimentado; que no comprende solo los alimentos propiamente dichos, sino que se amplía a otras prestaciones como vivienda, salud, vestuario, educación, entretenimiento.

El estado a través de las normas legales determina la obligación de ofrecer los alimentos a los menores por el vínculo de paternidad o parentesco.

El derecho a solicitar alimentos deviene desde el momento en que se termina la relación de parentesco hijo y su progenitor quien puede llegar a un acuerdo extrajudicial y ser aprobado por la autoridad competente; y de no existir a este convenio proceder a la demanda de alimentos para que le corresponda al juez establecer la pensión alimenticia de acuerdo a la capacidad económica del alimentante y a las necesidades del menor.

Si se da un cambio en la condición económica del alimentante el juez a petición de parte podrá revisar, para aumentar o reducir en la pensión decretada.

Es importante anotar que si se solicita la reducción, y esta se otorga, solo se hará efectiva desde la fecha de la resolución que la declara.

En cambio sí se demandado el aumento y se declara con lugar este se deberá, con carácter retroactivo desde la fecha de la solicitud o incidente.

Si una vez determinada la pensión alimentaria la parte obligada no cumple, el Juez, puede ordenar el arresto hasta que el obligado cumpla

Con el pago u ofrezca garantías reales.

Es indispensable que las autoridades correspondientes, en sus resoluciones tomen en consideración el interés superior de los niños, para resolver, cada

caso a quien corresponda, procuren lo necesario para la satisfacción de las necesidades que permitan un desarrollo integral del menor, que no es capaz de valerse por sí mismo.

La ilustración del Innumerado legal de la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, está orientado justamente a establecer un nuevo procedimiento para los casos de alimentos o paternidad de todos las personas que según esta reforma tenga derecho a ello, inclusive clarifica que este derecho a alimentos será para toda la vida del alimentado en el caso de que padeciere de alguna discapacidad legalmente establecida y aprobada por el CONADIS.

El Capítulo I del Título V de esta reforma, está dilucidando el ámbito de aplicación de esta ley y sus concordancias con los demás cuerpos de leyes imperantes en nuestro país, al enfatizar que esta reforma regulara lo concerniente a los derechos de alimentos de los niños(as), adolescentes y demás personas que tengan derecho según la ley; su concordancia esta justamente al tratar de los derechos de alimentos a otras personas, como por ejemplo los alimentos al cónyuge, para aquello necesariamente se aplicara nuestro Código Civil.²³

Al enfatizar la naturaleza jurídica, defiende y relaciona el derecho de alimentos con el derecho a la vida, porque este derecho tiende a satisfacer necesidades como: alimentación de calidad, salud oportuna, educación, cuidado, vestido, vivienda digna, transporte, cultura, recreación, deportes y un cuidado especial para las personas que adolecen de alguna discapacidad sea pasajera o de por vida. Además determina que este derecho es propio a la naturaleza de uno, es decir forma parte fundamental del obligado a prestar alimentos.

Las características del derecho de alimentos, se ventila en torno a vocablos que protegen su naturaleza jurídica, como el hecho de ser intransferible, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable, jamás admite compensación, ni reembolso de lo pagado.

El Capítulo I del Título V

Además da la pauta que solo podrán compensarse los alimentos en caso de las pensiones adeudadas, pudiendo también transmitirse aquello a los herederos.

Es imprescindible citar a todas las personas que tienen derecho a alimentos, como prescribe el Innumerado 4 de esta reforma legal; vale anotar que con esta reforma el tope máximo de edad para que una persona reciba alimentos es la de 22 años, pero al estar cursando estudios superiores, salvo las personas discapacitadas que lo tendrán para toda la vida, también son titulares del mencionado derecho las niñas(os) y adolescentes. Vale decir que perderán este derecho al momento de que su titular del derecho se emancipe, ya que eso significaría contar con recursos propios.

La obligación de prestar alimentos lo estatuye el Innumerado 5, al enumerar un orden sistematizado, dejando claro que los principales y primeros llamados a cumplir con esta obligación son los padres, incluso aunque no ejerzan la patria potestad de sus alimentados; este orden se aplicaran al comprobarse que los primeros llamados este incapacitados económica o físicamente para aquello, por lo que se seguirá este orden: los(as) abuelos, los hermanos(as) que tengan la edad de 22 años y que no les impida ninguna circunstancia física; en último lugar esta los tíos(as).

Dentro de la legitimación procesal da la pauta a que los mismos titulares del derecho que hayan cumplido los 15 años comparezcan con su demanda de alimentos a pelear su derecho. Incluso estatuye pueden demandar los padre o la madres o quien tenga la representación legal del titular del derecho; lo pueden hacer la defensoría del pueblo.

Incluso para plantear esta demanda no será preciso el auspicio de un abogado(a), siendo solo preciso llenar el formulario de demanda respectivo, constituyéndose en alternativo este patrocinio del profesional del derecho, dejando excluido y solo en caso de necesitarlo se buscara la ayuda profesional; situación que me parece en lo personal un acto de atentado contra el libre ejercicio de los profesionales del derecho, si es verdad que la justicia por intermedio del derecho, busca al mínimo costo o con un sentido de gratuidad

de la justicia que personas que reclamen este tipo de obligaciones, ojala no les cueste nada, pero insisto es injusto para el profesional del derecho, donde está nuestra formación y perfil profesional. Vale decir que podrán demandarse a pesar de vivir con el obligado en el mismo techo u hogar. Es menester citar que todos los obligado a prestar alimentos pagaran desde la presentación del formulario de la demanda y en caso de incidente de aumento se pagara desde la presentación de la demanda, dando una excepción en los casos de incidentes de reducción de alimentos, que surtirá efecto solo a partir de la resolución respectiva.

Estatuye que la fijación provisional de alimentos lo ejercerá la autoridad competente, tomando en cuenta las tablas de pensiones mínimas fijadas para el efecto; con el afán de explicar más esta fijación provisional de alimentos decimos que dependerá del número de hijos, por ejemplo: 1 hijo, será de 65 dólares, 2 hijos será 94,96 dólares, 3 hijos en adelante será de 125 dólares. Indudablemente el juez acogerá el mutuo acuerdo de las partes, que jamás será inferior a lo estatuido en las tablas respectivas.

En caso de que los hijos no son reconocidos, en la misma providencia el juez dictara u ordenara ejecutar el examen del ADN. Al haber expresa negativa del demandado, automáticamente se presumirá su parentesco con su hijo; en caso de que mencionado examen sea positivo, el juez resolverá sentencia en razón de la filiación del derechohabiente y resolución de la fijación definitiva de la pensión de alimentos. Queda prohibida la realización del examen del ADN del que está por nacer y en caso de pobreza del demandado mencionado examen será gratuito.

La procedencia del examen del ADN tendrá plena validez si se lo realiza en laboratorios especializados públicos o privados, que cuenten con peritos calificados por la fiscalía.

En el caso de los laboratorios privados serán válidos al contar con peritos legalmente autorizados y con los permisos de ley. Mencionados peritos responderán civil, penal y administrativamente por sus actos, en caso de existir adulteración de los resultados del examen del ADN.

La forma de prestar alimentos está dada a base del pago anticipado de la suma de dinero mensualmente, es decir dentro de los 5 días de cada mes.

Los parámetros para la elaboración de las tablas de las pensiones alimenticias mínimas se dará tomando en cuenta las necesidades básicas del alimentado, de los ingresos del demandado, del gasto familiar tanto del demandado o alimentado y dependerá también de acuerdo a la inflación.

Sin duda esta elaboración es totalmente inaplicable, por el simple hecho de que los niveles que fijan las pensiones de alimentos son muy elevados de acuerdo a la realidad; es decir jamás tomaron en cuenta la difícil realidad en que vive un desempleado, un agricultor, un jornalero, que jamás podrá cumplir con esos montos fijados por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia para este efecto, ya para ello primeramente el estado debería cumplir con el principio constitucional del derecho al trabajo digno, solo así todos estaríamos en capacidad de gozar de un buen vivir.

Esta reforma especifica que además de la pensión de alimentos, también tendrán derecho a los subsidios legales que reciba el demandado, al décimo tercero y décimo cuarto sueldo, es decir a dos mesmás al año; al pago del 15% del monto de algunas utilidades legales, al 5% del fondo de cesantías a que tiene derecho por cada hijo o hija.

Enfatizamos que esta reforma no solo obliga a los alimentarios a prestar alimentos, sino que obliga a todas las entidades públicas o privadas, pues tomemos en cuenta que solo se podrá detener los sueldos o salarios por causa de pensiones alimenticias.

Incluso estas entidades brindarán información debida, oportuna dentro las 48 horas para los casos de alimentos, caso contrario sufrirán sanciones de acuerdo a la ley.

Tómenos en cuenta que en caso de los deudores de estas pensiones alimenticias, pasaran a constar en la central de riesgos del país, la prohibición de salida del país, no podrán ser candidatos de elección popular alguna, no podrán ocupar cargo público, no podrán enajenar bienes, ni tampoco podrán

ser garantes de algún crédito para el cual lo soliciten. Sin descartar por supuesto el apremio personal, al incumplir con dos mesadas de las pensiones de alimentos, todo esto a petición de parte.

Otras de las sanciones por el no pago de estas pensiones puntualmente, es que no podrá el juez entregarle la patria potestad del hijo(a) beneficiario, dejando a salvo el derecho a las visitas.

Se puede evidenciar una obligatoriedad imperante en el sentido de que todas las disposiciones contempladas en esta ley al tratarse de alimentos para sus titulares, serán de aplicación obligatoria, sin considerar los juicios o procesos que se estén o se estimaren aplicables según la ley.

Este derecho de alimentos es de obligación privilegiada, es decir podrá pagarse otras obligaciones, pagando la de primera clase que es justamente los alimentos.

Es clarísimo la forma como esta ley cobra el interés por mora a los adeudantes, pues la aplicaran por cada día de retraso la mora correspondiente, según lo establezca el Banco Central del Ecuador. Además deja expresa la prohibición de acumulación de acciones y la reconvención.

Con el afán de ilustrar el procedimiento para los juicios de alimentos a más de lo anteriormente expuesto enfatizamos el Capítulo II de esta reforma, que estatuye que se empezara con la demanda, con la calificación de la demanda y citación, las respectivas notificaciones, la audiencia única, diferimiento de la audiencia si lo hay y resolución. Por supuesto las apelaciones se harán dentro del término de tres días.

Orden en que debe reclamarle los alimentos.

Existe un orden conforme a la mayor o menor obligación de prestar alimentos, que origina a la vez el correspondiente orden en que deben reclamarse los alimentos primero a los más directa y principal mente obligados, y luego a quienes tienen una vinculación menor por justicia, caridad o gratitud.

En algunos derechos extranjeros no se establece rigurosamente cual ha de ser dicho orden, o se señala solamente que debe exigirse los alimentos con preferencia a los parientes demás cercano grado.

Este origina numerosas discusiones que en nuestro sistema se han eliminado, ya que el Código Civil dispone que una persona que tiene varios títulos para demandar alimentos, debe hacer uso de ellos en un determinado orden que declara el Art. 354, primero, debe pedir alimentos que recibió una donación cuantiosa o al conyugue; segundo, los padres y los ascendientes; tercero, y los hijos y descendientes; y finalmente los hermanos.²⁴

LA FILIACIÓN COMO BIEN JURÍDICO.

Conceptos generales.

Todo el derecho de familia está estructurado en torno a dos hechos fundamentales, propios de la naturaleza; el ayuntamiento de la pareja y la procreación. Lo que en el resto del reino animal es nada más que instinto, está sublimizado en el hambre por el amor, el sentimiento del deber y el intenso sentido de la responsabilidad que se asume.

La unión de la pareja se dignifica en el matrimonio mangánico; la procreación crea vínculos, hace nacer deberes y derechos que perduran durante toda la vida de padres e hijos e, incluso, se prolongan más allá de la muerte.

Ocupándonos de las relaciones paterno- filiales, las instituciones jurídicas lo que hacen es reflejar la vida de esa sociedad natural que es la familia. Nose propone modificarla, ni penetrar en su intimidad, perturbando su espontaneo desenvolvimiento.

Sólo se procura protegerla, reforzar su estructura y, eso sí, estar alerta para obligar a cumplir sus deberes paternos o filiales a quienes los olvidaran.

Clases de filiación

Código Civil Art. 354

En el derecho argentino se reconocen las siguientes clases de filiación:

- a. Hijos nacidos del matrimonio.
- b. Hijos extramatrimoniales, nacidos de la unión libre de un hombre y una mujer.
- c. Hijos adoptivos. Esta categoría no se funda en la generación natural, sino en una situación creada por el amor y la convivencia. Cuando una persona cuida de un menor dándole trato de hijo y asumiendo todos los deberes y derechos de padre, la ley acude en ayuda de ambos, y les reconoce jurídicamente ese carácter.

Evolución histórica jurídica de los hijos nacidos extra matrimonio.

Superadas las formas poligamias primitivas del matrimonio cuyo corolario en lo que atañe a este problema no podrá ser sino la igualdad de todos os hijos, cualquiera fuera su origen, la protección de la familia regular llevó de la mano a colocar en una situación de inferioridad a los hijos naturales. La dureza propia de las legislaciones antiguas extremó esa desigualdad.

En Gracia y Roma, bajo la ley de las XII Tablas, el hijo nacido fuera del matrimonio era considerado como miembro de la familia; carecía, por tanto, de todo derecho, y por cierto, del sucesorio. En Atenas, las hijas naturales no podían casarse con un ciudadano. Este rigor comenzó a atenuarse en Roma a partir del edicto un dé cognati.

Poco a poco se fue delineando la distinción entre los liberi naturali, hijos de una concubina; los spurii, hijos de mujer de baja condición o vida deshonesto, y los adulterini incestuosi, habidos de una unión prohibida. A los primeros se les reconoció el carácter de parientes del padre o madre; se permitió legitimarlos e incluso se les reconoció vocación hereditaria.

Con los restantes, en cambio, se mantuvo el rigor primitivo; todavía bajo Justiniano los hijos adulterinos estaban privados de todo derecho, incluso el de reclamar alimentos.

Más riguroso aún era el derecho germánico, que consideraba al hijo natural como un extraño, sin reconocerle en ningún caso derecho alguno. La Iglesia Católica contribuyó a atenuar esta severidad, reconociendo el derecho a los alimentos de los hijos, cualesquiera fuera su origen, favoreciendo la legitimación por subsiguiente matrimonio y, finalmente, insistiendo sobre los valores morales inherentes a toda paternidad.

Esta situación no mejoró en la sociedad fuertemente teocrática de la Edad Media, que miraba con prevención a los hijos del pecado. La Carta Municipal de Monni- Kendam²⁵ prohibía a los bastardos ser testigos en justicia contra gente honesta; otras les impedían ocupar cargos municipales (Holanda 1291). En Francia les estaba prohibido casarse con personas que no sean de su condición, salvo autorización del señor; no podían disponer de sus bienes por testamento, a menos que tuvieran hijos legítimos, aquellos pasaban al señor o al rey.

La Revolución Francesa reaccionó enérgicamente contra esta injusticia notoria. En el decreto del 12 de brumario del año II, estableció la igualdad entre hijos legítimos y naturales, dejando, sin embargo, al margen de este beneficio a los adulterinos e incestuosos.

Pero no habría de tardarse en dar marcha atrás. El Código Civil de 1804 volvió a los hijos concebidos fuera de matrimonio a una situación de completa desigualdad, aunque sin retornar a la severidad extrema del derecho antiguo.

Desde fines del siglo pasado, la reacción a favor de los hijos naturales ha ido en progresión creciente. Hay un sentimiento de justicia que se revela contra esta solución legal de hacer recaer en los hijos el pecado de los padres.

Es necesario terminar de una vez por todas con esta paradoja de que la deshonra y el castigo recaigan sobre la víctima y no sobre el culpable. Pero por otro lado, y esto es lo que complica la solución del problema, no hay que olvidar que una equiparación completa de los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio puede importar un desmedro para la familia normalmente constituida que la ley debe defender.

La Carta Municipal de Monni- Kendam

Este temor de herir la familia legítima ha hecho que numerosas legislaciones mantengan la situación de inferioridad de los hijos naturales, pero no ha podido impedir un movimiento legislativo para mejorarla. En muchos países se ha llegado a una equiparación plena y perfecta de todos los hijos, cualquiera sea su origen; tal es el caso de Guatemala que en su constitución (art. 21) declara ilegal y punible cualquier discriminación por motivos de filiación.

Sin llegar a la equiparación completa, otros países han proclamado el principio fundamental que los padres tienen iguales deberes para con los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, lo que no excluye ciertas desigualdades de derechos, particularmente en lo que atañe a la porción hereditaria.

Finalmente, el movimiento en pro de los hijos nacidos fuera de matrimonio ha tenido su expresión en la Declaración Universal de los derechos del Hombre, realizada en París en 1948, que reconoce a todos los niños, cualquiera sea su origen, igual derecho a la protección social. En la constitución cubana de 1940 y en la legislación soviética los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio están completamente equiparados.²⁶

El Código Civil argentino como codificador, recogiendo la tradición romano hispánica, estableció las siguientes categorías de filiación:

a.- Hijos Legítimos, nacidos de matrimonio válido o putativo, que tenían una situación de marcado privilegio.

b.- Hijos Naturales, nacidos de padres que podían casarse en el momento de ser concebidos. Su situación legal era bastante satisfactoria: los padres tenían, respecto de ellos, los mismos deberes que respecto de los legítimos; gozaban de derechos hereditarios y concurrían a la sucesión de los padres con los hijos legítimos, siendo su porción un cuarto de la de aquellos. Y lo importante, que el Código Argentino autorizaba la investigación de la paternidad natural.

c.- En la tercera categoría estaban los hijos adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos. Los primeros son los nacidos de padres casados con otra persona; los segundos, de padres que tienen un impedimento de parentesco para

El Código Civil.

contraer matrimonio (hermanos ascendientes y descendientes); los últimos eran los que procedían de padre clérigo de órdenes mayores o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la iglesia católica.

Con estos hijos, la ley era de un rigor extremo; enfáticamente proclamaba que no tenían padre ni madre por tanto no tenían derecho a investigar la paternidad; el único derecho que se les reconocía era el pedir alimentos hasta los 18 años de edad si hubieran sido reconocidos voluntariamente y siempre que estuvieran impedidos de proveer a sus necesidades.

La intolerable injusticia en que se encontraban estos hijos hacía impostergable una reforma sustancial. Hasta la sanción de la Ley sólo se lograron soluciones parciales e insuficientes la ley Argentina de matrimonio civil suprimió la categoría de los hijos sacrílegos; la ley permitió adoptar incluso los propios hijos ilegítimos, con los que la situación de los naturales y aun de los adulterinos e incestuosos podían regularizarse y colocarse en un pie de igualdad con los legítimos, siempre, claro está, que estuviesen reunidas las condiciones exigidas por la ley.

De acuerdo con la legislación ecuatoriana expresamos lo siguiente:

Generalidades sobre la filiación legítima.

La generación de unas personas por otras es la base natural de la relación jurídica que se llama filiación, o, recíprocamente paternidad y maternidad.

Pero no es únicamente el hecho físico de la procreación el que considera el Derecho, sino también el conjunto de nexos humanos, sentimentales, económicos, etc., que existen entre padre e hijos, lo que se protege y regula por medio de la ley civil.

Las Leyes clasifican y definen varios tipos de filiación. A pesar de las diferencias entre unos y otros sistemas, fundamentalmente se puede decir que existen tres tipos de filiación en todo el mundo: la legítima, la ilegítima y la adoptiva.

A veces, como sucedía en el Ecuador, la filiación adoptiva a su vez, podía calificarse de legítima o de ilegítima, según los casos; es decir, que no constituía una tercera categoría absoluta, sino que encuadraba dentro de la bipartición legítima o ilegítima.

Pero así y todo, constituye un caso muy especial y merece señalarse aparte y estudiarse singularmente.

También es frecuente que se admita otra categoría de hijos: los de padres desconocidos. Pero estas personas que no son hijos legítimos, y que tampoco son ilegítimos, no tienen propiamente una relación actual de filiación con nadie, por conocer quiénes son sus progenitores.

El sistema originario de nuestro Código Civil distinguía: los hijos legítimos y los legitimados que se asimilan a los primeros y por otra parte, los ilegítimos.

La categoría de los ilegítimos se subdividía simplemente ilegítimos o sea los concebidos fuera de matrimonio por personas que no tuvieran ningún impedimento para casarse entre sí; cuando estos eran reconocidos por uno o ambos padres se llamaban reconocidos y naturales, en cambio los concebidos fuera de matrimonio, por personas que no podían contraer matrimonio se llamaban “de dañado ayuntamiento”, y eran los incestuosos, sacrílegos o adúlterinos.

Los de dañado ayuntamiento constituían una categoría inferior dentro de los hijos ilegítimos, porque entre otras cosas, no podían ser legitimados ya que habían sido engendrados en una forma más gravemente opuesta a la moral y las buenas costumbres, y además, porque los padres, no podían contraer matrimonio y ésta era la condición indispensable para la legitimación.

La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902, derogó tácitamente la categoría de los hijos sacrílegos, porque contienen impedimento alguno para el matrimonio de los clérigos ni de los religiosos. Más tarde, en 1935, se deroga

expresamente el artículo, ²⁷34 del Código Civil que contenía la definición y clasificación de los hijos de dañado ayuntamiento.

La misma Ley del cinco de diciembre de 1935, cambió la nomenclatura tradicional, reservando el nombre de “hijo ilegítimo” solamente al que hubiere sido reconocido por su padre o madre o por ambos, o declarado judicialmente tal.

En esta forma, los que no son legítimos y tampoco han sido reconocidos ni declarados judicialmente legítimos, han quedado sin denominación legal, y en la práctica se les suele llamar (sin fundamento legal), “naturales” o “de padres desconocidos”.

Conviene advertir, antes de seguir más adelante, que la legitimidad es la calidad legal originaria, propia de aquel, que no ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres. En cambio la legitimación, es la calidad superveniente, adquirida en virtud del matrimonio de los padres después de que ha sido concebido el hijo.

El punto de referencia, en todo caso, para establecer la condición o calidad legal del hijo, es el tiempo en que se verifica su concepción. Si en dicho tiempo, los padres están casados, el hijo es legítimo, de lo contrario, carece de aquella calidad.

En cambio, la condición de hijo ilegítimo requiere en nuestro derecho un acto expreso: reconocimiento voluntario o judicial. La Ley 256, llevó hasta sus últimas consecuencias el principio de igualdad de los hijos, formulado en la Constitución con referencia a los derechos de “apellidos, crianza, educación y herencia”, y se llegó así a suprimir aún las denominaciones de

“hijos legítimos”, “legitimados” e “ilegítimos”. La Ley considera solamente la condición genérica de “hijos”.

Pero es obvio, que no se ha podido suprimir la distinción entre quienes son hijos y quienes no han adquirido esta calidad legal, los que ni han sido

Código Civil.
La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902.

reconocidos, ni declarados tales judicialmente, ni considerados hijos por la presunción de la ley. Esta situación de los “hijos de padres desconocidos”, es trágica y grave, pero no se halla aún la manera jurídica de remediarla. En una cuestión que atañe más a la moral y las buenas costumbres.

Con todo, la Ley 256, trató de estimular y facilitar al máximo el reconocimiento de los hijos engendrados fuera de matrimonio, de modo que se produzcan lo menos posibles casos de individuos sin relación de paternidad-filiación.

Desde luego que la misma Ley también suprimió la distinción entre los hijos adoptivos legítimos, y los adoptivos ilegítimos. Los adoptivos son simplemente hijos adoptivos, y se equiparan ampliamente a los hijos propios.

Si bien se han igualado los hijos concebidos en matrimonios y los concebidos fuera de matrimonio, esto no significa que los derechos de los padres sean siempre iguales.

No hay una estricta correlación entre derechos y deberes, con el fin precisamente de estimular el reconocimiento voluntario de los hijos: no se conceden todos los derechos de padre sino al que voluntariamente reconoce al hijo engendrado fuera de matrimonio; sólo estos padres se equiparan plenamente a los que antes llamábamos “padres Legítimos”; en cambio, aquellos que llegan a tener relación de paternidad por declaración judicial, estos tienen las obligaciones pero no todos los derechos de los padres.

Otro punto delicado es el relativo a los demás parentescos que se fundamentan en la FILIACIÓN.

Habiendo desaparecido las calidades de legítimos e ilegítimos, estos otros parentescos tampoco tienen calificación especial; pero como esto habría llevado a una ampliación desmedida de los vínculos de familia, entendiéndolos hasta muy remotos parientes “ilegítimos” (según la antigua denominación), fue preciso restringieren tanto los derechos y obligaciones de los parientes, concentrándolos en un círculo más estrecho de relacionados. Este corresponde, por lo demás, a una tendencia de la sociedad contemporánea.

En cuanto a la igualación de los derechos, el criterio seguido de la reforma legal ha sido el de mejorar la condición de los antiguos hijos legítimos. Pero ese intento legislativo no se puede lograr en términos absolutos, sino relativos, porque la variedad e circunstancias en que los hijos pueden ser engendrados determina necesariamente ciertas variedades en la “manera” o “modo” de ejercer los derechos, aunque estos se consideren sustancialmente iguales.

Piénsese por ejemplo en el caso de la educación y crianza del hijo concebido fuera de matrimonio por una persona casada o por dos personas que no están casadas entre sí sino con otros (doble adulterio) naturalmente el hijo de estas uniones no puede ser criado en el hogar ajeno, y mucho menos, no puede ser “criado y educado” en dos hogares a la vez.

En un punto en el que la reforma se quedó a medio camino a pesar de mis insistencias, fue el de simplificar el trámite para el reconocimiento. Pudo y debió hacerse más en este aspecto eminentemente práctico, pero lamentablemente prevaleció una actitud tímida,

Requisitos de la filiación legítima

En el Código Civil ²⁸se tenía tres artículos que daban la noción de filiación legítima: el 24, 203 y el 360 “Los hijos son legítimos o ilegítimos.

Legítimos, los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que surtan efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.

Ilegítimos, los que han sido reconocidos voluntariamente como tales por su padre o madre, o por ambos; o aquellos que han sido declarados tales por resolución judicial”.

Art. 203.- “El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres, es hijo legítimo.

La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902.
El art. 24, 203 y el 360.

Lo es también el concebido en matrimonio putativo, mientras surte efectos civiles según el artículo 107. Aquél de los cónyuges o quien faltaba la buena fe o la justa causa de error en el matrimonio putativo cuando se realizó la concepción de un hijo, no gozará respecto, de éste de los derechos de padre o madre legítimo; pero el hijo sí tendrá los derechos de hijo legítimo respecto de ambos padres”.

Art 360.- “Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse.

A estas definiciones debía agregarse el caso del hijo adoptivo legítimo, que según el Art. 330 era aquel cuyos adoptantes no tienen hijos o solamente los tienen legítimos.

Desde el momento que la legislación ya no diferencia varias clases de hijos, deja detener importancia la definición de “legítimos” e “ilegítimos” pero, en cambio continúa teniendo trascendencia la forma de establecer la relación entre padres e hijos.

Y no puede desconocerse que es muy distinta la situación del que ha sido engendrado dentro del matrimonio de sus padres y la de quien ha sido concebido fuera del matrimonio.

En el primer caso, la presunción respecto de la paternidad es algo natural y obvio, en cambio si el hijo ha sido engendrado fuera del matrimonio se requiere alguna formalidad para establecer quienes son sus padres.

Estas distintas situaciones han sido consideradas en el actual Art. 24 que reemplaza al antiguo Art. 29 que contenía las definiciones de hijos legítimos e ilegítimos.

Dice así “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.

Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o 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 “.

La Ley 43 agregó un literal ²⁹d) que dice: “Por haber nacido en una unión de hecho, estable y mangánica reconocida legalmente”. Es evidente el error de esta disposición al referirse al nacimiento, y no a la concepción, como así lo hace el Art 24 en el literal d). Por otra parte, las uniones de hecho producen efectos civiles equivalentes al matrimonio, cuando se han probado judicialmente, y en tal supuesto la sentencia que declare la existencia de tal unión, puede abarcar la situación de los hijos concebidos durante ella.

La institución de la “legitimación”, por la cual el que no tenía la calidad de legítimo, llegaba a serlo, ha desaparecido totalmente por la Ley 256.

Derecho a la identificación.

El derecho a la identificación forma parte del derecho a la identidad, pues uno de los elementos de la identidad es el nombre. A través de la identificación se especifica la individualidad de la persona cuyo elemento complementario son los apellidos. "Los niños y niñas tienen derecho a ser inscritos inmediatamente después del nacimiento, con los apellidos paterno y materno que les correspondan.

El Estado garantizará el derecho a la identidad y a la identificación mediante un servicio de Registro Civil con procedimientos ágiles, gratuitos y sencillos para la obtención de los documentos de identidad.

Así determina el Art. 35 del Código de la Niñez y Adolescencia. El derecho a tener un nombre de pila, apellido paterno y materno inmediatamente después de haber nacido es la característica de la identificación de la que gozan los menores de edad. Cuando hablemos de nombre, considero que estaría implícito el resto de elementos que lo forman: apellido del padre y madre. Este último criterio guarda armonía con lo que considera Cabanellas al señalar que: "En relación con las personas, el nombre se entiende de tres maneras: a) como

La Ley 43 agregó un literal

nombre de pila o particular (María, Luis, José), nombre en sentido estricto; b) como apellido (Torres, Fernández); c) como nombre y apellido a la vez, como en ciertos documentos o diligencias que requieren simplemente el nombre del interesado, con lo que se incluye esta forma más completa a la identificación (María Torres).

El nombre de pila es libre y queda a elección de los padres o del que hace la inscripción en el Registro Civil. El apellido, por el³⁰ contrario, es forzoso; el del padre en primer término, en los hijos legítimos; o el de la madre, en los ilegítimos y en los naturales sólo por ella reconocidos".

Felizmente nuestra legislación civil ha desterrado esta primitiva clasificación de los hijos. Y no existen hijos legítimos, ilegítimos, naturales, bastardos, sacrílegos simplemente son hijos de tal cual padre y madre. Con sujeción al Art. 26 del Código Civil "Los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso, gozarán de los derechos establecidos en la Ley, respecto del padre o madre que les hay; reconocido.

Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están el vientre de la madre, y este reconocimiento surtirá efecto según la regla del artículo 63". Como se puede observar, este derecho promueve la inscripción del nacimiento del niño o niña inmediatamente después de haber nacido.

Sin embargo, si los padres, familiares o persona bajo cuya responsabilidad se halle el niño o niña puede inscribirlos amparado en la figura jurídica de la inscripción tardía. De esta forma, el niño o niña no quedaría sin el derecho a llevar el apellido del padre y de la madre.

Para este efecto, el legislador ha establecido normas de identificación de los menores de edad. El Art. 36 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone que: "En la certificación de nacido vivo, que deberá ser emitida bajo la responsabilidad del centro o institución de salud pública o privada que atendió el nacimiento, constará la identificación dactilar de la madre y la identificación plantar del niño o niña recién nacido o nacida.

El Art. 36 del Código de la Niñez y Adolescencia

En casos de inscripción tardía se deberá registrar en la ficha respectiva la identificación dactilar del niño, niña o adolescente.

Cuando se desconozca la identidad de uno de los progenitores, el niño, niña o adolescente llevará los apellidos del progenitor que lo inscribe, sin perjuicio del derecho a obtener el reconocimiento legal del otro progenitor. Si se desconoce la identidad o domicilio de ambos progenitores, el niño, niña o adolescente se inscribirá por orden judicial o administrativa, con dos nombres y dos apellidos de uso común en el país.

Se respetará el nombre con el cual ha sido reconocido y se tomará en cuenta la opinión cuando sea posible. La inscripción podrá ser solicitada por la persona encargada del programa de protección a cargo del niño o niña o por la Junta de Protección de Derechos.

Practicada la inscripción, el Jefe Cantonal de Registro Civil pondrá el caso en conocimiento de la Defensoría del Pueblo de la jurisdicción correspondiente, para que inicie las gestiones extrajudiciales tendientes al esclarecimiento de la filiación del niño o niña y posterior reconocimiento voluntario o entable la acción para que sea declarada judicialmente.

Comprobada y resuelta por la autoridad judicial o administrativa competente la sustitución, confusión o privación de la identidad o de alguno de sus elementos, el Registro Civil iniciará de inmediato los procedimientos idóneos para restablecerla sin costo alguno para el afectado. Los niños y niñas de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país, tienen el derecho a ser inscritos con nombres propios del respectivo idioma.

Las autoridades del Registro Civil tienen la obligación de inscribir estos nombres sin ningún tipo de limitación u objeción".

El derecho a la identificación del menor de edad en definitiva comprende dos nombres y dos apellidos de uso común, respetando los nombres propios que tienen las comunidades indígenas que forman parte de la nación ecuatoriana.

Prueba instrumental

La prueba normal de la filiación consiste en la partida de nacimiento del interesado y la de matrimonio de los padres. Con estos dos documentos se demuestra la época de la concepción, el matrimonio, la maternidad y la paternidad, o sea los cuatro elementos necesarios para ser tenido por hijo de un matrimonio.

La Ley de Registro Civil exige para que se inscriba un nacimiento: “constancia escrita de médico, obstetrix o enfermera; a falta de dichos documentos, se aceptará declaración de dos testigos” (artículo 15). En algunos casos la inscripción, si bien es cierto, que no se precisa que los testigos sean presenciales del nacimiento, considero que bien podrán testimoniar, parientes o vecinos, que hayan tenido un conocimiento indirecto del nacimiento, incluso solamente a través de los propios dichos de los padres³¹.

Todo esto conduce a asignar, como es necesario hacerlo, gran valor a la “posesión notoria del estado legítimo”.

Si no se entiende la ley con esta razonable amplitud, se crearían situaciones muy difíciles e injustas.

Quienes en nuestro país son muy numerosas. En los pueblos pequeños y en los campos, es rara la presencia de médico, obstetrix o enfermera”, y tampoco se podrá contar siempre con dos testigos presenciales de un nacimiento.

Nuestra ley extiende la obligación de hacer inscribir un nacimiento a un grupo de personas bastante amplio: el padre, la madre, los abuelos, los hermanos mayores de 18 años, los “otros parientes mayores de 18 años “, y finalmente, las personas que recogieron e un expósito o abandonado.

Es loable el propósito de que nadie quede sin inscripción de su nacimiento: pero la fórmula empleada es demasiado vaga y pretende responsabilizar a personas que difícilmente pueden cumplir con esta obligación “los demás parientes “. Por otra parte, desde la primitiva Ley de Registro Civil, se conserva una disposición anti técnica, injusta y que delata una debilidad del sistema

Ley de Registro Civil.

legal. Me refiero a la prohibición de bautizar una persona cuyo nacimiento no ha sido inscrito, salvo peligro de muerte.

La norma no se compadece con los postulados de la técnica jurídica, porque no se puede poner como condición de un acto de carácter religioso, un hecho civil; tampoco es lógico que el estado que se dice laico y que desconoce para todo efecto los hechos religiosos, los tome en cuenta para poner una traba o formalidad civil previa.

Es injusta la disposición porque afecta solamente a las personas que tienen una religión, y concretamente una religión cristiana que exija bautismo; viola la libertad de conciencia, al impedir que se celebre un sacramento en cualquier tiempo.

Finalmente, denota una incapacidad inaceptable del Estado para hacer obedecer sus propias leyes.

Normalmente la inscripción debe hacerse dentro de los diez días a partir del nacimiento, y el retardo ocasiona multa. Pero cualquiera que sea el tiempo transcurrido, no desaparece el derecho de inscribir. "El derecho de pedir que se registre un acto del estado civil o un hecho vital no prescribe (Art. 13 de la Ley Codificada).

Las pruebas documentadas más directas o propias de la demostración de la calidad de hijo son las partidas de nacimiento y matrimonio, como dejamos dicho.

Pero además, "otros documentos auténticos" (Art. 355 del Código Civil), puede también servir para esta prueba. Otros documentos auténticos serían otras partidas, por ejemplo la de defunción de los padres, o del propio hijo, o bien una escritura pública, o piezas procesales en las que conste la calidad legal de una persona, o simplemente los hechos constitutivos de la filiación: fecha de nacimiento de la que deriva la época de la concepción, matrimonio de sus padres, etc.³²

Art. 355 del Código Civil.

La nueva Ley de Registro Civil ha dado valor de prueba documental también a la cédula de identidad, y es razonable que sea así, puesto que este documento público se expide precisamente en base a las partidas de nacimiento, etc. El art. 82 declara que “La cédula de identidad será documento suficiente para comprobar la identidad de una persona” y en anterior artículo se indica que la cédula se expide por parte de las oficinas del “Registro Civil, Identificación y Cedulación, a base de los datos de filiación de Registro Civil y de impresiones digitales, palmares o plantares, según el caso”.

Ahora bien, dado que la fuente de información es el Registro Civil, y que en la cédula figuran los datos relativos en la edad, fecha de nacimiento, nombre de los padres, etc., a través de la cédula se puede probar de modo auténtico, no sólo la identidad, sino también la calidad legal del hijo. Por lo menos, no se ve razón alguna para excluir la cédula del grupo de aquellos “otros documentos auténticos, que según el artículo 355 permiten probar un estado civil, a falta de la correspondiente partida.

En nuestra legislación ecuatoriana el Art. 99.- Unidad de filiación.- Todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad.

Habla únicamente de hijos sin ningún calificativo esto no obsta para que las legislaciones reales, en la vida. Concreta, sean muy diferentes: uno es el caso del hijo engendrado dentro del matrimonio de sus padres, en este caso no hay duda de quienes son sus padres, y la relación de la filiación se establece automáticamente y es presumida por el derecho, y si en cambio el hijo a sido concebido fuera del matrimonio, no tiene a favor suyo una presunción respecto de quienes sean sus padres, y se requiere de reconocimiento voluntario o de declaración judicial, para establecer la filiación-paternidad.³³

Por eso el art. 24 se modificó para dar paso al actual Art. 29 que señala esas varias circunstancias a través de las cuales se establecen los vínculos jurídicos de la filiación.

Art. 99.- Unidad de filiación.

Los modos anteriormente existentes para reconocer a un hijo ilegítimo perduran en la ley con una nueva y más sencilla función: establecer quién es el padre o la madre de un hijo concebido fuera del matrimonio, así pues cuando se decía el código anterior sobre el reconocimiento de los hijos ilegítimos, es aplicable ahora para este nuevo efecto: reconocimiento de la relación de filiación, respecto de quien no ha sido engendrado dentro de matrimonio.

En cambio el sistema ha traído consigo, entre otras consecuencias, la total equiparación de derechos de todos los hijos y en la lógica no de aquellos que no se saben quiénes son sus padres.

También se ha extendido todos los derechos y obligaciones de familia a los parientes sin distinción de legítimos o ilegítimos ya que no susciten esas diferentes categorías.

En este caso respecto al art. 247 del Código Civil donde claramente manifiesta que los hijos nacidos fuera del matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos y, en este caso gozaran de los mismos derechos establecidos en la ley, respecto al padre o madre que les haya reconocido.

Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre la madre y este reconocimiento surtirá efecto de acuerdo a la regla del art. 63.

Como también podemos hablar de filiación que es un reconocimiento libre y voluntario del padre o madre que reconocer.

Existen diferentes maneras de filiación como las que establece nuestra legislación civil ecuatoriana como mediante escritura pública o a su vez ante un juez y tres testigos, por acto testamentario, o por declaración personal en la inscripción de nacimiento del hijo o el acto matrimonial de ambos padres.

Si solamente es uno de los padres el que reconoce no podrá expresar la persona en quien o de quien hubo el hijo.

Podremos comprender que dentro de la filiación también existe la impugnación que podrá ser hecha en cualquier tiempo por el filiado o por cualquier persona que pruebe interés actual en ello.

En nuestro sistema el reconocimiento voluntario es un acto solemne y complejo las solemnidades no pueden ser otras que las descritas en la ley. Estos son los elementos iniciales de la forma solemne.³⁴

Estos son los elementos solemnes y que requiere de otros subsiguientes que consisten en la aceptación por parte de este y finalmente en la inscripción del registro civil.

A mi modo de ver, siempre que el padre identifique debidamente a una persona en calidad de hijo suyo.

Hijos ilegítimos

En un sentido muy amplio se dice hijo ilegítimo a todo aquel que no es legítimo, al que no ha sido concebido dentro del matrimonio de sus padres ni tampoco ha sido legitimado posteriormente.

Predominan en las doctrinas y las leyes de diversos países los nombres de “hijo natural” y de “hijo ilegítimo” estas dos palabras a veces son sinónimos, otras veces designan clases especiales de hijos extramatrimoniales y no siempre con el mismo contenido.

LA RELEVANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Partiendo desde un concepto de que es un tratado internacional podemos definir como un instrumento de carácter privilegiado e inherente de las relaciones internacionales suscrito entre ciertos sujetos del derecho internacional y que a su vez, se encuentran regidos por estos que pueden constar de uno o varios instrumentos jurídicos conexos, y a su vez siendo indiferente su denominación.

A su vez frente a la costumbre parte como un factor de seguridad las obligaciones expresadas por las partes de los estados en una forma muy precisa en vista de sus opiniones que surgen de cuestiones o problemas que surgen en sus relaciones internacionales se crean con la finalidad de producir efectos jurídicos y establecer compromisos de honor, comprometiéndose

Art. 247 del Código Civil

recíprocamente a cumplir sus obligaciones y respetar sus derechos contenidos en instrumentos escritos.

Si tomamos en cuenta que las necesidades de los países han venido cambiando debido a su interdependencia cada vez más fuerte entre los mismos, por tal situación han venido creando alianzas entre sí para proteger sus intereses y la de sus habitantes para así alcanzar sus objetivos se ha hecho uso de los llamados instrumentos y convenios internacionales.

Es necesario conocer e identificar los convenios y tratados internacionales así como sus sujetos que participan dentro de ellos, sus características y sus actividades para poder compararlos y emitir juicios y criterios de valor que nos permitan tomar decisiones al momento de su cumplimiento a fin de evitar conflictos de carácter internacional.

Lo más común es que tales acuerdos se realicen entre estados aunque pueden celebrarse entre estados y organizaciones internacionales.

Los tratados internacionales solo pueden hacerse por escrito aunque pueden ser verbales, en este último caso podemos darnos cuenta que no se encontraran regidos a la convención de Viena de 1969.

Las leyes internacionales frente a la cuestión de alimentos.

De acuerdo, al Código Sánchez Bustamante en los Arts. 59, 67 y 68 dice: la materia de alimentos se somete a la ley personal del alimentado en unos aspectos, y tiene carácter de orden público internacional en otros.³⁵

Se puede decir que se rigen por la ley personal del alimentado la concepción legal o clasificación de los alimentos, el orden de su prestación, la manera de suministrarlos y la extensión de este derecho.

Además dice, son de orden público internacional:

La regla que da al hijo derecho de alimentos, las que deduce la obligación de prestar alimentos, su cuantía, su reducción o aumento, la ocasión en que se

Código Sánchez Bustamante en los Arts. 59, 67 y 68

deben y la forma de pago, así como las normas que prohíben las renuncia de este derecho.

Estas reglas, descritas en el **Código Sánchez de Bustamante** concuerdan con la doctrina generalmente admitida ya que avala el valor de los derechos adquiridos, en esta materia, sí somete su ejercicio, por regla general, a la legislación local.

De acuerdo a, los tratados de Montevideo y el Restatement of Law de los Estados Unidos dice: ³⁶

No tener ninguna disposición sobre alimentos, de modo que los países vinculados a este sistema deben aplicar las normas generales sobre obligaciones de familia.

Actualmente, no tenemos reglas internas que hagan mención disposiciones especiales del derecho internacional privado, sobre alimentos, por lo que deben aplicarse las reglas del Código Sánchez de Bustamante, y como norma supletorio, la disposición de índole más general sobre relaciones de familia, contenida en el Art. 14 del C.C. Ecuatoriano.

Por lo tanto, se aplicaran en el Ecuador la convención sobre la jurisdicción, ley aplicable y cooperación respecto de responsabilidad paterna y medidas para la protección de menores, publicada en el **registro oficial de 17 de marzo de 1998.**

Constitución ecuatoriana y los tratados internacionales

Si tomamos en cuenta los tratados internacionales de acuerdo a los principios constitucionales ecuatorianos, estos estarán sujetos de acuerdo a la constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicaran los principios pro ser humano, de no restricción de derechos. De aplicabilidad directa y de la cláusula abierta establecidos en la constitución.

Código Sánchez de Bustamante.
Tratados de Montevideo y el Restatement of Law de los Estados Unidos

El estado presupone la existencia de leyes que regulan el comportamiento social, y el funcionamiento institucional, de un gobierno que conduce las instituciones estatales y de la soberanía, el derecho internacional se ha formado desde los estados y ha forjado principios para su protección es por ello de que la soberanía y la independencia política surge el principio de la no injerencia en asuntos internos y de la prohibición al uso de la fuerza.

Sin embargo, con el crecimiento en la trascendencia jurídico internacional de la persona humana, protección de sus derechos fundamentales va más allá de las fronteras y entes soberanos.

A ellos se suman los procesos de integración en virtud de los cuales son organismos permanentes propios e independientes encargados de gestionar intereses y capaces de expresar una voluntad jurídica.

La persona humana y los tratados internacionales.

En un principio la historia manifiesta que la persona no era considerada sujeto de derecho internacional. Su protección era deber y facultad estatal. En los últimos tiempos a crecido la trascendencia del individuo, su protección internacional es cada vez mayor y cada día va creciendo su acceso a organismos judiciales internacionales.

1.2 ILUSTRACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS CONTENIDOS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

CONCEPCIÓN DOCTRINARIA Y JURÍDICA DE BIEN JURÍDICO.

Para el desarrollo de este punto es necesario dejar claro qué es una relación jurídica. Para tales efectos, ésta se puede entender en dos sentidos: a) como la vinculación establecida por una norma jurídica entre la condición y la consecuencia, por lo que el conocimiento de la consecuencia imputa a la condición, y b) como la vinculación establecida por la norma jurídica entre el deber y la obligación de un sujeto y la facultad o derecho subjetivo de otro, para integrar ambos la consecuencia jurídica.

Para Savigny la relación jurídica consiste en una vinculación entre dos o más personas que es determinada por una norma jurídica.

En este sentido, la idea de este autor es de vital importancia porque plantea las relaciones jurídicas entre sujetos de derechos. Es decir, que el sujeto de derecho se relaciona jurídicamente por ser titular de un derecho o deber pautado o regido por una norma jurídica.³⁷

En el derecho vigente se considera que todos los individuos de la especie humana tienen personalidad jurídica, es decir, que la personalidad del individuo está vinculada con la existencia de éste, y no a su conciencia o a su voluntad, como lo afirman Ripert y Boulanger.

Sin embargo, en el derecho romano no se consideraba a la personalidad y capacidad jurídica por el hecho de ser una persona humana, sino que dependía del estado o status.

Así por ejemplo, el esclavo no tenía personalidad porque no poseía el status libertatis; el extranjero a los efectos del ius civiles tampoco tenía personalidad porque carecían del status civetitas; y los alienijuris, que están sujetos a la potestad de otro, carecían de personalidad porque no tenían el status familiae.

Adicionalmente el derecho vigente reconoce personalidad jurídica a entes diferentes de la especie humana, por ejemplo, al estado y a las sociedades mercantiles, porque se considera que éstos buscan fines humanos.

Esta doctrina nace elaborada y distinguida en la etapa Bizantina del Derecho Romano bajo Teodosio II. Sin embargo, su desarrollo se dio en la etapa medioeval, donde se mezclaron elementos del Derecho Romano, Germánico y Canónico, pero no se pudo crear una doctrina coherente, motivo por el cual el Código de Napoleón no las regula.

Savigny

La reglamentación legislativa expresa de las personas jurídicas tuvo su origen en el siglo pasado, en el Código Civil Chileno de 1855, y luego le siguieron otros códigos como el Código Civil Portugués.³⁸

Es importante destacar que el derecho vigente ha corregido las desviaciones antiguas y medioevales, las cuales reconocían personalidad jurídica a ciertos entes, como por ejemplo, el derecho vigente no reconoce a los animales personalidad, pero los emperadores romanos concedieron honores a ciertos animales y los juristas medioevales a exigir responsabilidades penales.

No debe confundirse este hecho con las disposiciones protectoras de los animales y vegetales que existen en el derecho vigente, porque esto ni significa la concesión de derechos a tales seres, sino que constituyen normas que son dictadas en protección de intereses humanos.

Tampoco puede considerarse que el derecho vigente imponga a los animales el cumplimiento de deberes civiles o penales, aun cuando los dueños de éstos puedan llegar a tener algún tipo de responsabilidad con motivo de hechos realizados por sus animales.

El concepto dogmático de bien jurídico, acuñado por Birnbaum a mediados del siglo XIX, se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho. Esta concepción es demasiado abstracta y por ello no cumple con la función delimitadora del *iuspuniendi*.

Según von Liszt, y bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho.

El concepto político criminal del bien jurídico trata de distinguir el bien jurídico de los valores morales, o sea trata de plasmar la escisión entre Moral y Derecho, que si bien a veces pueden coincidir en determinados aspectos, no deben ser confundidas en ningún caso.

Código Civil Chileno de 1855.

Esta concepción del bien jurídico es obviamente fruto de un Estado Social y Democrático de Derecho, y dada su vertiente social, requiere una ulterior concreción de la esfera de actuación del Derecho penal a la hora de tutelar intereses difusos.

El Derecho penal tiene su razón de ser en un Estado social porque es el sistema que garantiza la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos en su calidad de intereses muy importantes para el sistema social y por ello protegibles por el Derecho penal.

Ilustración de derechos, desde la perspectiva constitucional y legal los derechos de los seres humanos nacen por el tan solo hecho de serlo, son inherentes la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político.

Unas veces se considera que los derechos humanos son plasmación de ideas del derecho natural sin embargo existe una escuela de pensamiento jurídico, que además de no apreciar dicha implicación, sostiene la postura contraria para algunos los derechos humanos son una constante histórica con la defensa que este hace a la persona y su dignidad, para los demás derechos humanos que aparecen como tales, en la edad moderna.

ILUSTRACIÓN DE DERECHOS, DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Si partimos desde un criterio Constitucional y legal, lógicamente debemos entender que como carta superior y protectora de los derechos y al referirse a los niños, niñas y adolescentes, en la sección quinta Art, 44 en donde textualmente dice:

El estado la sociedad y la familia promoverán la forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y aseguraran el ejercicio pleno de los derechos; se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán obre las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades potenciales y aspiraciones, en el entorno familiar, escolar, social y comunitario de efectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, en el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

Art.-45. Las niñas, niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

El estado reconocerá y garantizara la vida, incluido el cuidado y la protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y a la nutrición; a la educación y a la cultura, al deporte y a la recreación a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores y familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El estado garantizara su libertad de expresión y asociación, en funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

En su Art. 46. También encontramos las medidas para el bienestar de los niños y adolescentes, en donde el estado adoptara, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

Atención a menores de seis años, que garantice la nutrición, la salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de derechos.

LA OBLIGATORIEDAD LEGAL.

Revisando nuestro sistema legal, podemos determinar que no existe una definición legal de alimentos, pero su concepción se desprende claramente del conjunto de las disposiciones contemplado en el Código Civil Ecuatoriano, en el Título XVI del Libro I, cuyo lema dice así: De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, como al cónyuge, los hijos, a los descendientes, los padres, los ascendientes, los hermanos, al que hizo una donación cuantiosa, sino hubiere sido reincidida o revocada.

Se describen en este título las personas que tienen derecho a recibir alimentos, de cuantas clases sean estos, cuáles son sus caracteres, como se reclaman en qué forma se garantizan, cuando se extinguen, y finalmente, se hace referencia también a los alimentos cuya obligatoriedad no deriva directamente de la ley sino de la voluntad privada de las personas.

TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES.

El tratado en forma amplia en todo acuerdo celebrado entre miembros de la comunidad internacional, sin importar la forma y la importancia de los compromisos que contenga. Según nuestra jurisprudencia, son actos bilaterales o multilaterales que los estados celebran en ejercicio de su soberanía.

Los tratados internacionales que hacen referencia a los Derechos humanos se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho.³⁹

Existe unanimidad respecto de que la Constitución es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión". Serán la Ley Suprema de toda la Unión, parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es La Asamblea Nacional y de

Código Civil Ecuatoriano, en el Título XVI del Libro I
Constitución.

que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema.

El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.⁴⁰

Donde reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional.

Artículo 22. CBRV: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Artículo 23. CBRV: Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969

LOS DERECHOS Y SU JERARQUÍA.

Dentro de las facultades que la Constitución ecuatoriana otorga al Presidente de la República, aparece la de definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales y celebrar y ratificar los instrumentos internacionales, de conformidad con el número 12 del artículo 171 del texto constitucional:

Antes de la codificación constitucional de 1998, todos los tratados internacionales suscritos por el Primer Mandatario debían ser aprobados por la Asamblea Nacional, que en el Ecuador es unicameral, previa a su ratificación por parte del Jefe de Estado.⁴¹

En el vigente texto constitucional se realiza una distinción de trámite: los tratados que se refieren a las materias previstas en el artículo 161 de la Constitución requieren de aprobación previa de la Legislatura para su posterior ratificación por parte del Presidente de la República, los demás, en cambio, pueden ser ratificados directamente por el Primer Mandatario luego de su suscripción, asunto que, si bien en apariencia no conlleva dificultad alguna, en los hechos denota un serio vacío, como se verá, asunto que se denotó en el Tratado suscrito entre Ecuador y Estados Unidos de América sobre la Base de Manta.

Los tratados internacionales que, para su aprobación, requieren de la intervención de la Asamblea Nacional son, como se dijo, aquellos que contengan alguna o algunas de las materias previstas en el artículo 161 del Código Político: los que se refieran a materia territorial o de límites; los que establezcan alianzas políticas o militares; los que comprometan al país en acuerdos de integración; los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y, los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Los artículos 418 y 419, número 4, de la Constitución exigen que los tratados que deben someterse a la aprobación de la Asamblea Nacional,

Artículo 171 del texto Constitucional

El dictamen correspondiente debe ser solicitado por el Presidente de la República, conforme lo señala el inciso segundo del artículo 277 del Código Político.⁴²

Evacuado el dictamen por parte del Tribunal Constitucional, el instrumento internacional se remite a la Legislatura para su trámite. En este caso, hay que hacer una distinción: si el Tribunal Constitucional estima que el tratado no contiene disposiciones que afecten preceptos constitucionales, la Asamblea Nacional puede aprobarlo o improbarlo; en cambio, si esa Magistratura determina en su dictamen que el instrumento afecta normas de la Constitución, para que la Asamblea Nacional lo apruebe debe, previamente, expedirse la respectiva reforma constitucional, como se dispone en el inciso final del artículo 162 del Código Político.

Para la aprobación legislativa del tratado se requiere del voto conforme de la mayoría absoluta de congresistas.

Se hace presente que, desde la codificación constitucional de 1998, el trámite de reforma constitucional es dilatado, pues si bien exige el mismo procedimiento de formación de la ley, se diferencia de éste en lo que hace relación al quórum de aprobación (mayoría simple para la ley ordinaria o común, mayoría absoluta para la ley orgánica y el voto conforme de las dos terceras partes del total de legisladores para la reforma constitucional) y al plazo de espera de un año entre el primer y segundo debates.

En tal virtud, por la rigidez constitucional, la aprobación legislativa para consentir un tratado se condiciona no sólo a la voluntad mayoritaria de aprobarlo, sino a que las dos terceras partes del total de legisladores estén dispuestas a reformar la Constitución.

El problema se plantea respecto de los tratados internacionales que no requieren de aprobación por parte del Congreso Nacional, es decir, de aquellos que tratan de materias no comprendidas en el artículo 161 de la Constitución. La dificultad jurídica no estriba en que éstos no deban ser sometidos al trámite legislativo, sino que éstos no reciben control previo de constitucionalidad.

Artículos 418 y 419, número 4, de la Constitución

Las facultades del Tribunal Constitucional se encuentran señaladas, de modo general, en el artículo 419 de la Constitución, y entre estas potestades, en el número 5, sólo aparece la de dictaminar los instrumentos internacionales "previo a su aprobación por el Congreso Nacional".

Esta Magistratura no ejerce, por otra parte, potestades de oficio, ocurriendo que la petición de dictamen por parte del Presidente de la República sólo procede respecto de tratados que requieren de aprobación legislativa, conforme se desprende del inciso segundo del artículo 162 del Código Político.

Esta dificultad se agrava desde que, al carecer de control represivo de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de un instrumento internacional, no sólo porque la acción de inconstitucionalidad no se encuentra prevista para la impugnación de tratados en los números 4 del artículo 419 de la Constitución sino porque, de conformidad con el texto constitucional, esta declaratoria deja sin efecto al acto inconstitucional, lo que no es aplicable al caso de los tratados, tanto en virtud del principio pacta sustentada, como porque los tratados sólo dejan de obligar en virtud de las normas de Derecho Internacional sobre la materia, de modo general a través del procedimiento de denuncia del instrumento y no mediante declaraciones unilaterales de los Estados parte.⁴³

De tal virtud, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala, en su artículo 42.1, que "La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención".

Este mismo instrumento señala que la terminación, denuncia, retiro de una parte o suspensión de un tratado "no puede tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención" (Art. 42.2), lo que también se aplica a la nulidad de los tratados por haberse prestado el consentimiento de un Estado en violación de una norma de "importancia fundamental de su derecho interno" que vicie su consentimiento (Arts. 43 y 46.1).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El ordenamiento jurídico está integrado solamente por normas jurídicas válidas; las normas inválidas están fuera del Derecho. Para establecer si una norma pertenece o no al ordenamiento jurídico hay que pasar de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la norma fundamental. De este modo todas las normas están vinculadas directa o indirectamente con la norma fundamental que es la que da validez y unidad al complejo y enmarañado ordenamiento jurídico. Por eso, la norma fundamental se coloca, al estilo kelseniano, en el vértice del sistema, porque con ella se relacionan todas las otras normas.⁴⁴

En este sentido es acertado el razonamiento de Bobbio, cuando expresa: "La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma a un ordenamiento, en otras palabras, es el fundamento de validez de todas las normas del sistema.

Por lo tanto, no sólo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos llevan a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento.

Y como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertinencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental".

Si la norma fundamental del ordenamiento positivo es la Constitución y si toda norma se fundamenta en otra norma superior, hay que preguntarnos ¿en qué se basa la norma fundamental? La respuesta no la podemos encontrar en el ordenamiento positivo, dentro de él la norma fundamental no tiene fundamento porque si lo tuviera dejaría de ser fundamental, ya que habría una norma superior de la cual dependería.

La respuesta a esta pregunta hay que buscarla fuera del ordenamiento jurídico. Muchas son las respuestas que se han dado para formular una norma superior que fundamente a la fundamental y descubrir un poder superior al Poder Constituyente, que sería la verdadera fuente de todo poder.

Kelseniano.

Para lo cual vamos a puntualizar de la siguiente manera de acuerdo a la pirámide de Kelsen:

Es la estructura jerárquica de las normas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico de un determinado país.

El jurista austriaco Hans Kelsen al igual que Merkl entre otros aportes establece la jerarquía normativa, en la cual puede agruparse las normas jurídicas desde la Constitución hasta la que tiene menos jerarquía:

Es una teoría expuesta por el jurista que se refiere a la jerarquía de las leyes en donde se representa la supremacía de una sobre otra en un esquema de una pirámide.

⁴⁵Se inicia con la Constitución, seguida por los tratados internacionales y las leyes orgánicas y después por leyes ordinarias, y más abajo sigue el resto de la legislación (reglamentos, códigos, circulares, etc.)

La pirámide es de mucha utilidad para determinar que norma se aplica, cuando el criterio es que la norma de mayor jerarquía prima sobre la norma de menor jerarquía.

Todos los actos reglas de las sociedades públicas (legislativos y administrativo) configuran una pirámide en la que cuya cúspide está la Constitución, y hacia abajo las demás reglas de las sociedades públicas, que en cada peldaño descendiente son menos generales y más específicos, pero así mismo tienen menos importancia y mayor subordinación a los actos jurídicos que están en una escala superior.

LA CONSTITUCIÓN.

Es un término que procede del latín cum con y statuere establecer. Es la norma fundamental, escrita o no, de un Estado soberano, establecida o aceptada para regirlo.

jurista austriaco Hans Kelsen al igual que Merkl

La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno y organización de las instituciones en que tales poderes se asientan.

También garantiza al pueblo determinados derechos. La mayoría de los países tienen una constitución escrita. Cuando se habla de Constitución, sin embargo, se entiende el conjunto de normas supremas que rigen la organización y el funcionamiento de un Estado. Son normas jurídicas, no una situación de hecho, que generan derechos y obligaciones. Desde el punto de vista jurídico, el concepto que más interesa es el segundo.

Todo Estado, sea de la forma que fuere, tiene una Constitución, y ya sabemos que ésta es la ley fundamental; es el fundamento o basamento de todas las leyes existentes dentro de su territorio, y si estamos hablando de una ley fundamental, es obvio que estamos, a la vez, aceptando la existencia de otras leyes que le están sometidas, y tiene que ser así, si una es fundamental las otras encuentran “la razón de ser de su existencia en la primera”.

La supra constitucionalidad:

En nuestro ordenamiento jurídico esta jerarquía normativa la entendemos como la existencia de una superioridad de nuestra Constitución sobre cualquier otra norma jurídica, basado en un criterio material, pues ésta contiene los principios fundamentales: súper legalidad material y la súper legalidad formal. Además se presenta una superioridad de la norma escrita sobre la costumbre y los principios generales del Derecho.

Esta jerarquía de fuentes del derecho público establece una superioridad de la ley y de las normas con rango de ley ante las demás normas administrativas; su vez las disposiciones administrativas se encuentran jerarquizadas en un orden específico; decretos, órdenes de las comisiones delegadas del Gobierno, órdenes ministeriales y disposiciones de las demás autoridades y órganos inferiores de acuerdo al orden de su respectiva jerarquía.

El artículo número 6 de la Ley General de la Administración Pública, nos revela esta jerarquía de las fuentes del Ordenamiento Jurídico Administrativo, la cual se sujeta al siguiente orden: ⁴⁶

- 1.- Constitución de la República.
- 2.- Tratados Internacionales, normas de la Comunidad Centroamericanas y los Concordatos.
- 3.- Leyes y actos con valor de ley.
- 4.- Decretos del Poder Ejecutivo
- 5.- Reglamentos del Poder Ejecutivo y Estatutos.

Como se puede observar, se tiene como máximo representante a la Constitución Política, y de ahí se va desglosando hacia abajo en la escala jerárquica.

Con respecto a fuente del derecho su definición es “son los actos o hechos pasados de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. A veces, también, se entiende por tales a los órganos de los cuales emanan las normas que componen el ordenamiento jurídico (conocidos como órganos normativos o con facultades normativas), y a los factores históricos que inciden en la creación del derecho.

De lo anterior se desprenden, respectivamente, las nociones de fuentes del derecho en sentido material (fuentes materiales) y fuentes del derecho en sentido formal o (fuentes formales).

Podemos aportar a esta definición de Fuentes de Derecho que son aquellos actos a los que un determinado ordenamiento jurídico atribuye la capacidad de producir normas jurídicas. Estas son como una especie de punto de transición entre la aplicación y la producción de las normas jurídicas. Existen fuentes materiales y fuentes formales.

El Art. número 6 de la Ley General de la Administración Pública,

Fuente es el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo. Estas fuentes para lo que nos interesa tienen una jerarquización muy importante, sin embargo, antes de iniciar a profundidad el estudio de dicha división, es de vital importancia que tomemos en cuenta a lo que se refiere el ámbito de la jerarquía, pudiéndola establecer como lo que establece la subordinación de las normas de grado inferior a las de rango superior.

La jerarquía normativa va de la mano con la de un conjunto de normas en diferentes niveles, el formal y el material. Es Hans Kelsen, pues, el encargado de dar inicio a la jerarquización de las fuentes del derecho, separándolas entre normas de contenido y normas de regulación de la producción de otras normas, o sea, normas de producción jurídica.⁴⁷

Si tomamos a la jerarquía como una pirámide, podríamos establecer un principio de jerarquía, el cual velaría por el mantenimiento de la estructura de dicha pirámide, cada división o escalón es formado por una norma de mayor rango ascendentemente y por consecuencia, de menor rango de acción descendente.

1.3. LA RITUALIDAD PROCESAL EN MATERIA DE ALIMENTOS.

EL PROCEDIMIENTO APLICABLE EN MATERIA DE ALIMENTOS.

Para mayor ilustración de la mencionada relegación amatamos lo que la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, en su Innumerado 6, al referirse a la legitimación procesal cuando dice: Para plantear la demanda no se requerirá del auspicio de abogado.

Podemos darnos cuenta que está más que clara la relegación del profesional del derecho, pues sin duda la asesoría del abogado es alternativa, como su patrocinio y guía técnica durante todo el proceso de alimentos.

Hans Kelsen

ANÁLISIS DEL FORMULARIO PARA NUEVAS DEMANDAS DE ALIMENTOS.

Al analizar los formularios únicos para la demanda de pensión alimenticia, podemos darnos cuenta que obligatoriamente se deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, a excepción de la firma del abogado.

Vale destacar que tenemos cuatro clase de modelos de formularios establecidos por el Consejo de la Judicatura como son: formulario para aumento de pensiones alimenticias, para rebaja, para declaratoria de paternidad y fijación de pensión alimenticia y para solo alimentos.

Estos formularios establecen a que autoridad se plantea la demanda, en que judicatura, se debe poner la información personal del actor(a), nombres y apellidos, edad, numero de cedula, estado civil, actividad o profesión, lugar de residencia, dirección domiciliaria, número telefónico o celular, cuenta del juzgado o personal, en que trabaja el peticionario, sus ingresos mensuales aproximados, esta va especificado en el numeral primero.

En el segundo numeral consta los datos personales del demandado, como tenemos nombres y apellidos, edad, numero de cedula, estado civil, actividad o profesión, lugar de residencia, dirección domiciliaria, número telefónico o celular, correo electrónico(opcional), números de hijos menores de dieciocho años, en que trabaja el demandado, quien es el patrón del mismo, sus ingresos mensuales aproximados.

En el tercer numeral consta la información personal del obligado/a subsidiario/a (llenar solo en el caso de ser demandado), aquí va también datos personales como si fuera el demandado principal.

En el cuarto punto consta el hijo o hijos o beneficiarios para quienes se reclama los alimentos, se debe poner los nombres y apellidos completos, la edad, si estudia, en qué nivel educativo esta y bel nombre de la Institución al cual pertenece.

En el quinto punto esta los fundamentos de hecho, es decir las razones por las cuales se implanta esta demanda o la historia de lo acontecido.

Sexto se debe clarificar los fundamentos de derecho, es decir aquí va los cánones legales, constitucionales o cualquier otro instrumento legal según el caso.

Séptimo punta consta la pretensión de la demanda, es decir que pide en la misma, el monto de la pensión que desea la parte actora pedir al demandado.

Octavo se especificara la cuantía, que va de acuerdo al número de hijos, según el Código de Procedimiento Civil.

En el nueve se especifica el trámite.

En el diez se especifica el lugar de notificaciones futuras o correo electrónico.

En el onceavo punto se especificara el lugar donde se citara al demandada, se mediante deprecatorio, comisiones, exhortos, o boletas entre otros.

El numeral doce recoge todo lo concerniente a documentos y pruebas que adjunta el actor; el trece señala la solicitud de la actor(a) para la obtención de pruebas, pudiendo ser la prueba testimonial, confesiones judiciales, documental, pericial y otros que estimaren convenientes.

Por ultimo tenemos las medidas cautelares a la que creyeren necesarias la parte demandante o actora.

Termina con la firma de o la peticionaria y de manera opcional.

Concluyo este análisis dejando claro que en la parte final se aprecia la relegación o discriminación al profesional del derecho, al acentuar la forma opcional que tendría la firma del abogado o abogada.

ANÁLISIS DE CASOS.

Dentro de esta realidad tenemos varios casos que ilustran claramente la discriminación o relegación del profesional del derecho, justamente al prescindir en las demandas de alimentos la ayuda del profesional del derecho, destacando todos los formularios emitidos por la judicatura, que han sido presentados por los accionantes en la judicatura de San Miguel de Bolívar.

Es decir mencionados expedientes poseen en la parte final la alterabilidad de contar con un abogado y esta realidad ya consta en el mencionado Unidad 1ra de la Niñez la Mujer y Adolescencia del Cantón San Miguel de acuerdo a las competencias determinadas en el Código de la función Judicial.

Los formularios expuestos se están tramitando actualmente, sin pensar en lo más mínimo la relegación o discriminación al derecho del trabajo garantizado por la Constitución de la República del Ecuador.

Un caso específico tenemos el Juicio de Alimentos con Declaratoria de Paternidad, asignado con el 00546, que se está sustanciando actualmente.

TRÁMITES DE LA DEMANDA EN EL JUICIO DE ALIMENTOS.

La Práctica Civil, Mediación y Arbitraje, y dentro de esta materia también se trata sobre el juicio de alimentos, que como bien lo señala el distinguido jurista y ex Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Alma Mater Dr. Augusto Durán Ponce “Por lo tanto, alimentos son el conjunto de elementos necesarios para la conservación del ser humano (...) el derecho de alimentos es consustancial con la vida misma y por eso constituye uno de los derechos de más trascendencia.

INTRODUCCIÓN.

Hay que señalar que en nuestro país existen dos formas de reclamar alimentos, el uno que está previsto en el Código Civil en concordancia con el Código de Procedimiento Civil, trámite que puede seguir cualquier persona que crea tener derechos para reclamar alimentos. En cambio el Código de la Niñez y Adolescencia establece un trámite especial, que solamente favorece a los niños, niñas y adolescentes y aquellos que estén cursando estudios.⁴⁸

La diferencia entre los dos trámites conforme es de conocimiento general, es que en el sistema civil es más formal, existente y tedioso conforme lo señala en su tesis de abogacía el Dr. Luis Vargas Hinojosa, mientras que el trámite establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia es más rápido, conforme señalo en el presente artículo.

Código de Procedimiento Civil.

Dr. Luis Vargas Hinojosa.

Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 643 de 28 de julio de 2009,

Código de la Niñez y Adolescencia en los Arts. 34 (147.12) 35 (147.13), 36 (147.14), 37 (147.15), 38 (147.16), 39 (147.17), 40 (147.18), 41 (147.19), 42 (147.20), 43 (147.21), 44 (147.22) y 45 (147.23)

El Dr. Francisco Gabriel Chacón Ortiz en su tesis de abogacía, dirigida por el maestro universitario Dr. Gilberto Saltos, señala que la Ley Reformatoria al Título V, libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 643 de 28 de julio de 2009, reforma el procedimiento tendiente a reclamar el derecho a percibir alimentos, haciéndole de una manera más ágil, sin formalidades y de este modo acogiendo lo que señala el Art. 77 de la Constitución de la República, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita.

Los pasos que se deben seguir en la demanda tendiente a reclamar alimentos para niñas, niños y adolescentes, según lo señala el Código de la Niñez y Adolescencia en los Arts. 34 (147.12) 35 (147.13), 36 (147.14), 37 (147.15), 38 (147.16), 39 (147.17), 40 (147.18), 41 (147.19), 42 (147.20), 43 (147.21), 44 (147.22) y 45 (147.23) es el siguiente:

Primer Paso

La demanda debe reunir los requisitos del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, se la realiza por escrito, sin ser necesario el patrocinio de abogado en libre ejercicio; de tal modo que basta la presentación del formulario que fue establecido por el Consejo de la Judicatura, donde consten todos los datos necesarios para iniciar la causa.⁴⁹

A la demanda, se deben acompañar los medios de prueba que se consideren necesarios a fin de justificar las necesidades del menor y la capacidad económica del alimentante, pero el demandado puede realizar el anuncio de pruebas hasta antes de las cuarenta y ocho horas a la fecha fijada para la audiencia única.

La demanda debe ser presentada en la Oficina de Sorteos de la Corte Provincial del domicilio del menor; de tal manera que para iniciar el proceso de alimentos se requiere que el demandante, esto es el padre o madre que tiene al niño o adolescente en su poder, debe acompañar la partida de nacimiento del niño o del adolescente, su constancia de estudios en caso de que se encuentre cursando, recibos de pago que correspondan a gastos que generen

Art. 67 del Código de Procedimiento Civil,

la subsistencia del alimentista, así como copia de su documento habilitante como es la cédula de ciudadanía.

En resumen la demanda debe reunir los requisitos señalados en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, que es ley supletoria en esta materia, y llenar el formulario elaborado por el Consejo de la Judicatura, que está disponible en su página web, que se encuentra en él, mismo que debe ser impreso para ser llenado a máquina o a mano para su presentación.

Segundo Paso.

a.- Presentada la demanda y previo el sorteo de ley, el juez competente avoca conocimiento, califica la misma, esto es analiza si cumple con los requisitos establecidos en el propio formulario y en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, y si lo cumple acepta el trámite.

Al momento de calificar la demanda, el juez de manera obligatoria debe fijar una cantidad mínima por pensión, de acuerdo a lo señalado por las tablas elaboradas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, con carácter de pago inmediato, independiente del proceso iniciado; además ordena la citación del demandado, de acuerdo a las formas permitidas en el artículo innumerado luego del 35 del Código de la Niñez y Adolescencia, esto es⁵⁰ a través de Notario;

b.- Por boleta única de citación que será entregada al demandado, de ser necesario con el apoyo de un miembro de la fuerza pública, quien sentará la respectiva razón; y,

c.- En la forma prevista en el Art. 74 del Código de Procedimiento Civil. El juez le da tres días para que conteste la demanda y contestada o en rebeldía señala día y hora para la audiencia única.

Hay que señalar que esta pensión es provisional, además que la tabla de pensiones alimenticias también se aplica para las accionantes cuyo (s) representado (s) sean reconocidos o no, por el padre demandado. Antes de las

Art. 74 del Código de Procedimiento Civil.

reformas como señala Francisco Chacón Ortiz, si el niño no estaba reconocido por el padre, la pensión generalmente no se fijaba, aunque la ley establecía la posibilidad de hacerlo cuando había indicios suficientes de señalar como una alternativa una pensión provisional.

En resumen el juez en su primera providencia, califica la demanda, analizando si reúne los requisitos legales, caso contrario dispone que se le complete en el término de tres días, conforme señala el Art. 69 del Código de Procedimiento Civil de nuestra legislación ecuatoriana.⁵¹

Tercer Paso.

En el mismo acto de calificación, se debe proveer la prueba aportada y disponer la citación al demandado de manera preferente y con ayuda de la fuerza pública, recalando que la citación inclusive puede ser practicada por la misma parte actora del juicio, conforme tengo señalado en líneas anteriores. En la citación, se hará constar la obligación del demandado de fijar casillero judicial y/o correo electrónico, y la de anunciar la prueba que va actuar dentro del proceso a seguirse en esta clase de casos.

En resumen, en el auto inicial o calificación de la demanda, el juez fija una pensión alimenticia provisional de alimentos conforme a los valores establecidos en la tabla de pensiones elaborada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, y de acuerdo con las pruebas presentadas y adjuntadas a la demanda, disponiéndose que este valor sea depositado en la cuenta corriente o de ahorros que para el efecto señala la parte actora, inclusive se puede solicitar la prohibición de salida del país al obligado al pago de alimentos, como medida cautelar personal.

Cuarto Paso.

Citado el demandado, se convoca a las partes a una audiencia única, la misma que será fijada dentro del término de diez días contados a partir del acto de la citación de acuerdo a lo establecido en el Código de procedimiento. Hay que aclarar que si el demandado ha contestado la demanda en el plazo señalado

Art. 69 del Código de Procedimiento Civil

en líneas anteriores, el juez debe tener en cuenta dicha contestación. En resumen hay que aclarar que la citación puede ser de las tres formas señaladas en líneas anteriores; más aún si la parte actora carece de medios económicos para citar al demandante, el Consejo de la Judicatura puede realizar una sola publicación mensual en un periódico de mayor circulación nacional, pudiendo solicitar la devolución posterior de lo pagado, cuando sea citado el demandado.

Citado el demandado o los demandados se convoca a audiencia única, dentro de la cual el alimentante señala casillero judicial y/o dirección de correo electrónico. La audiencia es conducida directamente por el juez, quien la inicia informando sobre las principales normas que rigen el derecho de alimentos.

Quinto Paso.

El día y hora señalados para que se lleve a cabo la audiencia única, el juez concede la palabra a la parte demandada para que conteste la demanda, es obligación del juzgador procurar que las partes lleguen a un acuerdo que beneficie al menor, pero de no lograr este acuerdo iniciará la evaluación de la prueba para emitir la resolución correspondiente, la misma que puede ser apelada en los términos señalados en el Art. innumerado 40 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 643 de 28 de julio de 2009.⁵² En resumen, si las partes no comparecen el día y hora señalados para la audiencia señalada, la resolución provisional de alimentos fijada en el auto inicial se transforma en definitiva.

Hay que aclarar que la audiencia única puede ser diferida por una sola vez hasta por tres días siempre que la soliciten las dos partes de común acuerdo. Si el demandado dentro de la audiencia negare la relación de filiación o parentesco, el juez dispondrá la realización del examen de ADN y suspenderá la audiencia por el término de 20 días, luego de lo cual y con los resultados del examen obtenido, resolverá sobre la aplicación de la pensión alimenticia

Art. innumerado 40 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Registro Oficial No. 643 de 28 de julio de 2009.

definitiva y sobre la relación de filiación, sin necesidad de volver a convocar a otra audiencia.

Debo manifestar que los exámenes de ADN, son ordenados por el juez o la jueza que conoce estos casos, no tienen valor alguno; esto es la Fiscalía General del Estado no cobra honorarios por estos exámenes, y los laboratorios están ubicados en esta ciudad de Quito en la calle 9 de Octubre y Patria.

Inmediatamente el demandado contestará la demanda, deduciendo las excepciones dilatorias o perentorias de que se crea asistido; recordando que excepción es toda defensa que el demandado opone a la pretensión jurídica del autor, o sea que es el medio legal de defensa constitucional, y de este modo se cumple el principio de contradicción que es fundamental en esta clase de procesos.

El juez debe procurar la conciliación y de obtenerla fijará la pensión alimenticia de común acuerdo, dictando un auto resolutorio. De no lograrse el acuerdo, proseguirá la audiencia única con la evaluación de las pruebas presentadas por las partes, luego de lo cual el juez, al analizar la misma, deberá fijar la pensión alimenticia definitiva, subsidios y beneficios, además la forma de pagarlos, el pago de costas judiciales y honorarios del abogado patrocinador y todos los gastos que haya incurrido el actor de esta causa.

Sexto Paso.

En el caso de que el padre económicamente responsable, designado para cubrir la pensión alimenticia del niño o adolescente por orden del juez, no cumpla con la obligación que le corresponde, entonces lo harán en este orden: abuelos, hermanos mayores de dieciocho años de edad y tíos del niño, pudiendo exigir posteriormente al padre responsable la devolución del dinero aportado.

Séptimo Paso.

La pensión provisional corre a partir de la presentación de la demanda, según la reforma antes mencionada, recordando que antes de dicha reforma la

pensión provisional se aplicaba desde la fecha de la citación al demandado, hoy insisto es a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

Octavo Paso.

En caso de que las partes procesales no estén de acuerdo con la resolución emitida por el Juez, y luego de haberse agotado los recursos horizontales, esto es aclaración, ampliación, revocatoria y reforma, se podrá presentar e interponer el recurso de apelación ante el superior, pero dicho recurso debe estar motivado y debe ser presentado dentro del término de tres días, para que la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción donde se lleve a cabo el proceso de alimentos conozca dicho juicio.

Hay que aclarar que el recurso de apelación solo tiene efecto devolutivo, es decir, que mientras decida la Corte Provincial, esto es la Sala respectiva, debe ejecutarse el acto resolutorio, es decir se debe seguir pagando la pensión alimenticia fijada por el juez.

Noveno Paso.

La Corte Provincial de Justicia respectiva mediante la Sala única y de existir mediante la sala especializada, recibido el expediente debe resolver en méritos de los autos dentro del término de diez días, esto es confirmando, reformando o revocando la decisión del juez de primera instancia, para luego devolver el proceso al juez de primer nivel en el término de 3 días.

Décimo Paso.

Si cualquiera de las partes demostraré que han variado las circunstancias y hechos que sirvieron de base para la resolución que fija la pensión alimenticia, el juez podrá revisar y modificar la resolución, previo el procedimiento establecido en este capítulo; aclarando que el juez competente es el mismo que fijo la pensión alimenticia, salvo los casos de cambio de domicilio del alimentado.

Igualmente se puede solicitar aumento o reducción de la pensión alimenticia hasta el 31 de enero de cada año, el Consejo Nacional de la Niñez y

Adolescencia publicará en los periódicos de mayor circulación nacional, la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, más el porcentaje de inflación que determine el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, esto es se refiere a la indexación automática anual.

Hay que aclarar que las pensiones alimenticias, en ningún caso serán inferiores a las mínimas establecidas en la mencionada tabla, por lo que las pensiones alimenticias que fueren inferiores serán indexadas automáticamente sin necesidad de acción judicial de ninguna naturaleza.

Es necesario manifestar que las reformas al Código de la Niñez y Adolescencia sobre el procedimiento para la fijación y cobro de pensiones alimenticias de menores y adolescentes, señala de manera expresa que el Consejo de la Judicatura sancionará con suspensión 30 a 45 días a los jueces que incumplieren los términos, plazos y montos fijados por la *presente ley*; y, en caso de reincidencia se procederá a la destitución del cargo.

Se presentan las siguientes interrogantes:

- a) Existe o no recurso de casación civil en esta clase de procesos; y,
- b) Existe o no la posibilidad de interponer la acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

Hay que aclarar que el Art. 45 (147.23) de la reforma, establece como normas supletorias en todo lo no previsto en esta sección (se refiere al procedimiento para la fijación de alimentos), se aplicará el Procedimiento Contencioso General, descrito en el presente Código, y a falta de este las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.⁵³

Aspectos finales, que estimo son necesarios determinarlo:

- a) Para fijar una pensión de alimentos se requiere de pruebas que presenten las partes, tanto en lo referente a las necesidades del menor como a la situación económica del alimentante, debiendo señalar que si el demandado

Art. 45 (147.23).
Código de Procedimiento Civil

justifica que no tiene ingresos, en este caso están obligados subsidiariamente a prestar alimentos los abuelos, hermanos y los tíos del menor.

b) Como se observa, el procedimiento para la sustanciación del juicio de alimentos es de trámite rápido y sin formalismos procesales.

También hay que señalar que el trámite que se da a la prueba está exento de formalismos, estableciendo un procedimiento oral para impugnarla como es el caso de las repreguntas que se pueden hacer a los testigos presentados, además los medios probatorios son evaluados en conjunto luego de la audiencia única por el juez competente, dando de esta manera cumplimiento a los principios de contradicción, concentración e inmediación.

Igualmente se cumple el principio de buena fe y lealtad procesal al establecer el anuncio de la prueba de las partes procesales, de tal modo que en audiencia única el juez debe evaluar estos medios de prueba.⁵⁴

Se cumple el Art. 75 de la Constitución de la República de la tutela judicial, efectiva, imparcial y expedita, pues luego de la audiencia única, el juez dicta la resolución correspondiente.

De todo lo anotado se desprende que el nuevo procedimiento de alimentos, optimiza el tiempo, evita los formalismos del proceso contencioso general y en teoría evita el retraso en la administración de justicia, dando cumplimiento de este modo al nuevo ordenamiento jurídico del país, constante en la Constitución de la República de 2008; y así el compañero Andrés Paúl Mencías Ojeda señala en su tesis de abogacía “La duración del procedimiento judicial de un reclamo de pensión alimenticia y que se refiere al capítulo 2, para la fijación y cobro de pensiones alimenticias y de supervivencia no debería durar más de 60 días de término, contados desde la presentación de la demanda en primera instancia, ni más de 25 días desde la recepción del proceso en segunda instancia; lo cual manifiesta el autor citado no se cumple por la enorme carga que tienen los juzgados de la niñez y adolescencia especialmente en las principales ciudades del país.

Art. 75 de la Constitución de la República.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES INMERSOS EN MATERIA PROCESAL.

Dentro de esta temática, me permito dilucidar aduciendo que son aquellos derechos con rango constitucional, considerados como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Dicho de otra forma, son aquellos derechos que dentro del ordenamiento jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma). Sin duda es conocido el planteamiento filosófico-antropológico, de que donde nace una necesidad surge un derecho; tal planteamiento, muy lógico por supuesto, aparece por primera vez en obras como "La República" del gran filósofo Platón.

Estos derechos constitucionales se clasifican en derechos fundamentales (de primera generación), derechos colectivos, y derechos sociales y del medio ambiente (de tercera generación).

SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

El Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador declara: la constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra de ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.⁵⁵

La constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El canon constitucional 425 dice: proclama el orden jerárquico de las leyes o normas imperantes en nuestro país, estableciendo este orden: Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; la Leyes Orgánicas; Las Leyes Ordinarias; Las Normas Regionales y las Ordenanzas Distritales; los Decretos

Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador

y Reglamentos; las Ordenanzas; los Acuerdos y las Resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Es decir que toda ley, decreto, ordenanza, disposiciones y tratados o acuerdos que se aparten o estén en contradicción con la norma suprema serán nulas y sin ningún valor legal.

Además este artículo, enfatiza que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las Jueces y Juezas, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverá mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

Según el Art, 426 de la Ley Suprema garantiza a todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la constitución. Incluso el Art. 427, clarifica que las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la constitución en su integridad. En caso de duda se interpretaran en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.⁵⁶

El Art. 436 de la Constitución permite a todo ciudadano elevar quejas ante la Corte Constitucional o pedir que se declaren inconstitucionales las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones, acuerdos u ordenanzas que fueren inconstitucionales por el fondo o por la forma y suspender total o parcialmente sus efectos.

Mantener en vigencia el inciso ultimo del Innumerado 6 de la ley Reformatoria al Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, que relega a los profesionales del derecho al no requerir el auspicio de un abogado para las demandas de alimentos, constituye un discrimen para la clase del derecho, como lo constituyen también para todos los Colegios de Profesionales del País, a todos los miembros del Foro de Abogados del país, que son regidos básicamente por el Código Orgánico de la Función Judicial. En definitiva la

Art, 426 de la Ley Suprema.
Innumerado 6 de la ley Reformatoria al Título V del Código de la Niñez y Adolescencia

reforma antes dilucidada atenta o son contrarias a la libertad de trabajo de los abogados (as) del Ecuador.

LIBELOS DE DEMANDAS ADMITIDAS.

Quien reclama alimentos no está obligado a dirigir su acción contra los distintos parientes de igual grado, por ejemplo, contra todos los abuelos o contra todos los hermanos.

El que fuere demandado podrá exigir que se establezca la participación de otros parientes del mismo grado en el pago de la cuota alimentaria.

La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca (parientes por consanguinidad y por afinidad, respectivamente). No es así entre padres e hijos menores de edad que están bajo su patria potestad.

El derecho a los alimentos es inalienable e irrenunciable. Se prohíbe la cesión del derecho a alimentos futuros. Tampoco podrá el beneficiario constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna.

Las cantidades devengadas de un crédito por alimentos pueden ser objeto de una cesión, pero el derecho a la prestación de alimentos no es susceptible de transferirse, como tampoco el derecho a cuotas futuras.

Requisitos de la obligación alimentaria: la obligación se actualiza con la necesidad del pariente que solicita los alimentos y también en función de las posibilidades económicas del pariente que debe satisfacerla.

La necesidad o falta de medios se traduce en un estado de indigencia o insolvencia que impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios. Se trata de una cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial.

Aunque el pariente que solicita alimentos careciese de medios económicos, si está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá fijar una cuota alimentaria.

No interesa a la ley el motivo determinante que ha conducido al pariente que solicita los alimentos a su estado de indigencia, aun cuando se tratase de su prodigalidad anterior, gastos excesivos u otras circunstancias de mala administración. Sin embargo no puede convalidarse el ejercicio abusivo de este derecho.

Los alimentos pagados por uno de los obligados no son repetibles contra otros parientes, aun cuando éstos hubieran estado obligados también a abonarlos en el mismo grado y condición. La obligación de prestar alimentos no es solidaria.

El condenado a pagar alimentos o el que los abonó voluntariamente, puede exigir de otros parientes obligados en igual grado que contribuyan al pago de la pensión, pero exclusivamente en lo que se refiere a las cuotas futuras.

La prestación comprende no sólo la satisfacción de las necesidades vinculadas a la subsistencia sino también, las más urgentes de índole material (vestido, asistencia, etc.) y las de orden moral y cultural indispensable, de acuerdo con la posición económica y social del alimentario.

La cuota se fijará para atender a los gastos ordinarios (o sea los de carácter permanente) que necesitan el periódico aporte del alimentante. Pero también podrá fijarse cuota especial para atender a gastos extraordinarios (ej.: asistencia médica).

Por elevados que sean los ingresos del alimentante, igualmente la cuota del pariente se limitará al monto que se requiera para cubrir las necesidades que resultan indispensables satisfacer.

La carga de probar los ingresos del alimentante pesa sobre quien reclama alimentos.

Cuando no se trata de porcentajes sobre ingresos fijos, sino de cuota fijada en una suma de dinero, la misma sentencia dispondrá la actualización periódica de dicha suma.

Juicio de alimentos: tras la demanda, se prevé una audiencia en la que el juez procurará que las partes lleguen a un acuerdo, y si esto no ocurre, en ella

podrá el demandado demostrar la falta de título o derecho del actor, para lo cual sólo podrá ofrecer prueba de informes y acompañar documental.

El demandado tiene derecho a contestar las aseveraciones del actor, señalando los hechos en torno a los cuales gira la prueba que ofrece.

La asistencia a la audiencia tiene carácter obligatorio. La inasistencia injustificada del demandado determina la aplicación de una multa y la fijación de una nueva audiencia bajo apercibimiento de establecer la cuota alimentaria de acuerdo con las pretensiones de la parte actora y lo que resulte del expediente.

Alimentos provisionales: Desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez podrá fijar alimentos provisorios que se deberán prestar hasta el dictado de la sentencia. Estos se retrotraerán hasta el momento en que fueron pedidos.

Litisexpensas: Se puede imponer al demandado además de los alimentos provisionales una cuota para que el actor atienda los gastos del juicio de alimentos.

Efectos de la sentencia: la cuota que la sentencia fije deberá abonarse por meses anticipados y además, comienza a correr desde la interposición de la demanda.

El pago de la cuota debe ser en dinero y salvo acuerdo de partes, se depositará en el banco de depósitos judiciales.

Si la sentencia de primera instancia estableció una cuota que el alimentante pagó mientras tramitaba la apelación y luego la sentencia de segunda instancia reduce la cuota, el alimentante no podrá pedir que se le devuelva el exceso que pagó ni habrá compensación con las cuotas futuras a abonar.

Las cuotas mensuales devengarán intereses desde la fecha fijada en la sentencia para el pago de cada una de ellas.

Para el pago de los alimentos devengados durante el juicio de alimentos, el juez fijará una cuota suplementaria para que el deudor la satisfaga.

La inactividad procesal del alimentario crea la presunción, sujeta a prueba en contrario, de su falta de necesidad y puede determinar la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas del período de inactividad.

La caducidad no es aplicable a los beneficiarios menores de edad; tampoco, cuando la aparente inactividad del interesado es provocada por la conducta del alimentante.

Para asegurar el cumplimiento de las prestaciones hay distintas medidas: embargo, inhibición general de bienes, etc.

En determinados casos de particular gravedad en cuanto al incumplimiento por parte del alimentante, es posible disponer la suspensión de juicios promovidos por éste: como el de divorcio, así como la cesación o reducción de la cuota que el alimentante promovió.

El alimentante que no cumple su deber puede ser condenado penalmente con prisión de un (1) mes a dos (2) años o multa.

La prescripción de las pensiones alimentarias es de cinco (5) años para pagar las cuotas atrasadas.

Los salarios, jubilaciones y pensiones solo pueden ser embargados hasta el veinte (20%) por ciento del importe mensual.

Las partes pueden acordar el monto de la cuota o el modo de suministrar los alimentos. Este convenio tiene validez provisional. Si se celebra judicialmente se requiere su homologación.

Toda petición de aumento, disminución, cesación o coparticipación en los alimentos se sustanciará por las normas del proceso en que fueron solicitados. Este trámite no interrumpirá la percepción de las cuotas ya fijadas.

En el incidente de aumento de la cuota alimentaria, la nueva cantidad fijada rige desde la notificación del pedido.

La obligación alimentaria entre parientes cesa por el fallecimiento del alimentante o del alimentado. Por sentencia judicial, cesa: por desaparecer las

condiciones legales que le dieron origen (ejemplo: empobrecimiento del alimentante) y por haber incurrido ascendientes o descendientes en actos por los cuales puedan ser desheredados.

TRAMITE APLICABLE A LOS ALIMENTOS, ATENDIENDO LA REFORMA LEGAL.

Procedimiento.

Desde mi punto de vista jurídico existen tres procedimientos para seguir un juicio de alimentos, por lo que ilustramos los siguientes: en primer término está el juicio de alimentos a base de un trámite especial, basados en los Art. 349 del Código Civil, que trata a que debemos alimentos a los hijos; y, el 724 del Código de Procedimiento Civil, este proceso comienza con demanda, calificación, citación, etapa de prueba (4 días), terminación de la etapa probatoria y auto resolutivo.⁵⁷

En si este procedimiento se da cuando los hijos son reconocidos o en el caso de los alimentos al cónyuge. Segundamente tenemos el Contencioso General que en muchos de los casos se han dado para los juicios de alimentos con paternidad, como también actualmente se dan también para los juicios de alimentos, como para los incidentes de alimentos sea de suba o rebaja de las pensiones de alimentos.

Empieza con demanda, calificación, audiencia única, resolución. Como tercer término señalamos el Tramite Verbal Sumario, que puede darse u originarse de los divorcios de los cónyuges, que han procreado hijos, por lo que empieza con la demanda, calificación, citación, audiencia de conciliación y contestación a la demanda, prueba seis días, y resolución, por lo general estos juicios de alimentos se darán al seguir acciones de incidentes de alimentos, pues existe la normativa legal del Art. 108 del Código Civil que debemos acatar.⁵⁸

Art. 349 del Código Civil.
el 724 del Código de Procedimiento Civil
Art. 108 del Código Civil
(Art. 373 del C.C. y 131 del C. Niñez).

Indudablemente el demandado tendrá el derecho a la defensa, pudiendo alegar solo lo concerniente a sus ingresos económicos en caso de ser bajos, en relación a la pensión que solicite determinada o determinado accionante o bien puede existir otros más obligados que él, que gocen de mejores ingresos con quienes también se deben contar según la ley.

En estos juicios pueden solicitar medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la obligación.

Sin duda existe jurisprudencia que confirma lo dispuesto por la ley, en el sentido de que si en una primera demanda se ha obtenido alimentos necesarios, cabría la presentación de una nueva demanda solicitando los congruos, como consecuencia de lo que se acaba de indicar.

No admitir esto, significaría además permitir una forma indirecta de renuncia del derecho de alimentos, que es irrenunciable.

Los alimentos provisionales, son los que el juez fija mientras dura el juicio, y que si se comprueba que no hay lugar a este derecho, se debe restituir las sumas recibidas salvo el caso de quien ha actuado “de buena fe y con algún fundamento razonable” (Art. 373 del C.C. y 131 del C. Niñez). Si ha habido dolo, no solo se debe restituir lo recibido, sino que también hay lugar a la indemnización de perjuicios, y quedan solidariamente obligados a ello, cuantos hayan intervenido en el dolo.

Existe jurisprudencia que ha precisado que no cabe extradición por una deuda alimenticia, ya que la extradición es aceptada por el derecho internacional únicamente en los delitos o crímenes, según G.J.IX, 10, p130.

A más de lo citado clarificamos algunos cánones legales en que se han basado determinados juicios de alimento, acatando el trámite especial. Así anotamos el Art. 724 que trata del término para la acreditación del derecho del actor en demanda de alimentos y fijación de pensión provisional.

Propuesta la demanda de alimentos, el juez concede el término de cuatro días para que acrediten el derecho del demandante y la cuantía de los bienes del demandado.

Enseguida el juez señalará la pensión provisional; así lo solicitaré alguna de las partes sustanciará el juicio ordinario, para la fijación de la atención definitiva comenzando por el correr traslado al demandado.

Concluido el término de cuatro días que se prescribe en el inciso primero, no se remitirá al demandado solicitud alguna ni aún la confesión, mientras no resuelva sobre la pensión provisional.

La mujer separada del marido probará además al proceder contra éste que esté abandonada de él o separada con justa causa.

Incluso hago hincapié el art 725 del Código Civil, que se refiere al pago de pensión alimenticia provisional.⁵⁹

Aun cuando sea contradicción de parte del demandado, se ejecutará el decreto en que se mande a pagar la pensión alimenticia provisional, y no se remitirá el recurso de apelación sino en efecto evolutivo.

Es menester anotar el art.- 727 del mismo cuerpo de leyes, que trata de las medidas para asegurar el pago, en caso de que el alimentante no tuviere bienes raíces que aseguren el pago de la pensión alimenticia, el juez dispondrá en cualquier estado de la causa que dicho limitante consigna cantidad de dinero cuyos métodos puedan asegurar el pago, según lo dispuesto en art. 361 del Código Civil o cualesquiera otras medidas que aseguren el pago de la pensión, y de lo resuelto a éste respecto, no se concederá apelación sino en efecto de devolutivo.

El juez según los casos, cuando el alimentar que los pidiera podrá designar una persona que administre la pensión alimenticia, reglamentando la forma de esta administración.

En definitiva el canon 730 del Código Civil, se refiere a los efectos de las resoluciones sobre alimentos, dilucidando que las resoluciones que se pronuncien sobre alimentos no causan ejecutoria.⁶⁰

Art. 725 del Código Civil,
Canon 730 del Código Civil.

Es menester anotar que en la legislación ecuatoriana existen dos trámites para demandar alimentos: uno es el previsto en el Código Civil, y en el Código de Procedimiento Civil, que queda expedito para cualquier clase de personas que tenga o crea tener este derecho; en cambio el Código de la Niñez y Adolescencia se establece otro trámite como lo es el Contencioso General, que solamente puede beneficiar a los menores de edad y a los mayores de edad hasta los veinte y dos años si cursan estudios superiores.

En estos juicios pueden solicitar medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la obligación.

EL ÁMBITO Y RELACIÓN CON OTROS CUERPOS LEGALES.

El presente Título regula el derecho de alimentos de los niños, minas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicaran las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.

ART. Innumerado 34.- **LA DEMANDA.**- la demanda se presentara por escrito, en el domicilio del titular del derecho en el formulario que para el efecto elabore el Consejo de la Judicatura, el cual estará disponible en su página WEB. El formulario debe cumplir con los requisitos establecidos en el código de Procedimiento Civil y esta ley y además contendrá una casilla en la que el /la reclamante individualice los datos de las personas que son obligados subsidiarios de la prestación de alimentos según lo determina el Art. 5 Innumerado de esta ley; para notificaciones se señalara casillero judicial y/o la dirección de correo electrónico para las notificaciones que corresponda al actor.⁶¹

En el formulario que contiene la demanda, se hará el anuncio de pruebas que justifiquen la relación de parentesco del reclamante así como la condición económica del alimentante y en caso de contar con ellas se las adjuntará. De

requerir orden judicial para la obtención de pruebas, deberá solicitárselas en el mismo escrito de demanda.

El /la demandada podrá realizar el anuncio de pruebas hasta cuarenta y ocho horas antes de la fecha fijada para la audiencia de única.

Según el Art. Innumerado 35 de la reforma a la ley. La calificación de la demanda y la citación, en la que deduce que el Juez o Jueza calificara la demanda dentro de los dos días posteriores a su recepción; fijara la pensión provisional de alimentos en base de la tabla de pensiones; dispondrá la citación bajo prevenciones que de no comparecer el demandado se procederá en rebeldía; y, convocara a las partes a una audiencia, la misma que será fijada dentro del término de diez días contados desde la fecha de citación.

La citación se la hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, a través de notario público o por boleta única de citación que será entregada al demandado con el apoyo de un miembro de la fuerza pública, quien sentara la respectiva razón.

En los casos en los que se desconozca el domicilio del demandado/a, y quien represente al derechohabiente carezca de los recursos para hacerlo, el consejo de la Judicatura realizara una sola publicación mensual en el periódico de mayor circulación nacional, pudiendo solicitar la devolución de lo pagado, cuando el citado/a comparezca.

ART. Innumerado 37.- **AUDIENCIA UNICA.** En la audiencia , que empezara por la contestación a la demanda, el juez/a procurara la conciliación y de obtenerla fijara la pensión de común acuerdo, mediante el respectivo auto resolutorio, el cual podrá ser revisado una vez transcurrido los seis meses que establece la ley; de no lograrse el acuerdo continuara la audiencia, la cual sea conducida personalmente por el juez, quien informará a las partes sobre las normas que rigen la fijación de las pensiones alimenticias y su cumplimiento; informara al demandado la obligación que tiene de proveer los alimentos para cubrir su necesidades señaladas en el artículo Innumerado 2 de esta ley; sobre las consecuencias en caso de hacerlo; sobre la obligación que tiene que

señalar casillero judicial o dirección electrónico para futuras notificaciones; y acerca de sus obligaciones que incluyen la provisión de cuidado y afecto.

Estas indicaciones en ningún caso constituye prevaricato por parte del juez/a. con la evaluación de las pruebas y en la misma audiencia, el juez/a fijara la pensión definitiva.

Si el obligado /a negare la relación de filiación, el juez/a fijara la pensión provisional de alimentos según la tabla de pensiones alimenticias mínimas, la cual será exigible a partir de esta notificación.

En la misma providencia ordenara la realización de las pruebas de ADN y suspenderá la audiencia por un término de veinte días, transcurridos los cuales y con los resultado de la pruebas practicadas, resolverá sobre el pedido de fijación de pensión alimenticia y sobre la relación de filiación.

Si las partes no comparecieren a la audiencia única convocada para el juez/a, la resolución provisional se convertirá en definitiva.

ART. Innumerado 38.- **DIFERIMIENTO DE LA AUDIENCIA.** La audiencia podrá diferirse por una sola vez por el término de tres días y siempre que en el escrito de petición correspondiente, conste el mutuo acuerdo de las partes.

ART. Innumerado 39.- **RESOLUCION.** En la audiencia única el juez/a dictar el auto resolutorio que fijará la pensión alimenticia definitiva, el pago de costas judiciales, honorarios del abogado/a y todos los gastos en los que el actor o actora incurriere por falta de cumplimiento de la obligación por parte del demandado.

Dentro del término de tres días a partir de la notificación del auto resolutorio, las partes podrán solicitar ampliación o aclaración la cual no podrá modificar el monto fijado.

ART.- Innumerado 40.- **RECURSO DE APELACIÓN.** La parte que no esté conforme con el auto resolutorio, podrá apelarlo ante la Corte Provincial de Justicia, dentro del término de tres días de notificado.

El escrito de apelación deberá precisar los puntos a los que se contrae el recurso y sin este requisito la instancia superior le tendrá por no interpuesto. En todo caso la apelación se concederá solamente en el efecto devolutivo. El juez inferior remitirá el expediente al superior dentro del término de cinco días siguientes a la concesión del recurso.

EL OPERADOR DE JUSTICIA, EN MATERIA DE ALIMENTOS.

Aquí realizaremos un breve análisis en lo referente al operador de justicia con lo concerniente a materia de alimentos, deberá basarse en los principios constitucionales estipulados en nuestra legislación, favoreciendo y precautelando los derechos de los más débiles en este caso, el de los titulares de este derecho

LAS RESOLUCIONES Y SUS EFECTOS.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española fundar, en su acepción quinta, significa "Apoyar con motivo y razones eficaces o con discursos una cosa".

Couture al definir "Fundamentos de la sentencia" dice: "Conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial"

El que los fallos deban ser fundados no es solo una exigencia legal (art. 170 N^{os} 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil y N^{os} 5 a 10 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias)⁶² sino, además, como muy bien lo ha observado don Juan GUZMÁN Tapia "...es un imperativo constitucional.

Hay constituciones de varios estados, cual es el caso de la española y la peruana, que consagran expresamente la obligación de los jueces de fundamentar o motivar sus sentencias.

(art. 170 N^{os} 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil y N^{os} 5 a 10 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias).

19 N^o 3^o, inciso 5^o (garantías de un racional y justo procedimiento) y 73 de la Constitución (prohibición de revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones)

La Constitución española en su artículo 120 N° 3° establece: 'Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública'. La Constitución Política del Perú, de 1993, por su parte, dispone en su artículo 139: 'Son principios y derechos de la función jurisdiccional:... N° 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenten'.

El ex magistrado sostiene que en el caso de nuestro país de los artículos 19 N° 3°, inciso 5° (garantías de un racional y justo procedimiento) y 73 de la Constitución (prohibición de revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones) se deduce la clara voluntad del constituyente en cuanto a elevar a nivel constitucional la obligación de los jueces de fundamentar sus fallos. Por su parte, la normativa legal contenida en los artículos 170 y 768 N° 5° del Código de Procedimiento Civil; 500 y 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal, a la cual obviamente hace referencia nuestra Carta Fundamental, resulta explícita en cuanto a la inoperatividad de la fundamentación o motivación de los fallos.⁶³

También para don Hugo Pereira Anabalón y don José Luis Cea es un imperativo constitucional del ejercicio de la jurisdicción el que las resoluciones sean fundadas. Para el último ello es una de las manifestaciones del debido proceso y agrega "...la fundamentación de las sentencias en la legalidad positiva vigente o, subsidiariamente, en el espíritu general de la legislación o en la equidad natural (...) figura consagrada sobre todo en el Art. 73 inciso 2° de la Carta, el Art. 24 del Código Civil, el Art. 10 inciso 2° del COT y los Arts. 160, 170 y 785 del CPC, reglamentados en el Auto Acordado dictado por la Corte Suprema el 30 de Septiembre de 1920"

En la misma línea de argumentación Hugo Pereira sostiene: "La declaración del derecho la hacen los jueces en la sentencia, acto integrante del procedimiento racional requerido por el Constituyente, racionalidad que impone cierta

Código de Procedimiento Civil; 500 y 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal,

exigencia que el pueblo `siente' como un bien o un valor: la fundamentación o motivación de la misma".

Citando al catedrático español don Manuel Ortells Ramos dice que este sintetiza de la siguiente manera la necesidad de fundamentar las sentencias: "1º La motivación exige referirse a la ley de la cual se hace aplicación, impidiendo que la decisión se funde en el arbitrio judicial, originador de la inseguridad jurídica de los ciudadanos; 2º La motivación favorece una mayor perfección en el proceso interno de elaboración de la sentencia; 3º Ella cumple una función persuasiva o didáctica; 4º La motivación facilita la labor de los órganos jurisdiccionales que conocen de las impugnaciones de la sentencia".

En el marco de los principios fundamentales del procedimiento es indispensable que los jueces expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso; así "se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican".

Como se puede ver todos los autores insisten en la idea de que lo que se trata de evitar esencialmente con la fundamentación -o motivación como también se habla- de las sentencias es la arbitrariedad que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, ⁶⁴significa "Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho". ⁶⁵

SANA CRÍTICA COMO FUNDAMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS

El deber de fundamentación rige para las sentencias en general, sean o no dictadas en asuntos en que se faculta al juez a apreciar la prueba en conciencia. Así acertadamente lo ha entendido la jurisprudencia. Un fallo de la Corte Suprema ha dicho "La apreciación de la prueba en conciencia no autoriza

Diccionario de la Real Academia Española,

a hacer simples estimaciones, por cuanto la conciencia debe formarse de conformidad con las normas que establecen la lógica y las leyes para dar conocimiento exacto y reflexivo de las cosas, y la sentencia debe explicar las normas a que se sujeta para dar la razón de su final veredicto".

Otros fallos apuntan en la misma dirección de la necesidad de fundamentar: "El fallo en conciencia no significa autorizar la arbitrariedad (del árbitro arbitrador), ni permitir las afirmaciones sin fundamentos, para resolver la contienda"; "Que esta apreciación (en conciencia) no importa la facultad o autorización para que los jueces se limiten a hacer una enumeración de los elementos de juicio que sirvan de base para arribar a una determinada conclusión ni tampoco para hacer una arbitraria estimación.

Que, en efecto, resolver en conciencia un negocio es decidir con conocimiento exacto y reflexivo, o sea con conocimiento fiel y cabal de la cuestión propuesta..."; "Que la facultad otorgada a los tribunales para apreciar la prueba en conciencia, no los exonera del estudio detenido y acucioso de la prueba rendida y solo una vez hecho esto puede recurrir a su conciencia para dictar decisión".

La doctrina participa del criterio jurisprudencial anterior. Don Juan COLOMBO sostiene que el juez que no expresa lo que su conciencia le indica en la sentencia, excede al sistema de valoración en conciencia para traspasarse al sistema de la libre convicción que obviamente no es el que señala nuestra ley. Representa peligros que el legislador tuvo claros cuando se salió de la prueba tasada para darle mayor flexibilidad al juez "pero esta flexibilidad tiene que tener un límite y él consiste en la obligación que el juez tiene de convencer de alguna manera de la justicia de su decisión de los demás".

Como bien dice Alcalá-Zamora y Castillo⁶⁶ la sana crítica "debe exteriorizar un juicio razonado que indique por qué motivos se acepta o rechaza, en todo o en parte, una opinión expuesta, mas sin que oscile de la sumisión ciega a la desconfianza infundada".

⁶⁶Alcalá-Zamora y Castillo

En palabras de otro autor la verdad jurídica pende en este sistema, no de la impresión, sino de la conciencia del juez, que no puede juzgar simplemente, según su criterio individual, sino según las reglas de la verdad histórica, que debe fundamentar. El convencimiento del juez debe responder a su conciencia, pero, no a una conciencia que juzga por impresión, sino que juzga a razón vista y por motivos lógicos.

En el régimen de la sana crítica o persuasión racional "el juez debe dar los motivos por los que adquiere su convicción, lo que es una importante garantía para asegurar que resolverá la litis, allegata et probata, pues, al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, necesariamente tiene que apreciar en mejor forma los datos probatorios".

"No le es permitido (al juez) obrar prima facie, sin formarse una entera convicción, sino que, por el contrario, debe llegar a un pleno conocimiento del factaprobandi a través de un estudio razonado de la prueba, pues la sentencia no puede apoyarse en un juicio dubitable, sino en hechos realmente demostrados en el juicio".

En el mismo sentido opina Juan Montero Aroca para quien las reglas de la sana crítica son máximas de las experiencias judiciales,⁶⁷ en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que este debe aplicar a la hora de determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes-medios de prueba.

Y en la parte que ahora nos importa señala: "Esas máximas no pueden estar codificadas, pero sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados".

Pero también el propio legislador, si todavía alguna duda cabe, ha exigido que las sentencias, en que se ha apreciado la prueba en conciencia, sean motivadas. Claros son al respecto el tenor del inciso 2º del art. 14 de la Ley 18.287 que establece procedimiento ante los juzgados de policía local y el art.

Juan Montero Aroca

456 del Código del Trabajo, ambas disposiciones de igual redacción: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime...⁶⁸".

Igualmente la legislación más reciente como lo son el artículo 32 de la Ley N° 19.968 sobre nuevos tribunales de familia y el artículo 297 del nuevo Código Procesal Penal (disposiciones de similar redacción) exigen claramente que las sentencias dictadas en estos juicios en que se ha autorizado para fallar de acuerdo a la sana crítica se fundamenten detalladamente: La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".⁶⁹

En armonía con el art. 297 del C.P.P. el art. 342, denominado "Contenido de la sentencia", expresa que: "la sentencia definitiva contendrá: c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, en su contenido define de la siguiente manera; que es aquella sentencia que dicta un Juez de la Niñez y Adolescencia, administrando justicia, en base a las pruebas aportadas dentro de un juicio de alimentos, y resolviendo acorde a ellas.

Considero que la resolución que dicta un Juez de la Niñez y Adolescencia, a favor de un menor, no son resoluciones fijas y definitivas, estas resoluciones se dictamen base a las pruebas aportadas, las mismas que deben ser

Artículo 32 de la Ley N° 19.968 sobre nuevos tribunales de familia y el artículo 297 del nuevo Código Procesal Penal
Art. 297 del C.P.P. el art. 342

justificada y valoradas dentro de la Audiencia de Prueba, demostrando la capacidad real y verdadera de la actual situación económica del demandado, pero siempre guardando el principio in-dubio pro-infante, velando el interés superior del menor.

ESTUDIO DE LOS JUICIOS INCIDENTALES DE ALIMENTOS Y SU PRÁCTICA PROCESAL.

Aspectos generales

La regla de la inmutabilidad del proceso exige que la parte, la causa y el objeto de la instancia permanezcan sin variación hasta el final de la misma.

La habilidad de los elementos de la instancia es necesaria, ya que de esta forma se evitan las sorpresas y las maniobras; en cierto sentido la inmutabilidad del proceso constituye una garantía de buena justicia.

Sin embargo, la referida regla no es un dogma, de manera que bajo ciertas condiciones se permite a las partes agregar en el curso de la instancia ciertas pretensiones a las originales y que integren a personas que en el origen de la instancia eran extrañas a la misma.

A diferencia de lo que ocurre con los incidentes de la instancia las demandas incidentales no se refieren a la marcha del proceso, sino que tienen que ver con asuntos de fondo del proceso.

Como se ha indicado precedentemente de lo que se trata es de agregar pretensiones diferentes a las originales o de integrar personas que en el origen de la instancia eran terceros.

CLASIFICACIÓN DE LAS DEMANDAS INCIDENTALES

Las demandas incidentales son: adicionales, reconconvencionales, en intervención, provisionales.

Demandas Adicionales

Son las formadas por el demandante contra el demandado, siempre que la misma tenga estrecha relación con la demanda principal.

El demandante ya ha expuesto en su demanda principal el objeto y los medios que sirven de fundamento a su pretensión, con la demanda adicional lo que hace es agregar o aumentar sus pretensiones anteriores.

Demandas Reconvencionales

Son las emanadas del demandado contra el demandante. Todo demandado pretende que el juez rechace las pretensiones del demandante, pero el demandado puede tratar de obtener algo más que el simple rechazamiento, por Ej.: una condenación contra el demandante. No se deben confundir con los medios de defensa.

Demandas en Intervención

Son aquellas que permiten a un tercero tomar parte en un proceso, ya sea que lo haga de manera voluntaria o porque una de las dos partes lo llama a la instancia.

La intervención es voluntaria cuando el tercero por iniciativa propia entra a ser parte del proceso pendiente entre otras persona. Se podría decir que es un medio preventivo para evitar el peligro de una sentencia desfavorable a sus intereses, entrando al proceso y defendiendo sus pretensiones. La demanda en intervención es principal pero no introductiva de instancia y con ella se produce una ampliación o extensión de un proceso ya pendiente.

Demandas Provisionales.

Son las que una cualquiera de las partes somete al tribunal en solicitud de una medida provisional o conservatoria para mientras dure el proceso.

La intervención de los terceros es posible antes las jurisdicciones del primer grado en todos los casos en que el tercero tenga un interés jurídico.

En grado de apelación el artículo 466 del C.P.C.⁷⁰ da derecho de intervenir al que pueda intentar un recurso de tercería contra la sentencia que termina el proceso.

La intervención es forzosa cuando una de las partes incoa una acción contra un tercero a fin de obligarle a tomar parte en el proceso. Se admite que puede ser intentada, no contra todo el que pudiera intervenir voluntariamente, sino tan sólo contra quien tuviera derecho de atacar la sentencia que estatuya sobre el proceso mediante un recurso de tercería.

Las demandas adicionales y las reconventionales son incoadas por acto de abogado, de los medios y conclusiones. Art. 337 C.P.C.; ⁷¹Las demandas provisionales pueden incoarse en el mismo acto de emplazamiento o por acto de abogado a abogado. La intervención voluntaria se forma mediante escrito que contenga los fundamentos y las conclusiones, del cual se dará copia a los abogados de las partes en causa, así de los documentos justificativos. Art. 339, es recibida en todo estado de causa a condición que no retarde el fallo sobre el asunto principal Art. 340. La forzosa se intenta por citación notificada al tercero.

Con las primeras de las demandas (reconventionales y adicionales) se modifican los elementos objetivos de la instancia y con las segunda de las demandas (intervención voluntaria y forzosa) se modifican los elementos subjetivos de la instancia.

Las demandas incidentales

Los Incidentes. Un incidente es un acontecimiento, un pedimento de las partes que interrumpe o retrasa la marcha normal del procedimiento. Otros incidentes modifican la pretensión de las partes, es decir, la pretensión puesta en la demanda introductiva de instancia. Viéndolas *strictu sensu* las demandas adicionales son incidentes también.

Los incidentes se encuentran regulados en diversos preceptos del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC). En el Título IX del Libro I del CPC, denominado "De los Incidentes", se reglamentan los denominados Incidentes

artículo 466 del C.P.C
Art. 337 C.P.C.;

Ordinarios y, en los Títulos X a XVI del citado código, se regulan los incidentes especiales siguientes: acumulación de autos, cuestiones de competencia, implicancias y recusaciones, privilegio de Pobreza, las costas, el desistimiento de la demanda y el abandono del procedimiento.

Podemos definir los incidentes como *toda cuestión, distinta de la principal, que se suscite durante la sustanciación de un juicio, y haga necesaria una resolución previa o especial del tribunal.*

El Artículo 82 del CPC ⁷²establece que: "Toda cuestión accesoria de un juicio que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes, se tramitará como incidente, y se sujetará a las reglas de este título, si no tiene señalada por la ley una tramitación especial"

De la citada norma, se desprende que el elemento de la esencia para encontrarnos en presencia de un incidente es su accesoriedad respecto de un asunto principal.

Al respecto se ha señalado: "La calidad de un incidente se determina más que por la tramitación, por la esencial condición de su definición, o sea, de cuestión de un juicio o procedimiento que requiere pronunciamiento especial". En un fallo más reciente y en esta misma línea, la Corte de Apelación de Santiago, al conocer de un incidente de abandono del procedimiento ha señalado que "... el abandono del procedimiento es un incidente en los términos descritos en el Art. 82 del código en mención, puesto que constituye una cuestión accesoria que requiere pronunciamiento especial con audiencia de las partes y, de tal suerte, requiere la existencia de un juicio principal...".

La audiencia de las partes, a pesar de un elemento contemplado en el artículo 82 del CPC, no constituye un elemento de la esencia para que nos encontremos en presencia de un incidente, puesto que éste puede no concurrir de acuerdo a lo que el mismo legislador ha señalado.

Al efecto, la segunda parte del artículo 89 del CPC, dispone que: "El tribunal podrá resolver de plano aquellas peticiones cuyo fallo se pueda fundar en

Artículo 82 del CPC

hechos que consten del proceso, o sean de pública notoriedad, lo que el tribunal consignará en su resolución".

De manera que, si el legislador faculta al juez para resolver de plano y sin necesidad de conferir audiencia a la otra parte del proceso, para la resolución de una petición incidental en los casos en que señala la norma, es porque puede omitirse de la audiencia de las partes cuando así se disponga por la ley.

CLASIFICACIÓN DE LOS INCIDENTES.

I.- Atendiendo a su relación con la cuestión principal:

A) Incidentes conexos: tienen relación con el asunto principal del juicio.

B) Incidentes inconexos: no tienen relación con la cuestión principal.

Esta clasificación es importante para efectos de lo dispuesto en el inciso 1º del Art. 84 CPC.

II.- Desde el punto de vista de su ocurrencia:

- A) Incidentes que nacen de hechos anteriores al juicio o coexistentes con su principio o iniciación (deben ser alegados antes de realizar cualquiera gestión en el juicio).
- B) Incidentes que nacen de hechos que acontecen durante el curso del juicio (deben ser alegados tan pronto como llegan a conocimiento de la parte afectada).
- C) Incidentes que nacen de hechos producidos después de dictada sentencia definitiva.

III.- Según el procedimiento que se les aplica:

Incidentes ordinarios: se tramitan conforme a las reglas generales de los incidentes (Título IX del Libro I del CPC⁷³).

- A) Incidentes especiales: tienen señalada una tramitación específica en la ley.

Título IX del Libro I del CPC

IV.- En cuanto a los efectos que produce su interposición:

- a) De previo y especial pronunciamiento: son aquellos que mientras no son resueltos paralizan la causa principal y se tramitan en el cuaderno principal.
- b) Los que no son de previo y especial pronunciamiento: no suspenden la causa principal y se tramitan en cuaderno separado.

Los incidentes de previo y especial pronunciamiento siempre deben ser resueltos durante el curso del juicio y antes de la dictación de la sentencia definitiva.

A diferencia de los que no son de previo y especial pronunciamiento, los que deberán resolverse tan pronto como ellos queden en estado de fallo durante la tramitación de la causa, con independencia de la resolución de la cuestión principal que necesariamente habrá de producirse siempre al final del procedimiento mediante la dictación de la sentencia definitiva. No obstante lo anterior, existen casos en que los incidentes deben ser resueltos en la sentencia definitiva, y son:

Incidentes que por mandato de la ley deben ser resueltos en la sentencia definitiva: como la condena en costas respecto del asunto principal (Artículo 144 del CPC⁷⁴) y las tachas de los testigos (Artículo 379 inciso 2° del CPC).

Procedimientos en que por su carácter concentrado los incidentes deben ser resueltos conjuntamente con el asunto principal al dictarse la sentencia definitiva. Así, el legislador respecto de algunos procedimientos establece que los incidentes, no obstante tenerse que plantear durante el curso del procedimiento, ellos no son resueltos a lo largo del mismo, sino⁷⁵ que al momento de dictar sentencia definitiva como ocurre en el caso del juicio sumario (Artículo 690 del CPC) y en el juicio de mínima cuantía (Artículo 723 del CPC).

En cuanto a su finalidad:

Artículo 144 del CPC

Artículo 690 del CPC) y en el juicio de mínima cuantía (Artículo 723 del CPC)

a) Incidente dilatorio: tienen por objeto corregir vicios del procedimiento.

b) Incidente no dilatorio: no tienen ese carácter.

VI.- Según como se resuelven:

- a) De plano: el tribunal puede fallarlos sin audiencia de partes.
- b) Sujetos a tramitación: deben acogerse a la tramitación ordinaria o especial que establece la ley.

La resolución que se pronuncia acerca de un incidente tendrá el carácter de una sentencia interlocutoria de primera clase o de un auto, según si establece o no derechos permanentes entre las partes.

REGULACIÓN DE LOS INCIDENTES ORDINARIOS.

La tramitación de los incidentes ordinarios se encuentra reglamentada en los artículos 82 y siguientes del Libro I del CPC. Dichas normas revisten gran importancia, puesto que:

- a. Se aplican por remisión en el procedimiento penal de acuerdo al artículo 43 del Código de Procedimiento Penal.
- b. Se aplican supletoriamente en los incidentes especiales en materias no regulados en ellos por el legislador, y
- c. Las normas que regulan la prueba en los incidentes se aplican en el juicio sumario de acuerdo a lo previsto en el artículo 686 del CPC.⁷⁶

Para determinar las normas que deben aplicarse para regular la tramitación a que debe someterse un incidente dentro de un juicio es menester distinguir:

- a. Si el incidente promovido es uno de aquellos que la ley ha regulado especialmente, se aplican estas normas y supletoriamente, en las materias no reguladas por ellas, las disposiciones relativas a los incidentes ordinarios, y

artículo 686 del CPC

b. Si no nos encontramos ante un incidente especial, se aplicarán las normas relativas a los incidentes ordinarios.

Los incidentes se pueden promover durante la tramitación de un juicio de las siguientes maneras:

-En forma directa, a través de la presentación de una solicitud o demanda incidental, la que es proveído por el tribunal si cumple con los requisitos legales mediante la dictación del decreto: "Traslado".

-En forma directa, mediante la solicitud de una actuación judicial que debe ser decretada con audiencia, la cual debe ser resuelta previa tramitación de ella de acuerdo a las reglas de los incidentes.

-En forma directa, en todos los casos en que el legislador expresamente establece que determinadas solicitudes de las partes deben ser tramitadas conforme a las normas de los incidentes.

-Mediante la oposición que se efectúa por una parte, a la solicitud de una actuación judicial formulada por la otra parte y que ha sido decretada con citación. En este caso la oposición genera un incidente que debe ser resuelto para los efectos de poderse llevar a cabo la actuación judicial.

Respecto de la etapa procesal del procedimiento en que puede hacerse valer un incidente debemos distinguir:

1.- En primera instancia los incidentes pueden promoverse desde la notificación de la demanda y hasta que se notifique a las partes la resolución que cita para oír sentencia. Al efecto, el artículo 433 C.C⁷⁷ en su inciso 1° establece que: "citadas las partes para oír sentencia no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género".

2.- En segunda instancia, los incidentes pueden promoverse hasta la vista de la causa. Excepcionalmente el incidente de nulidad de todo lo obrado puede hacerse valer dentro del procedimiento con posterioridad a la citación para oír

Artículo 433 C.C
Artículo 234 del Código de Procedimiento Civil

sentencia, al efecto el inciso 2° del artículo 433 establece que la no admisión de escritos luego de citadas las partes para oír sentencia se entiende sin perjuicio de lo establecido en los artículo 83 y 84.

3.- Excepcionalísimamente, existe un incidente de nulidad de todo lo obrado que puede incluso hacerse valer durante todo el curso del procedimiento e incluso en el procedimiento incidental de cumplimiento de la sentencia, como es el de nulidad de todo lo obrado por falta de emplazamiento válido, contemplado en el artículo 80, de acuerdo a lo prescrito en el inciso final del artículo 234 del Código de Procedimiento Civil.

OPORTUNIDAD PROCESAL PARA PROMOVER LOS INCIDENTES.

a. Si el incidente nace de un hecho anterior al juicio o coexistente con su principio, como defecto legal en la forma de promover la demanda, deberá promoverlo la parte antes de hacer cualquier gestión principal en el pleito (Artículo 84 inciso 2° del CPC).⁷⁸

b. Si el incidente es originado en un hecho que acontezca durante el juicio, deberá promoverlo tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva (Artículo 85 del CPC).

c. Si concurren simultáneamente diversas causas para promover incidentes, deberán promoverse todos los incidentes a la vez (Artículo 86 del CPC).

d. El incidente de nulidad procesal deberá promoverse dentro de cinco días contados desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar de la nulidad tuvo conocimiento del vicio, a menos que se trate de la incompetencia absoluta del tribunal (Artículo 83 inciso 2° del CPC).

e. El rebelde podrá promover el incidente de nulidad de todo lo obrado en rebeldía suya por fuerza mayor, dentro de los tres días contados desde que cesó el impedimento y pudo hacerse valer ante el tribunal que conoce del negocio (Artículo 79 del CPC).

Artículo 84 inciso 2° del CPC.
Art.85,86,

f. El litigante rebelde a quien no se le han notificado las providencias libradas en juicio por falta de notificación o por notificación defectuosa, podrá promover la nulidad de todo lo obrado dentro de cinco días contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio (Artículo 80 del CPC).

La buena fe se expresa, en materia de incidentes, en que las partes deben actuar respetando la honorabilidad y lealtad que supone la labor judicial, no permitiendo que el procedimiento sea utilizado por la o las partes para lograr objetivos ilícitos.

Tratándose de los incidentes, el legislador vela porque se promuevan sólo cuando sean estrictamente necesarios para la resolución de la cuestión principal, adoptando las medidas pertinentes destinadas a impedir que ellos se utilicen con fines diversos para los cuales están contemplados y con propósitos meramente dilatorios por una de las partes en el proceso. El resguardo de la buena fe en los incidentes se expresa en las siguientes materias:

a. Se establece expresamente una oportunidad y forma específica para hacer valer los diversos incidentes. Ver artículo 83 y artículos 84 inciso 3°, 85 inciso 2° y 86 del Código de Procedimiento Civil.⁷⁹

b. Se establece con carácter obligatorio la condena en costas respecto de la parte que hubiera promovido y perdido un incidente dilatorio. En efecto, el artículo 147 del CPC, establece la siguiente norma respecto de los incidentes dilatorios, señalando: "Cuando la parte que promueve un incidente dilatorio no obtenga resolución favorable, será precisamente condenada en costas".

c. Se establece la consignación previa obligatoria para los efectos de promover nuevos incidentes respecto de la parte que hubiere promovido y perdido dos o más incidentes con anterioridad, los cuales nunca revestirán el carácter de previo y especial pronunciamiento debiendo tramitarse siempre en cuaderno separado.

Artículo 83 y artículos 84 inciso 3°, 85 inciso 2° y 86 del Código de Procedimiento Civil. Art. 337 al 341 del Código de Procedimiento Civil Dominicano.

2.-LAS DEMANDAS INCIDENTALES.

Estas están fundamentadas en los Art. 337 al 341 del Código de Procedimiento Civil Dominicano. La regla de la inmutabilidad del proceso exige que la parte, la causa y el objeto de la instancia permanezcan sin variación hasta el final de la misma. La tabilidad de los elementos de la instancia es necesaria, ya que de esta forma se evitan las sorpresas y las maniobras; en cierto sentido la inmutabilidad del proceso constituye una garantía de buena justicia.

Sin embargo, la referida regla no es un dogma, de manera que bajo ciertas condiciones se permite a las partes agregar en el curso de la instancia ciertas pretensiones a las originales y que integren a personas que en el origen de la instancia eran extrañas a la misma.

A diferencia de lo que ocurre con los incidentes de la instancia las demandas incidentales no se refieren a la marcha del proceso, sino que tienen que ver con asuntos de fondo del proceso.

Como se ha indicado precedentemente de lo que se trata es de agregar pretensiones diferentes a las originales o de integrar personas que en el origen de la instancia eran terceros.

CLASIFICACIÓN DE LAS DEMANDAS INCIDENTALES.

- **Demanda Adicional.**
- **Demanda Reconvencional.**
- **Demanda Provisional.**
- **Demandas en Intervención**

DEMANDAS ADICIONALES.

BASE LEGAL

El artículo 464, C.PC. Que forma parte del título relativo al recurso de apelación trata sobre la interdicción de demandas nuevas a nivel de segundo grado e indicas las excepciones admitidas. Dichas excepciones son las reclamaciones

de intereses, réditos, alquileres y otros accesorios, vencidos desde la sentencia de primera instancia.⁸⁰

Como se observa el legislador deja abierta la posibilidad de que se puedan agregar hasta en segundo grado pretensiones nuevas pero que tengan relación con las originales.

Aunque en el indicado texto la intención del legislador no fue regular las demandas adicionales es evidente que de manera accidental las menciona, y en consecuencia el mismo le sirve de base legal.

No hay ninguna otra mención en nuestro Código de Procedimiento Civil en relación a la referida demanda adicional, por lo que es correcto afirmar que en la actualidad, al igual que los franceses antes del Nuevo Código de Procedimiento Civil, carecemos de una reglamentación en la materia tratada. Actualmente los artículos 65 y 70 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés se refieren a las demandas adicionales.⁸¹

Definición y condiciones de admisibilidad de la demanda adicional

De acuerdo con el artículo 65 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés la demanda adicional es una pretensión nueva emanada del demandante, mediante la cual el modifica sus pretensiones originales, sea restringiéndolas o aumentándolas.

Según el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil Dominicano las pretensiones perseguidas con las demandas adicionales deben ser accesorias a las pretensiones originales; la misma condición es exigida por el legislador francés, según lo dispone el artículo 70 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés. El legislador dominicano en el citado artículo 64 indica algunas de las pretensiones que tienen relación o son accesorias a las originales y que en consecuencia pueden ser objeto de una demanda adicional.

El texto no hace una enumeración limitativa, ya luego de mencionar algunas pretensiones termina indicando, "otros accesorios".

artículo 464, C.PC

Artículos 65 y 70 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés

De manera que podemos afirmar que en todos los casos en que el tribunal entienda que hay accesoriadad o relación entre la pretensión original y la que constituye el objeto de la demanda adicional, debe acogerla o admitirla.

Efectos de las demandas adicionales.

La demanda incidental puede aumentar o disminuir el objeto de la demanda y el Juez apoderado está en la obligación de fallar la nueva demanda so pena de denegación de justicia.

DEMANDAS RECONVENCIONALES.

BASE LEGAL.

Cuando nos referimos a la base legal de la demanda adicional indicábamos, que solo el artículo 464.C.P.C la mencionaba de manera indirecta, lo mismo ocurre con la demanda reconvenicional.⁸²

El referido texto establece que es posible una demanda nueva a nivel del segundo grado cuando esta se produzca como medio de defensa en la acción principal; evidentemente que aunque el legislador dominicano no utiliza el término demanda reconvenicional, es a ella a la cual se refiere, conforme la definición de la misma que daremos más adelante.

Por la misma razón explicada a propósito de la base legal de la demanda adicional, y a las cuales remitimos, entendemos que no existe una reglamentación de la demanda reconvenicional. En la actualidad esta demanda está reglamentada en Francia por los artículos 63, 64 y 70 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

Definición y condiciones de risibilidad.

El artículo 64 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés define las demandas reconvenicionales como aquellas mediante las cuales el

Artículo 464.C.P.C

Artículos 63, 64 y 70 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés.

demandante original pretende obtener una ventaja diferente al simple rechazo de las pretensiones del adversario⁸³.

Hay dos tipos de demandas reconventionales, la híbrida, que es aquella mediante la cual el demandado original se defiende de la demanda y al mismo tiempo pretende obtener ventajas y la pura y simple, mediante la cual se persigue una ventaja, pero no el rechazo de la demanda original.

Este último tipo de demanda reconventional es menos común. Los requisitos para la admisibilidad de la demanda reconventional son los mismos de la demanda adicional, sobre todo en lo relativo a la exigencia de una ligazón suficiente con la demanda original.

Cuando se trata de demanda reconventional híbrida la ligazón suficiente no presenta dificultad, sin embargo, cuando se trata de la pura y simple la determinación es dificultosa, quedando a la soberana apreciación del Juez el examen de tal situación.

A modo de ejemplo pueden mencionarse las siguientes demandas, en una demanda en ejecución de contrato el demandado original puede demandar reconventionalmente la nulidad del contrato y la demanda en compensación judicial, ante una demanda en cobro de sumas de dinero.

Demandas reconventionales en segundo grado.

No hay discusión en cuanto a la posibilidad de que ante el segundo grado pueda interponerse una demanda reconventional, ya que el citado artículo 464 del también citado código menciona dicha demanda precisamente para establecer su procedencia a nivel de segundo grado por primera vez.

Conviene, sin embargo, indicar que si el demandante reconventional lo que persigue es indemnización por daños y perjuicios ocasionados por la demanda original, estos daños y perjuicios solo pueden referirse a los que se ocasionan a partir de la instancia del segundo grado.

Ventajas y desventajas de estas demandas.

artículo 64 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés

La ventaja consiste en la posibilidad de resolver dos demandas mediante un solo procedimiento, lo cual reduce los gastos del proceso. Constituye una desventaja el atentado que se produce a la regla de competencia, ya que se opera una prorrogación de competencia territorial, en la medida que la demanda reconvenional es de la competencia del tribunal del domicilio del demandado reconvenionalmente, y sin embargo, se apoderada al tribunal que conoce de la demanda original; que se corresponde con el domicilio del demandante reconvenional, quién es al mismo tiempo demandado original.

Ya hemos explicado, que en el caso de los departamento judiciales de Santo Domingo y de Santiago no se presenta la dificultad.

DEMANDA EN INTERVENCIÓN.

BASE LEGAL.

Los artículos del 337 al 341 del Código de Procedimiento Civil Dominicano se refieren a la intervención.⁸⁴ En los artículos del 337 y 338 se establecen las reglas generales aplicables a las demandas incidentales, incluyendo a las demandas en intervención. Mientras que los artículos 339, 340 y 341 se refieren de manera específica a esta última demanda.

Cabe destacar que el legislador dominicano, en los referidos artículos se limita a indicar lo siguiente:

- a) la intervención se hace mediante escrito que contenga los medios y las conclusiones, el cual debe notificarse a los abogados de las partes;
- b) la intervención no puede retardar el fallo de lo principal cuando el asunto se encuentra en estado de recibir fallo;
- c) en caso de incidentes sobre la intervención el asunto se llevará a la audiencia.⁸⁵

Artículos del 337 al 341 del Código de Procedimiento Civil Dominicano artículo 466 del indicado Código de Procedimiento Civil Dominicano. Francia el artículo 327 del Nuevo Código de Procedimiento Civil.

Como puede observarse, no se establecen las condiciones para poder intervenir en un proceso salvo cuando se refiere al segundo grado, caso en el cual el artículo 466 del indicado Código de Procedimiento Civil Dominicano requiere que el interviniente tenga derecho a interponer el recurso de tercería contra la sentencia que surja de la instancia en la cual se pretende intervenir. Tampoco se hace referencia a los dos tipos de intervención, la voluntaria y la forzosa.

A nivel de casación también es posible la intervención, según lo disponen los artículos del 57 al 61 de la ley No.3726 del 29 de diciembre de 1953 sobre procedimiento de casación. En Francia la intervención está reglamentada por el artículo 66 y los artículos del 325 al 338 del Nuevo Código de Procedimiento Civil³⁹.

Tipos de demanda en intervención.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia dominicana hacen referencia a la demanda en intervención voluntaria como a la demanda en intervención forzosa. Mientras que en Francia el artículo 327 del Nuevo Código de Procedimiento Civil establece en su primer párrafo que la intervención tanto en primer grado como en segundo grado puede ser voluntaria o forzosa.

Demanda en intervención voluntaria:

Esta demanda es la que interpone un tercero que tiene interés en la instancia. Puede ser interpuesta a nivel de primer grado y a nivel de segundo grado, en este último caso es necesario que el demandante tenga derecho a recurrir en tercería en contra de la sentencia que eventualmente surge del proceso en el cual se involucra.

El interviniente voluntario puede tener como objetivo demostrar que es el titular del derecho litigioso que dio origen a la instancia, pero también es posible que su interés sea conservar sus derechos, los cuales ve amenazados por los resultados que pueda tener el proceso.

Hay dos tipos de intervención voluntaria, la principal y la accesoria. Es principal cuando el interés perseguido por el demandante es personal; mientras que en

la accesoria el objetivo del demandante es fortalecer las pretensiones de una de las partes.

DEMANDA EN INTERVENCIÓN FORZOSA:

La intervención es forzosa cuando una de las partes incoa una acción contra un tercero a fin de obligarle a tomar parte en el proceso y para poder invocar contra él los efectos de la autoridad de la cosa juzgada.

Se admite que puede ser intentada, no contra todo el que pudiera intervenir voluntariamente, sino tan sólo contra quien tuviera derecho de atacar la sentencia que estatuya sobre el proceso mediante un recurso de tercería⁸⁶

El Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés distingue dos tipos de demandas en intervención forzosa, *la puesta en causa y la oponibilidad de sentencia*. En el primer caso una de las partes pone en causa a un tercero, contra el cual pudo haberse interpuesto la demanda original, y la finalidad es obtener condenaciones en su contra; mientras que en el segundo caso no se persiguen condenaciones en contra del tercero, sino en contra del demandado

Las demandas adicionales y las reconventionales son incoadas por acto de abogado, de los medios y conclusiones. Art. 337 C.P.C.; Las demandas provisionales pueden incoarse en el mismo acto de emplazamiento o por acto de abogado a abogado.

La intervención voluntaria se forma mediante escrito que contenga los fundamentos y las conclusiones, del cual se dará copia a los abogados de las partes en causa, así de los documentos justificativos. Art. 339, es recibibile en todo estado de causa a condición que no retarde el fallo sobre el asunto principal Art. 340. La forzosa se intenta por citación notificada al tercero.

La intervención de los terceros es posible antes las jurisdicciones del primer grado en todos los casos en que el tercero tenga un interés jurídico. En grado

Código de Procedimiento Civil Francés.
Art. 337 C.P.C.;

de apelación el artículo 466 del C.P.C. da derecho de intervenir al que pueda intentar un recurso de tercería contra la sentencia que termina el proceso.⁸⁷

Reglas aplicables a la demanda en intervención.

Es necesario que el interviniente reúna las condiciones normales de la acción, particularmente tener interés y calidad. Debe existir una ligazón suficiente entre la demanda en intervención y la demanda original.

Para poder intervenir hay que tener la condición de tercero, lo cual se determina atendiendo más a la calidad que a la participación en el proceso original. Es posible que una persona haya actuado en un proceso en representación de otra, caso en el cual es un tercero y puede interponer la demanda en intervención.

Los casos de personas que actúan en un proceso en calidad de representante y que en consecuencia son terceros con condición para formular intervención son numerosos. Podemos citar los siguientes:

- a) el síndico de la quiebra en las actuaciones que realiza en representación de la masa de acreedores;
- b) el tutor en las actuaciones que interesan al incapaz;
- c) el Presidente de una compañía cuando actúa en representación de esta última.

Consecuencias de la intervención.

Las consecuencias de la intervención son las siguientes:

- a) un tercero se convierte en parte en una instancia que originalmente le era extraña, por su voluntad o por decisión de una de las partes;
- b) el Juez apoderado tiene la obligación de decidir por una sola sentencia tanto la demanda original como la demanda en intervención;

artículo 466 del C.P.C

c) el tercero que interviene en la demanda pierde el derecho a interponer el recurso de tercería, ya que pierde su calidad de tercero.

Compendio del procedimiento aplicable dentro del juicio principal e incidental.

La sana crítica y la lógica jurídica.-*Para abundar este criterio se tiene conceptual y doctrinariamente que:*

Hugo Alsina dice que "Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio"

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como "las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"⁸⁸

Explayándose en el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, "las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción.

La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento". Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es "aquel modo de razonar que no se apoya

Hugo Alsina
Couture

necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes.

Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos". El juez -continúa- no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y "no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posterioridad; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida"

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica. Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez.

Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata. De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero agrega evidentemente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia.

La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad.

El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto.

Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales.

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar.

El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.

Lo anterior lo lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.

Las llamadas máximas de experiencia Couture las define como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie"⁸⁹

Para Friedrich STEIN, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto máximas de experiencia, estas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"

Calamendrei, por su parte, las define como aquellas "...extraídas de su patrimonio intelectual (del juez) y de la conciencia pública..." y destaca su utilidad pues "las máximas de experiencia poseídas por él, por lo general, le servirán de premisa mayor para sus silogismos (por ejemplo, la máxima de que la edad avanzada produce en general un debilitamiento de la memoria, le hará

Friedrich STEIN
Calamendrei

considerar en concreto la deposición de un testigo viejo menos digna de crédito que la de un testigo todavía joven)...".

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes:

1.- Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico;

2.- Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica;

3.- No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos;

4.- Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar;

5.- Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Digamos, finalmente, que por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio. La máxima *quod non est in actis non est in mundo* no es aplicable totalmente a ellas ya que implicaría rechazar juicios o razones que por su generalidad, notoriedad, reiteración y permanencia en el tiempo se tienen generalmente por aceptados por la sociedad.

COMPENDIO DEL PROCEDIMIENTO APLICABLE DENTRO DEL JUICIO PRINCIPAL INCIDENTAL.

Los elementos que deben concurrir respecto de una cuestión que se suscite durante la tramitación de un procedimiento para otorgarle la naturaleza jurídica de un incidente son los siguientes:

Que exista juicio; El incidente es una cuestión accesoria al juicio, por lo que necesariamente se requiere la existencia de un asunto principal para poderse plantear una cuestión accesoria a éste.

El proceso adquiere existencia legal desde que se ha constituido la relación jurídica procesal o desde el momento en que todas las partes se encuentran insertas en una situación jurídica que les genera la carga de actuar para los efectos de satisfacer su propio interés en el proceso.

El instante a partir del cual un proceso adquiere existencia legal es desde la notificación de la demanda interpuesta por el sujeto activo a los demandados, por lo que sólo a partir de ese instante será posible plantear los incidentes como cuestiones accesorias al asunto principal.

Que la cuestión promovida tenga el carácter de accesoria respecto del asunto principal; Los incidentes se suscitan durante la tramitación del juicio principal, es decir, entre la presentación de la demanda y la ejecución de la sentencia, y necesitan ser solucionados previa y especialmente.

La ley ha querido evitar que sean motivos de incidentes cuestiones que miren al fondo del juicio mismo, y al disponer que ellos tengan el carácter de accesorios está significando que deben ser secundarios en relación con el asunto principal, al cual están unidos por un nexo procesal.

Que exista una relación directa entre el incidente y la cuestión principal; El inciso 1° del artículo 84 del CPC establece categóricamente esta exigencia al señalar que: "Todo incidente que no tenga conexión alguna con el asunto que es materia del juicio podrá ser rechazado de plano".⁹⁰

De tal forma, el incidente que se promueva tiene que tener algún vínculo de ligazón o dependencia respecto de la causa principal. Las cuestiones ajenas al juicio deberán promoverse en juicio separado, porque de otra manera alterarían los términos de la relación procesal y se introduciría la confusión en el procedimiento.

Que exista un especial pronunciamiento por parte del tribunal; El artículo 82 del CPC, establece que las incidencias deben ser falladas mediante un pronunciamiento especial del tribunal. Esto significa que tan pronto como la

inciso 1° del artículo 84 del CPC

controversia accesoria está en estado de ser fallada, el juez deberá dictar la respectiva resolución, sin esperar que la cuestión principal también lo esté.

Los incidentes planteados por separado deben resolverse independientemente unos de otros y no todos ellos aisladamente de la cuestión principal, porque sólo así, se cumple su rol de permitir al juez una labor más fácil respecto de la sustanciación del asunto principal.⁹¹

Por otra parte, el artículo 91 del CPC, establece perentoriamente la oportunidad dentro de la cual el tribunal debe proceder a dictar la resolución resolviendo el incidente al señalarnos que: Vencido el término de prueba, háyanla o no rendido las partes, y aun cuando éstas no lo pidan, fallará el tribunal inmediatamente o, a más tardar, dentro de tercero día, la cuestión que haya dado origen al incidente".

La regla anterior es sin perjuicio de las oportunidades especiales que establece el legislador para la resolución de las peticiones accidentales que sean inconexas o extemporáneas que pueden ser rechazadas de plano (Artículo 84 del CPC) o que se funden en hechos que consten en el proceso o sean de pública notoriedad que también pueden ser resueltos de plano por el tribunal (Artículo 89 del CPC).

El procedimiento de tramitación de incidentes.

Podemos distinguir 3 fases: discusión, prueba y fallo.

1.- Fase de discusión: El incidente se genera con la solicitud de la parte que los promueve. Frente a la solicitud de una parte, el tribunal puede adoptar las siguientes actitudes:

Rechazarlo de plano: Cuando éste no guarda conexión con el asunto principal (Artículo 84 inciso 1°), se promueve en forma extemporánea (Artículo 84 incisos 2° y 3°, 85 y 86 del CPC) o se promueve sin haber efectuado la consignación previa fijada por el tribunal en caso de haber perdido dos o más incidentes promovidos por ella con anterioridad (Artículo 88 del CPC);

Resolverlo de Plano: ya sea acogiéndolo o rechazándolo, sin conferir traslado a la otra parte ni recibirlo a prueba, cuando su fallo se pueda fundar en hechos

Artículo 91 del CPC

Artículo 84 incisos 2° y 3°, 85 y 86 del CPC

que consten en el proceso o sean de pública notoriedad, lo que el tribunal consignará en su resolución (Artículo 89 del CPC);⁹²

Admitirlo a tramitación: cuando se promueve un incidente conexo con la cuestión principal, promovido oportunamente, habiéndose efectuado la consignación previa en los casos en que se requiere, y sin que consten los hechos en el proceso o sean de pública notoriedad. Para tal efecto deberá conferir traslado a la otra parte por el término de tres días. En consecuencia, la resolución que recaerá en la solicitud que promueve el incidente será: "Traslado" o "Traslado y autos". El traslado importa que se le conceda a la contraparte la posibilidad de responder a la solicitud de la otra parte que promovió el incidente.

El término de emplazamiento en el procedimiento de los incidentes es de tres días, plazo que tiene el carácter de legal, de días, fatal (artículo 64 del CPC), discontinuo (Artículo 66 del CPC), improrrogable (Artículo 67 del CPC) y no susceptible de aumento de acuerdo a la tabla de emplazamiento.⁹³

La parte, frente al traslado que se le confiere, puede asumir y adoptar las siguientes actitudes:

1. Allanarse al incidente promovido o no controvertir los hechos que sirven de fundamento para promoverlo. En este caso, no será necesario que se reciba el incidente a prueba, y el tribunal deberá proceder a dictar resolución;
2. Permanecer inactivo durante el plazo fatal del traslado, en este caso, transcurrido el término de tres días preluirá la facultad de la parte para evacuar el traslado, y el tribunal deberá proceder a examinar el proceso para los efectos de determinar la procedencia de recibir el incidente a prueba;
3. Responder, dentro del plazo fatal de tres días contados desde la notificación por estado diario de la resolución en que el tribunal da traslado a la parte que no promovió el incidente.

2.- Fase de prueba: Evacuado el traslado, el tribunal debe proceder a examinar el proceso para los efectos de determinar la procedencia de recibir el

Artículo 89 del CPC
Artículo 66, 67 del CPC

incidente a prueba, o deberá proceder a resolverlo si no fuere necesario ese trámite.

La resolución que recibe el incidente a prueba, el término probatorio y la recepción de la prueba se rige por las normas del juicio ordinario con las siguientes excepciones:

2.1. La fase de prueba de un incidente se inicia, al igual que en el juicio ordinario, con la resolución que debe dictar el tribunal recibiendo el incidente a prueba, artículo 323 inciso 1°. Debiendo establecer dicha resolución las siguientes menciones:

-Establecer que se recibe el incidente a prueba;

-Determinar los puntos sobre los cuales debe rendirse la prueba y no los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos;

-Además, el tribunal al igual que en el juicio ordinario puede en la resolución que recibe el incidente a prueba indicar las audiencias de pruebas en que se recibirá la prueba testimonial respecto de los puntos de prueba fijados en la resolución.

2.2. La resolución que recibe el incidente a prueba se notifica por el estado diario y no por cédula;

2.3. En cuanto a la naturaleza jurídica de la resolución que recibe el incidente a prueba, se ha sostenido que ella tendrá el carácter de sentencia interlocutoria de primer grado si la resolución que falla el incidente tiene esa naturaleza jurídica o de auto si la resolución que falla el incidente tiene ese carácter;

2.4. En cuanto a los recursos que proceden en contra de la resolución que recibe el incidente a prueba se ha sostenido por algunos que no cabe interponer en su contra el recurso de apelación, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 90. Se sostiene que no es procedente dicho recurso destinado a modificar los puntos sobre los cuales va a recaer la prueba, pues tal materia forma parte de la resolución que ordena abrir el término probatorio y recibir a prueba el incidente, que conforme a la norma señalada es inapelable.

Ahora bien, si la resolución es un auto no cabe duda que procederá el recurso de reposición conforme a las reglas generales contempladas en el artículo 181, y si se trata de una sentencia interlocutoria, ante el silencio del legislador y

dando aplicación al artículo 3, cabría dar aplicación al artículo 319 C.P.C que lo hace procedente (el recurso de apelación);⁹⁴

2.5 El término probatorio ordinario de los incidentes es de 8 días;

2.6 Para los efectos de rendir la prueba testimonial en los incidentes es menester que cada parte acompañe dentro de los dos primeros días del probatorio una nómina de los testigos que piensa valerse;

2.7 El término probatorio extraordinario en los incidentes, para la práctica de diligencias probatorias fuera del lugar donde se sigue el juicio, es facultativo para el tribunal concederlo por una sola vez y por motivos fundados por el número de días que estime necesarios, pero sin que el término probatorio pueda exceder del plazo total de 30 días contados desde que se recibió el incidente a prueba (Artículo 90 inciso 3° del CPC);

2.8 El término probatorio de los incidentes reviste el carácter de fatal para la proposición y rendición de todos los medios de prueba, inciso 1° del artículo 90 del CPC;

2.9 En cuanto a los términos probatorios especiales que no aparecen contemplados en la regulación del procedimiento de incidentes y si en el juicio ordinario, ellos serían aplicables en cuanto la naturaleza del procedimiento los haga procedentes, por aplicación del artículo 3 del CPC.

3.- Fase de Fallo: En el procedimiento incidental no se contemplan los trámites de observaciones a la prueba y de citación para oír sentencia como acontece en el procedimiento ordinario, de acuerdo al artículo 91 del CPC. En todo caso, el tribunal podría ordenar las medidas para mejor resolver de acuerdo a lo previsto en el artículo 159 del CPC.⁹⁵

La resolución que falla el incidente será una sentencia interlocutoria de primer grado o un auto según establezca o no derechos permanentes a favor de las partes. La importancia de determinar la naturaleza jurídica influye en los recursos que proceden en contra de ella.

artículo 319 C.P.C.
Inciso 1° del artículo 90 del CPC;

artículo 91 del CPC.
artículo 220 del CPC

En cuanto a la condena en costas, se establece en el artículo 144 del CPC, que: "La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. Podrá, con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución".

En consecuencia, tratándose de incidentes, la parte que sea vencida totalmente debe ser condenada al pago de las costas, pero el tribunal puede eximir a la parte del pago de ellas si estima que ha tenido motivo plausible para litigar. Con todo, el artículo 147 del CPC, contempla una norma especial para los incidentes, que dispone que cuando una parte que promueve un incidente dilatorio no obtenga una resolución favorable, será condenada en costas.

Los incidentes en segunda instancia.

El artículo 220 del CPC se encarga de establecer la tramitación de las cuestiones accesorias que se promuevan ante el tribunal de alzada que conoce de un recurso de apelación, señalándonos que ellas se fallaran de plano por el tribunal o se tramitarán como incidentes, siendo facultad discrecional del tribunal el optar por alguna de estas dos posibilidades.

En caso de darle a la cuestión accesoria la tramitación de un incidente, el tribunal puede fallarla en cuenta u ordenar que se traigan los autos en relación para resolver. En todo caso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 210 del CPC, cualquiera sea la forma en que se falle un incidente, la resolución que pronuncia el tribunal de alzada no es apelable,⁹⁶

Las Dos (2) Características de los incidentes:

- 1) Son cuestiones accesorias a lo principal. Tienen relación con el procedimiento.
- 2) Requieren un pronunciamiento del tribunal. Este pronunciamiento es lo que hace retrasar el proceso. Normalmente el tribunal antes de conocer el fondo tiene que decidir lo relativo al incidente mediante una sentencia.

Artículo 210 del CPC,

LA SANA CRÍTICA Y LA LÓGICA JURÍDICA.

LA SANA CRÍTICA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

Nuestros tribunales se han pronunciado en forma bastante uniforme sobre qué debe entenderse por sana crítica. Así, han sostenido: "Que, según la doctrina, la `sana crítica', es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio.

De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto".

Otra sentencia dijo: "Que en conciencia, significa, según el Diccionario de la Lengua Española, arreglado a la conciencia, es decir, con arreglo al conocimiento interior del bien que debemos hacer y del mal que debemos evitar, términos que en el lenguaje vulgar significan lo mismo; pues cuando se apela a la conciencia de una persona o se le dice que proceda en conciencia, se invoca un noble sentimiento que se ejerce para hacer el bien y para evitar el mal, que es el primer principio de moral;... Que en manera alguna la ley ha querido, con entregar la apreciación de las pruebas a la conciencia, dejarlas al azar, al capricho o a la arbitrariedad.

El concepto de la conciencia no es nuevo en las leyes y siempre ha tenido la acepción de una regla de bondad y de justicia y no de maldad o abuso.

Cuando la ley habla de que se proceda discrecionalmente o con prudente criterio, tampoco abre las puertas al desorden y a la licencia, ni se hacía esto conforme a las viejas fórmulas `según su leal saber y entender' o `a verdad sabida y buena fe guardada', que siempre han impulsado a tener la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece".

En resumen "...en el sistema de la sana crítica, el tribunal debe asesorarse por sus conocimientos técnicos, su experiencia personal, la lógica, el sentido común, el buen juicio, y la recta intención".

LA SANA CRÍTICA SEGÚN LA LEGISLACIÓN

Además de los autores y de los tribunales, también el legislador se ha pronunciado sobre lo que es la sana crítica. Concretamente lo ha hecho en dos artículos de idéntica redacción: el inciso 2º del art. 14 de la Ley 18.287 ⁹⁷ que establece procedimiento ante los juzgados de policía local y el art. 456 del Código del Trabajo, que rezan: "Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime.

En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador".

Dichas disposiciones eran hasta hace muy poco las únicas que regulaban la sana crítica, situación que cambió con la Ley N° 19.968 sobre nuevos tribunales de familia cuyo art. 32 también se refiere a ella en los siguientes términos: "Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Inciso 2º del art. 14 de la Ley 18.287
Art. 456 del Código del Trabajo

Igual redacción tiene el artículo 297 del nuevo Código Procesal Penal, solo que comienza así: "Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica..⁹⁸."

Un par de comentarios sobre estos dos últimos artículos. En primer lugar, se observa que ambos incorporan, además de los dos elementos clásicos de la sana crítica -principios de la lógica y máximas de la experiencia-, "los conocimientos científicamente afianzados".

Y en segundo lugar podemos acatar que en el Código Procesal Penal habla que los jueces apreciarán la prueba "con libertad" con lo que pudiera pensarse que en este caso el legislador se quiso apartar de la sana crítica, pero la verdad es que a continuación el propio artículo se encarga de aclarar que ello no es así, pues dice que dicha facultad de los tribunales no pueden contradecir "los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados" elementos que sin discusión caracterizan por definición el sistema de la sana crítica.

5. A modo de resumen: caracteres distintivos de la sana crítica

De lo afirmado por la doctrina, jurisprudencia y normas legales sobre la sana crítica podemos extraer varias cosas.

Lo primero es que el sistema de la sana crítica solo se refiere a la "valoración de la prueba", luego es claro que esa fórmula legal mantiene subsistentes, vigentes, en la respectiva materia, las demás normas sustantivas probatorias, denominadas reglas reguladoras de la prueba como las que señalan cuáles son los medios de prueba, las que establecen su admisibilidad, la forma de rendir la prueba o las que distribuyen el peso de ella.

Disponiendo la ley que el juez apreciará la prueba en conciencia, debe este, sin embargo, respetar estas otras normas reguladoras que nada tienen que ver con su apreciación.

Artículo 297 del nuevo Código Procesal Penal

En segundo lugar el concepto mismo de sana crítica se ha ido decantando sustancialmente a través del tiempo, no habiendo hoy en día prácticamente discusión en cuanto a que son dos fundamentalmente los elementos que la componen:

a) la lógica con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) y las máximas de experiencia o "reglas de la vida" ,a las que el juzgador consciente o inconscientemente recurre, ya tratadas.

A ello agregaríamos los conocimientos científicamente afianzados (según exigen los preceptos legales nacionales citados), y la obligación de fundamentar la sentencia, rasgo que distingue a este sistema de la libre o íntima convicción, que luego analizaremos.

De manera que el juez llamado a valorar la prueba en conciencia no tiene libertad para valorar, sino que debe atenerse en su labor de sentenciador necesariamente, por lo menos, a los dos primeros referentes.

Si no los respeta se abre paso a la arbitrariedad judicial y a la incertidumbre de las partes que son las principales objeciones a este sistema de la sana crítica.

En efecto se dice que existe "peligro de la arbitrariedad, de que no puede preverse el resultado del proceso ni tenerse una seguridad probatoria, y de que una incógnita (la sentencia) queda dependiendo de otra incógnita (la convicción íntima)", y lleva la incertidumbre a las partes que intervienen en el proceso; pues, con el sistema tarifario, cada parte conocerá de antemano el valor de la prueba que va a aportar al proceso.

Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo

que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión.

Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, "sin salto brusco", a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón.

La sana crítica en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado de ser un sistema residual de valoración de la prueba a uno que se ha abierto paso en muchas e importantes materias, y seguramente pasará a ser la regla general cuando se apruebe el nuevo Código Procesal Civil.

Sus elementos esenciales son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y la fundamentación de las decisiones.⁹⁹

La forma en que la sana crítica se está empleando por los tribunales no puede continuar ya que desgraciadamente muchos jueces amparados en este sistema no cumplen con su deber ineludible de fundamentar adecuadamente sus sentencias.

Las consecuencias de esta práctica socavan el sistema judicial mismo desde que, entre otros aspectos, no prestigia a los jueces, estos se ven más expuestos a la crítica interesada y fácil de la parte perdedora y, además, muchas veces produce la indefensión de las partes pues estas no sabrán cómo fundamentar sus recursos ante instancias superiores al no conocer los razonamientos del sentenciador.

2.1. DERECHOS VULNERADOS EN MATERIA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

SUJETOS Y DERECHOS PERJUDICADOS.

También haciendo referencia a los niños, niñas y adolescentes en el presente párrafo vamos a realizar un breve análisis de lo que se refiere el Código de la Niñez y Adolescencia dentro del marco de la ley.

La finalidad de nuestra legislación ecuatoriana al tratarse de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, más adelante daremos a conocer sus derechos perjudicados.¹⁰⁰

Es necesario partir desde la finalidad que tiene la norma protectora como es el Código de la Niñez y Adolescencia, en donde dispone sobre la protección integral que el estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños y niñas que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad como ya lo había mencionado en los capítulos anteriores.

Para el caso de excesivo abuso por parte de los progenitores y vulneración de los derechos de las niñas, niños y adolescentes contemplados en la Constitución y demás leyes de la república, el Código de la Niñez y Adolescencia, en su Art.- 19. Manifiesta que el estado adoptara todo tipo de sanciones en la forma prescrita por la ley sin perjuicio de la reparación que corresponda como consecuencia de la responsabilidad civil, para todos aquellos que hayan violentado de alguna manera los derechos de los niños, niñas y adolescentes; incluyendo la responsabilidad de las autoridades que hayan dictado un fallo violentando el interés superior del niño frente a la protección

INCUMPLIMIENTO DEL OBJETIVO DE LA FILIACIÓN COMO DERECHO.

Si partimos desde un criterio, de cuáles son los objetivos de la filiación podremos entender que es un derecho primordial que garantiza el bienestar de los hijos, Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 99, establece que todos los hijos son iguales ante la ley, la familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier

Código de la Niñez y Adolescencia.

indicación que establezca diferencias de la filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad.¹⁰¹

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LOS ALIMENTOS.

ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.

La citada reforma al Código de la Niñez y Adolescencia tuvo como base el numeral 9 del Art 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el registro oficial N 449 de 20 de octubre de 2008, que determina: “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

En el respectivo considerando menciona el Art. 45 de la Constitución, que dispone que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad. Tendrán derechos a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria.

Menciona el Art. 46 de la misma Carta Fundamental, ya que ordena que el estado adoptara medidas para la protección y atención de las niñas, niños y adolescentes contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones, así como recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos públicos y privados.

Argumenta que la Constitución ordena que los principios por los cuales se regirá el sistema procesal como medio para la realización de la justicia son: la simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal.

Así dilucida que los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, actualmente, son los más congestionados del país, debido a la falta de los recursos humanos,

Código de la Niñez y Adolescencia.
Art. 45 de la Constitución.

tecnológicos e infraestructura, impidiendo el ejercicio efectivo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La argumentación constitucional anotada bien garantiza los derechos de los niños (as) y adolescentes en todo el esplendor del estado de derecho en la legislación ecuatoriana, pero en lo más mínimo se han dado cuenta que aquella argumentación constitucional que sirvió de base para la reforma a la ley en análisis, podría conllevar a una desigualdad de derechos humanos, peor aún a una discriminación o relegación laboral, atentando principios también constitucionales que son inalienables, irrenunciables, como lo es el derecho al trabajo que también sirve para satisfacer las necesidades básicas y prioritarias del ser humano.

Esta expresión constitucional bien usada favorecería a todas las personas, sin distinción alguna, pues para ello ni siquiera se atropellaría los derechos prioritarios de los niños(as) y adolescentes del país, más bien se aseguraría aquellos derechos como los alimentos, pues es imprescindible la ayuda técnica de un profesional del derecho para mayor eficacia de la administración de justicia del país.

De tal manera que los juzgadores no se preocupen en asesorar a los(as) accionantes del derecho de alimentos, despreocupándose de las demás causas.

Las violaciones del derecho a la alimentación, generalmente, están asociadas a violaciones de los derechos de los pequeños campesinos.

La lucha por la mejora de las condiciones de vida de los pequeños campesinos rara vez centra el debate sobre los derechos humanos, fundamentalmente por tres motivos:

Los problemas de las comunidades campesinas afectan a un número muy elevado de personas, habitantes de las zonas rurales, y lo más habitual es que el debate sobre los derechos humanos se centre en los derechos de las minorías.

La principal causa de la vulnerabilidad de las comunidades al hambre es la falta de acceso a recursos productivos

En la conferencia internacional sobre derechos humanos celebrada en Viena en 1993 desaparecieron las divisiones entre las generaciones de derechos humanos.

En la actualidad son escasos los análisis y estudios sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, algo necesario para comprender la complejidad de los problemas de los derechos de los campesinos.¹⁰²

La articulación de las organizaciones que agrupan a los pequeños campesinos es un fenómeno muy reciente y es un elemento fundamental para los casos de violaciones de los derechos de un colectivo tan amplio.

La marginación política de las comunidades campesinas se traduce en una marginación económica.

Según datos de la FAO, en muchos países está disminuyendo la asignación presupuestaria para políticas de desarrollo rural a favor de otras áreas de inversión como la explotación de los recursos naturales que requieren una menor inversión pública.

Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones.

Las violaciones del derecho a la alimentación pueden producirse por actos realizados directamente por los Estados o por otras entidades insuficientemente reguladas por los Estados.

Entre ellos cabe señalar:

Derogar o suspender oficialmente la legislación necesaria para seguir disfrutando del derecho a la alimentación.

Conferencia internacional sobre derechos humanos celebrada en Viena en 1993

Negar el acceso a la ayuda alimentaria de carácter humanitario en los conflictos internos o en otras situaciones de emergencia.

Adoptar legislación o políticas que sean manifiestamente incompatibles con obligaciones anteriores relativas al derecho a la alimentación.

No controlar las actividades de individuos o grupos para evitar que violen el derecho a la alimentación de otras personas.

Si bien sólo los Estados son partes del pacto y, por tanto, los responsables últimos de su cumplimiento, todos los miembros de la sociedad tienen su propia responsabilidad en la realización del derecho a una alimentación adecuada.

Los medios para reivindicar la realización del derecho a la alimentación y las posibilidades de obtener reparación o compensación dependerán, en gran medida, de la información y de los mecanismos de control disponibles en el ámbito regional, nacional e internacional.

La Observación General número 12 señala que "toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales

Las violaciones del derecho a la alimentación, generalmente, están asociadas a violaciones de los derechos de los pequeños campesinos.

Todos los miembros de la sociedad tiene en su propia responsabilidad en la realización del derecho a una alimentación adecuada cuados o a otros medios apropiados en los planos nacional e internacional".

Por tanto, según esta premisa una comunidad expulsada de su tierra y obligada a abandonar sus medios de subsistencia o que ve contaminada las fuentes de agua destinadas a su consumo puede plantear una demanda y recibir reparación o compensación por esa violación de sus derechos.

En los países en los que el derecho a la alimentación está reconocido como un derecho constitucional o como parte de un derecho fundamental, los ciudadanos pueden reclamarlo en instancias judiciales.

No obstante, esta posibilidad debe ser comunicada a la población, tal y como se recoge en la directriz número 11 de las "Directrices voluntarias para la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en un contexto de seguridad alimentaria nacional" aprobadas por la FAO en 2004. En India y Sudáfrica hay ejemplos de demandas por violaciones del derecho a la alimentación que han prosperado y se han resuelto a favor de las comunidades ¹⁰³demandantes.

Existe también la posibilidad de recurrir a instancias extrajudiciales como los defensores del pueblo o comisiones nacionales de protección de derechos humanos a las que los ciudadanos pueden recurrir. Este tipo de instituciones existen en cerca de 100 países.

En el ámbito regional, en la actualidad sólo existe un mecanismo de control judicial para casos de violaciones del derecho a la alimentación, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en 1998 en cumplimiento de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

En el caso de las cortes europea e interamericana, sus mandatos se limitan a los derechos civiles y políticos.

En el ámbito internacional, no hay mecanismos de control a la espera de la aprobación de un protocolo facultativo para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que permita la presentación de casos de violaciones del derecho a la alimentación y el resto de derechos económicos, sociales y culturales.

Los Estados Partes del Pacto están comprometidos a presentar cada cuatro años informes sobre la realización de los DESC en sus países al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y este emite las recomendaciones pertinentes. Asimismo, el relator especial para el derecho a la alimentación tiene entre sus funciones la realización de misiones a países en los que se tiene información de vulneraciones del derecho a la alimentación.

FAO en 2004

Corte africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada en 1998.

Ver "Directrices voluntarias para el derecho a la alimentación". Campaña Derecho a la alimentación. Urgente, 2005. CETIM. El derecho a la alimentación, 2005.¹⁰⁴

En la actualidad sólo existe un mecanismo de control judicial para casos de violaciones del derecho a la alimentación, la Corte Africana de Derechos

Humanos y de los Pueblos, Las Directrices voluntarias para la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en un contexto de seguridad alimentaria nacional incluyen una directriz específica sobre la dimensión internacional del derecho a la alimentación que recoge aspectos como el comercio o la deuda externa que como se ha señalado anteriormente, fueron identificados por el relator especial como obstáculos para la realización del derecho a la alimentación.

En el análisis de los casos en capítulos posteriores se hace referencia al

Convenio 169 sobre los derechos de las comunidades indígenas, como otro de los acuerdos internacionales que pueden contribuir a la protección del derecho a la alimentación y la soberanía alimentaria de las comunidades.

Las propias directrices voluntarias recogen en las directrices 13 y 14 la protección de los grupos vulnerables y las redes de seguridad necesarias para garantizar el derecho a una alimentación adecuada.

La incorporación de las directrices voluntarias a las legislaciones nacionales puede contribuir de manera importante al control de las violaciones del derecho a la alimentación. Asimismo acuerdos como el Protocolo de Protección de la Biodiversidad, el Plan de Acción de la Cumbre Mundial de la Alimentación también ayudarían al respeto y protección del derecho a la alimentación. Jean-Jacques Rousseau decía que "entre el débil y el fuerte, la libertad oprime y la

Campaña Derecho a la alimentación. Urgente, 2005. CETIM. El derecho a la alimentación, 2005.

Convenio 169 sobre los derechos de las comunidades indígenas.

ley libera" pero, a pesar de que existan acuerdos y leyes nacionales e internacionales que promueven la realización del derecho a la alimentación, es necesario que todas las personas y grupos los conozcan y dispongan de la información y recursos necesarios para reivindicar su aplicación.¹⁰⁵

La incorporación de las directrices voluntarias a las legislaciones nacionales puede contribuir de manera importante al control de las violaciones del derecho a la alimentación.

ALIMENTOS IMPAGOS.

Si entendemos desde una manera jurídica, la ley previene que este tipo de pensiones, que algunos autores lo atribuyen un lugar en la clasificación de los alimentos puede ser materia de compensación como lo afirma el art. 382 del Código Civil.

El Plan de Acción de la Cumbre Mundial de la Alimentación manifiesta: el derecho de alimentos, es decir la facultad misma de exigir para el futuro la ayuda necesaria para la subsistencia, esta resguardada por el derecho mediante especialísimas condiciones que ya le hemos analizado, por esto y siendo algo necesario para la vida exige aquella específica protección para impedir que por un acto de previsión o de debilidad pueda alguien quedar despojado de lo que es especial.

En cambio, las pensiones vencidas no son indispensables; y si precisamente no se han cobrado, demuestran que el individuo que les debía recibir bien puede subsistir sin ellas, sobre todo si pasan mucho tiempo y se acumulan muchas pensiones sin cobrar.

De lo manifestado en el párrafo anterior, encontramos como característica principal de este tipo de pensiones, el no ser indispensable; y por lo mismo, pueden al contrario de las pensiones alimenticias en si ser objeto de: transacción, compensación, transmisión, venta o cesión por causa de muerte y de renuncia del beneficiario, desde luego hay la excepción a lo manifestado conforme lo dispone el Art 383 del Código Civil en lo que las disposiciones

Plan de Acción de la Cumbre Mundial de la Alimentación.

indicadas no rigen respecto a las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o donación entre vivos acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o del donante en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo.¹⁰⁶

Consecuentemente no teniendo esta clase de pensiones, la característica de ser indispensable no puede intentarse su cobro sino en la forma en que se procede en la ejecución de una sentencia para el juicio ejecutivo, debido a que se capitalizado de recaudarse por la figura del apremio personal.

ADMISIBILIDAD DE DEMANDAS, DESATENDIENDO EL DERECHO DEL MENOR.

Voy a partir del concepto de demanda, de acuerdo a lo que señala el Diccionario Jurídico Ámbar, la demanda es una manifestación escrito o solicitud, que presenta una parte ante el juez, describiendo una situación discriminada aseverando que se ha violado un derecho de cualquier es titular , en cuyo restablecimiento tiene interés actual, escrito en que se pedirá expresamente, que se obligue a otra parte a una prestación cierta , el término de la prestación es genérico y por lo mismo comprende específicamente a los hechos de dar, hacer o abstenerse algo.

El Código de Procedimiento Civil dice acertadamente que es la solicitud o reclamación que se formula , además es la materia principal del fallo , porque toda demanda provocara la iniciación del juicio, pleito o conflicto de interés , que deberá ser resuelto en sentencia; y, por contrario imperio los escritos que se dirigirán al juez y que no tiendan a entablar una discusión o conflicto, no son demandas, sino simples solicitudes, lo cual ocurre con todas las materias sujetas a lo que el Código indebidamente, llama asuntos de jurisdicción voluntaria , los mismos que , a nuestro entender, deben denominarse asuntos controvertidos.¹⁰⁷

Art 383 del Código Civil
Diccionario Jurídico Anbar
Código de Procedimiento Civil
Enrique Cuello García

La distinción que he realizado tiene importancia práctica porque toda demanda deberá contener requisitos esenciales. El actor que no las cumpla satisfactoriamente, obligara al juez de abstenerse de tramitar el pedido formulado, pero, las simples solicitudes que no sean demandadas no tienen por qué cumplir con estas formalidades.

La demanda es de importancia trascendental; un error en su concepción o redacción arrastrara consecuencias funestas en todo el procedimiento, y en esencial, en la sentencia o resolución definitiva.

Que no podrá apartarse de lo propuesto por el demandante ni de lo contestado por el demandado. Por ello, los doctrinarios antiguos hablaban del cuasi contrato de litis- contestación, es decir, de un pacto tácito celebrado entre las partes conviniendo en que la discusión y la sentencia se reduzca y se concrete solamente a lo que fue materia de demanda y de la contestación así lo manifiesta Enrique Cuello García , misma que debe reunir ciertos requisitos procesales que se contienen en el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, y si una demanda reúne estos requisitos, admite la demanda a trámite.

De ahí que nuestro Código de Procedimiento Civil en su Art.67, entre sus requisitos exige, que la demanda contenga sus fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión, y la cosa cantidad que se exige. Estos presupuestos procesales son los que le permiten al juzgador definir una controversia pues solo así está en la actitud de calificar la figura jurídica contenida en el juicio. Más de que peca de incompleta e irresoluta no se fijan los hechos equívocos que determina si se trata de acción reivindicatoria o acción posesoria; baste actualizar lo que dice en un acápite, pretende seguir pastoreando y pretender es solicitar una cosa haciendo diligencias necesarias para obtenerlo; procurar hacer esfuerzos por lo que desea, en definitiva no es sinónimo de ejecutar, realizar, que implica hechos positivos cumplidos¹⁰⁸.

Situada así la causa como lo he manifestado anteriormente no hay duda que adolece de imprudencia, pues haciendo referencia al concepto de improcedente quiere decir inconforme a derecho; y una demanda no puede ser

Código Civil en su Art.67

conforme a derecho, por su forma o por su fondo porque el derecho reclamado por el actor no haya existido legalmente jamás o por que no haya existido ya o por lo que la reclamación no se ha propuesto en la forma o con sujeción al trámite correspondiente, en su resumen vuelvo hacer mención que es un concepto genérico lo anteriormente mencionado, equivalente a inadmisibile, o conforme lo señala el maestro Víctor Manuel Peña Herrera¹⁰⁹.

Luego de haber hecho un análisis exhausto de lo que es la demanda requisitos y la admisibilidad de la misma, creo que queda comprendido a los requisitos que debe contener en materia de alimentos en especial atendiendo el derecho del menor, que en su caso es la parte vulnerada y quien reclama su derecho, que le debe ser asistido por quienes deben prestar alimentos.

LA SUSTANCIACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE ALIMENTOS, FRENTE A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS.

Antes de entrar en lo referente a la sustanciación de la extinción de alimentos frente a la vulneración de derechos voy a manifestar distintas causa por las cuales se extingue los alimentos, en razón de ello anotaremos algunos conceptos.

Extinción.- de acuerdo al diccionario jurídico de Cabanellas es el cese, cesación, termino, conclusión o desaparición de una persona, cosas situación o relación, y a veces de sus efectos y consecuencias.

Las acciones se extinguen ya por: haberse satisfecho el derecho, por cumplido la obligación, prescripción, transacción, sentencia, renuncia, muerte, etc.

Del mismo modo, los derechos se extinguen por: haberlos satisfecho por haberles abandonado o renunciado o por ser ya legalmente exigibles.

Las obligaciones se extinguen por:

El pago o cumplimiento.

Perdida de la cosa debida.,

¹⁰⁹Víctor Manuel Peña Herrera

Condonación de la deuda.

Confusión de los derechos del deudor o acreedor.

Compensación.

Novación.

Guillermo Cabanellas¹¹⁰ agrega, que algunos autores la consideran como causas de la extinción de las obligaciones a: la renuncia del acreedor, el convenio o transacción de las partes y la prescripción.

El Dr. Juan Larrea Holguín al respecto, manifiesta: los alimentos que se debe por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. “Por tanto agrega, si se conceden a un varón menor de edad cesa el derecho cuando llega a la mayoría salvo como lo manifiesta el art, 378 algún impedimento corporal o mental le ha inhabilitado para subsistir de su trabajo”. La circunstancia que principalmente debe perdurar y de la que depende del derecho es pues la necesidad, desaparece el derecho, y si revive la necesidad también reaparecerá el derecho.

Continuando con lo que manifiesta este distinguido tratadista, que la existencia de este derecho de alimentos está subordinada, por la misma razón anteriormente expuesta a la capacidad económica del alimentante.

La necesidad de alimento se supone en el caso de ser menor de edad; pero si cumple los 18 años deberá probar el interesado su imposibilidad de ganarse la vida por enfermedad o hecho semejante.

Otra causa por el cual termina el derecho de alimentos consiste en la injuria atroz cometida por el alimentario contra alimentante.

También se pierde el derecho, por haber intervenido en el fraude o la falsedad u ocultamiento del parto (art. 278 C.C)

Los alimentos como es de lógica natural se extinguen por muerte del alimentante o del alimentario.

¹¹⁰Guillermo Cabanellas
Dr. Juan Larrea Holguín

Encontramos en nuestra legislación ecuatoriana que el derecho de alimentos, la obligación de prestarlos, se extingue por:¹¹¹

- 1.- Cuando el varón a llegado a la mayoría de edad salvo las excepciones del Art. 378 del Código Civil.
 - 2.- Cuando cesa la necesidad de alimentario;
 - 3.- Por haber el alimentante caído en la indigencia o pobreza.
- Por injuria atroz; injuria que esta no se halla definida expresamente.
 - Haber intervenido en fraude, falsedad u ocultamiento de embarazo.
 - Por muerte del alimentante o el alimentario;

Debiendo dejar indicado que aparte de las causas generales descritas que se refiere estrictamente al menor puede extinguir la obligación por otras circunstancias, pero generalmente se da por las antes indicadas.

LOS DEMÁS JUICIOS INCIDENTALES DE ALIMENTOS, FRENTE A VULNERACIONES DE DERECHOS.

Dentro de los juicios incidentales de alimentos, en su aspecto procesal, para lo cual partiremos de que es una contienda judicial entre las partes que termina con una sentencia, desistimiento, allanamiento, transacción, caducidad, nulidad o prescripción.¹¹²

El Art. 57 del Código de Procedimiento Civil manifiesta: juicio es la contienda legal sometida a la resolución delos jueces.

Según Escriche, el juicio tomado en su concepción principal, esto es, por la discusión y la terminación judicial de un negocio se divide:

- 1.- Por la razón de los medios que se adoptan para que las partes obtengan su derecho, en: de conciliación, de paz, arbitral o de avenencia o contencioso.
- 2.- Por la razón de la materia o causa en la que él se trata; en civil, criminal o penal y mixto.

Art. 278 C.C
Art. 57 del Código de Procedimiento Civil

3.- Por la razón de la cantidad o importancia de la misma causa o materia; en el de menor o mayor cuantía.

4.- Por la razón del objeto en; petitorio o posesorio.

5.- Por la razón de sus formas, o sea por el modo de proceder, en verbal o escrito; ordinario, plenario y extraordinario sumario o sumarísimo;

6.- Por la razón del fin: en declarativo y ejecutivo.

7.- Por la razón de los litigantes; en doble o sencillo.

8.- Por la razón de la concurrencia, de uno o muchos acreedores, en universal y particular;

9.- Por razón del fuero, en secular, eclesiástico, militar o contraste, etc.

Luego de haber hecho una breve descripción de todos los juicios en general y centrándonos en lo que nos corresponde, podemos entender que los juicios incidentales de alimentos existen varias circunstancias para esta clase de juicios que desatendiendo los derechos de los titulares llamados a recibir alimentos y consecuentemente vulnerando los mismos apreciamos que por ejemplo, una madre oculta su embarazo, consecuentemente hace un reclamo de alimentos a un supuesto padre trae consigo consecuencias jurídicas sociales y morales tanto para el niño, la madre, el supuesto padre.

2.1. FALTA DE CONSECUENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS RESULTANTES.

PROTECCIÓN DE LOS PADRES A LOS HIJOS, DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

Desde el punto de vista jurídico debemos comprender que dentro de la familia será indispensable conocer cuáles son las consecuencias de la familia frente a la falta de protección de los padres.

Para ello voy a puntualizar ciertos derechos indispensables y mutuos que deben cumplir los padres frente al rol de los hijos, y la ejercitación de derechos

fundamentales en los seres humanos, y que la falta de aplicabilidad o cumplimiento de estos derechos y obligaciones causara daños irreparables en la personalidad de los hijos para ello voy a puntualizar ciertos derechos y normas establecidas en nuestra legislación ecuatoriana.

Entre los derechos de los hijos más básicos están: los padres proveerán todo lo necesario para su sustento físico, psicológico y emocional. El niño no debe ser sometido al trabajo. También deben brindarles las condiciones para su pleno desarrollo, el cuidado de la salud física, protegerlos. Es obligatorio proporcionarles una educación.

Es derecho insoslayable del niño, el jugar, ser escuchado, participar en la comunidad, ser respetado.

Un derecho fundamental de los hijos, es la libertad de religión, no están obligados a profesar la religión de sus padres. En caso de divorcio, los hijos tienen derecho a pasar tiempo con sus dos padres y a mantener con ellos la relación que llevaron anteriormente.

Si falleciera alguno de los progenitores, los hijos, tanto legítimos como ilegítimos, o los adoptados, tienen derecho a heredar. Filiación: es el conjunto de derechos de los hijos, como ser el derecho a tener los apellidos de los padres, el derecho a recibir alimentos.

COMO SE DEFINE AL DERECHO DE MENORES.

Se lo considera como el conjunto de disposiciones que tiene por objeto reglarla actividad comunitaria con relación al menor. También como el conjunto de normas jurídicas relativas la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención.

Varios tratadistas expresan que, no conviene la existencia del derecho de menores, por cuanto su independencia es errónea, los intereses de la familia, no son diferentes a los del menor, constituye una manifestación de la modernización del Derecho en sí, un desarrollo armónico y equilibrado en forma paulatina, enriquecido por una legislación específica y con abundante aporte doctrinario.

En el caso de que los padres fallecieran, ese niño tiene derecho a recibir asistencia. Para ello, sólo se necesita que este nacimiento esté inscrito en el Registro Civil (como constancia). Patria potestad: es el conjunto de derechos y deberes que tienen los padres, respecto a sus hijos.

La patria potestad, siempre debe ejercerse en favor de los hijos. Los padres tienen obligación de alimentarlos, protegerlos, acompañarlos, educarlos, brindarles una formación integral, representarlos legalmente mientras sean menores de edad, administrar sus bienes.

En la mayoría de los países la patria potestad es ejercida por ambos padres simultáneamente, sin perjuicio de su estado civil, o en caso de divorcio, puede ser ejercida por aquel progenitor al cual le fue confiada la custodia de los menores. En caso de separación, no cesan las obligaciones de los padres para con los hijos, éstas deben mantenerse mientras sean menores, pues sus lazos no se disuelven con la disolución del matrimonio (a menos que existan situaciones de violencia familiar).

En las relaciones Jurídicas existen derechos y obligaciones, en cuanto a las relaciones de hecho que se producen entre las personas, por medio del cual un sujeto le puede exigir a otro el cumplimiento de un determinado deber.

Los derechos y obligaciones que integran esa esfera jurídica o ese universo no son estáticas, no existen para estar y contemplar, sino que es dinámica porque en cada momento de la vida se están haciendo presente, multiplicándose geométricamente conforme sea la velocidad de relaciones que tienen una persona.

En estas relaciones jurídicas va a existir un común denominador que va hacer la persona, que va actuar o bien como parte activa o bien como parte pasiva y de acuerdo a la posición que le toque asumir se creara derechos y obligaciones que tienen carácter económico y son susceptibles de ser valorados en dinero y aptos para la satisfacción de necesidades económicas.

Una de las tareas más difíciles es definir el Patrimonio.

Esto se debe a que hablar del patrimonio involucra discutir sobre las diversas acepciones del concepto, que va desde la concepción jurídica estricta pasando por el contable y económico hasta llegar a conceptos calificados como patrimonio cultural, patrimonio de la humanidad, patrimonio colectivo o corporativo.

No es fácil desligarlo del tema como capacidad patrimonial que es la legítima posibilidad que tiene el sujeto de adquirir derechos y obligaciones de carácter patrimonial, y otra es el patrimonio mismo, que es el conjunto de los derechos y obligaciones patrimoniales de los cuales es titular una persona.

Para poder estudiar el Patrimonio y establecer una definición más precisa, es necesario establecer las teorías que tratan acerca del patrimonio, que son los patrimonios separados, la clasificación del patrimonio, el patrimonio autónomo y que es la responsabilidad patrimonial en cuanto a los diferentes mecanismos de acción que tiene.

DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES PARA CON LOS HIJOS.

Estos “derechos - deberes” se guían por el principio de interés superior del niño, que exige que los padres guíen a sus hijos en el ejercicio de sus derechos fundamentales y procuren su mayor realización espiritual y material posible.

Cabe señalar que hasta antes de la nueva ley de filiación estos derechos - deberes estaban tratados de manera separada. Es decir, se decía que habían ciertos derechos del padre (por ejemplo, el de visitas o de corrección) u ciertos deberes del mismo (de alimentación, por ejemplo).

Con la reforma de la ley 19.585 se estimó que el tratamiento debía darse en un mismo cuerpo, es decir, todo aquello que era un derecho constituía también un deber para el padre, si se correspondía con un derecho que al respecto tenía el hijo.

Así por ejemplo, hasta antes de la reforma se estimaba que el padre tenía derecho a las visitas. Una vez ocurrida la reforma, se estima que el padre tiene además el deber de visitar al hijo y este deber es una emanación del derecho del niño a ser visitado por ambos padres.

Ahora bien, estos derechos - deberes son:

- **Cuidado.**
- **Visitas.**
- **Crianza y Educación.**
- **Gastos de crianza y educación.**

Derecho y deber de cuidado.

Si se trata de un hijo matrimonial, su cuidado corresponde a ambos padres. Si se trata de uno no matrimonial, su cuidado corresponde al padre o madre que lo haya reconocido (indudablemente si los dos lo reconocieron corresponde a los dos).

Cabe recordar, en todo caso, que si la filiación se estableció mediante resolución judicial con oposición del padre o madre, entonces éste quedará obligado al deber de cuidado pero privado del derecho referido a lo mismo. Así, por ejemplo, estará obligado a colaborar con la mantención económica que requieran los cuidados del hijo, pero impedido de participar en su crianza desde un punto de vista afectivo.

Ahora bien, sea que se trate de un hijo matrimonial o no matrimonial, si los padres se encuentran separados, entonces el cuidado del hijo corresponderá a la madre, salvo que:

Exista acuerdo de otorgar la tuición (o sea el cuidado personal del hijo) al padre. Este acuerdo debe ser celebrado por ambos padres y debe hacerse ante Notario (por medio de escritura pública) o ante el Oficial del Registro Civil. Luego de ello, debe solicitarse en el Registro Civil que se suscriba (al margen del certificado de nacimiento del hijo) el acuerdo de tuición.

Exista resolución judicial que prive de la intuición a la madre.

El juez de menores puede confiar la tuición del hijo al padre, si cree que estando con la madre se pone en riesgo el interés superior del niño. Además, si

el juez estima que existe inhabilidad física o psíquica de ambos padres (ver documento: Consideraciones Jurídicas acerca de las demandas civiles), el juez puede entregar la tuición a otras personas, debiendo preferir a los familiares más próximos y especialmente a los abuelos.

Derecho y deber de mantener una relación directa y regular con el hijo

Hasta antes del nuevo estatuto de filiación, este derecho era entendido sólo como tal (es decir, se concebía que el padre que no vivía con el hijo tuviera derecho a las visitas pero no un deber en el mismo sentido).

El nuevo estatuto filiativo estableció que el padre que no vivía con el hijo no sólo tenía derecho a las visitas sino también un deber de mantener una relación directa y regular con su hijo. Lo anterior en virtud del derecho que tiene el niño (en virtud de la Convención sobre Derechos del Niño) de mantener relación con ambos padres.

Derecho y deber de crianza y educación.

El deber de crianza y educación corresponde a ambos padres, salvo que uno de ellos (o ambos) esté privado del derecho de crianza y educación (recordemos que nunca estará privado del deber).

El padre (o madre o ambos) está privado del derecho de crianza y educación en las siguientes situaciones:

Cuando la filiación ha sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o la madre, según corresponda.

Cuando la tuición del hijo ha sido entregada a un tercero por inhabilidad de uno o ambos padres.

Cuando el padre ha abandonado al hijo.

Gastos de crianza y educación.

Frente a la pregunta de quién debe soportar los costos de crianza y educación de los hijos, es menester hacer la siguiente distinción:

Si los padres están casados en sociedad conyugal. Los costos deben ser soportados por ésta (integran el pasivo absoluto).

Si los padres están casados con otro régimen o no están casados. Cada uno de los padres aporta según sus facultades económicas.

Si el hijo tiene bienes propios y los padres no están en condiciones económicas de proveer a su mantención, pueden costearse los gastos ocupando dichos bienes.

Si el hijo no tiene bienes propios y sus padres no pueden mantenerlo (o no tiene padres), los costos deben ser soportados por los abuelos.

Si una persona ha criado y alimentado a un hijo ajeno, para que sus padres puedan recuperar al hijo deben ser autorizados por el juez y previamente pagar a dicha persona todo lo que haya gastado en virtud de la crianza y educación del niño.

Si un menor de edad se encuentra circunstancialmente en urgente necesidad económica (especialmente alimenticia) y es ayudado por un tercero ajeno a su familia, tiene éste último derecho a ser reembolsado por los padres por todos los gastos incurridos.

Pensemos por ejemplo en la situación del menor de edad que se encuentra extraviado y hasta su encuentro, es alimentado por una persona ajena a su familia.

Facultad de corregir a los hijos.

Hasta antes del nuevo estatuto de filiación, existía la llamada “facultad de corregir a los hijos” que estaba señalada en el antiguo Artículo 233 del Código Civil y establecía que “Los padres tienen la facultad de corregir moderadamente a sus hijos”.

Según los defensores de la Convención sobre Derechos del Niño, esta disposición atentaba contra el carácter de sujeto de derecho del menor de edad

y propiciaba la existencia de episodios de maltrato infantil, en la medida que no quedaba claro que debía entenderse por “moderadamente”.

Por ello, la actual redacción del artículo quedó del siguiente modo: “Los padres tienen la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”.

Entonces, la actual “facultad de corregir a los hijos” pretende adecuarse a la Convención sobre Derechos del Niño, en la medida que impide la proliferación del maltrato infantil. Esto porque al señalar que no puede menoscabar la salud (física ni psíquica) ni el desarrollo personal está permitiendo, entonces, exclusivamente una facultad correctiva que no implica acto alguno de violencia (al respecto, ver concepto de violencia del documento “Aspectos centrales de la violencia intrafamiliar desde un punto de vista legal”).

En todo caso, el juez no puede entregar la tuición del hijo al padre (o madre) que, mientras estuvo el hijo bajo el cuidado de la madre (o padre), no contribuyó económicamente a su mantención.

ACTOS LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS.

Al referirnos a los actos legítimos que tienen los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas.

Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código.

En consecuencia, los progenitores deben:

Proveer a sus hijos e hijas de lo necesario para satisfacer sus requerimientos materiales y psicológicos, en un ambiente familiar de estabilidad, armonía y respeto; Velar por su educación, por lo menos en los niveles básicos y medio; Inculcar valores compatibles con el respeto a la dignidad del ser humano y al desarrollo de una convivencia social democrática, tolerante, solidaria y participativa;

Incentivar en ellos el conocimiento, la conciencia, el ejercicio y la defensa de sus derechos, reclamar la protección de dichos derechos y su restitución, si es el caso;

Estimular y orientar su formación y desarrollo culturales;

Asegurar su participación en las decisiones de la vida familiar, de acuerdo a su grado evolutivo;

Promover la práctica de actividades recreativas que contribuyan a la unidad familiar, su salud física y psicológica;

Aplicar medidas preventivas compatibles con los derechos del niño, niña y adolescente; y,

Cumplir con las demás obligaciones que se señalan en este Código y más leyes.

Art. 104.- Régimen legal.- Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes¹¹³.

Art. 105.- Concepto y contenidos.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la *ley*.

Art. 106.- Reglas para confiar el ejercicio de la patria potestad.- Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; Código Civil.

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral. ¹¹⁴

EXISTENCIA DE DEUDAS DE ALIMENTOS NO PAGADAS A FAVOR DEL TITULAR DEL DERECHO.

Cuando el obligado por resolución judicial al pago de una pensión deja de abonar la misma, podemos encontrarnos ante un delito previsto y penado en el art. 227 del Código Penal. Para que se entienda que hay una infracción penal a la que anudar una pena (que es la de arresto de 8 a 20 fines de semana), es necesario que se den los siguientes elementos:

Artículo 113; Código Civil.

Existencia de una prestación económica establecida o aprobada judicialmente a favor de los hijos o de uno de los cónyuges con motivo de una ruptura matrimonial separación, divorcio o nulidad- o de un proceso de filiación o de alimentos.

Impago por 2 meses consecutivos o 4 no consecutivos.

Que el impago sea voluntario, es decir, que el obligado deje de pagar pudiendo hacerlo.

Que se produzca una denuncia por parte del beneficiario de la pensión.

Como vemos, es un delito de omisión, en el que el deber de actuar (de pagar) está supeditado a la posibilidad concreta del obligado al pago para hacer frente al mismo.

Aquí es donde radica la mayor problemática en los impagos: La insolvencia del obligado al pago. Resulta imprescindible que el obligado tenga capacidad para pagar. Si carece de los medios para hacer frente a la pensión, no podremos considerar que incurra en delito alguno.

Se dará dicha circunstancia no sólo cuando el sujeto activo se encuentre en una situación de necesidad extrema, siendo incapaz de mantenerse incluso a sí mismo, sino también cuando únicamente disponga de los medios indispensables para subvenir a sus propias necesidades.

Y no se puede justificar impagos alegando posibles compensaciones, como la compra de regalos, ropa u otras cosas, o incluso por una deuda no satisfecha del beneficiario.

Tampoco cabe la justificación basada que el beneficiario esté desatendiendo otros deberes establecidos en el convenio o resolución judicial -por ejemplo, que el cónyuge a cargo de los hijos esté impidiendo el cumplimiento del régimen de visitas.

Alimentos y visitas: Cada uno tiene sus obligaciones y el incumplimiento de uno no puede dar lugar a que el otro incumpla la parte que le corresponde.

El pagador no puede dejar de pagar porque no vea a los niños y el que percibe la prestación no puede impedir las visitas y relaciones de los hijos porque no está cobrando los alimentos.

PADRES DEUDORES DE ALIMENTOS QUE EJERCEN LA EXTINCIÓN DE ESTE DERECHO.

En la actualidad la presentación de demandas de modificación de la pensión alimenticia supone un porcentaje muy elevado, bien sea para solicitar una variación como para pedir la extinción de la misma.

Las nuevas circunstancias que rodean el cese de la convivencia tienen un reflejo económico que se traduce en la petición de modificación.

A continuación iremos desglosando cada una de las causas que den lugar a esta solicitud.

Para hacer más gráfica la explicación dividiremos el estudio en bloques, en los cuáles encuadraremos los diferentes supuestos.

Por obtener menos ingresos el progenitor obligado al pago de alimentos

El cese de convivencia viene a suponer una situación más gravosa, económicamente hablando; uno de los cónyuges tendrá que trasladar su domicilio, lo cual implica generalmente gastos nuevos de arrendamiento o compra; así mismo se unen los gastos derivados del régimen de visitas, como también la posible liquidación de la sociedad conyugal.

Todos estos factores tuvieron que tenerse en cuenta cuando se fijó el contenido de la pensión alimenticia. Lo que no se pudo prever son las alteraciones de otra índole cual pueden ser las variaciones relacionadas con el puesto de trabajo (despido, jubilación anticipada, reducción de la jornada laboral y por tanto disminución del sueldo, etc.).

Estas vicisitudes pueden desencadenar una situación de empobrecimiento, conducente a la imposibilidad de hacer frente al abono de la pensión alimenticia, lo cual se traducirá en la necesidad de plantear una demanda de modificación.

Quien presente la demanda vendrá obligado al efectivo cumplimiento de los requisitos exigidos para la modificación por causa de disminución de ingresos

Para lo cual podemos establecer ciertos presupuestos necesarios:

- La disminución de ingresos ha de ser posterior a la sentencia en la cual se fijaran las medidas.
- La disminución debe de tener entidad suficiente y relevante para justificar la modificación.
- La situación no debe tener carácter puntual.
- Las circunstancias que motiven dicha disminución deben ser ajenas totalmente al obligado al pago.
- La disminución debe venir acreditada.

En la demanda habrá de tenerse en cuenta, por un lado, la situación económica en el momento de dictarse las medidas y, por otro, la situación actual. Comparándolas deduciremos si se ha producido una disminución efectiva y a cuánto asciende.

Seguidamente será necesario acreditar que la actual situación no es puntual, y que su origen no se debe a la voluntad del obligado al pago. Recordemos en este punto que el artículo 1.214 del Código Civil señala que la carga de la prueba recaerá en el actor¹⁵.

En referencia a la situación laboral podremos encontrar distintos supuestos, cada uno de los cuales merece estudio aparte en el cual no vamos a entrar.

Simplemente anotamos las diferentes posibilidades:

- Trabajador por cuenta ajena:
 - Cuando el actor sigue en la misma empresa
 - Cuando el actor deja la empresa anterior para incorporarse a una nueva.
- Trabajador autónomo o por cuenta propia.
- El obligado al pago pasa a estar en la situación de jubilado.
- El obligado al pago se encuentra en situación de desempleo.

Artículo 1.214 del Código Civil

En cada uno de los casos mencionados habrá que estudiar de forma pormenorizada las circunstancias en que se produce, así como la documentación justificativa aportada.

Por el aumento de los gastos del progenitor obligado al pago de los alimentos.

En este punto nos centraremos en el incremento de gastos del obligado, sin contemplar la situación en la cual se haya unido sentimentalmente a otra persona, apartado que será objeto de estudio posteriormente.

Hemos apuntado que la situación de cese de la convivencia por lo general va acompañada de un incremento en los gastos, a los cuáles hay que hacer frente, en principio, con los mismos ingresos que se percibían antes.

Si el gasto se deriva de la necesidad de ocupar una nueva vivienda dicha circunstancia es consecuencia obligada de la separación, punto que se tuvo en cuenta en el momento de fijar la cuantía de la pensión.

Es decir uno no puede acogerse al gasto de vivienda, indiferentemente de que se trate de arrendamiento o adquisición, para modificar el importe de la pensión alimenticia pues esta situación de cambio de domicilio obligatorio no supone una circunstancia.

Si la situación deriva del imposible cumplimiento de los pagos de hipoteca o préstamos de la vivienda donde residen los hijos y el cónyuge al cual se le atribuyó la guarda y custodia, habrá que saber si el obligado asumió el pago íntegro del préstamo en cuyo caso vendrá obligado a ello salvo que se produzca un hecho relevante, que será necesario probar fehacientemente.

El obligado al pago contrae nuevo matrimonio o inicia la convivencia marital con una tercera persona.

Tras la sentencia de divorcio cada cónyuge es libre para contraer nuevo matrimonio si así lo desea.

Esto, en sí mismo, no es causa suficiente para modificar el importe de la pensión. Los hijos del anterior matrimonio no tienen por qué soportar las consecuencias que nazcan de esta nueva situación.

En esta tesis coincide la práctica totalidad de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

Por nacimiento de nuevos hijos a cargo del progenitor obligado al pago de alimentos.

Esta causa ha sido tratada de forma distinta por los diferentes juzgados y tribunales. Para posicionarse sobre el tema es necesario analizar los fundamentos empleados por cada tribunal:

- El nacimiento de nuevos hijos no es causa de modificación de las medidas adoptadas respecto del anterior matrimonio.

Los que apoyan esta tesis entienden que el aumento de descendientes no puede venir a perjudicar a los ya existentes. El cónyuge que comienza una nueva relación, y queda claro que lo hace de forma voluntaria, debe asumir las consecuencias que deriven de la nueva situación y no hacer que repercutan en los hijos existentes.

- El nacimiento de nuevos hijos implica una alteración sustancial a los efectos de modificar las medidas que se encuentran vigentes.

- El deber de alimentos del progenitor también es aplicable para con la nueva prole, tanto derecho tienen éstos como los descendientes habidos en el anterior matrimonio.

Esta situación supone una alteración sustancial, lo cual llevaría a la necesaria modificación de la pensión alimenticia en aras a que todos tuviesen idéntica posición, y no pueda darse una situación desigual ni un trato discriminante, favoreciendo a unos en perjuicio de los nacidos con anterioridad.

Entendemos que lo más apropiado sería un estudio pormenorizado caso por caso, sin fijar unos parámetros generales de aplicación universal, atendiendo a las circunstancias que configuran cada situación.

Por aumento de los ingresos del otro progenitor con el que conviven los hijos.

La Obligación de prestar alimentos a los hijos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que convive con la prole. Es uso común que los Convenios reguladores no hagan mención sobre la obligación del cónyuge custodio, pero es evidente que debe contribuir al cuidado de sus hijos, con los gastos que ello implica.

Cuando se establece la pensión alimenticia se tiene en cuenta los ingresos del progenitor que va a permanecer conviviendo con los hijos, y se señala una proporción entre los ingresos de ambos necesaria para cubrir las necesidades.

Dicha proporción puede alterarse cuando aumentan o disminuyen las rentas del progenitor custodio, si la alteración producida supone una variación sustancial puede dar lugar a la revisión de la proporcionalidad originaria.

Señalaremos las situaciones que pueden tener lugar en este caso de incremento de ingresos del cónyuge que convive habitualmente con los hijos:

- Si accede a un puesto de trabajo. Con la obtención de estos ingresos la pensión alimenticia debe revisarse para que guarde la proporcionalidad exigida en los Artículos 146 y 147 del Código Civil. No tendrá la consideración de empleo el trabajo esporádico o temporal, ni la condición de empleado por horas para hacer frente a las necesidades de los hijos a causa de la exigua pensión recibida.¹¹⁶
- Si sus ingresos de trabajo se ven incrementados sustancialmente. Es necesario que se acredite fehacientemente dicha circunstancia para que la pensión alimenticia sea objeto de revisión.

Es decir que de la nueva situación se derive una falta de proporcionalidad entre los dos progenitores.

Artículos 146 y 147 del Código Civil

La cuestión se centra en saber qué ocurre si el mayor de edad deja de convivir en el domicilio familiar, si esto es causa de extinción o no de la pensión.

No hay criterio unánime, hay un sector que opina que será causa suficiente de extinción de la pensión argumentando que la pensión se fijó en atención a la convivencia en el domicilio familiar, si esta circunstancia viene modificada posteriormente lógico es pensar que deba extinguirse esa obligación de alimentos.

En apoyo de esta postura se encuentra el artículo 93.2 del Código civil que señala la fijación de la pensión para aquéllos hijos que conviven en el domicilio.

Otro sector piensa que no es causa de extinción el cese de dicha convivencia, pues ésta es un requisito procesal y la pensión sólo podrá extinguirse si concurre alguna de las causas recogidas en los artículos 150 y 152 del Código Civil.

Quizá la cuestión sería fijar quién recibe dicha pensión, algo que normalmente recibe el progenitor custodio. De mantenerse la obligación lo lógico sería que cambiase el administrador y en su lugar apareciese el hijo emancipado.

No obstante la cuestión no es pacífica y caben situaciones intermedias, como por ejemplo la situación del hijo que estudia en otra ciudad, o el cumplimiento del servicio militar fuera de casa.

Por último señalar que si en el momento de fijar la pensión se hizo por una cantidad global para todos los descendientes el cese de la convivencia de uno implica la revisión para realizar un nuevo estudio de la proporcionalidad con la que contribuirá cada progenitor, valorando de nuevo las necesidades de los hijos y las capacidades económicas de los padres.

c).- Limitación temporal de la pensión alimenticia.

Este punto ofrece diferentes opciones:

No se puede fijar un límite temporal a la obligación económica.

En principio es difícil conocer a priori el tiempo que el hijo va a necesitar alimentos. Éstos se mantendrán en tanto en cuanto persistan las circunstancias en las que se fundamenta la pensión y no se produzca ninguno de los motivos de los artículos 150 y 152 del Código civil.¹¹⁷

Caso de darse unas determinadas circunstancias cabe la posibilidad de establecer un límite temporal a la pensión en hijos mayores de edad.

Quienes abogan por esta postura dicen que la pensión no puede ser incondicional e ilimitada en el tiempo, sólo mientras subsistan las necesidades del descendiente.

Esto hay que ponerlo en relación con el artículo 152 en su apartado 5º el cual señala que es causa de cese la mala conducta o falta de aplicación en el trabajo. Por analogía puede entenderse que la "dejadez" en los estudios puede ser motivo suficiente para la modificación de la pensión. La obligación de alimentos por tanto no es perpetua y sólo se prolongará por un tiempo, estimado como necesario y prudencial.

Ambas posturas pueden aceptarse, pero parece más acertada la segunda, teniendo en cuenta que si las circunstancias del hijo, una vez transcurrido el plazo fijado, permanecen idénticas y reúne los requisitos legales que marca nuestro ordenamiento, la obligación al pago continuará.

d).- Petición de supresión de la pensión alimenticia por la realización de trabajos remunerados por parte del hijo.

Esto se señala como causa de extinción de la pensión en el artículo 152.3º del Código Civil. En ningún momento marca el precepto la cantidad que debe percibir el hijo, ni tampoco señala el tipo de contrato, si fijo o temporal. Ante esta falta de concreción pueden darse diversos supuestos, y entre los más frecuentes podemos reseñar los siguientes:

- Si el hijo no ha terminado el período de formación y de vez en cuando realiza trabajos ocasionales.

Artículos 150 y 152 del Código civil

Se trata de un caso habitual entre los jóvenes de hoy en día que simultanean los estudios con trabajos esporádicos.

La mayoría de tribunales no ven esto causa suficiente para modificar o extinguir la pensión, teniendo además en cuenta que en muchas ocasiones el montante de la pensión no resulta generoso y hay que realizar notables esfuerzos para salir adelante.

El hijo tras haber trabajado y pasar a una situación de desempleo decide terminar su formación.

Si el descendiente se encuentra en esta situación en principio no habría base para modificar la pensión o extinguirla. Sin embargo habrá de tenerse en cuenta en qué punto de su etapa de formación se encuentra, en definitiva si de lo que se trata es de finalizar los estudios para luego poder acceder a un puesto de trabajo mejor cualificado.

El tiempo de formación ha finalizado y el hijo se encuentra desempeñando un trabajo de carácter temporal.

En principio se reputaría como causa de extinción de la pensión al estar recibiendo unos ingresos para cubrir sus necesidades. No obstante y debido a la diversidad de circunstancias concretas y si esas llevan a modificar o no la pensión.

e).- Petición de suprimir la pensión alimenticia si el hijo mayor de edad contrae matrimonio.

Cuando el hijo mayor de edad contrae matrimonio el deber de alimentos que pesaba sobre el padre o la madre se deja sin efecto. Se basa en la presunción de que el hijo que contrae matrimonio y se independiza dispone de medios económicos suficientes ya sean suyos o del cónyuge.¹¹⁸

Hay que señalar que a tenor del art. 144 del Código Civil se altera el orden de prelación en la relación de alimentos, puesto que dicho artículo afirma: "La reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a

Art. 144 del Código Civil

prestarlos, se hará por el siguiente orden: 1º al cónyuge, 2º a los descendientes de grado más próximo, 3º a los ascendientes de grado más próximo.

f).- Petición de suspensión temporal del pago de la pensión alimenticia

Cuando el obligado a prestar la pensión deja de obtener ingresos o dichos ingresos se reducen al mínimo, se suele solicitar la suspensión temporal del pago de la pensión.

Dicha petición no prospera cuando el hijo es menor de edad puesto que la obligación de prestar alimentos es inherente a la patria potestad. Sin embargo si el hijo es mayor de edad la petición puede prosperar a tenor del art. 146 del Código Civil: "La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" y del art. 147 del Código Civil: "Los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos".¹¹⁹

Por lo tanto, cabe que prospere la petición de suspensión temporal de la pensión puesto que el obligado puede verse imposibilitado a prestarla, lo cual es muy distinto a que no desee pagarla.

La diferencia radica en la prueba que acredite la reducción o la falta de ingresos y en la propia solicitud que se refiere a una suspensión temporal no a la supresión definitiva.

Cuando los descendientes se van a vivir con el otro cónyuge.

El progenitor que hasta ahora venía obligado al pago ya no lo estará pues pasa a hacerse cargo de los hijos. Ello implica que el progenitor que ahora ya no ostenta la guarda y custodia deba pagar la pensión.

b.- Cuando ambos tienen la guarda y custodia de unos determinados hijos y éstos van a vivir con el otro

Art. 147 del Código Civil

El aumento de hijos con un progenitor será causa de incremento de la pensión. Para la fijación de la cuantía habrá de tenerse en cuenta los ingresos y gastos de ambos así como las necesidades de los hijos para establecer el nuevo reparto.

c.- Cuando sólo algún hijo cambia de lugar

Si se reduce el número de hijos a cargo se reduce también la cuantía que va a recibir el progenitor custodio, una vez valoradas todas las circunstancias.

Podemos también onotar otras peticiones de modificación de la pensión ALIMENTICIA o a su vez cuales son las razones para que exista la extinción o modificación de las pensiones alimenticias tales como lo voy a detallar a continuación.

1.- Petición de modificación del sistema de cuantía de la pensión.

Normalmente se suele fijar una cantidad fija, aunque siempre hay convenios que estipulan un porcentaje en referencia a los ingresos del progenitor.

Sin embargo esto último puede plantear innumerables problemas ya que la determinación de la cantidad se deja al arbitrio del obligado al pago.

Estos desajustes pueden motivar la presentación de demanda de modificación de la pensión para establecer una cantidad fija, a la que por supuesto se le aplicarán las correspondientes actualizaciones.

En otras ocasiones se establece una suerte de enumeración de gastos que corresponden a las supuestas necesidades del hijo sin más delimitación generando una fuente de conflictos y finalizando en la interposición de la consiguiente demanda de modificación.

Y por último puede plantearse el caso contrario, que se solicite el cambio de la cuantía fija por una proporcional que muchas veces encierra una encubierta intención de reducción.

2.- Petición de modificación de la cláusula de gastos extraordinarios.

Hablamos de gastos que no pueden atenderse con la cuantía de la pensión y que por tanto tiene carácter extraordinario. La norma general es que sean ambos progenitores a partes iguales quienes se hagan cargo de ellos.

Los gastos derivados de sanidad son a partes iguales. En cuanto al resto se puede planear ciertas modificaciones al respecto.

3.- Petición de modificación de la forma de prestar alimentos.

La prestación de alimentos puede realizarse con relación a los mayores de edad bajo dos modalidades: pagando la pensión o bien manteniendo al cargo a los hijos en casa.

Esta dicotomía sólo es posible en mayores de edad.

No hay ningún problema en este caso para plantear una posible modificación en la forma de prestar alimentos.

4.-Petición de modificación de la pensión alimenticia para introducir una cláusula de revisión

Si el convenio no recogió la cláusula revalorización periódica de la pensión debe solicitarse a través del procedimiento de la modificación de la pensión.

5.- Petición del índice de actualización de la pensión.

Normalmente el índice que se toma como referencia es el I.P.C. Sin embargo hay que tener cuidado en este punto. Para interponer una demanda de modificación en este sentido no basta la mera alegación del incremento del sueldo del alimentante en esta proporción sino que además es necesario demostrar que efectivamente su sueldo sufre ese incremento y que está consolidado, es decir, que no es solo durante un año.

6.- Petición de modificación de la pensión alimenticia en el sentido de suprimir su pago cuando el hijo conviva con el progenitor no custodio.

Cuando los hijos pasan más tiempo del estipulado en el régimen de visitas con el cónyuge no custodio suele plantearse una modificación en la cuantía de la pensión en reconocimiento del tiempo que transcurre en convivencia con el progenitor que no tiene la custodia.

Si la estancia con el progenitor no custodio se extiende por grandes períodos de tiempo se podrá solicitar la modificación para adecuarla a las circunstancias reales y las necesidades de los hijos.

Dentro de esta temática también hago una referencia y conceptualización de la extinción de derecho de alimentos que nos ara comprender en si cual es la extinción del derecho de alimentos.¹²⁰

De acuerdo al diccionario de, Guillermo Cabanellas manifiesta: sobre la extinción, es la cesación o cese, es la terminación, la conclusión, la desaparición de una persona, cosa, situación o relación y a veces, de sus defectos y consecuencias también. También dice al referirse a los derechos, que son hechos que cesan o acaban, ya por haberlos satisfecho, por haberlos abandonado o renunciado o por ser ya legalmente exigibles.

Según el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 147 dice: el derecho para reclamar alimentos y percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

Por la muerte del titular del derecho;

Por la muerte de todos los obligados al pago;

Por haber cumplido los dieciocho años o veintiún años de edad él titular del derecho, según lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del Art. 128 C.C, con la salvedad expuesta en el numeral 3 del mismo artículo; Por haber desaparecido las condiciones físicas y mentales que justificaban los alimentos a favor del adulto; Por haberse comprobado conforme a derecho la falta de obligación del prestador, en razón de no existir la relación de parentesco que causo la fijación de la prestación.

Se lo concibe a la extinción como el hecho de dar por terminado, una relación jurídica previamente establecida o formada según las circunstancias del caso. En otros términos equivale a terminar, dar fin, dejar de tener vigencia una relación jurídica, como un contrato; es también abolir una institución, determinar que un derecho ya no exista en lo futuro.

Las dilucidadas palabras se emplean frecuentemente en nuestro Código Civil, y a modo de ejemplo señalo los siguientes artículos: Cesa la curaduría de bienes por la extinción de los bienes (Art. 512 del C.C.); se extingue el fideicomiso por las causas que señala el artículo 776 del C.C.; los usufructos extingue por

Diccionario de, Guillermo Cabanellas

llegar el día o el cumplimiento de la condición prefijados para su terminación (Art. 818 del C.C.); si se extingue patrimonio familiar los bienes volverán al pleno dominio del que lo constituyo o de la sociedad conyugal o los herederos, según los casos (Art. 857 del C.C.); el deudor que pago sin avisar al fiador, será responsable para con este, de lo que, ignorando la extinción de la deuda, pagare de nuevo (Art. 2278 del C.C.); sobre la extinción de la fianza, tratan los Art. 2283 y 2285 del C.C.; se extingue el derecho de prenda por la destrucción completa de la cosa empeñada; o cuando pasa la propiedad al acreedor; o cuando en virtud una condición resolutoria pierde el dominio el que dio la cosa empeñada (Art. 2308 del C.C.); la hipoteca se extingue junto con la obligación principal y por las otras cosas señaladas en el Art. 2336; la prescripción como medio para extinguir las acciones y derechos (Arts. 2414 y 2424 del C.C.); los intereses corren hasta la extinción de la deuda (Art. 2391 del C.C.); la prescripción adquisitiva ordinaria puede suspenderse sin extinguirse, a favor de los incapaces y de la herencia yacente (Art. 2409 del Código Civil).¹²¹

Según, nuestro Código Civil en su Art. 360 dice: los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

Con todo, ningún varón de aquellos a quienes solo se deben alimentos necesarios, podrán pedirlos después, que hayan cumplido dieciocho años, salvo que por algún impedimento corporal o mental, se haya inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarle.

Es relevante indicar que de acuerdo a lo descrito hay alimentos que nunca cesan, pues el obligado tendría que pasar las pensiones alimenticias para toda la existencia del titular de ese derecho, pero el mismo artículo da una excepción, y dice, si solo son inhabilitados de por vida no precluye dicho derecho.

Pero si esas incapacidades para el trabajo desaparecen, lógicamente desaparecería la obligación de alimentarle por parte del obligado por la ley. Con otras palabras la obligación depende del estado físico y mental del alimentario para subsistir de su trabajo, y si no lo puede hacer por sus propios

Código Civil, Art. 360

medios, se entenderá que no es independiente y por ende no será emancipado.¹²²

Según, el Art. 726 del Código de Procedimiento Civil dice: De la providencia que se dicte en estos casos, no se concederá apelación sino en cualquier estado de la causa, el juez podrá revocar el decreto en que se hubiere mandado pagar la pensión provisional.

Podrá también rebajar o aumentar esta pensión, si para ello hubiese fundamento razonable para que se dé efecto devolutivo.

Es decir los autos resolutivos no causan ejecutoria, porque se puede revocar dichos autos en cualquier momento de la causa.

Además vale decir que en una resolución de alimentos se puede proceder con tres incidentes, como el incidente de suba de pensiones alimenticias, el de rebajar las mismas o la extinción de la obligación, procediéndose desde luego mediante un juicio igual, idéntico al que sirvió de base para su tramitación primitiva.

OMISIÓN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

La Supremacía Constitucional es definida como la "doctrina según la cual, las normas de la constitución Nacional prevalecen sobre todas las demás normas.

"Osorio

Jerarquía normativa de la Constitución:

En un estado civilizado como el nuestro, los habitantes deben respetar diferentes tipos de normas: La Constitución Nacional, las leyes nacionales, los decretos, ordenanzas, etc.

Generalmente, este conjunto de normas conviven de manera armónica, sin entrar en contradicciones.

Aunque a veces se dictan norma que son contradictorias entre sí.

Entonces para evitar que existan confusiones, y para que la sociedad sepa cuáles son las normas superiores que prevalecen sobre todas las demás, se establece una gradación jerárquica de las normas.

Art. 726 del Código de Procedimiento Civil,
Osorio.

En dicha gradación jerárquica la Constitución Nacional, se encuentra en primer lugar.

De lo hasta aquí expuesto, surge claramente que todas las normas que se dicten deben responder a lo ordenado primigeniamente en la Constitución Nacional. Y para el caso que no sea así, las mismas serán tachadas de nulas o de inconstitucionales.

Cuando se expresa que la CONSTITUCION de nuestra república es la norma fundamental hacemos referencia a que todo el ordenamiento jurídico de un estado deberá basarse en la misma, y ser compatible.

Los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de la Constitución Nacional, cuya supremacía sobre todas las normas de derecho¹²³ positivo asegura el art. 31 de la misma. Autos: Chantrain, Alfonso. 01/01/47 T. 208, p. 84.

La derogación de un tratado internacional por una ley del congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 de la Constitución Nacional).

INCUMPLIMIENTO A LOS INFORMES PERICIALES

Si hacemos un poco de recuento en lo referente a el incumplimiento de informe periciales, hare algunas puntualizaciones en lo que determina la ley; en el Registro Oficial 737 del 3 de enero del 2003, se publicó el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia que entro en vigencia el 3 de julio del mismo año. Este nuevo código se recoge una serie de elementos vinculados a la situación de los presuntos progenitores.

Uno de los principales informes en materia de alimentos tenemos el de requerimiento de ADN, muy disputado y puntualizado en lo referente a materia de alimentos.

Para lo cual lo hago una breve descripción de este interesante informe realizado en nuestra legislación ecuatoriana.

Constitución Nacional,

1.- El juez conocedor y como garantista de los derechos de los menores de tener la convicción o certeza necesaria de la paternidad o maternidad del demandado o demandada en su caso, es necesario por lo tanto tener elementos de juicio que permitan establecer esto no debe juzgar sin una certeza absoluta sobre la filiación, la única prueba que determina esta certeza es el ADN que nos da una probabilidad mínima de un 99.99%.

2.- El juez dispondrá a petición de parte la realización del examen de ADN del derecho habiente y de la demandada. Queda claro que el único examen indispensable es el ADN entre el presunto padre o madre y el menor de edad con el resultado del examen no solo se fijara la prestación de alimentos, sino también se declara la paternidad legal.

Hay que señalar que se puede realizar el ADN entre el presunto padre o madre y el niño. Nuestro laboratorio prefiere el análisis de los tres ya que se dispone de otros elementos de análisis, aunque se puede hacer entre el presunto padre e hijo con igual calidad y garantía de resultados ya que técnicamente tan solo se necesita aumentar el número de marcadores genéticos analizados para alcanzar la probabilidad mínima de paternidad o maternidad.

3.- La negativa a realizarse la prueba será considerada como presunción de paternidad o maternidad y, así que por lo tanto se declara la filiación legal. Para lo cual son necesarias dos citaciones judiciales para la práctica de la pericia, por lo tanto se puede cumplir cabalmente con este requisito en un tiempo mínimo.

4.- Si el resultado del ADN, en su informe es positivo tendrá que la autoridad competente en este caso el juez, dar la acogida necesaria dentro del proceso, y deberá cumplirse a cabalidad.

5.- Si dicho resultado es negativo, quedara a salvo de acuerdo a las normas pertinentes a la parte demandada la devolución de del daño causado al demandado.

Con todos estos antecedentes antes mencionados, hago un criterio personalísimo ya que lo hago referencia esto por ser un informe muy apreciado discernido, y casi en su totalidad seguro para dar por terminado las contiendas judiciales en materia de alimentos.

En la el incumplimiento de este tipos de informes que lógicamente le he tomado como ejemplo porque también existen otros tipos de informes, que se deben cumplir como también la liquidación de alimentos que es otro informe que bueno también se puede realizar ciertas observación dentro del marco establecido por la ley.

EVASIÓN DE RESPONSABILIDADES.

En capítulos anteriores ya habíamos mencionado cierto tipo de evasión de responsabilidades por los presuntos padres, como también como sus progenitores por lo tanto a este capítulo seremos un poco concretos en quien incumple o evade responsabilidades a su cargo tales como: negativa al reconocimiento voluntario de los hijos

Negativa a la realización de prácticas y muestras de ADN.

La prestación de los derechos de alimentos y los demás derechos susceptibles a los mimos como cuidado, educación y todos los establecidos en Materia de Niñez y Adolescencia, que a cabalidad deberán ser cumplidas v por sus progenitores.

EXISTENCIA DE CASOS INADMISIBLES

Cualquier suceso o acontecimiento, puede ser comunes, inciertos, eventuales, fortuitos, previstos y no previstos, si analizamos previamente en lo referente a los casos **fortuito** podemos decir que son un suceso inopinado, que no se puede proveer ni resistir.

En lo concerniente a los casos **inciertos** el diccionario de Guillermo de Cabanellas página, 47¹²⁴ los define como aquellos casos o sucesos de

¹²⁴Guillermo de Cabanellas página, 47

acaecimiento que puede verificarse, o dejar de acontecer, por defender solo del acaso, y no de la voluntad humana.¹²⁵

Una vez hecho este tipo de definiciones de los diferentes casos podemos antes indicados que también en materia de alimentos también existen casos inamisibles dentro del marco de la ley,

CONSECUENCIAS ECONÓMICAS, PSICOLÓGICAS Y SOCIALES PERJUDICIALES A LOS HIJOS O HIJAS.

Según las normas constitucionales, los tratados y convenios internacionales sobre derechos de niños, niñas y adolescentes tanto en el ámbito público o privado recibirán atención preferente en todos sus ámbitos, a la cual será obligación del estado, la sociedad la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral y aseguraba el ejercicio de sus derechos .

En todos los casos se aplicara el principio y el interés de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los demás, es decir con todos estos antecedentes si alguna persona violentara cualquiera de las disposiciones establecidas en la ley,

También será sujeto perjudicial causante de las situaciones y consecuencias económicas, psicológicas y sociales perjudiciales a los hijos e hijas, una vez confrontada esta realidad si un padre se exime de cumplir con los deberes de protector, esta causara consecuencias de diferente índole, como las antes indicadas, en si traería algunos aspectos en el buen desarrollo del niño

3.1. COMPENDIO ANALÍTICO ORIGINAL.

COMPENDIO DE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL.

Pese a que todos los países del mundo reconocen directa o indirectamente el derecho a los alimentos, el hambre, producida por la guerra, la sequía, las

Guillermo de Cabanellas pág., 47

catástrofes naturales o la pobreza, sigue causando mucho sufrimiento. Y la pobreza, una de las causas del hambre, también es su consecuencia.

El hambre opaca el intelecto y atrofia la productividad, e impide a sociedades enteras realizar su potencial.

En los países en desarrollo las enfermedades relacionadas con el hambre le suman gastos a las familias pobres e incrementan la carga de atención que llevan los miembros saludables de éstas, que ya de por sí luchan por su subsistencia.

Cuando esta dificultad se multiplica por millones de familias en todo el mundo se crea un devastador efecto de propagación que pone en peligro el desarrollo mundial.

En la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996, dirigentes de 185 países y de la Comunidad Europea reafirmaron, en la Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial, "el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre." Además se comprometieron a reducir a la mitad el número de personas que pasan hambre para el año 2015.¹²⁶

Erradicar el hambre no es un mero ideal elevado. Asegurar el derecho a disponer de alimentos adecuados y el fundamental de no padecer hambre es un asunto de derecho internacional, específicamente contenido en diversos instrumentos de los derechos humanos con los que se han comprometido países de todo el mundo.

EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LOS ALIMENTOS

Desde sus inicios, las Naciones Unidas han establecido el acceso a una alimentación adecuada como derecho individual y responsabilidad colectiva.

La Declaración universal de derechos humanos de 1948 proclamó que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a

Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996.

su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación..." Casi 20 años después, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1996) elaboró estos conceptos más plenamente, haciendo hincapié en "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso la alimentación...", y especificando "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre".

Así pues ¿qué diferencia hay entre el derecho a estar protegidos contra el hambre y el derecho a tener una alimentación adecuada? El primero de estos derechos es fundamental. Significa que el Estado tiene la obligación de asegurar, por lo menos, que las personas no mueran de hambre. Como tal, está intrínsecamente asociado al derecho a la vida.

Además, no obstante, los estados deberían hacer todo lo posible por promover un disfrute pleno del derecho de todos a tener alimentos adecuados en su territorio, en otras palabras, las personas deberían tener acceso físico y económico en todo momento a los alimentos en cantidad y de calidad adecuadas para llevar una vida saludable y activa.

Para considerar adecuados los alimentos se requiere que además sean culturalmente aceptables y que se produzcan en forma sostenible para el medio ambiente y la sociedad.

Por último, su suministro no debe interferir con el disfrute de otros derechos humanos, por ejemplo, no debe costar tanto adquirir suficientes alimentos para tener una alimentación adecuada, que se pongan en peligro otros derechos socioeconómicos, o satisfacerse en detrimento de los derechos civiles o políticos.

La relación entre los derechos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales proclamados en la Declaración universal se consideran interdependientes, interrelacionados, indivisibles y de igual importancia.

Para disfrutar plenamente del derecho a los alimentos las personas necesitan tener acceso a la atención médica y la educación, respeto a sus valores

culturales, el derecho a la propiedad privada y el derecho a organizarse económica y políticamente.

Sin los alimentos adecuados, las personas no pueden llevar una vida saludable y activa. No pueden tener un empleo. No pueden cuidar a sus hijos y éstos no pueden aprender a leer y escribir.

El derecho a los alimentos atraviesa la totalidad de los derechos humanos. Su satisfacción es esencial para combatir la pobreza, y está en el centro del mandato de la FAO de asegurar un mundo sin hambre.

CRÍTICA PROYECTIVA.

En efecto, el problema jurídico que ahora se plantea, concierne a saber desde cuándo se causa la obligación alimentaria a favor del hijo, si hubo un juicio de filiación en el que se dictó sentencia acogiendo las pretensiones de la demanda, es decir cuando el padre ha sido vencido.

A nivel teórico, es posible hallar varios momentos para fijar el *di es a quo*, es decir, para determinar desde qué momento se causa la obligación alimentaria.

Tentativamente, podría decirse que el límite inicial de tal obligación podría tomarse desde la concepción misma, desde el nacimiento del alimentista, o la presentación de la demanda de filiación con las variantes referidas a la admisión de dicha demanda o a la notificación de ella-, o desde la sentencia, ya de primera, ya de segunda instancia, o desde que se decida el recurso extraordinario de casación.

Para intentar esclarecer tal debate, vale la pena memorar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la acción de filiación.

Desde el Medioevo, se estableció la posibilidad de que los hijos nacidos fuera de la institución matrimonial pudieran ser reconocidos por sus padres. Sin embargo, ese reconocimiento, que procedía en casos regulados taxativamente, sólo tenía como propósito que el padre pagara alimentos al hijo y nada más, es decir la filiación se decretaba con deliberada exclusión de derechos sucesor.

Lo anterior, precisamente, fue destacado en sentencia de casación de 26 de abril de 1940, en la cual la Corte recordó que "a través del derecho feudal europeo se halla reconocido y consagrado el principio de la libre investigación de la paternidad, como un postulado de derecho natural que inclina fatalmente a los seres a buscar y conocer a sus progenitores.

COMENTARIO SOBRE LOS DERECHOS VULNERADOS.

En el Derecho de familia se ampara la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselos solo. Dicha obligación recae normalmente en un familiar próximo (por ejemplo, los padres respecto de los hijos, o viceversa; aunque también puede ser otro familiar directo).

Cuando un juez, mediante sentencia u otra resolución judicial, obliga al pago de cantidades mensuales por este motivo, se le denomina pensión alimenticia. Por ejemplo, ése es el caso de la pensión que un progenitor debe pagar al otro que convive con los hijos, por concepto de manutención de los mismos, ya sea durante su separación o tras el divorcio, o simplemente porque los progenitores no conviven juntos (por ejemplo, hijos extramatrimoniales de padres que nunca han convivido).

EL DERECHO DE ALIMENTOS.

En este artículo se abordará de forma genérica el importante tema de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, o también, derecho de alimentos. El ejercicio del derecho de alimentos lo vemos manifestado en las pensiones de alimentos.¹²⁷

Esta materia se encuentra regulada, principalmente, entre los artículos 321 y 337 del Código Civil.

artículos 321 y 337 del Código Civil.

Para tener derecho de alimentos o a una pensión de alimentos, se requiere cumplir con tres requisitos copulativos:

Título legal.

Necesidad del alimentario (quien demanda alimentos).

Solvencia del alimentante (obligado al pago de alimentos).

A pesar de que todas las pensiones se someten a una cláusula de revalorización, cuando los hijos crecen las necesidades son mayores.

El Art. 142 del Código Civil fija las partidas que componen el concepto de alimentos. "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."¹²⁸

En el presente caso nos vamos a centrar en los conceptos de habitación y educación.

CONSECUENCIAS NEGATIVAS.

Mi comentario crítico sobre esta materia y al referirme a las consecuencias negativas, que ocurre por la violación de este derecho, como es la prestación de alimentos, los titulares de este derecho sufrirán consecuencias sociales que conllevaran a desestimar la parte psicológica y consigo tendrán que buscar otras alternativas, que conducirán al trabajo infantil, la menores infractores entre otros factores, a quienes podremos definir como consecuencias negativas, para la niñez, o si es el caso de los obligados a prestar alimentos.

Art. 142 del Código Civil

Posteriormente traerá consecuencias negativas psicológicas sociales y morales en la los niños, niñas y adolescentes y todas aquellas que se sientan perjudicados

LA LÓGICA COMO SOLUCIÓN.

La Institución Jurídica de derecho de alimentos en el Ecuador, hace referencia ineludiblemente a los derechos de los niños niñas, adolescentes y todos aquellos que forman parte de los titulares de este derecho, mirando siempre el interés superior de ellos en busca de proteger sus bienes jurídicos prescritos en los dispositivos jurídicos. Por ello, es necesario que intervenga en este punto la lógica y el pensamiento filosófico humanista de los responsables de este derecho.

Desde la lógica jurídica se distingue varios tipos y maneras de prestar alimentos, entre los cuales mencionamos la compartida, sin duda poco apoyada en la legislación nuestra y consiste en que los hijos pasan la mitad del tiempo con cada uno de sus progenitores. Es la más frecuente. Los padres deben compartir no sólo los derechos sobre los hijos, sino también las responsabilidades y obligaciones sobre los mismos; tenemos la separada, aquí podemos definir que los padres una vez separados tendrán el derecho de prestar alimentos cada quien a sus hijos o quienes sean titulares de este derecho; y será de exclusiva responsabilidad hacer la prestación de este derecho bajo las previsiones de ley.

La ley actual tiende a favorecer a los titulares de este derecho de acuerdo a la tabla alimenticia establecido por el consejo de la judicatura a la que el responsable a realizar la prestación de este derecho no demitirá ninguna excusa que conlleva a la negación de este derecho. En otras palabras, hoy la prestación de este derecho a conllevado a una contienda no solo por cuidar a sus hijos, protegerlos, sino que muchos padres o custodios miran la parte económica al obtener la tenencia de sus hijos, pues los padres que no tengan la custodia de ellos están obligados a sufragar cierta cantidad de dinero mensualmente. A más de lo comentado, el padre no custodio pierde la

gratificación del día a día y con ella las responsabilidades que acarrea la paternidad, provocando problemas emocionales en los padres y en los niños.

Es ineludible señalar que la fijación de alimentos será concedida por el juez a través de una resolución es susceptible de modificación, siempre que se compruebe que los derechos y bienes jurídicos del o los niños estén en peligro.

Haciendo un análisis lógico-jurídico de la Institución Jurídica del derecho de alimentos a los Hijos a más de lo antes ya explicado, partimos comentado que este derecho que tienen los padres o consanguíneos para con sus hijos según el caso, debe reunir varios requisitos imprescindibles para que se pueda garantizar en lo posible los derechos de esta minoría de edad. Requisitos que el juez debe observar e investigar, como es el caso del deseo libre y espontánea de tener la tenencia de su hijo, ya que al ser obligado ese sujeto carecerá de amor y responsabilidad para con su hijo; debe estar la tenencia de los hijos alegado del aspecto negociativo, pues no sería factible que por la tenencia se pague un dinero de por medio a la persona que lo va ejercer; además, la tenencia es única, está dirigida a los menores de edad, es un derecho de todos, es decir solo tienen derechos los familiares a falta de los padres y solo es procedente esta institución para los menores de edad como es imperativa para todos con algunas excepciones.

LA IGUALDAD ANTE LA LEY.

Igualdad de todos los hijos, de modo que no sean discriminados cualquiera que sea la circunstancia de su nacimiento, es decir, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.

Supremacía del interés superior del niño, lo cual supone considerar al niño como sujeto de derecho, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme su edad y desarrollo. El Estado y sus órganos debe garantizar estos derechos, adecuando la legislación venezolana y a la Convención de Derechos del Niño.

Toda persona tiene derecho a la identidad, a conocer su origen biológico, a pertenecer a una familia. De este principio surge la posibilidad de investigar la paternidad y maternidad.

IDEA A DEFENDER.

Es necesario comprender que dentro del marco constitucional y legal en nuestro país de acuerdo a la ética y la moral profesional del ser humano nace de esa presunción de defender los derechos de los menores desde un concepto social.

Para ello es indispensable destacar la actuación de los profesionales del derecho.

Y para ello partiremos definiendo quien es el profesional del derecho y su perspectiva social.

LA INTEGRACIÓN DE LAS DEFENSORÍAS COMUNITARIAS.

Para la conformación de estas juntas, debemos precisar que sus integrantes serán personajes respetados en la comunidad, serán docentes de las comunidades, padres de familia, Consejos estudiantiles. Además, integraran las personas con interés y sensibilidad en el tema de derechos de los niños(as) y adolescentes; las personas con sensibilidad, respecto a la problemática de la niñez y adolescencia; las que creen en las capacidades de aquellos grupos más vulnerados y por supuesto tener ganas de aprender siempre.

CAPÍTULO III

3.-MARCO METODOLÓGICO.

3.1. TIPO DE ESTUDIO.

Ilustramos el siguiente tipo de estudio a aplicarse:

a.- POR EL PROPÓSITO.

Aplicada.- Se utilizará este tipo de investigación, porque a partir de ella todos los avances serán utilizados por las partes inmersas en este dilema atendiendo la supremacía de derechos, es decir será aplicada por el administrador de justicia, favorecida a los titulares del derecho de alimentos y atendida por los progenitores que tengan este derecho al conferir legalmente la filiación, dando solución a la problemática planteada.

Cualitativa, es decir este estudio es de tipo cualitativo, porque a través de ella se hizo un análisis minucioso de la forma como administran la justicia en Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar, en cuanto a la correcta aplicación de los derechos de la niñez y adolescencia.

b.- POR EL NIVEL DE ESTUDIO.

Por el lugar.-Se basa en una investigación de campo, porque se lo está realizando en los archivos, en los despachos tanto del Juez Sexto de lo Civil de Bolívar como de la Suscrita Secretaria, del cantón San Miguel, provincia de Bolívar, ya que en ésta judicatura se constató la admisión de libelos de demandas incidentales de rebajas y extinción de alimentos por parte del juzgador, a pesar de existir deudas alimenticia impagas por parte del actor de estas acciones; consecuentemente, con estos actos se vulneran los derechos de la niñez y adolescencia que nace justamente de la filiación conferida por la ley, la misma que debe ser bien cumplida por sus progenitores.

Bibliografía.- La investigación se basó en consultas de libros, revistas, folletos jurídicos, páginas webs cuyos autores se encuentran inmersos en el desarrollo de la temática investigativa, tales como la doctrina y la jurisprudencia relacionadas con este dilema indagatorio en el presente trabajo académico.

c.- POR LA NATURALEZA.

Descriptivo, porque se estudió la admisibilidad de una demanda incidental de rebaja o extinción de alimentos por parte del administrador de justicia, con lo que se prueba que existen vulneraciones de derechos atribuidos a la niñez y adolescencia, ya que se presentan estas acciones a sabiendas de que se deben alimentos a favor del legítimo contradictor; hechos palpables, que desatienden el interés superior de los titulares del derecho de alimentos, atentado el bien jurídico de satisfacción de las necesidades básicas como es la salud, educación, vivienda, alimentación, entre otras, obligaciones que le corresponde a los padres, quienes por la filiación atribuida están obligados a cumplir. Además, se describió otros casos, a través de las encuestas realizadas, la entrevista efectuada a los operadores de justicia como del análisis lógico jurídico de las tramitaciones de estas demandas, todo esto acontecido en la judicatura de San Miguel de Bolívar.

POR EL NIVEL DE ESTUDIO.

Explicativo.- Porque la investigación está dirigida a observar y definir fenómenos para ver la relación que existen entre las variables constituyentes, desde un proceso metodológico a realizar y como se pudo llegar a obtener las conclusiones respectivas.

3.2. METODOS.

Ilustramos la metodología aplicada a esta investigación jurídica:

a. Inductivo.- Es inductivo porque, a través de este método se estudiaron casos particulares, como las deudas alimenticias impagas, la admisión de

demandas Incidentales de Rebajas y Extinción de alimentos, el incumplimiento de las obligaciones de filiación, la determinación de un vacío jurídico en materia de niñez y adolescencia, la existencia de derecho con mayor jerarquía, la vigencia de los derechos de los alimentantes, el análisis de casos, derechos vulnerados, procedimientos para cobrar deudas, formas de justificación de parte de los juzgadores para aceptar estas demandas incidentales, cuyos datos fueron recabados de los libros jurídicos, del archivo del juzgado y de los criterios de los actores directos de este dilema investigativo.

b. **Deductivo.**- Es deductivo, porque partimos identificando las causas del problema motivo de la investigación, para deducir que aquellos dilemas ocasionan la vulneración de derechos de la niñez y adolescencia a causa de la aplicación de la Institución Jurídica Incidental de Rebaja y Extinción de alimentos, incumpliendo las obligaciones que nacen de la filiación, en el contexto nacional. En otras palabras, partimos del problema de la investigación para descubrir las causas del problema jurídico social materia de estudio, determinando a los perjudicados por esta praxis legal y por estas leyes vigentes.

c. **Científico.**- Se aplica este método científico para mi investigación porque se valió de métodos técnicos, como la entrevista, las encuestas aplicadas a los operadores de justicia que avocaron conocimiento de estos hechos atentatorios a los derechos de la niñez y adolescencia, como a las propias víctimas de estos actos in jurídicos.

Método de estudio sistemático de la naturaleza que incluye las técnicas de observación, para el razonamiento y la predicción; ideas sobre experimentación planificada y los modos de comunicar los resultados experimentales y teóricos.

3.3. TECNICAS E INSTRUMENTOS PARA OBTENCIÓN DE DATOS.

Las técnicas aplicadas describimos las siguientes:

Instrumentos a aplicar.

-Como técnica la observación y su instrumento la guía de observación.

- Como técnica la encuesta y su instrumento el cuestionario.
- Lectura científica.
- El estudio de casos.
- Procesamiento de resultados.

a.- La Observación.

Se aplicó esta técnica en el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar, en fechas apropiadas donde se constató con qué facilidad se admitían demandas de toda procedencia, entre ellas la que competen a la institución incidental de rebaja y extinción de alimentos. Además, se observaron casos relacionados al tema en esta judicatura, que servirán de soportes para sustentar mi investigación.

b.- La encuesta.- La encuesta como técnica de investigación es muy importante para recopilar información interpersonal para sustentar mi investigación. Para lo cual se elaboró previamente un cuestionario de preguntas cerradas y selectivas aplicadas a la niñez y adolescencia o titulares del derecho de alimentos, en su defecto a sus representantes legales, que sufren la vulneración de sus derechos al ser ejercido la Institución Incidental de Rebaja y Extinción de alimentos por parte de los padres que aleguen tenerlo. También, se aplicó a los abogados en libre ejercicio profesional del cantón San Miguel de Bolívar; vale indicar, que antes de aplicar las encuestas se realizó una explicación del tema que se investiga, las estrategias que se iban a seguir y las actividades que planteamos a través de la propuesta una vez concluido la etapa de análisis e interpretación.

c. Lectura científica.- Esta técnica se fundamenta en el análisis profundo de los libros fuente de consulta, en la que deducen las diferentes doctrinas, criterios de autores y la jurisprudencia ecuatoriana, que permitió sustentar mi investigación académica y proponer soluciones viables y aplicables al problema en cuestión.

d. Estudio de casos.

Esta técnica de investigación sirvió para el conocimiento, revisión y evaluación de la forma como se administraba justicia, en lo referente a la Institución Incidental de Rebaja y Extinción de alimentos y que derechos se vulneran con la sustanciación de estas acciones; incluso, se determinó quienes son los afectados por estas actuaciones jurídicas. En definitiva, se realizó una investigación exhaustiva del tipo descriptivo para sustentar mi investigación, en base a pruebas documentales pertenecientes al inventario del Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

e.- Procesamiento de resultados.

- 1.- Codificación de datos.- Aquí están incluidos todos los códigos en las encuestas.
- 2.- Análisis estadísticos de resultados.- Se aplicara los procedimientos estadísticos pertinentes para determinar porcentajes.
- 3.- Ambulación de los datos.- Se lo hace a través de determinación de la frecuencia.
- 4.- Graficación de resultados.- Se lo realiza en base a gráficos, para representar los resultados obtenidos en la investigación académica.
- 5.- Comprobación de la hipótesis.- Se lo hace una vez que se revelaron los resultados, determinando si fue posible comprobar la hipótesis planteada al inicio.

4.- UNIVERSO O MUESTRA.

La población universo con la que se va a trabajar esta investigación jurídica, corresponde a la niñez y adolescencia del cantón San Miguel, que fue víctimas de la vulneración de sus derechos amparados en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por parte de los administración de justicia al instante mismo de admitir demandas incidentales de rebaja y extinción de alimentos, al existir deudas impagas por este concepto, en el año 2011; por lo que, contamos con una población de un total de 36 personas, concluyendo que la población con la que se trata es reducida, ya que se probó los sujetos que de alguna forma se vinculan en esta clase de problemática existente en el

presente año por la admisión de estas demandas incidentales. Cabe anotar que por ser una población pequeña, no fue necesario aplicar una fórmula estadística para determinar el tamaño de la muestra o fórmula estadística.

5.- ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

ENCUESTA REALIZADA A JUEZ DE LO CIVIL, ABOGADOS Y USUARIOS DEL CANTON SAN MIGUEL, DE LA PROVINCIA DE BOLIVAR.

PREGUNTA No. 1

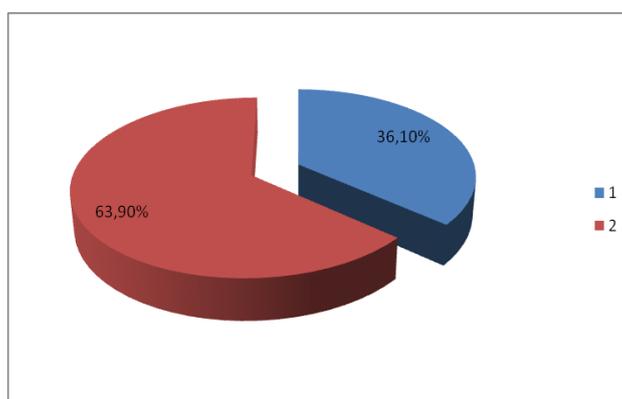
¿Sabe usted en qué consiste un incidente en un proceso judicial?

Cuadro

No. 1

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	13	36,10%
No	23	63,90%
TOTAL	36	100%

Grafico No. 1



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

El 36,10% de los encuestados dicen conocer en qué consiste un incidente en un proceso judicial, mientras que un 63,90% dicen que no conocen en qué consiste un asunto incidental; es decir, la mayoría de los encuestados afirman que desconocen esta clase de asesoría familiar sistémica.

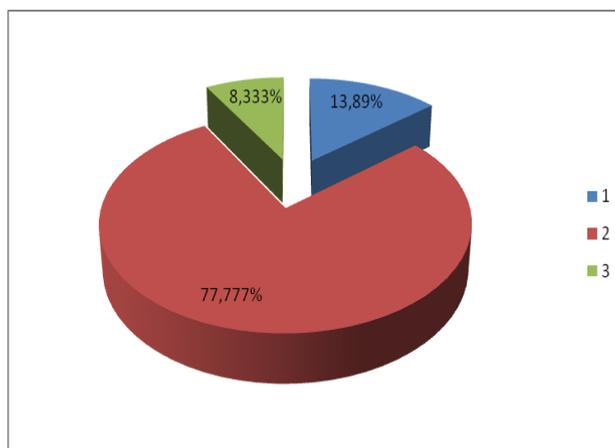
PREGUNTA No. 2

¿La sustanciación de un proceso incidental, beneficia en las resoluciones de los problemas familiares?

Cuadro No. 2

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	5	13,89%
No	28	77,777%
Duda	3	8,333%
TOTAL	36	100%

Grafico No. 2



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

Al respecto un 13,89% de los encuestados afirman que si beneficia económicamente un incidente pero de aumento para resolver problemas familiares, sin embargo el 77,777% de los mismos afirman que no favorece esta clase de juicios para solucionar dilemas familiares; y, tan solo un 8,333% se muestran dudosos en la aplicación de la asesoría antes indicada. Concluyendo que no favorece esta asesoría.

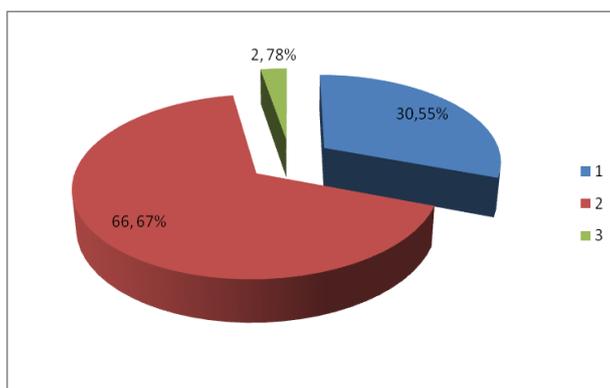
PREGUNTA No. 3

¿El incidente en los procesos judiciales permite resolver problemas relacionados con el derecho de alimentos, específicamente para rebaja o extinción?

Cuadro No. 3

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	11	30, 55%
No	24	66, 67%
Duda	1	2,78%
TOTAL	36	100%

Grafico No. 3



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

Al respecto un 30, 55% de los encuestados afirman que los incidentes procesales en alimentos resuelven problemas familiares, pero el 66,67% de los mismos sostienen que esta clase de incidentes no permite resolver los problemas relacionados con alimentos; y, tan solo un 2, 78% dudan que esta incidencia expresada solucione problemas de alimentos. Se concluye, que la mayoría de los encuestados determinan que los incidentes en un proceso judicial, no soluciona problemas de pensiones alimenticias, en especial cuando se trata de rebaja o extinción.

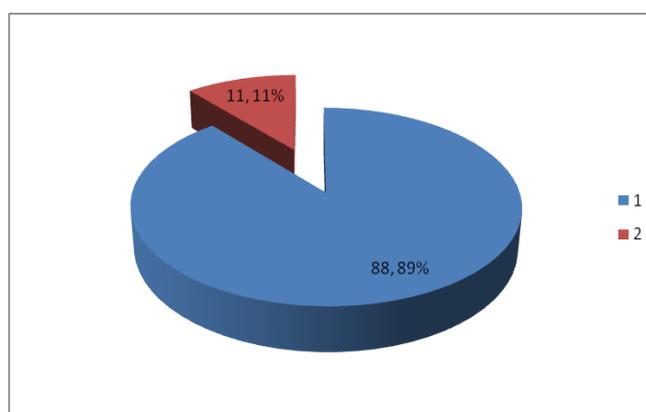
PREGUNTA No. 4

¿Los incidentes en procesos judiciales aplicados a los juicios de alimentos de rebaja o extinción que tienen resolución primitiva, observan cumplimiento de deudas pendientes?

Cuadro No. 4

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
No	32	88, 89%
Si	4	11, 11%
TOTAL	36	100%

Grafico No. 4



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

El 88,89% de los encuestados sostienen que la administración de justicia no observa cumplimiento del pago de valores adeudados en juicio de alimentos, para sustanciar incidentes; sin embargo, el 11,11% de los mismos afirman que esta clase de incidentes procesales si es observado. Es decir, la mayoría de los encuestados dicen que esta clase de procesos incidentales no está siendo observado en los dos procedimientos antes expresados.

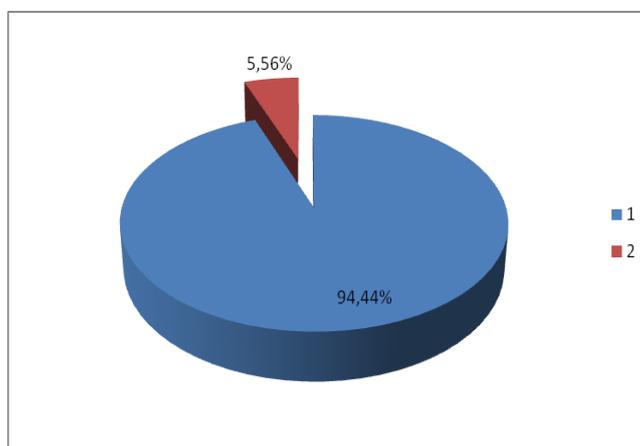
PREGUNTA No. 5

¿El no pago de lo adeudado a las pensiones alimenticias de hijos menores de edad y otros alimentarios, debería ser un impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción?

Cuadro No. 5

ALTERNATIVAS	ENCUESTAS	PORCENTAJE
Si	34	94,44%
No	2	5,56%
TOTAL	36	100%

Grafico No. 5



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN.

Un 94,44% dice que el no pago de lo adeudado a las pensiones alimenticias de hijos menores de edad y otros alimentarios, si debería ser un impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción; un 5,56%, dicen que no debe ser un impedimento.

6.- SUSTENTACIÓN DE LA HIPOTESIS.

La idea es:

¿Cómo el incumplimiento de lo adeudado de las pensiones alimenticias, incide directamente en el impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción?

Para sustentar la misma, nos permitimos hacer una apreciación desde el punto metodológico, cuantitativo - cualitativo porque abordando, creando un discernimiento sobre materia incidental de alimentos, permite aplicar en la práctica diaria medidas coercitivas que hagan efectivo el pago de las obligaciones atrasadas, adeudadas en los diferentes procesos alimentarios, en especial en aquellos cuya pretensión posterior al juicio primitivo sea el de rebajar o extinguir las obligaciones establecidas en contra del alimentante, específicamente, como lo permitirá la reforma al Art. Innumerado 42 del Código de la Niñez y Adolescencia, y que es el proyecto planteado en este trabajo investigativo.

Con los tipos de investigación aplicados, se está orientando a practicar una cultura responsable de manera especial en los sujetos llamados a la prestación alimentaria, al igual que en la administración de justicia, requisito sin el cual no se debe admitir la demanda incidental de rebaja o extinción, vale decir contar con mi propuesta una garantía efectiva para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

Con la población y muestra que está constituida por 1 Juez Civil, 20 Abogados en libre ejercicio, y 15 ciudadanos, ciudadanas, usuarios de la judicatura que conoce y resuelve causas de alimentos, es decir en el Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar, por consiguiente se ha tomado una muestra de 36 personas.

Es así que en esta mi investigación se puede advertir la aplicación de una reforma a la disposición legal del cuerpo de leyes ya expresado, finalidad se garantice el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, para que no se desobedezca el espíritu del principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes.

CAPÍTULO IV

4.1. LA PROPUESTA JURÍDICA.

Título: Proyecto de reforma legal al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, al Art. Innumerado 42.

PRESENTACIÓN.

Esta propuesta básicamente está enfocada a mantener el derecho de alimentos como un fortaleciendo a los deberes indispensables, que de alguna forma no permita la vulneración de los alimentos, especialmente el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, sin importar su filiación ya que atendería los fines esenciales derechos de los menores constantes en la ley civil y el Código de la niñez la Familia y la Adolescencia de nuestra legislación ecuatoriana.

La lógica jurídica debería fortalecer la reciprocidad del deber jurídico de los padres a de aquellos quienes ejerzan esta autoridad, asegurando los demás derechos que les pertenecen , sobre todo el buen estado mental de sus hijos, que a la postre seguirán ejecutando acciones provenientes del hogar, sean ejemplares o no. Inclusive los deberes y derechos que engendra el matrimonio se están escapando de las decisiones privadas, al acatar en muchos de los casos decisiones ajenas a la voluntad de la persona, ya que bien puede la situación económica obligar a los cónyuges a separarse por conquistar los deseados mejores días.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

OBJETIVO.

Formular un texto de proyecto de reforma de ley al Art. Innumerado 42 del Código de la Niñez y Adolescencia.

JUSTIFICACIÓN.

La Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia entra en vigencia mediante publicación en el R. O. No. 643 28 julio 2009 suplemento, su Art. Innumerado 42, en lo que hace relación a los incidentes para aumento o disminución de pensión, determina que Si cualquiera de las partes demostrare que han variado las circunstancias y hechos que sirvieron de base para la resolución que fija la pensión alimenticia, el Juez/a, podrá revisar y modificar la resolución, previo el procedimiento establecido en este capítulo.

Será competente para conocer este incidente el mismo Juez/a que fijó la pensión alimenticia salvo los casos de cambio de domicilio del alimentado.

Esta disposición legal, si bien es cierto permite generar demandas incidentales tanto para aumento como disminución, pero guarda silencio en lo relacionado a lo que se refiere a demandas incidentales de **EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN**, siendo el Art. Innumerado 32 el que hace relación a la caducidad del derecho, específicamente cuando ha desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho (causa 3); pero esto en relación a lo que determina el Art. Innumerado 4, cuando hace referencia en el derecho constante en el No. 2, vale decir hasta los 21 años y con las circunstancias ahí constantes; por otra parte nuestra código en referencia hace notar también el derecho al interés generado por concepto de mora conforme lo determinado en el Art. 31.

No está en discusión lo positivo de esta normativa jurídica que ha generado mucho estudio e interés, pero que lo que **se discute en esta clase de trámites o juicios**, es justamente atendiendo, observando la experiencia vividas durante esta corta vida de dicha reforma, es justamente situaciones reales que han traído como problema el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, que es verdad no son en todos los casos pero que toda norma al tener su excepción, hemos podido notar que el no pago hace que tránsito por ese camino tortuoso para cobrar valores adeudados, y que el foco de problemas es mayor todavía aún, cuando el alimentante en forma desesperada pretende como incidente,

rebajar o extinguir una obligación, aclaro está de que no se trata de asuntos incidentales de aumento, es ahí donde nace la idea de reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, agregando un inciso al Art. Innumerado 42 que recoja justamente esta experiencia, y que será aplicable incluso a los asuntos incidentales de alimentos que se tramitan siguiendo el procedimiento del Código Civil y Procedimiento Civil, es decir en los casos del Art. 108, regla 6, inciso 3 y 726 respectivamente; dicho en otras palabras, la idea es contar con una herramienta legal que provenga de la propuesta para que cuando se pretenda presentar demandas incidentales de los obligados, ora para rebajar, ora para extinguir, deberá estar al día en su obligación, caso contrario no se admitirá a trámite, en especial de los obligados que no tienen dependencia laboral.

DESARROLLO DE LA PROPUESTA.

Como se deja anotado anteriormente, nuestro sistema legal en materia de menores, adolescentes alimentarios, como producto de la Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicada en el R. O. No. 643 28 julio 2009 suplemento, en su Art. Innumerado 42, hace referencia a los tipos de demandas incidentales para aumento o disminución de pensión, cuando han variado las circunstancias y hechos que sirvieron de base para la resolución que fija la pensión alimenticia, se podrá revisar y modificar la resolución, previo el procedimiento establecido para el efecto, pero que esa base incidental no resulta suficiente puesto que en la vida práctica nos hemos encontrado con otras realidades legales, y que específicamente la propuesta es decir que previo a aceptar, admitir una demanda incidental que provengan tanto de rebaja, extinción se debe estar primero a que se cumpla la obligación en todo lo adeudado y con las formalidades de ley, puesto que nos hemos ocupado de ciertos casos que se han aceptado y que de hecho se aceptan demandas incidentales de este tipo sin que se haya cubierto o satisfecho en su totalidad las obligaciones alimentarias y nuestro sistema judicial, por intermedio del juzgador lo ha aceptado, resultado hasta cierto momento inhumano que las madres y representantes legales de su hijos menores de edad, los titulares

mismos ya mayores de dieciocho y menores de veinte y un años, que anden mendigando una orden de apremio personal para hacer efectivo dichos pagos, y que en ciertos casos no son satisfechos, recobrando la libertad el alimentante y burlándose de la justicia, producto del cansancio del titular o su representante legal, o porque ve que la finalidad de la justicia no cumple su objetivo, razón más que suficiente para hacer efectiva mi propuesta, misma que la desarrollo a continuación:

DESARROLLO DE LA PROPUESTA JURIDICA

PROYECTO DE REFORMA LEGAL

TEXTO DE REFORMA LEGAL

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que el Art. 44, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador dice: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las, niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos, se atenderá el principio de interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas;

Que el Art. 45, inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador dice: Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Que, en el Registro Oficial N° 737, de fecha 3 de enero del 2003, se publicó el Código de la Niñez y Adolescencia.

Que, en el Registro Oficial N° 643, publicado el 28 de julio del 2009, se reforma el Título V, Libro II, "Del Derecho de Alimentos" del Código de la Niñez y Adolescencia.

Que el mencionado cuerpo legal reformado, atendió el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N.- 449, de 20 de octubre de 2008, determina que: “El más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”;

Que el CAPITULO II, de la Ley Reformatoria al Libro II, Título V de Código de la Niñez y Adolescencia, determina el procedimiento para la fijación y cobro de pensiones alimenticias y de supervivencia.

Que el Art. Innumerado 34 de la reforma legal al Libro II, Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, respecto al juicio de alimentos determina el procedimiento o ritualidad a darse en los juicios de alimentos, siendo el de especial.

Que la reforma en mención no contiene una norma jurídica respecto al procedimiento incidental para disminución, extinción de pensión alimenticia que asegure el ejercicio pleno de derechos y se atienda el principio de interés superior en el procedimiento especial de alimentos tanto proveniente del Código de la Niñez y Adolescencia como del Código Civil y Procedimiento Civil;

Que el Art. 120, No. 7 de la Constitución de la República dentro de las atribuciones y deberes, le corresponde a la Asamblea Nacional expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

En tal virtud, en uso de las facultades constitucionales y legales expide la siguiente.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Art. Único.- El texto del inciso tercero del Art. Innumerado 42, de la Ley Reformatoria al Libro Segundo, del Título V del Código de la Niñez y Adolescencia, dirá: No se admitirá demanda incidental alguna que provenga por concepto de disminución, extinción de pensión alimenticia, si no constare de autos, razón actuarial de satisfacción total de la obligación impuesta o contraída por el alimentante. Esta disposición legal, no será considerada como denegación de justicia.

Art. Final.- La presente Ley Reformatoria entrará en vigencia desde su publicidad en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, distrito Metropolitano en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador, a los..... Días del mes de..... El año 2011.

F) Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente

F) el Secretario General.

VALIDACION DE LA PROPUESTA.

Con la propuesta evitamos que se siga vulnerando derechos de los alimentantes como producto del proceso generado proveniente de una disposición reformativa pero que tiene que ser validada por los justiciables en general y fundamentalmente por los administradores de justicia, si bien es cierto el juicio especial proveniente de la tramitación del juicio primitivo, en materia incidental refiere solamente a causas de aumento o disminución, y guarda silencio en lo atinente a extinción.

El contenido del Artículo reformativo y que es materia de propuesta como se deja dicho permitirá mayor viabilidad procesal en estos casos específicos, aumento, extinción de alimentos, haciendo efectivo los principios constitucionales como los principios rectores consagrados para la administración de justicia.

Con la propuesta se valida el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, es decir de los titulares de derechos, ya que en el procedimiento actual se han observado, evidenciado casos incidentales especialmente de extinción que han sido aceptados, tramitados, resueltos, no han cumplido con la obligación adeudada.

Valida nuestra propuesta porque a pesar del querer salvar el sistema judicial, nos vemos inmersos que dicho cambio en esta jurisdicción no ha llegado, puesto que existen todavía causas represadas. No hay trámite, no hay debida diligencia, pero celeridad procesal.

CONCLUSIONES.-

1.- La investigación objeto de tesis, es de suma importancia, da respuesta a nuestro Derecho Social, en especial al Derecho de los titulares del derecho de alimentos, considerando que el Ecuador es un estado de derechos y justicia.

2.- Frente a un hecho de reclamación de derecho en materia incidental de alimentos, es importante hacer efectivos esos derechos, para que no quede en la impunidad obligaciones reclamadas y sujetas a cumplimiento.

3.- A las demandas incidentales hay que entenderlas como una necesidad proveniente tanto de sujetos titulares de derechos alimentarios, como de los sujetos llamados a la prestación de este derecho; y que las obligaciones producto de dichos derechos, sean cumplidas a cabalidad, y no se mancille o vulnere derechos so pretexto de ejercer un derecho de caducidad, o de rebaja del mismo.

4.-En definitiva, esta investigación tiene por finalidad dar respuesta a la vigencia de una ley reformativa, mediante un proyecto de ley reformativa que ayude a funcionar, operar en el quehacer de la actividad pública de justicia.

RECOMENDACIONES:

1.- Brindar un aporte al sistema de administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar en materia de Niñez y Adolescencia, Civil, Procesal Civil con este trabajo de investigación para generar viabilidad en los procesos incidentales.

2.- Establecer un proyecto de reforma legal en el procedimiento oral especial del juicio de alimentos que en la práctica permita ubicar en sus tramitaciones criterios tendientes a mejorar nuestro sistema procesal.

3.- Permitir que el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes y más titulares de derechos cumpla su objetivo fundamental, hacer justicia eficaz.

4.- En la aplicación de los procedimientos incidentales de alimentos se cumpla con el principio de legalidad.

5.- Como la Ley Constitucional es garantista de derechos, a su vez establece obligaciones a las personas, resulta importante que la administración de justicia del cantón San Miguel de Bolívar en materia de Niñez y Adolescencia, al igual que en materia Civil, Procesal Civil, se beneficien de este proyecto de reforma legal, que es la propuesta de tesis, misma, que debe ser acogida para conocer, tramitar y resolver los procesos provenientes de las acciones incidentales en materia de alimentos.

BIBLIOGRAFIA.

AGUIRRE VELASCO, María del Rosario, Divorcio Contencioso, Editorial Jurídica L y L, Ecuador.

ANBAR, DICCIONARIO JURIDICO, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1997, Cuenca- Ecuador.

BOSSANO, Guillermo, Evolución del Derecho Constitucional, 4ª. Edición, Quito-Editorial Universitaria, 1985.

CABANELLAS DE TORRES Guillermo.- Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, decimoquinta Edición, Argentina 2001.

CARVAJAL FLOR, Paul, Fallos Contradictorios de la Corte Superior de Justicia, Riobamba-Ecuador, 1988.

CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009 Quito-Ecuador.

CODIGO NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009 Quito- Ecuador.

CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009 Quito- Ecuador.

CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009 Quito- Ecuador.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.- Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial No. 449, 20 de Octubre 2008. Ecuador.

DRISKILL, Editorial ENCICLOPEDIA OMEBA Tomos, V, VI, VII, VIII, XI, XXVI, Buenos Aires Argentina 1977.

ESCRICHE, Joaquín, “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Tomo I, Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1987, Cuenca-Ecuador.

ESPINOZA, M. Galo, “Vocabulario Jurídico”, Instituto de Informática Legal, Vol. I y II, 1987, Quito Ecuador.

FALLOS, Juzgado Sexto de lo Civil de Bolívar.

GARCÍA FALCONÍ, José C., Disolución de la Sociedad Conyugal y de Terminación de la Unión de Hecho, Primera Edición, Quito-Ecuador.

GARCÍA FALCONÍ, José C., manual de Practica procesal, Segunda Edición, Quito-Ecuador, 1992.

LARREA HOLGUIN, Juan.- Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana en Derecho Civil, tomo, II, III, IV, Ecuador.

MARTÍNEZ, Oyarte Rafael, Curso del Derecho Constitucional, Tomo I, II, Fondo Editorial, Fundación Andrade y Asociados, Quito-Ecuador.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio, Manual de psicología jurídica.

NARANJO OCHOA, Fabio, Curso de derecho Civil, Personas y Familia Divorcio, Editorial Jurídica de Colombia, 1986.

PACHECO Máximo, Los Derechos Humanos: Documentos Básicos, ed. Santiago, Editorial Jurídico de Chile, 1992.

PÉREZ ANDA, Augusto, El Divorcio en el Ecuador, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito-Ecuador, 1954.

RESTREPO URIBE, Liborio, Matrimonio, Divorcio y Concordato.

SANCHEZ, ZURATY, Manuel, "Diccionario Básico del Derecho", Tomos I, II, 2da. Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, 1993, Quito-Ecuador.

ANEXOS

ANEXO

MODELO DE ENCUESTA UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR



ENCUESTA DIRIGIDA A:.....

Señor (a) Encuestado (a).

Con los debidos comedimientos, solicito se sirva responder con una X en la respectiva casilla, las preguntas que se expresan, las mismas que permitirán el desarrollo de la investigación que me encuentro realizando, cuyo tema es: EL INCUMPLIMIENTO DE LO ADEUDADO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS, COMO IMPEDIMENTO PARA GENERAR UN ICNIDENTE DE REBAJA O EXTINCIÓN.

PREGUNTA No. 1

¿Sabe usted en qué consiste un incidente en un proceso judicial?

SI ()

NO ()

PREGUNTA No. 2

¿La sustanciación de un proceso incidental, beneficia en las resoluciones de los problemas familiares?

SI ()

NO ()

DUDA ()

PREGUNTA No. 3

¿El incidente en los procesos judiciales permite resolver problemas relacionados con el derecho de alimentos, específicamente para rebaja o extinción?

NO ()

SI ()

DUDA ()

a

PREGUNTA No. 4

¿Los incidentes en procesos judiciales aplicados a los juicios de alimentos de rebaja o extinción que tienen resolución primitiva, observan cumplimiento de deudas pendientes?

SI ()

NO ()

PREGUNTA No. 5

¿El no pago de lo adeudado a las pensiones alimenticias de hijos menores de edad y otros alimentarios, debería ser un impedimento para generar un incidente de rebaja o extinción?

SI ()

NO ()

Cordialmente,

Ángel Serafín Cajo Arana