

1. **TEMA: LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES Y LOS PRINCIPIOS PROCESALES FRENTE AL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL JUICIO DE ALIMENTOS CONTROVERTIDOS PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

2. **INTRODUCCIÓN**

Muchas garantías constitucionales y principios procesales se ven afectados por la mala utilización del principio del interés superior del niño, puesto que a todo nivel este principio ha sido utilizado para justificar desatinos en todo campo.

Para que se asegure el fin principal, que es el interés superior del niño se debe respetar las garantías constitucionales y los principios procesales, puesto que al respetar estas garantías y principios, la paz, el buen vivir familiar, y sobre todo la protección a los menores serán alcanzados con mayor amplitud.

Para que el interés superior del niño sea efectivo, debe ir acorde con el respeto absoluto de las garantías constitucionales y principios procesales, puesto que si uno de ellos se quebranta, a la postre será difícil que el otro se perfeccione en su totalidad; por tal razón, no es adecuado tratar de jerarquizar un principio sobre otro, lo correcto es que ambos principios vayan paralelamente.

Si se empieza a crear legislación incompleta y jerarquización de derechos lo único que vamos a conseguir una sociedad inconforme, inestable y sin seguridad jurídica.

El interés superior del niño debe ser invocado y aplicado como parte de las garantías constitucionales en el contexto normativo.

Es erróneo decir que es preferible el menoscabo de derechos de un grupo de la sociedad a otro, aun cuando sea igual de vulnerable; cuando lo adecuado es saber establecer en reglas claras, equitativas y justas para que todos los que intervienen en un proceso judicial se sientan satisfechos o por lo menos conscientes que se ha respetado el debido proceso.

3. **JUSTIFICACIÓN**

Este tema que me propongo desarrollar es controvertido y ha causado preocupación social, jurídica y política en nuestro país. El problema se origina por la falta de un correcto estudio, análisis, justificación y aplicación del principio del interés superior del niño.

Se ha visto en el ejercicio de la profesión del derecho, en los campos público y privado, una vulneración de derechos tanto de los obligados a prestar alimentos como de los beneficiarios de las pensiones alimenticias. La aplicación incorrecta afecta al seno del hogar en todo aspecto, la paz, la armonía y la economía familiar; ya que para toda sociedad la base fundamental de su estructura se encuentra en el núcleo familiar.

La incidencia jurídica de este tema se da a consecuencia de que en el mundo del derecho se pueden observar varias inconsistencias, por una incorrecta elaboración legislativa y por la inadecuada aplicación de los principios procesales que deben regular en el juicio de alimentos como en cualquier otro proceso judicial.

Por tal razón el presente trabajo investigativo abarca los antecedentes, causas, respuestas y posibles soluciones al inadecuado sistema procesal en este tipo de juicio.

El objeto es proponer un cambio en todo aspecto, tanto legislativo como en el sistema procesal judicial, en este segundo objetivo me interesa enfocarme con más detalle puesto que es nuestro campo de acción en el ejercicio profesional del abogado.

Este tema es de particular interés para mí, porque desempeño las funciones de Ayudante Judicial Uno en el Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia, y puedo constatar, día a día, como son quebrantadas las garantías constitucionales y principios procesales por la mala utilización del principio del interés superior del niño por parte de las partes procesales y de los operadores de justicia.

CAPITULO I

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS PROCESALES

1.1. El interés superior del niño

1.1.1. Origen, evolución y concepto del “interés superior del niño”

El principio del interés superior del niño tuvo su origen en el ámbito internacional, aparece como producto del uso constante en varias legislaciones nacionales, tanto en los sistemas basados del Common Law como en los de Derecho Romano. ...*En los distintos ordenamientos recibe similares denominaciones; así, en el mundo anglosajón acoge el nombre de “best interests of the child” o “the welfare of child”;...*¹

El reconocimiento de derechos y principios en favor de los menores fue de crecimiento gradual, desde la etapa que no eran sujetos de derecho como tal, sino que sus derechos eran exigidos y practicados por sus padres; puesto que los asuntos derivados de menores eran manejados y resueltos exclusivamente en el núcleo familiar, totalmente fuera del ámbito público y jurídico, ya que se los trataba solo como sujetos de protección.

A medida que pasa el tiempo, a los niños se les van reconociendo derechos y se vuelven de preocupación colectiva, puesto que se empieza a entender que son el presente y futuro de cada sociedad, por lo que merecen un mayor cuidado por ser un grupo vulnerable, en razón de su edad, dando lugar a que muchos de sus asuntos pasen al plano judicial; esto se ve reflejado que en los sistemas jurídicos nacionales.

¹ Cfr. CABRERA VELEZ, Juan Pablo; Interés Superior del Niño; Editorial Jurídica Cevallos; Quito; Enero 2010; p. 40.

...el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres...²

En un principio las cuestiones de menores eran reguladas por el derecho civil o de familia, ya que se pensaba que éstos al carecer de voluntad relativa o absoluta en razón de su edad, sus derechos tenían que ser exigidos y hasta renunciados por un representante; con el tiempo se fueron creando normas especializadas que regulan los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Se podría decir que este principio tuvo sus orígenes en la Declaración de Ginebra de 1924, con frases que solo recalcan la importancia de los derechos de los menores; expresamente plasmado en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, pero concretamente más desarrollado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, ...³

El “interés superior” nace con la finalidad de dar protección a grupos de la sociedad que no se encuentran efectivamente protegidos social o jurídicamente por circunstancias particulares de su vida, que les impide el acceso a estos mecanismos de protección por ellos mismos, y uno de estos grupos son los niños, niñas y adolescentes.

² El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, a las 13h42.

³ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, a las 13h42.

Este principio es muy utilizado en diversas legislaciones, dirigido a salvaguardar la protección efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes, determinando límites a la sociedad y el Estado, en lo concernientes a decisiones de políticas públicas y judiciales de las respectivas autoridades, frente a amenazas o vulneraciones de sus derechos.

Por lo general se considera que este principio es una directriz indeterminada y de múltiples interpretaciones tanto en el campo social como jurídico, por lo que no ha sido posible dar un concepto uniforme.

La concepción del “interés superior del niño”, inviste un compleja circunscripción, ya que se trata de un código difuso con un alcance total; que en teoría debe aplicarse cuantas veces favorezca al menor y que además, posee orden de prevalencia frente a cualquier otro derecho que se coteje. Haciendo mención a la creación del principio, se puede apuntar en términos generales, que con su institución, se ha buscado fundar en el contexto mundial el verdadero poder del menor para reclamar la satisfacción de sus derechos y necesidades esenciales.⁴

Tomando en cuenta que este concepto de “interés superior” varía de sociedad a sociedad como son los mismos sistemas jurídicos de cada país, por la misma diversidad socio cultural que existe en cada uno de ellos, se puede explicar que este es el motivo principal de el porqué no se ha llegado a consolidar una definición de “interés superior del niño o del menor”; y a la vez se puede decir que a medida que se van desarrollando los derechos de los niños, también va evolucionando el principio del interés superior de los menores.

Cabe recalcar que los derechos de los niños también son parte de los derechos humanos, por lo cual, estos cada vez se vuelven más aceptados a nivel internacional, conllevando que los principios se vayan convirtiendo en análogos a nivel mundial; ya que los derechos humanos son el sustento socio político de todo gobierno democrático actual.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas

⁴ Cfr. CABRERA VELEZ, Juan Pablo; Interés Superior del Niño; Editorial Jurídica Cevallos; Quito; Enero 2010; p. 23.

*no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos de protección.*⁵

Al interés superior de niños, niñas y adolescentes se lo debe comprender según el espacio, tiempo y lugar en el que nos encontremos.

Para poder entender, ampliamente, el concepto de interés superior del niño, se lo debe tomar desde la idea de todos los derechos, deberes y principios a favor de los menores en forma conjunta y sistemática, consagrados en las legislaciones nacionales e internacionales, a fin de darles una protección integral y efectiva igual que el resto de personas. *“El principio del interés superior del niño o niña, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible.”*⁶

Pero si no se enlistara los derechos de los niños, niñas y adolescentes en legislaciones nacionales e internacionales, se puede llegar a pensar que el interés superior del niño es la recopilación de todos ellos y que podría ir más allá que una simple compendio de derechos.

Al tener una gran gama de derechos consagrados a favor de los niños no se podría alegar que existe una ambigua concepción o múltiple interpretación del interés superior del niño, que podría usarse como pretexto para incurrir en la discrecionalidad sin respaldo jurídico o extrajudicial, en contra de la seguridad jurídica que debe dar primordialmente un Estado civilizado.

Por lo que me parece muy acertada la corta explicación de Miguel Cillero Bruñol en su obra “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” con respecto a lo mencionado en el

⁵ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, a las 13h42.

⁶ Derechos Humanos de la infancia, México, http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm, p. 1, acceso 13 de diciembre del 2010, 20h00.

párrafo anterior, que dice: “...De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos...”⁷

En el caso de existir una colisión de derechos, este principio podría dirimir la prevalencia de uno sobre otro, pero esta prevalencia solo se daría en el supuesto de que no se pueda satisfacer ambos derechos conjuntamente.

Los derechos de los niños no están sujetos a condición alguna y son aplicables para todos por igual, son derechos y a la vez garantías frente al actuar del Estado y la sociedad en su conjunto.

*Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación completa. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.*⁸

El interés superior está también dirigido a las políticas públicas y no solo en plano jurídico, ya que muchas de las veces los derechos están consagrados en las normas jurídicas pero son ineficaces o vulnerados en la realidad.

La función primordial del interés superior es orientar a las autoridades para que sus decisiones garanticen el pleno goce y protección de los niños, al existir un vacío legal para una determinada situación o legislativa cuando no exista norma expresa, pero esto no significa que esos vacíos sean llenados sin ningún sustento conforme a Derecho, sino que deben ser complementados con el conjunto sistemático de derechos reconocidos a los niños en el ordenamiento jurídico.

Para la Corte Constitucional de Bogotá en Colombia en su Sentencia C-273 del 2003 dice: “...el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o

⁷ MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA, PROVINCIA CHUBUT – ARGENTINA, <http://defensachubut.gov.ar/?q=node/2321>, ingreso 01/02/2012.

⁸ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, 13h42.

más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa.”⁹

El principio tiene su razón de existencia mientras existan derechos a los cuales precautele su protección y eficacia, y mientras existan sujetos de derechos que sean titulares de estos.

El interés superior de los niños es el límite para el extremo paternalismo social.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permitan oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que reflejaban su idoneidad...¹⁰

Al contrario es el complemento para la toma de decisiones (no autoritarias) en vacíos legales y punto dirimente en los casos de colisión de los derechos de menores con otros para su protección y eficaz vigencia.

1.1.2. El interés superior del niño en Convenios Internacionales

Es necesario recalcar que en el Art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, determina que niño es el que se encuentra comprendido entre los 0 y 18 años incompletos, a fin de evitar que se reste importancia por un tema de edad, al conjunto de derechos consagrados a favor de los menores.

c.) Niño.- Palabra con que se limita al ser humano, que se halla en un período comprendido entre la natalidad y la adolescencia; entendiéndose universalmente que la edad para ser considerado adulto es la de edad de 18 años. Plenamente aceptado para el estudio, en las

⁹ Corte Constitucional Bogota – Colombia.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28340>, acceso 27 de junio del 2011.

¹⁰ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, 13h42.

veces que esta noción se establece en la C.S.N., artículo 1: “Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad..” Bajo la premisa de esta norma, se puede entrever que los adolescentes se suman a la directriz, pese a ser un grupo diferenciado a base de su edad y necesidades. En tal sentido, usar esta palabra es un evidente error lingüístico, ya que niño y adolescente son dos palabras disímiles, con las que se identifica a humanos de diferente edad. Por lo que se recomienda utilizar la calificación de “menor” en lugar de “niño”.¹¹

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño da una nueva concepción al interés superior del niño en su artículo tercero, dándole un carácter de norma fundamental o principio rector, orientado no solo al plano judicial sino también en el aspecto de políticas públicas, dirigido a crear una sociedad respetuosa y de igualdad entre todas las personas que la conforman, puesto que la convención es el resultado de la interacción de las diferentes sociedades y marcos jurídicos existentes.

Para tener una mejor visión de lo antes expuesto transcribo el artículo tercero de dicha convención que dice:

Art. 3.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se aseguran de que las instituciones, servicios e instalaciones responsables del cuidado o la protección de los niños se ajusten a las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número e idoneidad de su personal y supervisión competente...¹²

Lo que da entender el articulado transcrito, en concordancia con los artículos 2, 4, 5 y 12 del mismo Instrumento Internacional, es que no son simples derechos reconocidos a los menores sino también garantías dirigidas a la exigencia de justicia por parte del Estado y la colectividad; como son la no discriminación, efectividad de

¹¹ Cfr. CABRERA VELEZ, Juan Pablo; Interés Superior del Niño; Editorial Jurídica Cevallos; Quito; Enero 2010; p. 21.

¹² Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, artículo 3.

protección de derechos y participación en su actuar socio político con respecto de temas que les concierne.

El numeral 1 del Art. 3 da un gran avance, al establecer límites a las decisiones emitidas por todo tipo de autoridad pública o privada, a fin de que estas sea apegadas al interés superior de los menores, cuando se trate de temas en los que se vean involucrados sus derechos o intereses; de esta manera estableciendo un grado de prioridad a estos mismos derechos e intereses en la toma de decisiones.

Algo muy importante que menciona el numeral 2 del Art. 3 es que no solo conmina a respetar los derechos de los menores a las autoridades administrativas, judiciales, públicas o privadas, sino que está dirigido hasta las autoridades más altas del Estado como es la función legislativa.

Pero la Convención al dar un ámbito tan grande de interpretación sin un límite normatizado, que puede dar apertura que las diversas autoridades tomen este principio como excusa para tomar decisiones arbitrarias.

El Convenio al reconocer a los niños como personas con todos los derechos humanos inherentes que les corresponden, más los propios de su edad, da un sentido y alcance básicos al interés superior del niño, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución Política del Ecuador.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad...¹³

Pero el Convenio no solo se limita a establecer el interés superior del menor, sino que establece específicamente qué derechos tienen los menores, dejando a salvo los derechos que se puede ir alcanzando a medida que va desarrollándose la humanidad.

¹³ Constitución Política del Ecuador del 2008, artículo 45.

La Convención fue el momento oportuno para el adelanto de la idea de los niños, niñas y adolescentes con respecto a la familia, el Estado y sus políticas públicas, para que sus derechos y deberes sean tomados en cuenta al momento de decisiones públicas y judiciales. También actúa como una directriz a seguir por el Estado y la sociedad para el reconocimiento de los derechos de los menores. *“La convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de las personas.”*¹⁴

Algo importante que abordó la Convención y que fue una nueva visión del interés superior es que mencionó medios de participación de los menores en la sociedad, a fin de que sean escuchados directamente sin intermediarios, tal como lo manda el numeral 1 del artículo 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

*1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.*¹⁵

También reguló los conflictos que se podrían originar por el incumplimiento de derechos o garantías, y cuando se produce la duda entre la prelación entre derechos atribuidos a menores o con derechos de adultos, a fin que la autoridad correspondiente tenga en cuenta el interés superior de niños, niñas y adolescentes. *“La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.”*¹⁶

El interés superior de los menores también fue plasmando en varios instrumentos internacionales en diversas materias relacionadas con la familia, por

¹⁴ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, 13h42.

¹⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, numeral 1 del artículo 23.

¹⁶ El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol, http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, 13h42.

ejemplo en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el artículo 5 literal b) y artículo 16 literales d) y f).

El literal b) del artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dice:

*...b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de la madres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos...*¹⁷

Los literales d) y f) del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dicen:

*...d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;...*¹⁸

*...f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;...*¹⁹

Por lo que se puede observar que el interés superior del niño es considerado y tomado en cuenta en el ámbito del derecho internacional público.

1.1.3. El interés superior del niño en la Constitución y en el Código de la Niñez y Adolescencia

La Constitución del Ecuador ratifica en su mayor parte todo lo contemplado en la Convención sobre los derechos del Niño. *En resumen la Constitución ecuatoriana del 2008 reitera lo establecido en la Convención sobre los derechos del Niño ...*²⁰

¹⁷ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, literal b) del artículo 5.

¹⁸ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, literal d) del artículo 16.

¹⁹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, literal f) del artículo 16.

²⁰ Cfr. CAMAPANA, Farith Simon; Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”); Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación; p. 452.

A fin de evitar múltiples interpretaciones o discrecionalidades el principio del interés superior del niño debería ser definido precisamente y establecer requisitos concretos para su utilización dentro de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado en los que se procura dar una mejor protección a los derechos de los menores.

El interés superior del niño está consagrado textualmente con claridad en el primer inciso del Art. 44 de la Constitución Política del Ecuador, que dice:

Art. 44.- 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 al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.²¹

Juan Pablo Cabrera Vélez con respecto al desarrollo integral dice lo siguiente:

Una palabra clave utilizada en la norma expresa es “desarrollo integral”, haciendo mención al desenvolvimiento del menor en el plano físico y emocional, desarrollo que se encuentra circundado por múltiples aspectos sociales; esta expresión ha sido utilizada por la Constitución para estructurar una norma primaria, que ha tratado de contener todos estos factores en las políticas nacionales del Estado, por tanto, la norma se consolida como una estrategia garantista, a favor del desenvolvimiento de los menores en los varios aspectos de su vida diaria.²²

La prevalencia de derechos depende del grado de prioridad que da cada ordenamiento jurídico a los grupos vulnerables que integran la sociedad de un país, y esto se puede ver más reflejado cuando los recursos del Estado son escasos para satisfacer a cada uno de estos grupos vulnerables.

Los niños, niñas y adolescentes están considerados como un grupo vulnerable de la sociedad, de conformidad con el artículo 35 de la norma suprema que dice:

²¹ Constitución Política del Ecuador, artículo 44.

²² Cfr. CABRERA VELEZ, Juan Pablo; Interés Superior del Niño; Editorial Jurídica Cevallos; Quito; Enero 2010; p. 67.

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.²³

La protección de los derechos de los menores debe ir acorde del Interés Superior de Niño y la doctrina, conforme lo dispone el artículo 1 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Art. 1.- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.²⁴

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de derechos, tal como lo contempla la misma Constitución, significa que garantiza a cabalidad los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas y limita el poder del actuar estatal, abriendo un abanico que asegura que otros principios y derechos derivados de estos mismo sean respetados obligatoriamente; por lo que toda autoridad debe garantizar, acatar y hacer cumplir los derechos consagrados en la Constitución y las leyes, de conformidad con el Art. 76 numeral 1, en concordancia con el Art. 83 numeral 1 de dicha norma suprema. De esta manera el interés superior del niño deja de ser una utopía socialmente anhelada, para ser un principio que garantiza la vigencia y protección de los derechos de los menores.

Debemos tener presente que toda norma jurídica y principio del derecho encuentra su validez en el ordenamiento jurídico cuando se encuentran acordes a la norma suprema del mismo, en el caso de los Estados que tienen un sistema escrito sería su constitución política, por lo cual, la verificación de esta concordancia con la

²³ Constitución Política del Ecuador, artículo 35.

²⁴ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 1.

norma superior es obligación del legislador al crear las diferentes normas y principios del sistema jurídico.

Esto se ve contemplado en el artículo 424 de la Constitución que dice: “...Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica...”²⁵

Esta verificación no solo se da en base de las normas inferiores con respecto con la norma suprema, sino que esta concordancia se debe dar entre las mismas normas y principios de la misma Constitución.

El principio del interés superior del niño se encuentra inmerso en otras disposiciones constitucionales, aunque no se halla estipulado textualmente, como por ejemplo cuando designa una justicia especializada para menores.

*Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección Integral...*²⁶

Daniel O'Donnell en su ensayo La Doctrina de la Protección Integral y Las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia dice:

*Las funciones de los códigos asignan a este principio también esta formuladas muchas veces de tal modo que reducen las posibilidades de la aplicación abusiva del principio. El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador,...*²⁷

En el Código de la Niñez y Adolescencia en varios artículos, se hace alusión al principio del interés superior del niño, en diversos temas y procedimientos que abarca este Código; estos artículos son: 1, 11, 14, 22, numerales 2 y 4 del 106, 111, 195, numeral 1 del 217, y 258.

Los primeros 3 artículos pueden ser aplicables al proceso de alimentos mientras los otros corresponden a procedimientos como son la adopción, patria

²⁵ Constitución Política del Ecuador, del 2008. Primer inciso del artículo 424.

²⁶ Constitución Política del Ecuador, del 2008. artículo 175.

²⁷ La Doctrina de la Protección Integral y Las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia, Daniel O'Donnell; www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Ponencia_Conferencistas/Daniel_O_Donnell/Ponencia_Daniel_O_Donnell.doc, México 2004; pp. 33.

potestad, funciones del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, medidas de protección y testimonio de menores ofendidos en procedimientos penales.

En el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia da una definición bastante aceptable de lo que es el interés superior del niño, aunque le faltan límites concretos, amplios y específicos para evitar su indebida interpretación; la norma en mención dice:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.²⁸

En el párrafo final solo da dos límites de interpretación, el primero es el que nadie podrá invocarlo contra norma expresa, y el segundo es que para ser invocado el principio mención previamente se debe escuchar la opinión del menor.

Lastimosamente muy pocos profesionales del derecho toman en cuenta estos dos límites para invocar el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

En el ejercicio de la profesión se presenta con regularidad, casos que van en contra de todo principio esencial del derecho, por lo cual es relevante transcribir el siguiente texto expuesto por el Consejo de la Niñez y Adolescencia del Ecuador:

“La imposición erróneamente en algunos casos por no realizar el análisis integral que la norma manda, no es falla de la norma sino de su aplicación.”²⁹

²⁸ Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 11.

²⁹ Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

http://www.cinna.gov.ec/pages/interna_noticias.php?txtCodiNoti=294, 2010-05-12, p. 1, acceso 22 de agosto del 2010, 21h00.

El principio del interés superior del niño no ha sido ampliamente desarrollado y delimitado en la legislación ecuatoriana, dando como resultado diferentes arbitrariedades y desatinos.

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.³⁰

Como en muchas ocasiones, a lo largo de la historia del Ecuador, varias leyes han sido creadas sin realizar los correspondientes análisis ni los estudios previos y pertinentes.

A menudo el poder legislativo basa su trabajo en satisfacer necesidades que la mayoría de la sociedad reclama con justa razón, pero estas necesidades no pueden ser satisfechas en menoscabo de los Derechos de otras personas.

Pero la incógnita es que si al haber una reforma integral de las normas sobre alimentos forzosos, se solucionara en su totalidad este tema, mientras se siga usando el Interés Superior del Niño despóticamente.

1.2. Las garantías constitucionales

1.2.1. Concepto de las garantías constitucionales

El Dr. Ramiro Ávila Santamaría, define a las garantías como herramientas para la efectividad de los derechos constitucionales. *Si los derechos son aplicables directamente, las garantías, que son las herramientas para su efectividad, también deben de serlo...*³¹

³⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 14.

³¹ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009, p. 40.

No debemos confundir las garantías constitucionales con derechos constitucionales, ya que en ámbito jurídico son diferentes, puesto que las primeras son medios jurídicos que sirven para efectivizar y hacer respetar los segundos. *Sin duda, la mera enunciación de los derechos carece de valor si no viene acompañada por instrumentos que permitan defenderlos y hacerlos efectivos.*³²

En el diccionario jurídico de Cabanellas define a las garantías constitucionales como: *Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se reconocen.*³³

Las garantías constitucionales giran en torno y encuentran su objetivo principal en el respeto, protección, aseguramiento, vigencia, efectividad y promoción de los derechos humanos por parte del Estado, en especial relevancia lo que tiene que ver con la dignidad, libertad e igualdad de las personas.

*Estado garantista es el que constituye como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales...*³⁴

Las garantías deben abstenerse a no establecer límites a los derechos fundamentales de las personas.

Los derechos humanos se encuentran garantizados mediante normas que tienen rango constitucional, pero a la vez debemos tener presente que las garantías constitucionales no solo se crean o regulan solamente desde óptica jurídica sino que son construidas y dirigidas desde el perspectiva axiológica; por lo que este conjunto de valores depende de cada sociedad, y por ende las garantías constitucionales dependerán del valor que les de esa misma sociedad en la constitución.

Los derechos de la persona fundamentales se encuentran prescritos en normas – principios de rango constitucional, pero éstas no son sólo decisiones políticas, sino que tienen una

³² Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009, p. 337.

³³ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Decimosexta Edición, 2003, p. 178.

³⁴ Cfr. ZAVALA EGAS, Jorge; Teoría y Práctica Procesal Constitucional; Sobre los Precedentes Vinculantes; Guayaquil; 2011; p. 67.

*justificación externa axiológica o valorativa que se proyecta en el Ordenamiento jurídico....*³⁵

El doctrinario Gregorio Badén dice: “*Las garantías constitucionales son todas aquellas instituciones que en forma expresa o implícita están establecidas por la Ley Fundamental para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional...*”³⁶

Es obligación del Estado prevenir, investigar, sancionar, restablecer e indemnizar el daño producido por el menoscabo de los derechos reconocidos en la constitución y convenios internacionales. *La obligación de investigar y sancionar deviene de cualquier violación a los derechos constitucionales.*³⁷

1.2.2. Las garantías constitucionales en la Constitución

Conforme el inciso segundo del artículo 424 de la Constitución Política de la República del Ecuador de conformidad con los artículos 4 y 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, en materia de derechos humanos, y solo en esta cuestión, la constitución y tratados internacionales ratificados por el Ecuador se encuentran al mismo nivel, como normas superiores del ordenamiento jurídico.

*...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.*³⁸

El actuar del Estado se encuentra limitado por las garantías constitucionales a favor de sus ciudadanos, consagradas en la Constitución, ya que este es el pilar y objetivo principal de los Estados modernos, en los que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por tal razón, toda autoridad está en la obligación de aplicar directamente los preceptos constitucionales al momento de tomar una decisión, de conformidad con el Art. 11 numeral 3.

³⁵ Cfr. ZAVALA EGAS, Jorge; Teoría y Práctica Procesal Constitucional; Sobre los Precedentes Vinculantes; Guayaquil; 2011; p. 70.

³⁶ Cfr. BADÉN, Gregorio; Reforma Constitucional e Instituciones Políticas; p. 67; <http://es.scribd.com/doc/30828570/37/Concepto-de-garantias-constitucionales>; 17h59.

³⁷ Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación, Farith Simon Campaña, p. 452.

³⁸ Constitución Política del Ecuador del 2008, inciso segundo del artículo 424.

...3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento....³⁹

Como en todo ordenamiento jurídico es de suponer que no existe una perfecta coherencia entre todas las normas jurídicas ni que se pueda contemplar todas las problemáticas de una sociedad, por lo que puede ser que una ley inferior no se encuentre acorde con la Constitución, o que algunos de los derechos humanos no se encuentran tipificados en la constitución o la ley por una omisión legislativa, pero estos derechos en controversia u omitidos tiene su razón de ser por si mismos independientemente de la problemática legislativa que pueda darse, conforme lo estipula el inciso tercero del numeral 3 del artículo 11.

...Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...⁴⁰

Complementando lo manifestado anteriormente, podemos concluir, que al establecer garantías claras y adecuadas en la constitución se pueden subsanar vacios o lagunas legales que podrían existir en el marco jurídico, como resultado de la obligación que tienen las autoridades administrativas o judiciales a la aplicación directa de los preceptos constitucionales que contemplen garantías.

En el precepto antes transcrito, al decir que “...Los derechos serán plenamente justiciables...” significa que pueden ser exigidos ante la Autoridad Jurisdiccional competente para exigir su protección y eficacia.

Las garantías constitucionales tienen su importancia de ser por estar contempladas en la Constitución que es la norma de mayor jerarquía de conformidad con el artículo 424.

³⁹ Constitución Política del Ecuador del 2008, numeral 3 del artículo 11.

⁴⁰ Constitución Política del Ecuador, del 2008, inciso tercero del numeral 3 del artículo 424.

*Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico...*⁴¹

Esto en concordancia con el Art. 425 que establece la jerarquización de las normas en el marco jurídico; además establece la solución en el caso de conflicto entre normas de distinto rango.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

*En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior...*⁴²

Hay que tener presente que ninguna norma puede menoscabar los derechos ni garantías constitucionales, de conformidad con el numeral 4 del artículo 11 que dice: “...4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales...”⁴³, de conformidad con los artículos 84 y 341 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto, toda norma que sea contraria a los derechos fundamentales de las personas es considerada inconstitucional.

La contraposición entre las garantías procesales y el interés del niño se ha dado puesto que “Se ha judicializado el derecho tutelar al extremo de imponer el respeto irrestricto al debido proceso, asegurando la inviolabilidad de la defensa, la legítima contradicción, la impugnación, la inmediatez y el derecho a ser oído....”⁴⁴.

El interés superior del niño debe ser invocado y aplicado como parte de las garantías constitucionales.

Una vez que la ley reformativa entró en vigencia, muchos asambleístas daban su opinión sobre dichas reformas, y varios de ellos eran detractores de dicha normativa, como el Asambleísta Andrés Páez que dice:

... Algunos de los preceptos constitucionales consagrados en la Constitución de la República, no fueron considerados por quienes se encargaron de la reforma al Código de la Niñez y Adolescencia. Por ello es importante retomar aquellas normas constitucionales, y entre ellas la más relevante, la del Art. 3, que dice: Que son deberes primordiales del

⁴¹ Constitución Política del Ecuador, del 2008, artículo 424.

⁴² Constitución Política del Ecuador, del 2008, artículo 425.

⁴³ Constitución Política de la República del Ecuador del 2008, numeral 4 del artículo 11.

⁴⁴ Cfr. MONCAYO AGUIAR, Oswaldo, Cuestiones “Código de la Niñez y Adolescencia”, Editorial Santillana; Quito-Ecuador, pp. 15.

Estado, entre otros, “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales”. Este principio fundamental garantiza a todos los ciudadanos que vivimos en este territorio, igualdad de derechos y oportunidades...⁴⁵

En el mismo artículo inmediato anterior, el asambleísta señala con mucha precisión algunos ejemplos de cómo las nuevas reformas han violentado varias garantías constitucionales y principios procesales, que me permito transcribir por su gran relevancia, para de esta manera tener una mejor concepción de cómo se dieron los diferentes criterios, al crear esta reforma.

.... El derecho a la defensa es un principio de carácter universal, y por ello es necesario que las personas que recurren a los diferentes tribunales de justicia, deben contar con un profesional de la materia, que les procure asesoramiento específico en el litigio, porque además en la mayoría de los casos los litigantes desconocen de los procedimientos lo que les puede causar graves e irreparables daños a su pretensión de que se administre justicia. Una vez que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, aprobó la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, es fundamental que los jueces la apliquen y se sujeten a los valores allí establecidos, para evitar interpretaciones erróneas que en muchos de los casos desemboquen en perjuicios a quienes solicitan el incremento de la pensión alimenticia. Al establecer los jueces el pago de las pensiones alimenticias, el responsable incumple esta obligación, sin embargo no es menos cierto, que al obligar este pago a los parientes afines y consanguíneos determinados en este Código sin la correspondiente demanda y el debido proceso, se atenta a principios constitucionales como el que consta en el Art.76 que establece las garantías básicas para la efectiva vigencia del debido proceso...⁴⁶

En todo proceso judicial se encuentran inmersas un sin número de garantías constitucionales, pero en el juicio de alimentos existen muchas que son peculiares o han causado gran controversia.

1.2.3. Las garantías constitucionales inmersas en el juicio de alimentos

La igualdad ante la Ley se debe dar sin importar las diferencias personales, sociales o económicas que puedan existir entre las personas, esta garantía constitucional está consagrada en numeral 2 del artículo 11 de la CRE, en concordancia con el numeral 4 del artículo 66 de la misma norma suprema.

⁴⁵ ASAMBLEA NACIONAL, PAEZ Andrés,
http://asambleanacional.gov.ec/blogs/andres_paez/2009/11/19/proyecto-de-ley-reformatoria-al-codigo-de-la-ninez-titulo-v-derecho-de-alimentos/, p. 1, acceso 22 de agosto 2010, 20h30.

⁴⁶ ASAMBLEA NACIONAL, PAEZ Andrés,
http://asambleanacional.gov.ec/blogs/andres_paez/2009/11/19/proyecto-de-ley-reformatoria-al-codigo-de-la-ninez-titulo-v-derecho-de-alimentos/, p. 1, acceso 22 de agosto 2010, 20h30.

...2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad...⁴⁷

A fin de hacer prevalecer el interés superior del niño no se puede atentar contra los derechos de otras personas. “...Será Inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule Injustificadamente el ejercicio de los derechos...”⁴⁸

El derecho a la libertad y el debido proceso no pueden ser quebrantados por la simple justificación de aplicar el Interés Superior del Niño. “...El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso...”⁴⁹

Para ordenar el allanamiento de domicilio a fin de garantizar el cumplimiento de una medida cautelar de apremio personal se debe asegurar que se haya seguido el debido proceso, no afecte los derechos de terceras personas y el respeto de las garantías básicas de la persona contra la cual esta ordenada la medida cautelar.

...22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley...⁵⁰

Si la libertad es uno de los derechos más valiosos que tienen las personas, la misma debe ser asegurada sobre todo los medios, y siempre se debe buscar medidas

⁴⁷ Constitución Política de la República del Ecuador del 2008, numeral 2 del artículo 11.

⁴⁸ Constitución Política de la República Ecuador del 2008, inciso segundo del numeral 8 del artículo 11.

⁴⁹ Constitución Política del Ecuador, del 2008, inciso cuarto del numeral 9 del artículo 11

⁵⁰ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 22 del artículo 66.

alternativas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y más aun cuando estas son de carácter meramente civil.

*c. Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias...*⁵¹

En la mayoría de casos en los juicios de alimentos, si no es en su totalidad, la única medida cautelar que se suele solicitar la parte accionante para asegurar el pago de las pensiones alimenticias es el apremio personal en contra del demandado.

*...5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*⁵²

Todo esto en concordancia con el numeral 11 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

*...11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la Ley...*⁵³

Por lo que si el apremio personal es la medida cautelar que más se otorga en los juicios de alimentos, como sanción por el incumplimiento de la obligación alimenticia, no existe proporcionalidad entre esta infracción civil y su sanción respectiva.

*6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza...*⁵⁴

Al igual que el apremio personal, la prohibición de salida del país debe ser concedida previo la tramitación del debido proceso y el análisis del respectivo de las garantías constitucionales que se encuentran inmersas.

⁵¹ Constitución Política del Ecuador, del 2008, literal c) del numeral 29 del artículo 66.

⁵² Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 5 del artículo 76.

⁵³ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 11 del artículo 77.

⁵⁴ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 6 del artículo 76.

*14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente ...*⁵⁵

Las personas mayores adultas igual que los niños, niñas y adolescentes son grupos vulnerables de la sociedad, por lo que también deben ser protegidos de igual manera.

*Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.*⁵⁶

Esto en concordancia con el numeral 2 e inciso segundo del numeral 9 del artículo 66.

*2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios...*⁵⁷

Al igual que la desprotección a los menores es sancionado por la norma constitucional también sanciona el abandono a las personas mayores adultas por parte de sus familiares e instituciones públicas. “...La ley sancionará el abandono de las personas adultas mayores por parte de sus familiares o las Instituciones establecidas para su protección.”⁵⁸

Si se fijan pensiones alimenticias que sobrepasan cualquier racionalidad de hecho y en derecho, también se podría considerar como una explotación económica.

*2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica...*⁵⁹

El principio de imparcialidad, la garantía del derecho a la defensa y el acceso gratuito a la justicia nunca podrán ser eficaces si se sigue permitiendo utilizar y aplicar el Interés Superior del Niño con tanta discrecionalidad.

⁵⁵ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 14 del artículo 66.

⁵⁶ Constitución Política del Ecuador, del 2008, artículo 36.

⁵⁷ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 2 del artículo 66.

⁵⁸ Constitución Política del Ecuador, del 2008, inciso segundo del numeral 9 del artículo 38.

⁵⁹ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 2 del artículo 38

Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.⁶⁰

De conformidad con el artículo 191 y 193 de la Constitución; pero esto en la práctica es contradictorio puesto que en la defensoría pública y los consultorios jurídicos gratuitos no aceptan patrocinar a los demandados de los juicios de alimentos a pesar de que estos carezcan de recursos económicos.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes...⁶¹

En cualquier proceso judicial una de las garantías más importantes es el derecho a la defensa, y esta garantía no puede ser vulnerada con la simple invocación del interés superior del niño.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento,*
- b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa,*
- c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...⁶²*

Una de las garantías inmersas en el derecho a la defensa es el asesoramiento de un abogado defensor, pero contradictoriamente en la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia permite presentar la demanda de alimentos sin necesidad de un abogado patrocinador.

g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público;...⁶³

⁶⁰ Constitución Política del Ecuador, del 2008, artículo 75.

⁶¹ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 1 del artículo 76.

⁶² Constitución Política del Ecuador, del 2008, literales a, b y c del numeral 7 del artículo 76.

⁶³ Constitución Política del Ecuador, del 2008, literal g del numeral 7 del artículo 76.

No se puede aceptar ni permitir que se presenten varias demandas alimenticias con las mismas partes procesales y beneficiarios del derecho de alimentos.

*i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...*⁶⁴

No se puede considerar que una resolución se encuentre debida motivada si solo se ha fundamentado en el Interés Superior del Niño, y peor un cuando esta va en contra de garantías constitucionales de otra personas.

*l. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados...*⁶⁵

En todo proceso judicial sin excepción se debe respetar las garantías del debido proceso en correspondencia con las demás garantías constituciones y principios procesales.

*Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*⁶⁶

1.3. Los principios procesales

1.3.1. Concepto de los principios procesales

Robert Alexy define generalmente a los principios de la siguiente manera: “*Los principios son mandatos de optimización*”⁶⁷

Al decir que son mandatos, les da la fuerza de una norma jurídica. Y al usar el vocablo “optimización” da a entender que contribuyen al estudio comparativo de

⁶⁴ Constitución Política del Ecuador, del 2008, literal i del numeral 7 del artículo 76.

⁶⁵ Constitución Política del Ecuador, del 2008, literal l del numeral 7 del artículo 76.

⁶⁶ Constitución Política del Ecuador, del 2008, artículo 169.

⁶⁷ ALEXY, Robert, "El derecho general de libertad", en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

los diferentes sistemas jurídicos existentes en el mundo para su perfeccionamiento y por ende su cambio.

Basándose en la definición anterior, el doctrinario Carlos Bernal Pulido, complementa diciendo lo siguiente: *“Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibles jurídicas y fácticas”*.⁶⁸

El principio no establece una sanción como lo hace un precepto legal, ya que los primeros son creados de una forma general sin que se centren en un hecho concreto que se puede acomodar a la norma jurídica. *El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere se interpreta y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones...*⁶⁹

Estos entran en funcionamiento cuando las normas no logran regular completamente una situación prevista en la ley, por lo que contribuyen con la seguridad jurídica y confirman el Estado garantista de derechos. *“Finalmente, es una norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.”*⁷⁰

Para el jurisconsulto ecuatoriano, Dr. Jaime Flor, los principios procesales son directivas u orientaciones del ordenamiento jurídico procesal. *Llámeselos principios procesales las directivas u orientaciones en los que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal.*⁷¹

Se puede decir que los principios procesales son la base esencial para crear e interpretar las diferentes instituciones y normas del derecho procesal.

⁶⁸ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 289. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

⁶⁹ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009, p. 27.

⁷⁰ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009, p. 27.

⁷¹ Cfr. FLOR RUBIANES, Jaime, Teoría General de los Recursos; Quito-Ecuador, 2011; p. 3.

1.3.2. Los principios procesales inmersos en el juicio de alimentos

El **Principio dispositivo** es el que indica que la actividad y progreso del proceso depende de las partes procesales mediante peticiones.

Tanto depende de las partes el avance del proceso según este principio, que la parte actora que inicio el juicio está facultada de desistir de la pretensión base del tema central del disputa, el demandado puede allanarse a las pretensiones del actor, y ambas partes procesales pueden transigir, acordar y someter el litigio a métodos alternativos de resolución de conflictos; por lo que el juez debe limitarse a tomar su decisión en base de las pretensiones propuestas en la demanda, contestación y la posible reconvencción a la misma.

Por lo que según este principio las pruebas deben ser aportadas únicamente por las partes, contrario a las pruebas de oficio que pueda solicitar el juez de conformidad con el Art. 293 del Código de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el Art. 118 Código de Procedimiento Civil.

Art. 293.- Facultad para disponer pruebas de oficio.- El Juez podrá ordenar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado.⁷²

El **principio de legalidad** establece que no se puede sancionar a las personas por una infracción que ha cometido sin un previo procedimiento administrativo o jurisdiccional respectivo.

El **principio de contradicción** tiene dirección directa con el derecho de defensa, puesto que ambos establecen que no se puede tramitar un juicio sin que ambas partes hayan tenido la oportunidad de manifestarse y aportar pruebas dentro del proceso en el momento procesal oportuno.

⁷² Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 293.

El tratadista Dr. Jaime Flor define a los principios de preclusión, economía procesal y concentración de la siguiente manera:

“Principio de preclusión: con respecto al orden que deben cumplir los actos procesales existen dos principios básicos: El de unidad o indivisibilidad y el de preclusión. De acuerdo con el primero, los distintos actos que integran el proceso no se hallan sujetos a un orden consecutivo y riguroso, de manera que las partes pueden hasta el momento del fallo, formular cierto tipo de peticiones. En el segundo caso, el proceso se halla articulado en diversos periodos o fases, dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse determinados actos, careciendo de eficacia aquellos que se cumplen fuera de este período. Por efecto de la preclusión, adquieren carácter firme los actos cumplidos dentro de los períodos pertinentes y se extinguen las facultades procesales que no se ejercieren durante este período; así, la falta de interposición de un recurso dentro de un plazo produce la extinción de la facultad pertinente y lo decidido adquiere carácter firme. La preclusión puede ser definida como la pérdida, extinción, o consumación de una facultad procesal...”⁷³

“Principio de economía procesal: tiende a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él. Constituyen variantes de este principio, los de concentración eventualidad, celeridad y saneamiento.”⁷⁴

“Principio de concentración, apunta a la abreviación del proceso mediante la reunión de toda la actividad procesal en la menor cantidad de actos, para evitar la dispersión de ellos...”⁷⁵

De conformidad con el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial el **principio de imparcialidad** es “...La actuación de las juezas y jueces de la función judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la Ley...”⁷⁶

El **principio de motivación** es el que obliga a los administradores de justicia que fundamenten sus decisiones y actuaciones conforme a derecho, pero se excluyen las actuaciones dentro del proceso que solo se tratan de mero trámite, de conformidad con lo estipulado en el artículo 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

“...4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos;...”⁷⁷

⁷³ Cfr. FLOR RUBIANES, Jaime, Teoría General de los Recursos; Quito-Ecuador, 2011; p. 6.

⁷⁴ Cfr. FLOR RUBIANES, Jaime, Teoría General de los Recursos; Quito-Ecuador, 2011; p. 7.

⁷⁵ Cfr. FLOR RUBIANES, Jaime, Teoría General de los Recursos; Quito-Ecuador, 2011; p. 7.

⁷⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 9.

⁷⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 4 del artículo 130.

El **principio de impugnación** es el que faculta a cualquiera de las partes que intervienen en el proceso a que pueden impugnar o establecer un recurso contra todo acto del juez que pueda perjudicar significativamente sus derechos con el fin de subsanar los errores de hecho y de derecho que se haya producido a causa de la actuación del juez en el proceso, por lo que no se da paso a impugnaciones de actuaciones de simple impulso de la causa. Para lo cual en el sistema de la Función Judicial se ha establecido jerarquía entre los jueces y judicaturas de distinto nivel.

1.3.3. Aplicación de los principios al momento de administrar justicia

Puesto que determinado suceso puede causar duda, contradicción o vacío legal, por lo que el principio se convierte en la línea obligatoria a seguir por los jueces; por lo cual limitan su discrecionalidad y criterio extrajudicial.

En una determinada situación varios principios son los que pueden ser aplicados, pero para saber cual prevalecerá sobre otro debemos determinar el tiempo, espacio y relevancia de cada uno en el hecho en concreto.

Transcribiré un ejemplo demostrativo y cotidiano dado por el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, con respecto a la ponderación de derechos y principios con respecto al principio del interés superior del niño:

El interés superior significa que cuando se interpretan los derechos se tiene que visualizar la manera de aplicarlos de tal modo que se promueva el ejercicio de derechos y el desarrollo de las potencialidades de los niños y niñas. Una niña de siete años, a las once de la noche, mira televisión; el padre sostiene que debe ir a la cama porque tiene escuela al día siguiente y la niña sostiene que se está divirtiendo. En clave de derechos, el padre esgrime el derecho al descanso y a la educación; la niña el derecho a la recreación. El principio del interés superior del niño obliga al responsable, en este caso el padre, a visualizar de qué manera se potencia de mejor forma el ejercicio de derechos. Pondera. Si la niña sigue viendo televisión, al día siguiente se despertará cansada y no podrá asimilar las experiencias pedagógicas que reciba en la escuela; si la niña descansa, en cambio, podrá recuperar la energía para aprender y jugar al día siguiente. En este caso, por el principio de interés superior, la niña deberá descansar. Otra hipótesis. La niña ha tenido una jornada imparable de obligaciones. Ha ido a la escuela, ha recibido clases de piano, ha realizado sus tareas escolares, ha limpiado su cuarto y exige ver televisión para descansar. Son las seis de la tarde y el padre le quiere obligar a dormir. En este caso, en cambio, por el principio del interés superior, quizá convenga que la niña mire televisión

*antes de dormir. Las mismas personas, los mismos derechos y la solución es distinta porque los elementos a considerar cambian.*⁷⁸

Carlos Bernal Pulido, realizó un análisis profundo sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios en la jurisprudencia constitucional española. “...La teoría de los principios parte de la base que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión.”⁷⁹

Según la teoría de los principios nos da entender en resumen que los derechos fundamentales son principios y los mismos son mandatos de optimización, por lo que, pueden dar una ajustada explicación de la naturaleza y los fines que persiguen los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Español para efectuar un análisis adecuado de la interacción de los derechos fundamentales en un caso concreto, desde 1995 aplica el principio de proporcionalidad, argumentación, la ponderación y la formula del peso para la solución de sus sentencias, pudiendo convertir en un modo de jurisprudencia a seguirse en casos idénticos análogos futuros.

*...Desde entonces, el principio de proporcionalidad se ha aplicado en la Jurisprudencia constitucional como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Asimismo, la ponderación se ha utilizado como el más determinante criterio estructural para la solución de las colisiones entre derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha declarado que ningún derecho fundamental es Absoluto. Por lo tanto, las colisiones entre derechos fundamentales no pueden resolverse mediante un orden lexicográfico de los mismos, sino por medio de la ponderación. La jurisprudencia constitucional exige que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria que deba resolver una colisión entre derechos fundamentales lleve a cabo una ponderación.*⁸⁰

Al aplicar el principio de proporcionalidad, argumentación, la formula del peso y la ponderación para la solución de rozaduras o colisión entre principios, como en toda decisión judicial, se debe fundamentar y motivar adecuadamente.

⁷⁸ Cfr. ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009, p. 28.

⁷⁹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 289. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

⁸⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 277. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

Necesariamente la ponderación no puede dejar de lado en su totalidad las apreciaciones subjetivas del juez, puesto que la objetividad absoluta no es deseable ni posible al momento de administrar justicia, ya que las normas jurídicas no pueden regular todas las circunstancias o variables en una sociedad son distintas, imprevisibles e indeterminadas.

Si la ponderación fuese objetiva, la objeción del formalismo constitucional sería acertada. Las disposiciones de los derechos fundamentales predeterminarían el contenido de cada decisión del Legislador, la Administración y el Poder Judicial. Asimismo, el derecho se petrificaría. Sería siempre necesario reformar la Constitución para solucionar los nuevos problemas sociales. Por el contrario, la teoría de los principios reconoce que ningún criterio para la aplicación de los derechos fundamentales puede ofrecer una objetividad plena.⁸¹

Pero se debe tener siempre en cuenta que esas apreciaciones subjetivas del juez deben enmarcarse en determinados límites para controlar cada una de sus decisiones judiciales dentro del proceso.

Este límite se da en base de las reglas o cargas de argumentación o que pueden estar establecidas en la legislación para determinar las dimensiones, el peso e intervención que se da a cada principio y derecho fundamental, de esta manera evitando la posibilidad de basarse en simples apreciaciones subjetivas del juez.

El inciso segundo y tercero del artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial establece en qué circunstancias deben aplicarse los principios procesales, que dice:

*...Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.
Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de estas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.⁸²*

⁸¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 284. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

⁸² Código Orgánico de la Función Judicial, incisos segundo y tercero del artículo 29.

Las normas y los principios jurídicos deben de ser concordantes, relacionados y aplicables entres sí, por lo que es incorrecto sostener que los principios solamente cumplen una función supletoria, auxiliar sin autonomía con respecto de las normas.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional es la única que puede ponderar derechos, cuando existe una colisión de principios y derechos se debe establecer el grado de satisfacción y desmedro de cada uno de ellos que tienen fines contradictorios, argumentando y fundamentando adecuadamente porque se satisface uno en desmedro de otro.

...Hay casos fáciles relativos a la determinación de esta magnitudes. Sin embargo, también hay casos difíciles en los que no queda claro cuál sea la magnitud que deba atribuirse a estas variables. Si se mira desde la perspectiva institucional, debe decirse que el Tribunal Constitucional tiene un margen de discrecionalidad, o de forma más precisa, un margen de deliberación, para determinar en los casos difíciles, la magnitud que corresponde a esta variables en el marco de la escala triádica. Ahora bien, si se mira desde la perspectiva de la dimensión de corrección, debe concluirse que la formula del peso delimita este ámbito de deliberación del juez para la determinación de estas magnitudes de los caso difíciles y prescribe pragmáticamente de manera implícita, que determinación debe ser correcta. El juez eleva una pretensión de corrección en cuanto a la determinación de estas intensidades y debe ofrecer los mejores argumentos para justificar correctamente su elección. Quién observa la formula del peso desde la perspectiva institucional, debe afirmar que el juez elige las magnitudes en los caso difíciles. Quien la observa desde la perspectiva de la corrección, debe afirmar que el juez debe justificar tales magnitudes con los mejores argumentos. El deber de justificar correctamente la magnitud que se atribuye a cada variable tiene, sin embargo, un efecto positivo en la dimensión institucional: excluye la arbitrariedad judicial.⁸³

En la colisión de principios y derechos fundamentales se debe analizar la eficacia, celeridad, alcance, duración de la intervención, satisfacción y deterioro de cada uno de ellos.

Para la aplicación de los derechos fundamentales se debe considerar siempre los principios y normas jurídicas que intervienen, cuya singularidad se enmarca en cada caso determinado. “...De esta manera los derechos fundamentales conforman un sistema

⁸³ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 285 y 286. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

de reglas y principios que se aplican mediante una interminable cadena de subsunciones y ponderaciones.”⁸⁴

Realmente es muy difícil hacer prevalecer un principio sobre otro, como así lo menciona Oswaldo Moncayo Aguilar, refiriéndose específicamente al interés superior del niño:

*La norma de la supletoriedad del Debido Proceso y del Interés Superior, se contradicen en cuanto a los principios y derechos de los menores, puesto que los jueces a la hora de administrar justicia no sabrán cuales de estos conceptos prevalecerán, la supletoriedad, o el debido proceso. En todo caso lo que si queda claro es que el interés superior como derecho jerarquizado y especializado de los menores, no podrá ser invocado por los jueces al administrar justicia, puesto que la misma disposición del interés superior (Art.11 CNA) que, no podrá ser invocado contra norma expresa.*⁸⁵

Y esta contraposición de principios se vuelve más complicada cuando los administradores de justicia deben decidir cuál de los principios debe prevalecer.

Ciertamente el principio procesal no se adecua a un hecho como lo hace una norma jurídica, pero da la dirección necesaria para adecuar el hecho concreto a la norma, de esta manera el principio no se contrapone a la normativa jurídica.

Para que los principios puedan ser aplicados, estos deben actuar paralelamente con el imperativo que contienen las normas. “...*Los principios de derecho fundamental no tienen una existencia ideal. Su existencia es de derecho positivo. Ellos tienen validez como normas jurídicas, bajo las condiciones del sistema jurídico...*”⁸⁶

Por lo tanto, al plasmar un principio en el derecho positivo se asegura por completo su existencia en el mundo jurídico y su óptima aplicación, y más aun cuando este se encuentra consagrado a nivel constitucional.

⁸⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 287. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

⁸⁵ Cfr. MONCAYO AGUIAR, Oswaldo, Cuestiones “Código de la Niñez y Adolescencia”, Editorial Santillana; Quito-Ecuador, p. 26.

⁸⁶ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 288. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

Al constituirse un principio en una norma jurídica puede servir como medio para determinar el peso del principio cuando este colapsa con otros.

Los principios al tener un significado más comprensivo y definido pueden ayudar a que las normas jurídicas, sobre todo las que consagran derechos fundamentales, no sean interpretadas deliberadamente.

En el Ecuador, la actual Corte Constitucional es la responsable de establecer los precedentes mediante sus resoluciones sobre el alcance de los principios fundamentales que se aplican al momento de administrar justicia y da una solución cuando existe contradicción entre ellos.

...Además es evidente la tensión que existe entre los principios, esto me parece que es un tema central en la aplicación de la Constitución y que la Corte Constitucional debería ser la encargada de establecer el “contenido” y “alcance” de los mismos...⁸⁷

Las resoluciones de la Corte Constitucional pueden tener una gran fuerza vinculante y hasta superviviente en toda la administración de justicia hasta que exista una nueva normativa constitucional. “...La fuerza vinculante de los precedentes puede anularse mediante una reforma constitucional.”⁸⁸

Por lo que las resoluciones de la Corte Constitucional seguirán variando a medida que siga avanzando el derecho constitucional, puesto que donde la Constitución no disponga claramente, la misma Corte tiene un margen de decisión, respetado las facultades del Legislador y la jurisdicción ordinaria.

Entre más grande sea la problemática de la colisión de principios y derechos fundamentales, mayor debe ser el análisis, certeza y control de la Corte Constitucional al momento de emitir sus resoluciones.

⁸⁷ CAMPANA, Farith Simon, Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación, p. 452.

⁸⁸ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 288. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41.

CAPÍTULO II

CARACTERES DEL JUICIO DE ALIMENTOS

2.1. Titulares del derecho de alimentos

2.1.1. Titulares del derecho de alimentos en el Código Civil.

Para comenzar con el análisis con respecto a las características principales del juicio de alimentos daré una definición de lo que se considera como alimentos a nivel jurídico.

Ensayo una definición del derecho a alimentos sostengo que es la facultad que concede la ley a los menores de edad y demás personas adultas que por sí mismas no pueden sostenerse económicamente para recibir una determinada cantidad de dinero mensual fijada por el juez competente con el fin de satisfacer la subsistencia diaria consiste en alimentos y vestidas, vestuario, educación, habitación, asistencia médica y recreación. Entendido de esta forma de derecho a alimentos o derecho de subsistencia del menor se entiende la verdadera importancia de esta institución jurídica. Uno de los mayores deberes de los progenitores y demás personas encargadas de cuidado del niño, precisamente refiérase a esta prestación.⁸⁹

Los titulares del derecho de alimentos no únicamente son los que por su edad los tienen, sino todas las personas que cursan por el estado de necesidad y por ende tienen dificultades razonables ajenas a su voluntad para producir medios económicos propios compatibles a sus aptitudes y condiciones.

Titular.- Quién goza legítimamente de un derecho declarado o reconocido a su favor.⁹⁰

Es importante saber a que personas en general se deben alimentos para saber delimitar el campo de estudio de esta tesis y saber diferenciar una persona de otras con respecto a los titulares del derecho de alimentos.

Las personas que tienen el derecho de recibir alimentos y la obligación de proporcionarlos son las que se encuentran determinadas en la Ley.

⁸⁹ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 147 y 148.

⁹⁰ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Decimosexta Edición, 2003, p. 385.

La principal justificación de los alimentos forzosos es la de la solidaridad familiar obligatoria que debe existir entre cada uno de los familiares más cercanos, puesto que estos deben asistirse recíprocamente en las diversas etapas de la vida.

La subsistencia de este derecho, no le corresponde solamente a su titular sino a la colectividad entera, que debe precautelar su vigencia, puesto que la conservación de la vida, es de interés de cada uno de los miembros que conforman la sociedad.

Por lo que el derecho de alimentos está directamente relacionado con el derecho a la vida, puesto que el primero asegura la existencia del segundo, de conformidad con los incisos primero y segundo del artículo 26 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Art. 26.- Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos....⁹¹

En el artículo 349 del Código Civil nos da una lista de las personas que son titulares del derecho de alimentos y por simple deducción cuales son los obligados a pagar pensiones alimenticias.

Art. 349.- Se deben alimentos:
1o.- Al cónyuge;
2o.- A los hijos;
3o.- A los descendientes;
4o.- A los padres;
5o.- A los ascendientes;
6o.- A los hermanos; y,
7o.- Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada.
No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue.
En lo no previsto en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales.⁹²

⁹¹ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 26.

⁹² Código Civil, artículo 349.

Claramente la lista únicamente consagra el derecho de alimentos para descendientes o ascendientes consanguíneos o que tienen una filiación civil, estas personas, según las circunstancias de la vida, pueden convertirse en acreedores o deudores indistintamente.

El derecho de alimentos no se da solamente entre los parientes consanguíneos más cercanos, sino también entre los individuos que tienen otra clase de filiación civil como es el de la adopción plena.

Art. 314.- La adopción es una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado...⁹³

Esta disposición del Código Civil tiene correlación con el artículo 152 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Art. 152.- Adopción plena.- La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo...⁹⁴

En concordancia con el Art. 326 del Código Civil que dice: “Por la adopción adquieren el adoptante y el adoptado los derechos y obligaciones correspondientes a los padres e hijos...”⁹⁵

En el caso de parientes por afinidad no tienen derecho a reclamar alimentos, como son por ejemplo yernos, nueras, suegros o suegras.

De conformidad con el Art. 352 del Código Civil al cónyuge se debe alimentos congruos.

Art. 352.- Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los cuatro primeros numerales y en el último del Art. 349, menos en los casos en que la ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia,...⁹⁶

⁹³ Código Civil, artículo 314.

⁹⁴ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 152.

⁹⁵ Código Civil, artículo 326.

⁹⁶ Código Civil, artículo 352.

Los alimentos forzosos entre cónyuges toman su objetivo cuando uno de ellos no tiene los medios necesarios para sustentarse por sí solo, puesto que entre ellos tienen el deber legal de socorrerse y ayudarse mutuamente en todos los acontecimientos de la vida, en concordancia con el Art. 138 del Código Civil.

*Art. 138.- Los cónyuges deben suministrarse mutuamente lo necesario y contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común.
Cualquiera de los cónyuges estará siempre obligado a suministrar al otro, el auxilio que necesite para sus acciones o defensas judiciales.
Los derechos y deberes que este Código establece para los cónyuges subsistirán mientras no se disuelva legalmente el matrimonio, aunque, por cualquier motivo, no mantuvieren un hogar común.⁹⁷*

Esta obligación alimenticia puede existir si uno de los cónyuges necesita el socorro del otro, aunque estos se encuentren solo separados y no divorciados legalmente.

De conformidad con el artículo 228 del Código Civil los que se encuentran en unión de hecho, también tienen la obligación de cumplir con la prestación alimenticia para con el otro conviviente.

Art. 228.- Los convivientes deben suministrarse lo necesario y contribuir, según sus posibilidades, al mantenimiento del hogar común.⁹⁸

Los hijos tienen la obligación de socorrer a sus padres cuando estos últimos entran a su época de vejez, estado de demencia y otras calamidades que se pueda presentar en sus vidas, de conformidad con el numeral 16 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador.

16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.⁹⁹

⁹⁷ Código Civil, artículo 138.

⁹⁸ Código Civil, artículo 228.

⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador, numeral 16 del artículo 83.

En concordancia con el artículo 266 del Código Civil, que dice que los hijos están obligados a cuidar de sus padres en su ancianidad, estado de demencia y todas las circunstancias de la vida que necesiten auxilio.

Art. 266.- Aunque la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres, en su ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios.¹⁰⁰

En el artículo 101 del Código de la Niñez y Adolescencia, habla sobre los derechos y deberes recíprocos de la relación parental.

Art. 101.- Derechos y deberes recíprocos de la relación parental.- 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 atributos inherentes a su condición de persona y cumplir sus respectivas funciones y responsabilidades en el seno de la familia y la sociedad.¹⁰¹

En correlación con el numeral 2 del artículo 103 del mismo cuerpo legal.

2. Asistir, de acuerdo a su edad y capacidad, a sus progenitores que requieran de ayuda, especialmente en caso de enfermedad, durante la tercera edad y cuando adolezcan de una discapacidad que no les permita valerse por sí mismos; y,¹⁰²

El artículo 267 del Código Civil dispone que los demás ascendientes tienen el mismo derecho de auxilio que el de los padres, en caso de inexistencia o incapacidad de los inmediatos descendientes.

Art. 267.- Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes.¹⁰³

Una problemática que se puede dar es que en el artículo 267 dice textualmente que es el deber de los descendientes brindar socorro a sus demás ascendientes (sin contar los padres), pero contradictoriamente en el artículo 11 de la Ley del Anciano únicamente habla que las acciones alimenticias en contra de descendientes solo pueden ser los que están en el primer grado de consanguinidad.

Art. 11.- En las reclamaciones alimenticias formuladas por los ancianos, el Juez de la causa fijará una pensión tomando en cuenta las reglas de la sana crítica. Esta reclamación

¹⁰⁰ Código Civil, artículo 266.

¹⁰¹ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 101.

¹⁰² Código de la Niñez y Adolescencia, numeral 2 del artículo 103.

¹⁰³ Código Civil, artículo 267.

*podrá ser planteada únicamente en contra de aquellos parientes del anciano que tengan hasta el primer grado de consanguinidad con él.*¹⁰⁴

Por lo que se puede considerar que la Ley del Anciano puede ir en contra del principio de proporcionalidad, puesto que si una norma permite a los descendientes puedan reclamar una obligación alimenticia contra cualquier ascendiente, de la misma manera debería ser que los ascendientes reclamen contra el descendiente más cercano.

Por lo que la Ley del Anciano solo permitiera que por ejemplo, un mayor adulto reclame alimentos en contra de sus hijos pero no en contra de sus nietos, cuando estos últimos pueden tener toda la capacidad para cumplir con dicha prestación, tal como lo manda el último inciso del artículo 38 de la Constitución de la República del Ecuador.

*La ley sancionará el abandono de las personas adultas mayores por parte de sus familiares o las Instituciones establecidas para su protección.*¹⁰⁵

Otro ejemplo que puede explicar cómo se puede vulnerar el derecho de los mayores adultos, es que puede dar el caso que se reclame alimentos para un menor de edad en contra su abuelo, pero este último a su vez se encuentre en una precaria situación de salud o económica por razones de su edad, por lo que nos encontraríamos en un incertidumbre jurídica de establecer el derecho de cual prevalece sobre el otro, tomando en cuenta que las 2 personas son pertenecientes a grupos vulnerables de la sociedad y que se encuentran en estado de necesidad por igual.

Por lo que, le corresponde al juez, mediante el respectivo análisis tratar de prevalecer el derecho de ambas personas mediante diversas alternativas que se encuentren enmarcadas en la ley o como opción más forzada determinar qué principio prevalece sobre otro mediante el respectivo estudio de ponderación de

¹⁰⁴ Ley del Anciano, artículo 11.

¹⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador, último inciso del artículo 38.

derechos y principios, y en este caso inmerso el interés superior del niño.

En los casos de que el producto de un rapto, estupro, violación o secuestro personal de una mujer naciera un niño, este también tendría el derecho de percibir alimentos de su padre biológico, sin perjuicio de las acciones penales que se siguán por la cuerda y vía judicial correspondientes, por lo que se estará a lo dispuesto en el numeral segundo del Art. 253 del Código Civil.

...2°.- En los casos de rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario de la madre, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro; ...¹⁰⁶

Para poder reclamar alimentos para el menor producto de la violación, estupro, rapto o secuestro personal, no es necesario declarar judicial previamente la paternidad del imputado de estos delitos, tal como lo manifiesta Antonio Vodanovic.

...Debe acreditarse fehacientemente el delito de violación, estupro o rapto; pero no es necesaria la existencia previa de una sentencia condenatoria por alguno de estos delitos, ya que el Código no lo exige y en consecuencia, esos hechos punibles pueden comprobarse en el mismo juicio de investigación de la paternidad...¹⁰⁷

2.1.2. Los titulares del derecho de alimentos en el Código de la Niñez y Adolescencia y en su Ley Reformatoria del 2009.

Los titulares del derecho de alimentos se encuentran contemplados en los numerales del Art. Innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia, y precisando a lo que le compete al presente estudio investigativo serán los del numeral 1, mientras que los otros 2 numerales se refieren a personas que no son niños, niñas o adolescentes.

¹⁰⁶ Código Civil, numeral segundo del artículo 253.

¹⁰⁷ VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 80.

Art. Innumerado 4.- Titulares del derecho de alimentos.- Tienen derecho a reclamar alimentos:

- 1. Las niñas, niños y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de éste derecho de conformidad con la presente norma;*
- 2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recursos propios y suficientes; y,*
- 3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.¹⁰⁸*

En el artículo 126 del Código de la Niñez y Adolescencia claramente establecía que el mismo código regula únicamente los alimentos para niñas, niños y adolescentes, mientras que otras reclamaciones alimenticias se lo debían hacer por la vía civil correspondiente.

Art. 126.- Ambito y relación con las normas de otros cuerpos legales.- El presente Código regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos que se señalan en el artículo 128. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.¹⁰⁹

De conformidad con el primer inciso del artículo innumerado 7 de la Ley Reformatoria, los alimentos pueden ser reclamados aunque el alimentado y el alimentante se encuentren viviendo juntos en mismo techo.

Art. Innumerado 7.- Procedencia del derecho sin separación.- La pensión de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo.¹¹⁰

El menor de edad no está forzado a vivir con la persona que es obligada a pagar las pensiones alimenticias. “*La particularidad de las formas de la prestación de alimentos es que el menor de edad no está obligado a convivir en el mismo techo con quien está obligado a sufragar los alimentos.*”¹¹¹

El artículo 148 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece el derecho de la mujer embarazada para reclamar alimentos al presunto padre que mantuvo

¹⁰⁸ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, numerales 1 y 2 del artículo innumerado 4.

¹⁰⁹ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 126.

¹¹⁰ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, primer inciso del artículo innumerado 7.

¹¹¹ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p.159.

relaciones sexuales con ella, y durante esas circunstancias se pudo haber producirse la concepción.

Art. 148.- Contenido.- La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un período no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña.¹¹²

La garantía de la protección desde la concepción se encuentra consagrada a nivel constitucional en el primer inciso del artículo 45 de la Norma Suprema, con el objetivo de reconocer a la madre un derecho para salvaguardar la existencia del niño que esta por nacer.

Art. 45.- 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....¹¹³

Los alimentos para mujer embarazada no solo gira en torno del interés superior del niño que está por nacer sino para la misma madre. “Hoy más que nunca, con el fin de proteger el derecho a la vida del ser que florece en el vientre de la madre, el derecho a la atención del embarazo y el parto debe ser política permanente del Estado Ecuatoriano...”¹¹⁴

Esto en razón de las condiciones mismas de gestación de la mujer, puesto que tiene necesidades especiales y peculiares, por lo que el Estado debe garantizar y salvaguardar esta condición.

2.1.3. Condiciones Jurídicas para exigir alimentos

Lo fundamental es tener siempre presente que los alimentos forzosos nacen de la ley, que establece a qué personas se debe dar alimentos y por ende quienes son los que deben cumplir con dicha obligación alimenticia.

¹¹² Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 148.

¹¹³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 45.

¹¹⁴ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 48.

Lo que hacen los jueces es establecer el monto y la forma en que se los van a pagar; puesto que el juzgador no crea el derecho de alimentos sino que lo reconoce y lo efectiviza.

Para Antonio Vodanovic, la condición originaria para que se exija alimentos es el estado de necesidad, este se da por falta absoluta o por lo menos parcial de los medios económicos para sustentar su vida y dependiendo del caso su posición en la sociedad.

...El presupuesto de la relación Jurídica alimenticia legal, la circunstancia externa a ella que debe darse para que nazca y subsista la misma es, específicamente, el estado de necesidad. Por tal entenderemos, para algunas personas, el no tener absoluta o al menos suficientemente los medios económicos para subsistir, en forma modesta, de una manera correspondiente a su posición social; y para otras personas el no tener absoluta o suficientemente los medios para sustentar la vida.¹¹⁵

Para verificar que una persona se encuentra en estado de necesidad se debe tener convicción plena que la misma no puede por sí sola superar dicha condición.

Recalcando que por el mismo interés superior del niño, el estado de necesidad en todos los menores ya se presume como una existencia perpetua.

El estado de necesidad depende hasta de la condición social del alimentario, y a fin de no dejar a una total discrecionalidad del juez de establecer este estado de necesidad, el Código Civil tiene establecido lo que son y en qué se diferencian los alimentos congruos y necesarios.

*Art. 351.- Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.
Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de un modo correspondiente a su posición social.
Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida....¹¹⁶*

¹¹⁵ VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 15.

¹¹⁶ Código Civil, artículo 351.

Este derecho tiene la finalidad de conservar la existencia, subsistencia y hasta la posición social de acuerdo a las necesidades y condiciones de vida del alimentario y alimentante, de conformidad con el Art. 358 del Código Civil.

Art. 358.- Tanto los alimentos congruos, como los necesarios, no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, o para sustentar la vida....¹¹⁷

A posición social se haría referencia al estatus económico social de un individuo o su familia con diferencia al resto de personas en la sociedad.

Antonio Vodanovic dice “La posición social está determinada generalmente por la profesión del sujeto, sus bienes, etc. Considerase que la posición social de la mujer casada es la del marido, y la de los hijos legítimos menores, la de sus padres.”¹¹⁸

La posición social de una persona no debería influir para fijar una pensión alimenticia, puesto que esto podría dar paso a que no se auxilie realmente el estado de necesidad de un menor que exige alimentos, sino que sirviera para cubrir ciertos lujos ostentosos o caprichos que no son necesarios para la subsistencia de una persona, por lo que tal vez, no sería correcto que se pretenda sustentar esta clase de lujos innecesarios en base del interés superior del menor en desmedro de la economía del demandado.

No solo basta el estado de necesidad, los recursos económicos suficientes del posible obligado a pagar pensiones alimenticias, la relación filial o civil del alimentante con el alimentario, sino que como toda obligación civil debe ser declarada mediante la respectiva resolución del juez para que los alimentos puedan ser exigibles; acotando que hasta en el caso de alimentos voluntarios, que no es parte del presente trabajo investigativo, también se necesita la correspondiente resolución que los regularice.

¹¹⁷ Código Civil, artículo 358.

¹¹⁸ VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 38.

Si no existe el estado de necesidad imprescindible y el demandado no tiene los medios económicos para cubrir sus necesidades ni las de su familia y mucho menos la pensión alimenticia reclamada, el juez debe pensar en todas las alternativas u opciones posibles para hacer prevalecer los derechos de ambas partes procesales y sobre todo considerando el interés superior de los menores que puedan ser beneficiados o afectados en base de la pensión alimenticia reclamada.

...El juez negará la demanda de alimentos no solo cuando el demandante no pruebe su estado necesidad y la imposibilidad de encontrar recursos o un trabajo compatible con sus aptitudes, sino también cuando resulte acreditado que el deudor alimenticio no tiene facultades económicas para cubrir la pensión o ellas se resentirían de modo considerable o sus circunstancias domésticas sufrirían grave menoscabo, lo cual corresponde al juez apreciarlo en conciencia...¹¹⁹

Puede ocurrir que el demandado se encuentre en una situación muy difícil y tenga varias cargas familiares, y si se fija una pensión alimenticia no bien analizada puede afectar considerablemente el interés superior de otros hijos menores del accionado.

O por ejemplo, cuando el alimentario ya ha cumplido 18 años, goza de plena salud física como mental y sobretodo no se encuentra estudiando, no podría invocar el interés superior del niño, puesto que una persona que tiene cierta edad por sus mismas condiciones físicas y psíquicas ya no se pudiera considerarse un niño; pero siempre considerando la posibilidad de que esta misma persona beneficiaria del derecho de alimentos puede seguir recibiendo los alimentos congruos en caso de que cumpla con los requisitos que exige la Ley.

Por regla general se deben alimentos a los menores de dieciocho años. Cumplida la mayoría de edad, sin embargo esta prestación alimenticia se expande hasta la edad de 21 años del alimentado bajo dos condiciones: a) Que acredite estar cursando en la Universidad o cursos superiores; y b) Que por esta circunstancia se ve imposibilitado de sostenerse económicamente por su cuenta. Esta obligación legal es más acertada porque el hecho de cumplir dieciocho años de edad no significa de ningún modo que la persona está en condiciones de auto sostenerse. Por el contrario, considero que el o la joven requieren de una mayor ayuda de progenitores, parientes y demás personas que se hallan bajo su cuidado para ayudarles a terminar una carrera profesional. Esta obligación moral debería

¹¹⁹ VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 133.

*también ser asumida por el Estado ecuatoriano, especialmente con alumnos que demuestran dedicación y deseos de superación personal.*¹²⁰

Al aceptar esta mala utilización del principio del interés superior del niño se estaría dando paso a usarlo con total discrecionalidad ni criterio.

Para establecer una pensión alimenticia siempre se deberá considerar no únicamente las circunstancias personales del alimentario sino también las del alimentante, en base del estudio de la posible ponderación de derechos y principios, en el caso de no poder hacer coexistir los derechos de las partes en perfecta armonía.

2.2. Aspectos procesales peculiares en el juicio de alimentos

Antes de establecer los aspectos distintivos del juicio de alimentos comenzaremos detallando cuales son las características singulares del derecho de alimentos, y estas son:

- Irrenunciable
- Intransferible
- Imprescriptible
- Inembargable
- No compensable

El derecho de alimentos al ser irrenunciable, por ser de interés no solo individual sino colectivo, la acción para reclamar los mismos no es susceptible de desistimiento, sobre todo en materia de menores, de conformidad con el artículo innumerado 3 y 4 de la Ley Reformativa, 362 del Código Civil, y tomando en consideración que el titular del derecho en materia de alimentos es el alimentario más no sus representantes.

¹²⁰ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 152.

*Art. Innumerado 3.- Características del derecho.- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado,...*¹²¹

*Art. 362.- El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.*¹²²

En varias ocasiones los representantes legales de los menores, solicitan el desistimiento del juicio de alimentos, anunciado diferentes circunstancias como que el obligado a cumplir con la obligación siempre se encuentra al día y que no quieren estar inmersos en asuntos legales o que por el bienestar psicológico de los menores se acepte el desistimiento, cuando en realidad esta pretensión va en contra del interés superior del niño.

El desistimiento no es otra cosa que renunciar a un derecho o privilegio, y si el derecho de alimentos tiene como objetivo principal asegurar la vida, al renunciar a este derecho se estaría renunciando o negando la vida misma del alimentario.

Por lo que la renuncia o desistimiento del derecho de alimentos para niñas, niños y adolescentes provoca que este acto procesal sea ineficaz.

*IRRENUNCIABLE.- Es decir que prohibido merced a este principio que el niño, niña o adolescente renuncie el derecho de alimentos. Los progenitores, tutores, parientes o terceras personas bajo las cuales se halle su cuidado, no deben ni pueden renunciar a este derecho. Cualquiera estipulación que signifique renuncia se tendrá como no existente o será de nulidad absoluta.*¹²³

Pero tal vez no es del todo procedente negar por completo el desistimiento de la acción para solicitar alimentos en ciertos casos, por ejemplo, cuando los progenitores del alimentario han reanudado su vida como pareja, ya que eso traería inestabilidad emocional dentro de la familia, por lo que el juez como en todas sus decisiones apegadas a Derecho deberá realizar el respectivo estudio de la posible ponderación de principios que pueda existir en el caso específico a fin de precautelar la mejor estabilidad de los menores.

¹²¹ Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 3.

¹²² Código Civil, artículo 362.

¹²³ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 150.

...El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia...¹²⁴

En el segundo inciso del artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, habla sobre el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; ...¹²⁵

Además Podría concederse el desistimiento si nos enfocamos que la demanda de alimentos puede presentar nuevamente en el futuro en caso de que así lo amerite, teniendo en cuenta que la pensión alimenticia establecida en el juicio desistido no produce efectos de cosa juzgada.

Art. Innumerado 17.- Del efecto de cosa juzgada.- La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene el efecto de cosa juzgada.¹²⁶

Al no aceptarse el desistimiento, puede darse el caso de que se vuelvan a separar y la parte accionante solicite liquidaciones de las pensiones alimenticias atrasadas, sin considerar el tiempo que se supone que mientras estuvieren viviendo en el mismo techo se cubrió con todas las necesidades del alimentario, dando la problemática jurídica del pago de lo no debido.

Por lo cual, en muchas ocasiones, los administradores de justicia, niegan la pretensión del desistimiento, pero resuelven conceder la suspensión temporal de la obligación alimenticia hasta que la parte accionante vuelva impulsar la causa y se mantengan las mismas circunstancias por las que se concedió las pensiones alimenticias, y de esta manera haciendo que los derechos de ambas partes no se vean vulnerados.

¹²⁴ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 44.

¹²⁵ Constitución de la República del Ecuador, segundo inciso del artículo 45.

¹²⁶ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 17.

Aclarando que esta suspensión que suelen otorgar los administradores de justicia carece de un fundamento legal, puesto que en la legislación no existe la figura de la suspensión temporal de las pensiones alimenticias, por lo que, tomando en cuenta lo expuesto, debería regularse normativamente esta cuestión.

Pero revisando minuciosamente en Ley, se podría acoplar esta suspensión con lo que manifiesta el numeral 3 del artículo 32 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que es una de las causales de la caducidad del derecho de alimentos, aunque no estaría del todo claro el panorama legal.

3. Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.¹²⁷

Otra solución a este problema, puede ser que legislativamente se acepte el desistimiento de la acción para reclamar alimentos, permitiéndole al alimentario o a la persona que le tiene a su cuidado, la posibilidad de presentar otra demanda con la misma pretensión, mientras subsistan las circunstancias por las que se acepto la primera demanda.

El derecho de alimentos no puede transferirse, venderse o cederse a título oneroso ni gratuito por ninguna razón por su carácter personalísimo, y por lo tanto, acabada la vida se extingue el derecho de reclamar alimentos, de conformidad con el artículo 362 del Código Civil antes transcrito. “...Por eso los herederos del beneficiario mal podrían exigir que el alimentante continúe pagándoles a ellos la pensión que le daban al causante, aunque sus aflicciones económicas sean mayores que las que tenía el muerto.”¹²⁸

Si este derecho fuera provocaría la nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito porque son derechos que no pueden transferirse a otro persona, aparte esta actuación equivaldría a renunciarlo, y como vimos en líneas anteriores esto no puede suceder por ningún motivo.

¹²⁷ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, numeral 3 del artículo innumerado 32.

¹²⁸ VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 205.

Debemos tener siempre presente que todo acto que la ley prohíbe es nulo y carece de valor jurídico, de conformidad con el artículo 9 del Código Civil.

*Art. 9.- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; ...*¹²⁹

Existen taxativamente en la Ley Reformativa las causales por las que se da la extinción del derecho de alimentos, las mismas que están contempladas en el artículo innumerado 32.

Art. Innumerado 32.- Caducidad del derecho.- El derecho para percibir alimentos se extingue por cualquiera de las siguientes causas:
1. Por la muerte del titular del derecho;
2. Por la muerte de todos los obligados al pago; y,
*3. Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.*¹³⁰

En este articulado determina la extinción del derecho de percibir alimentos con el término “*Caducidad del derecho*”, cuando esto no es correcto puesto que la caducidad es un recurso legal con el cual se da la extinción del derecho en razón del tiempo mientras que la extinción abarca muchas más circunstancias y causales. “*Caducidad.- Lاپso que produce la pérdida o la extinción de una cosa o un derecho.*”¹³¹

No es correcto que el demandado pida la extinción de la pensión alimenticia aludiendo y hasta demostrando que no cuenta con los medios económicos, físicos o intelectuales para cumplir con dicha prestación, ya que al aceptar dicha pretensión se estaría vulnerando por completo el interés superior del niño; ya que el juez puede optar por otras alternativas para asegurar el pago de las pensiones alimenticias.

No se extinguen las pensiones alimenticias a pesar de que se suspenda o se prive la patria potestad de uno o de los dos padres obligados a cumplir con la prestación alimenticia.

Como acertadamente ha dispuesto el legislador, la limitación, suspensión, privación o pérdida de la patria potestad, no constituye ninguna causa para negar la prestación de

¹²⁹ Código Civil, artículo 9.

¹³⁰ Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 32.

¹³¹ Cfr. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Decimosexta Edición, 2003, p. 58.

*alimentos de los niños, niñas y adolescentes. La explicación tiene dos elementos: a) Porque la patria potestad en cualquier momento puede ser restituida al o los progenitores; y, b) Porque una de las mayores responsabilidades de los padres es asegurar su subsistencia. La prestación alimenticia la debe el padre y la madre juntos; la patria potestad la ejercen en conjunto, en consecuencia la obligación de pasar alimentos es responsabilidad de los dos. Perfectamente el menor de edad puede demandar alimentos a los dos progenitores simultáneamente.*¹³²

De conformidad con el primer inciso artículo innumerado 5 de la Ley Reformatoria.

*Art. Innumerado 5.- Obligados a la prestación de alimentos.- Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad....*¹³³

En el proceso de alimentos al intervenir menores no puede ser declarado en abandono, conforme el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con los artículos 374 y 375 del mismo cuerpo legal.

*Art. 381.- No cabe abandono en las causas en que sean interesados menores de edad u otros incapaces.*¹³⁴

El derecho de reclamar alimentos no tiene prescripción por estar destinado a conservar la vida de la persona, de conformidad con el artículo innumerado 3 de la Ley Reformatoria.

*Art. Innumerado 3.- Características del derecho.- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible,....*¹³⁵

Es muy acertado legislar que la acción de reclamar alimentos no prescriba, pero la norma jurídica no hace una distinción ni regula claramente entre la prescripción de la acción de reclamar alimentos y las pensiones alimenticias devengadas pero no cobradas.

¹³² Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 154.

¹³³ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, inciso primero del artículo innumerado 5.

¹³⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 381.

¹³⁵ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 3.

En el artículo 364 del Código Civil someramente habla de una prescripción que puede reclamar el deudor de las pensiones alimenticias atrasadas, pero sin determinarlas ni reglarlas.

Art. 364.- No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor.¹³⁶

En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no se ha establecido un tiempo para que prescriba la acción de reclamar el cobro de las pensiones alimenticias o cuotas atrasadas, puesto que si la persona que es beneficiada con la obligación alimenticia no ha querido cobrar las mencionadas pensiones en un tiempo considerablemente extenso significa que no estaba cursando, en ese momento, el estado de necesidad que es la condición básica para que subsista dicha prestación.

Sin embargo, a decir del inciso segundo del Art. 127 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuando las pensiones alimenticias se hayan convertido en una deuda por falta de pago o no se haya ejecutado las acciones que permiten referido Código, tales deudas alimentarias si podrán ser compensadas, transmitidas activa o pasivamente a los herederos y hasta prescribir. El Art. 2439 del Código Civil en cuanto se refiere al tiempo para la prescripción extensiva dice que: Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente cinco. Adicionalmente, el Art. 382 del Derecho Sustantivo Civil. Refuerza la excepción constante en el inciso segundo del Art. 127 del Código de la Niñez y Adolescencia cuando reza que: “No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse, o compensarse, y el derecho de demandarlas, transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse, sin perjuicio de la prescripción que compete al deudor”. Dicho de otro modo, bajo esta excepción el derecho de demandar por las pensiones alimenticias atrasadas pueden transmitirse por causa de muerte, renunciarse, compensarse, venderse o cederse...¹³⁷ (los artículo transcritos se encuentran desactualizados)

Este cobro de pensiones alimenticias y cuotas atrasadas, es una acción meramente civil, de créditos comunes de libre disponibilidad, pueden renunciarse o abandonarse a causa del mismo acreedor alimentario. “...Mientras las pensiones alimenticias mantengan su carácter personal y su función dirigida a la conversación de la vida,

¹³⁶ Código Civil, artículo 364.

¹³⁷ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 151.

serán inembargables; pero una vez que pierden esas notas singulares no hay razón para seguir otorgándoles esta medida protectora.”¹³⁸

La importancia de la prescripción en materia civil, en este tema de las pensiones alimenticias atrasadas o devengadas en concreto, es por la seguridad jurídica, paz social y una solución de las deudas civiles pendientes para que no se perpetúen en el tiempo, para evitar la incertidumbre jurídica y conflictos futuros que serían extemporáneos.

El derecho de alimentos no puede ser compensable, por ejemplo, si el alimentario o la persona que está hecho cargo de él tienen una deuda con el alimentante, las pensiones alimenticias atrasadas no pueden ser compensadas con la primera deuda que se tiene con el obligado a cubrir la prestación alimenticia.

En el juicio de alimentos las resoluciones no producen efectos de cosa juzgada, puesto que las circunstancias en las que se fijó una pensión alimenticia pueden variar en el transcurso del tiempo, tal como lo dispone el Art. Innumerado 17 de la Ley Reformatoria.

Art. Innumerado 17.- Del efecto de cosa juzgada.- La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene el efecto de cosa juzgada.¹³⁹

2.2.1. Competencia de los jueces en materia de alimentos para niñas, niños y adolescentes

Actualmente en todo el país se están creando las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, las cuales tienen competencia, a nivel cantonal, según el territorio, de conformidad con el artículo 233 del Código Orgánico de la Función Judicial.

¹³⁸ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 221.

¹³⁹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 17.

Art. 233.- COMPETENCIA DE LAS JUEZAS Y JUECES DE FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- En cada cantón existirá una judicatura de familia, mujer, niñez y adolescencia, conformada por juezas y jueces especializados de conformidad con las necesidades de la población.¹⁴⁰

Esto en base del nuevo modelo de gestión en la justicia, impulsado por el nuevo Consejo de la Judicatura.

Modelo de gestión

*De conformidad con los preceptos constitucionales y demás normas conexas busca garantizar el acceso y servicio oportuno, eficiente, eficaz y de calidad de todas las personas a la **justicia**.*

*El Código Orgánico de la **Función Judicial** posibilita construir un nuevo Modelo de Gestión que genere un conjunto de procesos para proveer servicios de calidad, pertinentes, oportunos, eficientes y eficaces.*

El propósito fundamental es que las juezas y los jueces se dediquen únicamente al ejercicio de sus competencias y no a tareas administrativas. La implementación de la Oralidad y el nuevo Modelo de Gestión permitirán reducir los tiempos de tramitación y digitalizar las causas. (Cero papeles).¹⁴¹

La idea principal del nuevo modelo de gestión sin lugar a dudas es mejorar la administración de justicia, pero es un proyecto nuevo y que recién se está efectivizando en nuestro país, por lo que hay un camino largo aun por recorrer, para que se vaya puliendo con el tiempo e ir corrigiendo los errores que puedan ir surgiendo y sobre todo para que se vaya adecuando a la realidad socio - jurídica del país.

Estas reformas legislativas y de infraestructura de la Función Judicial por el momento, pueden llegar a ser contraproducentes al verdadero objetivo del interés superior del niño, puesto que al mezclar la cuestión de menores con todos los asuntos de protección de la mujer y la familia, además las acciones constitucionales de protección, la carga procesal en las nuevas unidades judiciales colapsará rápidamente por la gran cantidad de población que puede existir, sobre todo en ciudades grandes como Quito y Guayaquil.

Los menores de edad están sujetos a una jurisdicción y competencia judicial especial de protección, a través de la Corta Nacional de Menores, las Cortes Distritales y los

¹⁴⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. artículo 233.

¹⁴¹ <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/programa-reestructuracion/modelo-de-gestion>, ingreso 08 de abril del 2013, a las 16h08.

*Tribunales de Menores. A esos organismos compete además de la protección y asistencia, el conocimiento de las controversias relacionadas con el ejercicio de la patria potestad, prestación alimenticia, la adopción y el conocimiento y resolución de los casos en los que se hallen involucrados los menores que, sin ser sujetos de delito, requieren ciertas medidas de reeducación.*¹⁴²

Conforme lo manda el artículo 255 del Código de la Niñez y Adolescencia, la competencia de los órganos jurisdiccionales encargados de la materia de menores es especializada.

*Art. 255.- Especialidad.- Establécese la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes reglados en este Código.*¹⁴³

En concordancia con el artículo 175 de la Constitución de la República del Ecuador.

*Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección Integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.*¹⁴⁴

Por principio general en materia civil, el juez competente para conocer una causa es el del domicilio del demandado, conforme lo establece los primeros incisos de los artículos 166 y 167 del Código Orgánico de la Función Judicial.

*Art. 166.- PRINCIPIO GENERAL.- Toda persona tiene derecho a ser demandada ante la jueza o el juez de su domicilio...*¹⁴⁵

*Art. 167.- REGLAS GENERALES PARA EL FUERO FUNCIONAL COMUN Y EXCEPCIONES.- Por regla general será competente, en razón del territorio y de conformidad con la especialización respectiva, la jueza o el juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado...*¹⁴⁶

Esto en correlación con el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil.

*Art. 24.- Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante su juez competente determinado por la ley.*¹⁴⁷

¹⁴² Cfr. COELLO GARCIA, Enrique; Sistema Procesal Civil; volumen 1; Editorial Universidad Particular de Loja; Quito; Enero 2009; p. 97.

¹⁴³ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 255.

¹⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador, artículo 175.

¹⁴⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 166.

¹⁴⁶ Código Orgánico de la Función Judicial, primer inciso del artículo 167.

Pero cuando se presenta una demanda de alimentos, el juez competente por un principio de especialidad sería el de la Niñez y Adolescencia del domicilio del menor beneficiario del derecho de alimentos, de conformidad con el artículo innumerado 34 de Ley Reformatoria.

*Art. Innumerado 34.- La demanda.- La demanda se presentará por escrito, en el domicilio del titular del derecho...*¹⁴⁸

En concordancia con el inciso segundo del artículo 167 del Código Orgánico de la Función Judicial, que exceptúa la competencia en razón de que las leyes especiales así lo dispongan.

*...Se exceptúan aquellos casos en los que las leyes procesales respectivas dispongan lo contrario...*¹⁴⁹

La regla general es que el juez competente sea el del domicilio del demandado, pero en el juicio de alimentos será el domicilio del menor, en base del interés superior del mismo menor.

Sabemos que, en general, en materias civiles entre tribunales de igual jerarquía, es competente para conocer de una demanda el del domicilio del demandado, salvo excepciones.

*Pues bien, una de dichas excepciones son las demandas de alimentos deducidas por el cónyuge o por los hijos menores; este caso el juez competente para conocer de estas demandas es el juez de la residencia del alimentario.*¹⁵⁰

En un divorcio cuando el juez sentencia la disolución del vínculo matrimonial tiene la obligación de resolver la situación de los menores de edad, por lo cual, el juez competente para conocer la cuestión relativa de los alimentos será el que emitió la sentencia del divorcio, de conformidad con el inciso tercero del artículo 8 y 273 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículos 108 y 115 del Código Civil.

¹⁴⁷ Código de Procedimiento Civil, artículo 24.

¹⁴⁸ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 34.

¹⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, segundo inciso del artículo 167.

¹⁵⁰ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 224.

*...Sin embargo de lo dispuesto en el inciso anterior se prorroga la competencia de todo juez, respecto de los asuntos que llegan a ser incidentes de la causa principal...*¹⁵¹

Si un juez es competente para conocer el tema de alimentos, no puede resolver otros asuntos de diverso orden así sea temas jurídicos relacionados al mismo menor, como son las visitas, tenencia o patria potestad, de conformidad con el artículo innumerado 33 de la Ley Reformativa, en concordancia con el artículo 292 del Código de la Niñez y Adolescencia.

*Art. Innumerado 33.- Improcedencia de la acumulación de acciones y de la reconvención.- Las acciones por alimentos, tenencia y patria potestad deberán tramitarse por cuerda separada. Prohíbese la reconvención.*¹⁵²

Por lo que, ni invocando el interés superior del menor, estas pretensiones deberán seguirse por la vía y cuerda separada correspondientes, esto con el fin de alcanzar la resolución de cada una de los procesos, y evitar que se vea cada expediente interrumpido con los incidentes que se puedan producir en cada acción.

2.2.2. Aumento y disminución de las pensiones alimenticias

En el actual sistema procesal del juicio de alimentos, la expectativa de que se incremente o rebaje una pensión alimenticia depende de las pruebas que se aporten respectivamente y en su momento oportuno, sobre todo las que se refieren a la situación económica y cargas procesales del alimentario, por lo que, deberá darse el trámite procesal respectivo que requiere un nuevo pronunciamiento judicial. “...La petición de que se modifique una pensión alimenticia determinada en un juicio afinado importa una demanda nueva que debe ceñirse a las normas sobre competencia y procedimiento señaladas por la ley para esta clase de juicios...”¹⁵³

¹⁵¹ Código de Procedimiento Civil, inciso tercero del artículo 8.

¹⁵² Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 33.

¹⁵³ VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 247.

Los incidentes de aumento o de disminución de la pensión alimenticia se dan con tanta regularidad y colapsando la mayoría de veces innecesariamente a la administración de justicia, porque en la Ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no establece un tiempo prudencial para presentar un incidente una vez que se ha resuelto el juicio principal u otro incidente, ya que solo se debería presentar dichos i-incidentes si las circunstancias de la partes han cambiando considerablemente, por lo que queda en total discrecionalidad y criterio presentar dichos incidentes en cualquier momento.

Art. Innumerado 42.- Incidentes para aumento o disminución de pensión.- 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.

Conforme este articulado los incidentes solo proceden a petición de parte y no de oficio por el Juez o la Judicatura donde se encuentra el juicio principal.

Por lo que en la práctica se da, regularmente, que una de las partes presenta un incidente sin haber pasado mucho tiempo de haber sido resuelto el juicio principal u otro incidente, teniendo en cuenta que es muy difícil que las circunstancias u hechos no hayan variado por el tiempo tan corto de última resolución.

Lo único que detiene a las partes de presentar un incidente tras otro es el costo del asesoramiento jurídico, pero por dar un ejemplo en concreto, en el juicio 2007-3189-MZ que se ventila en el Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito, en el lapso de 2 años se han presentado 4 incidentes de aumento de pensión alimenticia los cuales han sido rechazados, patrocinados por la Defensoría Pública, los cuales no se percatan de esta anomalía puesto que los abogados en esta dependencia son cambiados de sus cargos constantemente y por tener mucha carga laboral bajo su cargo; sin mencionar que diciembre del 2011 la otra parte presento el incidente de rebaja de pensión alimenticia.

Por lo que se puede constatar que esta clase de incidentes sin fundamento jurídico colapsan la Función Judicial y son un costo económico innecesario para el Estado.

Otra razón de que se presenten incidentes innecesarios es que en juicio principal o incidente anterior las partes no aportaron con las pruebas necesarias para justificar la condición económica del alimentante, mediante prueba pre constituida, excepto aquella para cuya obtención se necesite requerimiento judicial en concordancia con el inciso tercero del artículo innumerado 34 de la Ley Reformatoria, que será la principal prueba para fijar la pensión alimenticia. “...*En el formulario que contiene la demanda, se hará el anuncio de pruebas que justifiquen la relación de filiación y 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 formulario de demanda...*”¹⁵⁴

Muchas de las veces al plantear el incidente de aumento de pensión alimenticia no se toma en cuenta que existe el incremento de las pensiones alimenticias que se da anualmente congestionando, innecesariamente, el trabajo de los Juzgados, conforme a los artículos 15 y 43 de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

*Art. Innumerado 43.-Indexación Automática Anual.- Sin perjuicio del derecho de las partes para solicitar aumento o reducción de la pensión alimenticia, hasta el 31 de enero de cada año el Consejo Nacional de 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. 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*¹⁵⁵.

Todos los años en el mes de enero el Consejo de la Niñez y Adolescencia envía un informe a la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura adjuntado la respectiva resolución, la misma que es publicada en el Suplemento del Registro

¹⁵⁴ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, inciso tercero del artículo 34.

¹⁵⁵ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 43.

Oficial, sobre la actualización de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, para que sea remitido a los Departamentos de Liquidaciones de cada Judicatura.

El 22 de enero del 2013 el Consejo de la Niñez y Adolescencia remitió dicho informe para la actualización de las pensiones alimenticias a regirse en el 2013, publicado en Suplemento del Registro Oficial Nro. 877 del 23 de enero del 2013.

...Disposición que fue citada en el segundo considerando de la Resolución No. 001-CNNA-2013 que contiene la actualización de la Tabla de Pensiones Alimenticias, en cumplimiento del innumerado 43 del Código de la Niñez y Adolescencia.

La inflación anual comunicada por el INEC a diciembre del año 2012 fue de 4,16%, por lo tanto se recomienda que se tome en consideración este porcentaje al momento de efectuar la indexación automática dispuesta en la Ley.¹⁵⁶

Esto también se da por circunstancias que es obvio que la norma jurídica no puede regular, que son las 2 siguientes:

Antes de establecer cuál es el monto al que asciende la pensión alimenticia por la indexación anual, la Pagaduría asignada a cada Judicatura debe calcular dicho incremento para que pueda actualizar la cuenta virtual del Banco de Guayaquil, que es la institución financiera que trabaja directamente con los juzgados de la niñez; por lo que se convierte más una complicación administrativa que legal.

Los abogados en libre ejercicio no explican adecuadamente la existencia de este precepto legal a sus clientes, contrario a lo que establece el numeral 1 del artículo 330 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 330.- DEBERES DEL ABOGADO EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS.-

Son deberes del abogado en el patrocinio de una causa:

1. Actuar al servicio de la justicia y para este objeto colaborar con los jueces y tribunales; ...¹⁵⁷

En este error también pueden incurrir los administradores de justicias, puesto que no hay ninguna norma legal que impida que el juez determine que las pensiones alimenticias sigan aumentado progresivamente en cada periodo de tiempo

¹⁵⁶ Oficio Nro. CNNA-SEN-2013-0088-OF; 22 de enero del 2013; Quito.

¹⁵⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 1 del artículo 330.

determinado por las mismas partes o en base de las pruebas que constan en el proceso, en base de los ingresos variantes que pueda tener el obligado a pagar las pensiones alimenticias.

Acotando que este aumento progresivo debe ser considerable en los ingresos económicos del demandado, porque si es aumento es equivalente a la indexación anual que se da a las pensiones alimenticias sería realmente inútil.

En varias ocasiones para justificar el aumento de pensión se demanda tanto al obligado principal como al subsidiario, aludiendo que las condiciones del deudor preferente no han cambiado pero que el subsidiario puede colaborar con el aumento de la pensión alimenticia; esto en total desmedro de los derechos del obligado subsidiario que no fue demandado ni tomado en cuenta en el juicio principal, a pesar que ya existe un obligado preferente que se encuentra cumpliendo con la prestación alimenticia.

Los obligados subsidiarios.- Es frecuente en el devenir de la actuación judicial que las y los usuarios del sistema judicial, una vez que se ha demandado y obtenido resolución a favor en contra del Obligado Principal, procedan con el formato de demanda a demandar el alza de la pensión alimenticia en contra del Obligado Principal y del (a) Obligado (a) Subsidiario (a).

La cuestión que se plantea aquí es de fondo también pues habiéndose fijado la pensión alimenticia al Obligado Principal solamente a este cabe plantearse el incidente de aumento que constituye una acción, llamarse al obligado o a la obligada subsidiaria mediante resolución al pago de una pensión alimenticia, como se señaló en el acápite anterior, conlleva a que se justifique por parte de la o el accionante que el Obligado o la Obligada Principal se encuentra en el presupuesto del primer inciso del artículo innumerado 5 de la Ley Reformatoria del Código de la Niñez y Adolescencia, es decir su ausencia, insuficiencia de recursos, impedimento o discapacidad, en cuyo caso, la acción que debió plantearse desde un inicio por parte del accionante no es un incidente de aumento de pensión alimenticia, sino una acción de fijación de pensión alimenticia en contra del obligado u obligada subsidiaria. La pregunta aquí en consecuencia es ¿Cuál es la pretensión: el aumento de la pensión alimenticia o la fijación de pensión al obligado u obligada subsidiaria?. Frente a ello: ¿Cuál es la actuación del Juez o Jueza? Indudablemente que lo primero que debe hacer es solicitarle al o a la demandante que aclare su pretensión, conforme se faculta al Juez o Jueza, por intermedio del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, y desde luego revisar que toda la documentación se haya agregado, en el evento de que se trate de una acción de fijación de pensión alimenticia en contra de un subsidiario. Una vez clarificada la cosa, cantidad o hecho que solicita el o la demandante, se continuará el expediente, con la seguridad de que podrá el Juez o Jueza pronunciarse sobre el fondo de la causa.¹⁵⁸

¹⁵⁸ <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/catalogos/Syllabus-%20FAMILIA-MUJER-NINEZ-ADOLESCENCIA%20Y%20ADOLESCENTES%20INFRACTORES.pdf>

Siempre se deberá tener presente y considerar hasta qué punto el incidente es viable en contra de otro demandado que el obligado principal, puesto que lo accesorio tiene relación directa con lo principal, y esta situación en el juicio principal el obligado subsidiario no fue citado ni declarado obligado a prestar la obligación alimenticia mediante la respectiva resolución, por lo tanto no se lo puede considerar como parte procesal. “...Atendiendo estos principios, los terceros que no son parte de un procedimiento, no son las partes que litigaron en el juicio y por ello no les aprovechan ni perjudican las resoluciones que se dicten...”¹⁵⁹

Esto de conformidad con lo que establece el artículo 286 del Código de Procedimiento civil.

*Art. 286.- Las sentencias y autos no aprovechan ni perjudican sino a las partes que litigaron en el juicio sobre que recayó el fallo, salvo los casos expresados en la ley.*¹⁶⁰

En la última parte de este artículo dice que “...salvo los casos expresados en la ley.” y revisada minuciosamente la ley no permite que los incidentes sean presentados contra otras personas que no intervinieron en el juicio principal.

El juez al revisar las pruebas constituidas en el incidente puede constatar, con certeza que el demandado está pasando por una situación muy difícil para afrontar el pago de la pensión alimenticia, deberá considerar seriamente en remitirse a los obligados subsidiarios en base de hacer respetar el interés superior del niño, claro que dándoles la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa adecuadamente a los obligados subsidiarios, resolviendo que dichos demandados subsidiarios afronten la pensión alimenticia en su totalidad o en forma parcial, sea de manera permanente o momentánea.

Esto va en contra del principio de proporcionalidad que en base de un mal utilizado y sin fundamento del principio del interés superior del niño se creen

¹⁵⁹ Cfr. COELLO GARCIA, Enrique; Sistema Procesal Civil; volumen II; Editorial Universidad Particular de Loja; Quito; Enero 2009; p. 75.

¹⁶⁰ Código de Procedimiento Civil, artículo 286.

normas que solo beneficien a una de las partes procesales sin ninguna consideración jurídica sustentable, como es el Art. Innumerado 8 de la Ley Reformatoria que establece desde que momento se deben las diferencias de pensiones alimenticias con respecto a los incidentes de aumento y de rebaja.

Art. Innumerado 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.¹⁶¹

De esta manera el demandado se encuentra coaccionado a pagar una mayor pensión alimenticia desde la presentación del incidente de aumento, al contrario del incidente de rebaja que debe pagar desde la respectiva resolución.

Fácilmente se puede deducir que este precepto legal va en contra de los principios de igualdad, proporcionalidad y equidad, porque se entiende que los incidentes bien fundamentados son presentados en razón de que las circunstancias de una de las partes han variado considerablemente, entonces se supone que estas variaciones comienzan desde que se presentó el incidente, de conformidad con el inciso primero del artículo innumerado 42 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. “...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.”¹⁶²

Por lo que, es totalmente irracional establecer que el un incidente corre desde la presentación a la demanda y el otro desde su resolución.

Además, es obvio, que previo a presentar el incidente de aumento de pensión alimenticia, ya existía un juicio principal por el cual el beneficiario del derecho de alimentos ya esta percibiendo una pensión alimenticia, por lo que no se justifica que

¹⁶¹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 8.

¹⁶² Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 42.

el menor este cursando por un estado de necesidad por completo y no tuviera razón de ser el efecto retroactivo de la resolución.

En consecuencia, por todo lo manifestado anteriormente, sería lo más coherente, equitativo e igualitario que ambos incidentes corran similarmente, bien desde la presentación, su citación o desde la respectiva resolución ejecutoriada, en base de los principios de proporcionalidad, equidad e igualdad, de conformidad con el numeral 4 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

4. *Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*¹⁶³

La igualdad formal hace referencia a la igualdad de todas las personas ante la ley, y la igualdad material frente a las medidas socioeconómicas que debe tomar el estado para alcanzar esa igualdad entre todos los individuos de la sociedad. “...Se entiende igualdad formal, como igualdad ante la ley e igualdad material, como las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo, para que se dé la igualdad como tal en la realidad, es decir, en las prácticas sociales.”¹⁶⁴

En cuestión de las citaciones de los incidentes en muchas ocasiones se suele solicitar que en prevalearía del interés superior del niño se le cite a la parte contraria en la casilla judicial que tiene señalado en el juicio principal, este petitorio va en contra del derecho a la legítima defensa, tomando en cuenta lo manifestado por la Ex Corte Suprema de Justicia que habla de los modos y formalidades de la citación.

...Citación es el acto procesal del juez, realizado a través del secretario o del citador, mediante el cual se pone por escrito en conocimiento del demandado la demanda y la providencia recaída en ella. Toda demanda ha de citarse necesariamente a la parte contra quien se dirige, para dar efectiva vigencia al principio del debido proceso preceptuado por la Constitución Política de la República del Ecuador. La citación es un presupuesto procesal fundamental; por eso el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil la coloca entre las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, cuya omisión acarrea la nulidad del proceso; siempre, por supuesto, que no se haya saneado o convalidado, porque por lo general las nulidades procesales son susceptibles de convalidación en la forma señalada por la ley.- Según nuestro Código de Procedimiento Civil existen diversos tipos de citaciones, siendo las más comunes: la personal y por boleta. La citación personal puede hacerse en cualquier lugar en que el secretario o citador encuentre al demandado, previa la identificación correspondiente. Si no se encuentra

¹⁶³ Constitución de la República del Ecuador, numeral 4 del artículo 66.

¹⁶⁴ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad, ingreso 09 de abril del 2013, a las 18h53.

personalmente al demandado la citación ha de hacerse por tres boletas, dejadas en tres días distintos en la habitación del demandado, en la forma contemplada en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil. La habitación en que se ha de dejar las boletas es la señalada por el actor, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 71 ordinal 7mo. del Código de Procedimiento Civil, con la obligación del secretario o citador de cerciorarse de la verdad de que se trata de la respectiva habitación para hacer allí la citación en forma legal (último inciso del artículo 81 del Código de Procedimiento Civil)...¹⁶⁵

Para acotar lo expuesto en el párrafo anterior, se debe siempre tener presente que en Derecho, las cosas se deshacen como se las hacen, y en el juicio principal para llegar a una resolución en la que se fijó una pensión alimenticia se tuvo que seguir el debido proceso, por lo que para llegar a una resolución del incidente de pensión alimenticia previo debe existir la respectiva citación legal a la contraparte.

Lo que sí se puede pretender y el juez puede dar paso, que en base del interés superior del niño y en concordancia con el principio de celeridad se le haga conocer al demandado del incidente de aumento de pensión alimenticia mediante la casilla judicial, obviamente esperando que el demandado se dé por citado o se pronuncie sobre dicha providencia para el mismo efecto, en armonía con lo que dispone el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil.

Art. 84.- Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido.¹⁶⁶

Otra problemática que se da con los incidentes de pensiones alimenticias es que existe un vacío legal con respecto a cómo se debe proceder cuando se presentan simultáneamente el incidente de rebaja y aumento; existe una incertidumbre jurídica de que si se debe calificar el primer incidente presentado y negar el otro, o calificar ambos incidentes a la par, por lo que, los administradores de justicia proceden a actuar de diferente forma y no en forma uniforme.

¹⁶⁵ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3994; primer considerando de la Resolución 159-2001 de Primera Sala de lo Civil y Mercantil; ingreso 16 de marzo del 2013, a las 20:21.

¹⁶⁶ Código de Procedimiento Civil, artículo 84.

Una innovadora forma que han empezado a optar los órganos administradores de justicia para dar solución a esta problemática es calificar ambos incidentes y convocar a la Audiencia Única respectiva en la misma providencia, tomando en cuenta que en los dos incidentes las partes procesales ya han señalado casilleros judiciales para futuras notificaciones, por lo que ya no es necesarios las citaciones respectivas de dichos incidentes, en armonía con el principio del celeridad procesal consagrado en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 169.-El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.¹⁶⁷

En concordancia con el numeral 9 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, que es una de las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.

9. Procurar la celeridad procesal, sancionando las maniobras dilatorias en que incurran las partes procesales o sus abogadas y abogados;¹⁶⁸

2.2.3. Obligados subsidiarios a pagar pensiones alimenticias

No es correcto que se demande y se acepte que se demande en contra de los obligados subsidiarios cuando existe obligados principales que se encuentran con plenas facultades para cubrir las pensiones alimenticias.

Por lo que, solo probada la insuficiencia de recursos del obligado principal se podrá demandar al obligado subsidiario directamente.

¹⁶⁷ Constitución Política de la República del Ecuador; artículo 169.

¹⁶⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 9 del artículo 130.

En el artículo 1527 del Código Civil establece y determina lo que son las obligaciones solidarias, de las cuales se derivan las responsabilidades de los obligados subsidiarios en el juicio de alimentos.

Art. 1527.- En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.¹⁶⁹

Para que la parte accionante del juicio de alimentos pueda demandar a los obligados subsidiarios, deberá dar estricto cumplimiento a la comprobación legal prevista en el inciso segundo del artículo 5 de la Ley Reformatoria, en concordancia con el artículo 15 del mismo cuerpo legal; esto es, la ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad del obligado principal.

...En caso de: ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, debidamente comprobado por quien lo alega, la autoridad competente ordenará que la prestación de alimentos sea pagada o completada por uno o más de los siguientes obligados subsidiarios, en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados, en su orden: ...¹⁷⁰

En el mismo artículo innumerado 5 establece la prelación para determinar el obligado o los obligados a pagar pensiones alimenticias a sus descendientes.

- 1. Los abuelos/as;*
- 2. Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no estén comprendidos en los casos de los numerales dos y tres del artículo anterior; y,*
- 3. Los tíos/as...¹⁷¹*

Siguiendo la prelación determinada en esta lista, se puede concluir que a falta o incapacidad de los padres, serán los abuelos los obligados subsidiarios a cumplir con la pensión alimenticia, sin importar si son de la línea materna o paterna, tal como lo manda el primer inciso del artículo 276 del Código Civil.

¹⁶⁹ Código Civil, artículo 1527.

¹⁷⁰ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, inciso Segundo del artículo innumerado 5.

¹⁷¹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 5.

Art. 276.- La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una y otra línea, conjuntamente...¹⁷²

De conformidad con el inciso segundo del mismo artículo 276 dice que el juez regulará la cuota que le toca a cada uno de los abuelos pasar por concepto de pensiones alimenticias según su capacidad económica y circunstancias de vida que pasan en ese momento, y en el caso de que solo uno de ellos tenga la capacidad de cumplir con la obligación solo este tendrá el deber de cumplir con la totalidad de la pensión alimenticia hasta el momento en que cambien las circunstancias en la que se fijo la obligación alimenticia. “...El juez reglará la contribución, considerando las facultades de los contribuyentes, y podrá, de tiempo en tiempo, modificarla, según las circunstancias que sobrevengan....”¹⁷³

Pero situándonos en la realidad, nunca se va a demandar a los abuelos maternos y paternos al mismo tiempo, porque será muy difícil que la persona que está hecho cargo del menor beneficiario del derecho de alimentos demande a sus mismos familiares.

Sería de lo más injusto que si se fijo una pensión alimenticia para ambos abuelos que son cónyuges, y ambos son sustento económico del hogar en común en igual proporción, si uno de los 2 muere, solo uno de ellos deba soportar con toda la carga de la obligación alimenticia, por lo cual, lo adecuado sería que se cambie el monto de la pensión alimenticia.

Al abuelo demandado le toca probar a el que el resto de parientes del beneficiario del derecho de alimentos tienen la capacidad para cumplir personalmente o solidariamente con la obligación alimenticia.

Una mala práctica de la parte accionante es que para demandar a los obligados subsidiarios no siguen el orden de prelación o preferencia establecido en

¹⁷² Código Civil, inciso primero del artículo 276.

¹⁷³ Código Civil, inciso segundo del artículo 276.

el artículo innumerado 5, sino que demandan a cualquiera de las personas enumeradas, o al obligado principal y a un subsidiario de su elección, y peor aún a todos a la vez, en base del Interés Superior del Niño, y esto es erróneo puesto que entre unos y otros no existe el mismo nivel de responsabilidad, puesto que esa prelación se da en base del compromiso y cercanía de parentesco entre los obligados principales, subsidiarios y el alimentario.

Además aceptar una demanda contra un obligado subsidiario sin la verificación adecuada de la prelación o preferencia respectiva sería ilegal para este, puesto que puede existir un obligado subsidiario más cercano en parentesco al beneficiario del derecho de alimentos que puede cubrir la obligación alimenticia sin ningún problema.

Los miembros de la familia ampliada que se encuentra conviviendo con los menores beneficiarios del derecho de alimentos no puede ser considerados como obligados subsidiarios para el pago de las pensiones alimenticias, de conformidad con el inciso segundo del artículo innumerado 7 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Los miembros de la familia ampliada que en virtud de una medida de protección dispuesta por la autoridad competente o en ejercicio de la tutela se encuentren conviviendo con niños, niñas y adolescentes titulares del derecho de alimentos, no serán obligados subsidiarios de la pensión de alimentos.¹⁷⁴

Otro vacío legal que existe en la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es que en el orden de los obligados subsidiarios no se ha considerado que puede existir pluralidad de sujetos, y que lo correcto es que se demande a cada uno de ellos y no solamente a uno, por ejemplo en el caso de los tíos no se debería demandar solo a uno de ellos a libre albedrío, elección o conveniencia de la parte accionante, sino que la demanda debería ir en contra de todos, puesto que esta obligación alimenticia se debería considerar solidaria, por lo

¹⁷⁴ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, segundo inciso del artículo innumerado 7.

que cada uno de los deudores está obligado a cumplir con la parte de su cuota respectiva y equitativa.

En el caso del pago de la obligación alimenticia por parte de varios obligados subsidiarios del mismo grado, lo justo sería que cada uno pague por la cuota que le corresponde con respecto a un mismo beneficiario del derecho de alimentos, acorde a la capacidad económica y cargas familiares de cada uno de ellos.

Al observar la capacidad de cada obligado subsidiario del mismo grado, puede ser que se compruebe que solo uno de ellos puede cumplir con el pago de la pensión alimenticia y que el resto se encuentran en insolvencia o falta de recursos, por lo que en esta única circunstancia se debería establecer que solo el individuo que tiene capacidad adecuada cumpla con la totalidad de la prestación alimenticia.

Cabe mencionar que debido a las reformas legislativas es que muchos jueces no realizan el análisis y verificación necesaria en la cuestión de los demandados subsidiarios, ya que lo adecuado es que se verifique también la capacidad económica de ellos y su edad.

Para limitar la discrecionalidad de la parte accionante para demandar a los obligados subsidiarios cuando estos no tengan las condiciones necesarias para satisfacer las pensiones alimenticias se debería crear una norma expresa que sancione esta acción y establezca la respectiva indemnización de los daños y perjuicios que podría causar la implantación de esta acción mal infundada.

Al demandar alimentos contra obligados subsidiarios la parte accionada muchas veces para justificar su pretensión, aparte del interés superior del menor, anuncian que los ingresos económicos del obligado principal no son suficientes para cubrir las necesidades del menor de acuerdo a su posición social, de esta manera atentando por completo contra los derechos del obligado subsidiario.

La posición social de un menor se debe entender que es la de sus padres (obligados principales) y no la del obligado subsidiario.

Si se aceptarían todas las demandas, contra cualquier obligado subsidiario, lo que produciría a la larga es que un obligado subsidiario, que tenga buenos ingresos económicos sea demandado constantemente por hijos de sus familiares cercanos que el tal vez no tenía ni conocimiento de su existencia; de esta manera yendo contra los principios de proporcionalidad, equidad o igualdad ante la ley.

No se puede demandar solamente a uno de los obligados subsidiarios a razón que este se encuentra en mejor situación económica que el resto, a pesar que el obligado principal y el resto de deudores preferentes encuentran en posibilidades de cumplir con la pensión alimenticia modestamente o solidariamente, de conformidad con el artículo 276 del Código Civil antes expuesto.

Es totalmente injustificable que la función legislativa cree leyes para proteger grupos vulnerables en desmedro de otros grupos igualmente vulnerables sin el análisis jurídico y ponderación de derechos y principios correspondiente, todo en base de una mala utilización del interés superior del niño, como es el caso de las personas mayores adultas o discapacitados que son también grupos vulnerables de la sociedad, pero sin considerar eso en la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se acepto que estos otros grupos vulnerables puedan ser demandados como obligados subsidiarios en los juicios de alimentos.

Muchas de las veces la parte accionante demanda a los obligados subsidiarios por el simple hecho que tienen mayores ingresos económicos, bienes inmuebles o muebles que el obligado principal, sin considerar las circunstancias personales de estos, circunstancias que por su edad, salud o físicas se encuentran limitados de tener un vida plena, de conformidad con el Art. 357 del Código Civil.

*Art. 357.- En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.*¹⁷⁵

Las autoridades deberían trabajar en planes de control de la natalidad en el país, establecer sanciones o determinar modos de verificación en sus documentos de identidad para progenitores que tienen en demasía su descendencia y no se hacen responsables de ellos, puesto que es inmerecido que paguen los obligados subsidiarios las pensiones alimenticias porque sus familiares tienen muchos hijos; acaso fue culpa o dio el consentimiento el subsidiario para que el obligado principal tenga prole sin medida, cuidado ni control.

2.3. Medios de Impugnación en el Código de la Niñez y Adolescencia

2.3.1. Recursos horizontales y verticales

La aclaración y ampliación del auto resolutorio se encuentran regulados en último inciso del artículo innumerado 39 de la Ley Reformatoria que estipula: “...*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.*”¹⁷⁶

Tomando en cuenta que únicamente no podrán solicitar la aclaración ni ampliación del monto de la pensión alimenticia fijada.

La ampliación, aclaración y revocatoria en el resto de providencias se encuentran reguladas por el Código de Procedimiento Civil, puesto que en la Ley Reformatoria ni el Código de la Niñez y Adolescencia no sistematizan estos recursos horizontales en ningún artículo.

Impugnar a una resolución que afecte los derechos de una persona, es un Derecho establecido en el plano constitucional y procesal.

El derecho de recurrir el fallo o resolución se lo establece constitucionalmente en concordancia con lo previsto en nuestro sistema procesal civil y penal,

¹⁷⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 357.

¹⁷⁶ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo 39.

*que contempla en el primer caso como recursos permitidos los de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso,...*¹⁷⁷

Conforme lo establece el literal m del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

*m. Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.*¹⁷⁸

El recurso de apelación está constituido en el artículo innumerado 40 de la Ley Reformatoria, que es exactamente igual al artículo 279 del Código de la Niñez y Adolescencia, que regulaba el juicio de alimentos antes de la expedición de la Ley Reformatoria.

Art. Innumerado 40.- Recurso de apelación.- La parte que no esté conforme con el auto resolutorio, podrá apelararlo 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 lo tendrá por no interpuesto. En todo caso, la apelación se concederá solamente en el efecto devolutivo.*¹⁷⁹

En alimentos por lo que manifiesta en la norma transcrita y por criterios emitidos por las cortes provinciales como veremos en el siguiente tema, solo los autos resolutorios son susceptibles del recurso de apelación, mientras otro tipo de providencias no, por lo que muchas decisiones que se tomen en el juicio pueden quedar a total discrecionalidad del Juzgador.

Algo peculiar es que el recurso de apelación en alimentos tiene efecto devolutivo, esto significa que, mientras el proceso se encuentra en la corte provincial; el juzgador de primera instancia tiene la obligación de seguir con la sustanciación del proceso, de conformidad con el Segundo inciso del artículo 40 de

¹⁷⁷ Cfr. YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador; Primera Edición; Quito; Enero 2009; p. 70.

¹⁷⁸ Constitución de la República del Ecuador, literal m del numeral 7 del artículo 76.

¹⁷⁹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo 40.

la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. “...En todo caso, la apelación se concederá solamente en el efecto devolutivo...”¹⁸⁰

En concordancia con los artículos 725 y 726 del Código de Procedimiento Civil, que dicen.

Art. 725.- Aún cuando haya contradicción de parte del demandado, se ejecutará el decreto en que se mande pagar la pensión alimenticia provisional, y no se admitirá el recurso de apelación sino en el efecto devolutivo.

*Art. 726.- 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. De la providencia que se dicte en estos casos, no se concederá apelación sino en el efecto devolutivo.*¹⁸¹

En correlación con los artículos 331 y 332 del mismo Código de Procedimiento Civil, que exponen claramente en qué consiste el efecto devolutivo de la apelación:

Art. 331.- La apelación se puede conceder tanto en el efecto devolutivo como en el suspensivo, o solamente en aquél. Si se concediere en ambos efectos, no se ejecutará la providencia de que se hubiere apelado; y si se concediere sólo en el efecto devolutivo, no se suspenderá la competencia del juez, ni el progreso de la causa, ni la ejecución del decreto, auto o sentencia.

*Art. 332.- Se concederá el recurso en ambos efectos en todos los casos en que la ley no lo limite al devolutivo.*¹⁸²

Con mucho acierto, la parte accionante cuando existe un recurso de apelación invocando el efecto devolutivo y el interés superior del niño, solicita que se continúe con el trámite respectivo, que sería la liquidación de pensiones alimenticias atrasadas, pero en la práctica esto se ve coartado por cuanto es responsabilidad de la parte que interpuso el recurso proporcionar las copias certificadas del expediente para continuar con este efecto devolutivo, pero muchas de las veces no se acercan a la judicatura para ayudar con estas copias certificadas, por lo cual, el actuario envía a la Corte Provincial sin dejar las respectivas copias certificadas en el Juzgado, conforme el término estipulado en el último inciso del

¹⁸⁰ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, segundo inciso del artículo 40.

¹⁸¹ Código de Procedimiento Civil, artículo 725.

¹⁸² Código de Procedimiento Civil, artículo 331.

artículo innumerado 40. “...El Juez/a inferior remitirá el expediente al superior dentro del término de cinco días siguientes a la concesión del recurso.”¹⁸³

En el segundo inciso del artículo 137 del Código de la Niñez establece que cuando ha existido un acuerdo de las partes, y dicho acuerdo fue aprobado mediante la respectiva resolución, mencionado auto resolutorio es inapelable; recalcando que dicha disposición no se encuentra en la Ley reformativa. “...De la resolución que la fije podrá apelarse sólo en el efecto devolutivo, salvo que se limite a aprobar el acuerdo de las partes, en cuyo caso será inapelable.”¹⁸⁴

El recurso de hecho no se encuentra en la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, pero es concedido en base del artículo 365 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, al ser la norma supletoria.

*Art. 365.- Denegado por el juez o tribunal el recurso de apelación, podrá la parte, dentro del término de tres días, proponer ante el mismo juez o tribunal, el recurso de hecho.*¹⁸⁵

Se debe recalcar que el habeas corpus como una Garantía Jurisdiccional, no se puede considerar como un recurso procesal dentro del juicio en el que se estableció la pensión alimenticia y se dictó el respectivo apremio personal.

2.3.2. Criterios y Resoluciones de la Corte Provincial

Es importante saber los diferentes criterios que tiene la Corte Provincial con respecto al juicio de alimentos, puesto que es el Superior que tiene la última palabra en esta clase de juicio, ya que como veremos en el próximo tema la Casación no es factible.

La Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, en su resolución del jueves 15 de septiembre del 2011 acepta el recurso de apelación interpuesto por la accionante en lo que se refiere a la

¹⁸³ Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo 40.

¹⁸⁴ Código de la Niñez y Adolescencia, segundo inciso del artículo 137.

¹⁸⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 365.

negativa del Juzgado Décimo adjunto de la Niñez y Adolescencia de Quito de aceptar el desistimiento de la causa 1515-2010-IS basándose en el interés superior del niño.

*...TERCERO.- El Art. 376 del Código de Procedimiento Civil, determina que : " El desestimiento de la demanda vuelve las cosas al estado que tenían antes de haberla propuesto".- Por lo antes anotado, este Tribunal de Alzada, por cumplidos los requisitos determinados en el Art. 374, del ya citado Código de Procedimiento Civil, ley procesal supletoria de la Legislación de Menores, aprueba el desestimiento presentado por la accionante, deja sin efecto el auto de 17 de diciembre del 2010, a las 9H31, y dispone que bajen inmediatamente los autos al Juzgado de origen, para los fines legales pertinentes.-...*¹⁸⁶

Esta resolución de la Corte Provincial esta errada de conformidad con el artículo innumerado 3 de la Ley Reformatoria, en concordancia con el artículo 362 del Código Civil, en correlación con los artículos 374, 375 y 381 del Código de Procedimiento Civil como lo examinamos anteriormente, puesto que el derecho de alimentos no es susceptible de desistimiento o renunciabile.

Puesto que situándonos en la realidad, en muchas de las causas en la que se ha negado el desistimiento, la parte accionante concurre tiempo después a seguir con la tramitación de la causa por diversas razones de orden familiar, ya que como se analizo con anterioridad este es un derecho de los alimentarios y no de sus representantes de conformidad con el artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria.

En muchos casos la parte accionante del juicio de alimentos pretende realizar la citación mediante la prensa, tal como lo manda el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil; los juzgados para evitar un abuso del derecho previo a proceder a esta forma de citación solicita que la parte actora justifique documentalmente la imposibilidad de determinar el lugar donde se le pueda localizar al demandado para que sea citado en legal y debida forma, a efectos de precautelar el Derecho a la defensa consagrada en los literales a), b) y c) del numeral 7 del 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹⁸⁶ Resolución del 15 de septiembre del 2011 de la Segunda Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

- “...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
- a. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento,
 - b. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa,
 - c. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...”¹⁸⁷

Esta justificación documental se simplifica en: a) Certificado conferido por el Consejo Nacional Electoral respecto del último recinto electoral que habría sufragado el demandado. b) Certificado del Registro Único de Contribuyentes del demandado otorgado por el Servicio de Rentas Internas. c) Tarjeta Índice del Demandado emitida por el Registro Civil, Identificación y Cedulación, conforme lo establecido por la Corte Constitucional en su sentencia N° 020-10-SEP-CC dentro del caso N° 0583-09-EP publicada en el R.O. 228 de 5 de julio de 2.010 (p.29), en concordancia con lo dispuesto por la Ex Corte Suprema de Justicia en los fallos de triple reiteración mediante resoluciones No. 159-2001, 127-2002 y 258-2001.

...lo que pone en evidencia que la sentencia emitida por el Juez de instancia, el Juez Cuarto de lo Civil de Pichincha, que condena al demandado, da por hecho la afirmación del actor, en el juicio ejecutivo, que desconocía el domicilio demandado, sin apreciar que la citación por la prensa es una medida excepcional que procede cuando ha sido imposible determinar el domicilio, por lo que los presupuestos para su procedencia deben estimarse con estrictez y rigurosidad, no bastando la declaratoria bajo juramento, sino que el Juez deberá exigir que para la procedencia de tal citación excepcional, se demuestren las diligencias realizadas a tal efecto, y no se dé rienda suelta a argucias fraguadas por una de las partes para obstaculizar o impedir que la otra, en este caso, el demandado, comparezca al juicio y pueda ejercer su derecho a la defensa...”¹⁸⁸

Por lo cual, en el juicio Nro. 2011–0858-IS que se ventila en el Juzgado Décimo Titular de la Niñez y Adolescencia de Quito, al no cumplir con esta documentación se abstuvo de seguir tramitando la acción de alimentos, pero la accionante interpuso el recurso de apelación, al cual la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, mediante resolución del 22 de agosto del 2011, las 08h28, se manifestó en la parte pertinente de la siguiente manera:

...SEGUNDO.- De la revisión de los recaudos procesales, se constata que la accionante si ha dado cumplimiento con lo que determinan los Arts. 67, del Código de Procedimiento Civil, ley procesal supletoria de la Legislación de Menores.- Por lo antes anotado, se

¹⁸⁷ Constitución Política del Ecuador, del 2008, literales a, b y c del numeral 7 del artículo 76.

¹⁸⁸ Sentencia No. 020-10-SEP-CC; Caso No. 0583-09-EP; 11 de mayo del 2010; p. 12.

*revoca el auto subido en grado y se dispone vuelvan las actuaciones al Juzgado de origen, para que continúe el trámite, y se de cumplimiento a lo que puntualiza el Art. 82, del ya citado Código.- Se le recuerda nuevamente al Juez de origen, que los casos de la minoridad serán tratados como casos humanos, prevaleciendo ante todo el interés superior y supremo de los menores.-...*¹⁸⁹

Este criterio de la Corte Provincial es muy discutido, puesto que no se debería dar con tanta facilidad la opción de citar al demandado mediante la prensa por es simple hecho de invocar el interés superior del menor, puesto que de esta forma de citar no se asegura que el demandado puede ejercer su derecho a la defensa de forma correcta y oportuna, por lo que se puede deducir que al utilizar el interés superior del niño, de esta manera menoscaba de muchas garantías constitucionales.

*...El Código de Procedimiento Civil ha previsto la citación por la prensa como un medio extremo cuando es imposible determinar la residencia del demandado. Es indudable que en un conglomerado social en donde habitan tantas personas en muchos casos sea difícil conocer el lugar donde habita la persona contra quien se va a dirigir una demanda; pero ese simple desconocimiento no le exonera al actor de la carga de acudir a fuentes de información factibles, tales como guías telefónicas, Registro Civil, Cedulación e Identificación, para obtener los datos necesarios para ubicar la residencia del que va ha ser demandado. Por eso el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil establece categóricamente: "La afirmación de que es imposible determinar la individualidad o residencia de quien deba ser citado, lo hará el solicitante bajo juramento sin el cumplimiento de cuyo requisito el juez no admitirá la solicitud". Adviértase que la exigencia de la ley no es la afirmación que el actor desconoce el domicilio del demandado, sino específicamente que es imposible determinar su residencia, y lo uno y lo otro son conceptos jurídicos distintos...*¹⁹⁰

La gran interrogante sería ¿A quien se pretende cobrar las pensiones alimenticias? si se desconoce el domicilio o residencia del obligado a pagar pensiones alimenticias.

Contradictoriamente en la práctica al momento de hacer efectiva la medida cautelar de apremio personal el demandado es localizado y puesto en prisión por concepto de pensiones alimenticias atrasadas por el proceso que se lo cito por la prensa. “...El juez debe ser muy cuidadoso para admitir que la citación se haga al demandado por

¹⁸⁹ Resolución del 22 de agosto del 2011, a las 08h28, Segunda Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

¹⁹⁰ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3994; primer considerando de la Resolución 159-2001 de Primera Sala de lo Civil y Mercantil; ingreso 16 de marzo del 2013, a las 20:21.

la prensa, porque se está extendiendo el abuso en su utilización como un artificio para impedir que el demandado pueda ejercitar su derecho de defensa... ”¹⁹¹

En el juicio Nro. 2011-1653-MZ que se ventila en el Juzgado Décimo Adjunto de la Niñez y Adolescencia de Quito, la accionante pretende citar al demandado se lo cite por la presa, pero a la vez acepta que solo sabe que se encuentra viviendo en España, por lo cual, se la manda a citar al demandado por la prensa en España, de lo cual la accionante no se encuentra de acuerdo he interpone el recurso de apelación, del cual la Corte Provincial se manifiesta de la siguiente manera en la parte pertinente al recurso de impugnación:

...PRIMERO.- Con mucho acierto la doctrina sostiene que lo concerniente a los recursos pertenece al derecho público y que por lo tanto su ejercicio tiene que estar regulado por la ley; Aldo Bacre en su obra Recursos Ordinarios y Extraordinarios, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1999, p. 74 y ss., al referirse sobre los aspectos procesales de impugnación y de manera concreta sobre los principios generales de recursos, precisa como tales entre otros los de legalidad y de limitación. Al referirse al principio de legalidad indica: “Los medios impugnativos y, por ende, los recursos, ameritan una regulación mediante la ley, no pudiendo establecerse por otras normas jerárquicamente inferiores...”; y, al tratar sobre el principio de limitación dice: “Sin menoscabar el equilibrio que debe buscarse entre justicia y seguridad jurídica, la tendencia moderna en materia de recursos es la de limitarlos, permitiéndose recursos, solamente respecto de las resoluciones judiciales relevantes (v. gr. Sentencias definitivas)...”.- SEGUNDO.- El Art. Innumerado 40 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, dispone que sólo procede el recurso de apelación del auto resolutorio. TERCERO.- En la especie, la actora interpone recurso de apelación de la providencia dictada el 29 de diciembre de 2011; providencia esta que no es susceptible de recurso de apelación ya que no se trata de un auto resolutorio... ”¹⁹²

Al establecer en la Ley Reformatoria y por ende en los criterios de las cortes provinciales que solo es susceptible de apelación el auto resolutorio, se contradice y se vulnera el principio de impugnación que tienen las partes procesales a toda actuación del Despacho encargado de administrar justicia; puesto que el resto de providencias quedarían a total discrecionalidad del juez de sustanciación del proceso.

¹⁹¹ http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3994; primer considerando de la Resolución 159-2001 de Primera Sala de lo Civil y Mercantil; ingreso 16 de marzo del 2013, a las 20:21.

¹⁹² Resolución del 30 de enero del 2012, a las 10h14, Primera Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

En el juicio Nro. 2012-0205-MZ que se sigue en el Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito, el demandado interpuso el recurso de apelación a la resolución del 10 de julio del 2012, el cual fue rechazado por la Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia, en la parte que nos interesa en literal b) del considerando cuarto manifiesta lo siguiente:

...b) Según la primera parte del Art. Innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia publicado en el Registro Oficial número 643 del 28 de julio de 2009, corresponde al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia definir la "...Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas..." en base a los parámetros que se establecen en esa norma, y que en el inciso segundo de la indicada disposición de manera expresa se dice: "El Juez (a), en ningún caso podrá fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas. Sin embargo podrá fijar una pensión mayor a la establecida en la misma dependiendo del mérito de las pruebas presentadas en el proceso"; a consecuencia de lo cual, esta dependencia del Estado dictó la Resolución, donde se expide la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, sobre la base de los ingresos del obligado y el número de hijos. Estableciéndose de esta manera para juezas y jueces como sistema de valoración de la prueba lo que en doctrina se denomina "pruebas legales", a criterio de Eduardo J. Courture "...son aquellas en las cuales la Ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio"; por tanto al haberse establecido este sistema de valoración de la prueba para la fijación de las Pensiones Alimenticias Mínimas, juezas y jueces de conformidad con lo prescrito en el Art. 172 de la Carta Constitucional al administrar justicia debemos actuar con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley; por lo que para estos casos al momento de valorar las pruebas se debe tener en cuenta los sistemas tanto de tarifa legal como el de la aplicación de las reglas de la sana crítica...."¹⁹³

De similar forma suele resolver la corte provincial en casos análogos, con lo que se determina que el juzgador de primera instancia nunca podrá fijar una pensión alimenticia inferior a la tabla de pensiones alimenticias, pero si mayor en base de las pruebas y la sana crítica, puesto que fijar una pensión alimenticia menor que la establecida en la tabla de pensiones alimenticias estaría atentando el interés superior del niño, tomando en cuenta que la tabla se encuentra acorde a los análisis de la economía y salarios mínimos establecidos.

Pero por otro lado, en el juicio Nro. 2006-1094-DA que se ventila en el Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito, en el incidente de aumento de pensión alimenticia, el juez siguiendo la línea de la Corte Provincial y la Ley

¹⁹³ Resolución del 08 de agosto del 2012, expediente Nro. 2012-0779 de la Primera Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

Reformatoria, fija una pensión en base de los ingresos y cargas familiares del demandado.

*...RESUELVO: Aceptar en parte la demanda incidental propuesta por María Fernanda García Chasipanta, e imponer al ciudadano Marco Lener Velasco Freire, titular de la cédula de ciudadanía N°180116053-0, la obligación de cancelar en concepto de pensiones alimenticias AUMENTADAS en favor de su hijo, el niño Luis Fernando Velasco García, la suma de ONCE MIL NOVECIENTOS NUEVE DÓLARES CON DIECISIETE CENTAVOS (\$ 11.909,17) mensuales, equivalentes al 40,78% de un SBU, más los beneficios del Art.16 de la Ley Reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia de 28 de julio de 2.009, pagaderas en efectivo, por mesadas adelantadas, dentro de los primeros cinco días de cada mes, a partir de la fecha de presentación de la demanda; ésto, en conformidad con la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas aprobada por el CNNA en Resolución N°01-CNNA-2012 publicada en el Registro Oficial N°628 de 27 de enero de 2.012.-...*¹⁹⁴

En este caso en peculiar el demandado solo tenía una carga familiar, que era el mismo menor por el cual se demandaba alimentos, y reportaba ingresos promedio de \$36.403,47. Es inconcebible pensar y situándonos en la realidad del país, que se deba fijar una pensión alimenticia de \$ 11.909,17, en base que en la tabla de pensiones alimenticias no existe un límite para fijar las mismas, para un menor que tiene las mismas necesidades normales y comunes que otros.

Pensando que el 10% de esta pensión alimenticia servirá para cubrir todas las necesidades del menor, el resto de dicha pensión se puede convertir en un negocio lucrativo, perdiendo de esta manera la objetividad principal del juicio de alimentos.

2.3.3. Los recursos extraordinarios en el juicio de alimentos

La casación y la acción extraordinaria de protección son medios de impugnación extraordinarios.

No procede el recurso de casación en alimentos, puesto que su resolución no es definitiva ni tiene efectos de cosa juzgada, por lo que no pone fin al proceso por completo. “Por disposición expresa de la ley, en los juicios de menores solo son admisibles los

¹⁹⁴ Resolución de Aumento de Pensión Alimenticia del 23 de abril del 2012, en el juicio Nro. 2006-1094-DA.

*recursos de apelación y queja, sin perjuicio del recurso de reposición en su caso (Ley N° 16.618, art. 37, inciso 1°, primera parte). En consecuencia, no procede el recurso de casación en la forma ni en el fondo.*¹⁹⁵

De conformidad con el artículo 2 de la Ley de Casación.

*Art. 2.- PROCEDENCIA.- El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo...*¹⁹⁶

En concordancia con el artículo 730 del Código de Procedimiento Civil.

*Art. 730.- Las resoluciones que se pronuncian sobre alimentos no causan ejecutoria.*¹⁹⁷

En correlación con el artículo Innumerado 17 de la Ley Reformatoria.

*Art. Innumerado 17.- Del efecto de cosa juzgada.- La providencia que fija el monto de la pensión de alimentos y los obligados a prestarla, no tiene el efecto de cosa juzgada.*¹⁹⁸

La acción extraordinaria de protección, igual que el recurso de casación, debería ser concedida solamente para fallos que pongan un fin definitivo al proceso, tal como lo manda el mismo artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

*Art. 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva;...*¹⁹⁹

En el juicio No. 2348-2005 que se ventila en el Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia, mediante providencia del 29 de noviembre del 2010, se acepta la acción extraordinaria de protección propuesta por la parte demandada de la siguiente manera:

... VISTOS: Dentro de la presente causa de alimentos N° 2348-2005-MZ que concluyera por mutuo acuerdo de las partes el 26 de abril de 2.010 (fs.60), atendiendo la demanda de Acción Extraordinaria de Protección deducida por Fabricio Recalde Mosquera, en virtud del Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,

¹⁹⁵ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, pag. 235.

¹⁹⁶ Ley de Casación, artículo 2.

¹⁹⁷ Código de Procedimiento Civil, artículo 730.

¹⁹⁸ Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 17.

¹⁹⁹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 62.

dispongo: 1) Con la referida demanda, notifíquese a Liliana Troya Escobar, actora dentro del presente juicio de alimentos, debiendo remitirse el presente expediente a la Corte Constitucional, en el término allí fijado y dentro del cual, a petición y a costa de Fabricio Adrián Recalde Mosquera, obténganse las respectivas copias certificadas del proceso; esto, precautelando el interés superior del menor alimentario Gustavo Sebastián Recalde Troya (fs.52).- 2) Hecho, remítase el expediente como se encuentra ordenado.- 3) A falta de señalamiento de casilla judicial en la presente acción constitucional, sígase notificándose a Adrián Recalde Mosquera, en el casillero N° 4503 de su defensor Dr. Marcelo Lárraga.- NOTIFÍQUESE.- CÚMPLASE.-²⁰⁰

Con este tipo de inquietudes y observando la posible injusticia que se comete en contra de los demandados al aplicar estrictamente la tabla de las pensiones alimenticias, varias Salas de la Corte Provincial de Quito, han elevando a consulta a la Corte Constitucional para que se manifieste con respecto al tema, tal vez con el fin de sentar un precedente y tener un criterio para la resolución de casos análogos.

Para dar un ejemplo concreto de lo manifestado en el párrafo anterior, transcribo la Consulta elevada a la Corte Constitucional por la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha

*...que la pensión fijada podría en algunos casos ser igual o mayor que los ingresos del alimentante por lo que del estudio realizado por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia señalamos como una consideración que se debe tomar en cuenta los valores mínimos que a un adulto le debe quedar para su subsistencia, este señalamiento no es norma ni tiene carácter vinculante solo es un parámetro para ayudar a los jueces en su administración de justicia, ... Es incorrecto que previo a calcular las pensiones de alimentos se realice el descuento señalado en el considerando octavo de la Resolución que contiene la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, ya que el valor de ingreso con el que se calcularía la pensión de alimentos disminuiría considerablemente.” También señala que: “... encontramos que tanto los Jueces Civiles como los Jueces de Corte Provincial incurrir en estos errores de cálculo”. Esta apreciación formulada por la Secretaria Ejecutiva del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, podría afectar la correcta aplicación de las normas del Código de la Niñez y Adolescencia, en especial el artículo Innumerado 15 de la misma Reforma, que contiene los parámetros para la elaboración de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas. Al respecto, preciso es resaltar la afirmación de la Secretaria Ejecutiva del CNNA, en el sentido de que “por lo de que del estudio realizado por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia señalamos como una consideración **QUE SE DEBE TOMAR EN CUENTA LOS VALORES MÍNIMOS QUE A UN ADULTO LE DEBE QUEDAR PARA SU SUBSISTENCIA...**” (mayúsculas nuestras); y, el hecho cierto es que al expedir la segunda tabla de pensiones mínimas (R.O. 234 de 13-VII-2010) el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia resolvió en su Art. 1 DEROGAR LA RESOLUCIÓN N° 02-CNNA-2010 DEL 27 DE ENERO DEL 2010, Resolución que en su Art. 3 disponía: “Para el cálculo de la pensión alimenticia definitiva SE*

²⁰⁰ Providencia del 29 de noviembre del 2010, Juicio No. 2348-2005, Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia.

CONSIDERARÁ EL INGRESO BRUTO; ES DECIR, EL TOTAL DEL INGRESO MENSUAL, SIN QUE SE REALICE DEDUCCIÓN ALGUNA.” Al respecto señalamos que en el oficio dirigido al Presidente del Consejo de la Judicatura de Transición, no obstante la expresa derogatoria del Art. 3 de la segunda Tabla de Pensiones, se quiere imponer el criterio de que para la fijación de la pensión no podrá hacerse deducción alguna sobre sus ingresos, lo que conlleva a disponer que se siga aplicando el Art. 3 expresamente derogado por el propio CNNA al que nos hemos referido con anterioridad. Por lo que en uso de la facultad concedida por el Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador, los miembros de la Sala, consideramos necesario consultar a la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad del Art. Innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia y de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, mediante Resolución 01-CNNA-2012, publicada en el R.O. N° 628 de 27 de enero de 2012, ya que en opinión de este Tribunal la indicada Tabla contraviene los principios constitucionales de igualdad, ponderación y proporcionalidad contenidos en los Arts. 11. 2, 4, 3, 5, 6, 7, 8 y 9; 66. 4; 75; 76. 1 y 6; 82; 172; 424; 425; 426; 427 y 428 de la Norma Suprema y varios principios garantistas de derechos humanos contenidos en diferentes tratados internacionales. Por lo expuesto, se suspende la tramitación de la causa hasta que la Corte Constitucional emita el pronunciamiento definitivo. Remítase el expediente a la Corte Constitucional para los fines consiguientes. Actúa el Dr. Fabricio Narvárez Herrera, calidad de Conjuez.- NOTIFÍQUESE.-²⁰¹

Por existir esta clase de vacíos o errores legislativos es que los jueces se ven en la necesidad de remitirse a las Consultas a la Corte Constitucional para que aclaren y formen un criterio para esta clase de anomalías jurídicas, y en este caso si yendo contra el interés superior del niño, puesto que suspenden la tramitación de la causa y dejan sin razón el efecto devolutivo de las apelaciones.

Al no haber otro recurso procesal después de la apelación, se queda en la decisión definitiva y criterio de la Corte Provincial, aunque esta pueda ser la menos acertada en ciertos casos.

Pero hacer tan extensiva esta normativa no es lo adecuado, puesto que hay resoluciones que si ponen fin al proceso o que se pueden perpetuar por mucho tiempo afectando derechos y garantías constitucionales de las personas, por lo que en ciertos casos si debería dar paso a los recursos extraordinarios.

²⁰¹ Providencia del 05 de junio del 2012, a las 10h59, de la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, expediente de 2012-0548, en el Juicio 2012-0269-MZ del Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito.

Por ejemplo, cuando se ha declarado la extinción de la obligación alimenticia que pone prácticamente fin al proceso, o se impone pagar una pensión alimenticia a una persona minusválida o mayor adulta que ciertamente no pone fin al proceso pero puede tener una existencia considerable en la vida del alimentante o alimentario.

CAPITULO III

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE ALIMENTOS CON RESPECTO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO FRENTE A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS PROCESALES

3.1. Etapa de inicio

3.1.1. El patrocinio de un abogado

De conformidad con el artículo innumerado 6 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia no se requiere el auspicio de un abogado patrocinador para presentar la demanda de alimentos, por lo que, únicamente en esta clase de juicios, el Consejo de la Judicatura ha creado un formulario de demanda, el cual, se encuentra a disposición de la sociedad en su página web.

*...Para plantear la demanda no se requerirá del auspicio de abogado. El o la reclamante la presentarán en el formulario que para este propósito diseñará y publicitará el Consejo de la Judicatura. Si por la complejidad del caso, el juez/a o la parte procesal considerare que es necesario el patrocinio legal, dispondrá la participación de un defensor público o de un defensor privado, respectivamente...*²⁰²

Este articulado en la primera parte manifiesta que no se requiere la asistencia de un abogado para plantear la demanda de alimentos, por lo que se puede entender

²⁰² Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo innumerado 6.

que solamente en esta etapa procesal no se requiere el auspicio de un profesional del derecho, pero en resto del juicio es indispensable tenerlo.

Pero contradictoriamente en la segunda parte del inciso antes transcrito deja a discreción del juez, establecer si una de las partes necesita o no el patrocinio de un abogado defensor.

Esto va en contra de la garantía constitucional de que las partes debe estar asistidas por un abogado, consagrada en el literal g) del numeral 7 del artículo 76 del Constitución de la República del Ecuador.

*...g. En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; ...*²⁰³

Esto en correlación con los literales d) y e) del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
*e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*²⁰⁴

La norma transcrita de la Convención dice que todo inculpado tiene el derecho irrenunciable de ser asistido de un abogado defensor particular o de oficio; por lo que, el mismo derecho tiene la parte actora de tener un abogado defensor sea esta privado, de oficio o de la Defensoría Pública en toda la tramitación del proceso Judicial.

Si el objetivo legislativo era que la parte accionante del juicio de alimentos no incurra en gastos económicos por el asesoramiento legal, está muy bien, pero que se permita que no se asegure el auspicio legal es erróneo, puesto que existen los Defensores Públicos y de Oficio, por lo que, de esta manera se estaría realmente

²⁰³ Constitución Política del Ecuador, del 2008, literal g del numeral 7 del artículo 76.

²⁰⁴ http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm; literales d) y e) del numeral 2 del artículo 8, Convención Americana de Derecho Humanos; ingreso 27 de marzo del 2013, a las 10h38.

atentando con el interés superior del menor al no tener la representación legal adecuada.

Ciertamente el número de defensores públicos en el área penal y de niñez en los últimos años ha crecido considerablemente, pero aún no son suficientes, puesto que antes su número era prácticamente insignificante.

El Estado, por medio de los gobernantes de turno han cumplido con la disposición constitucional de establecer el número adecuado y suficiente de defensores públicos, para el patrocinio gratuito de las personas que pertenecen a los grupos vulnerables de la población que no disponen de medio económicos quedando en el desamparo e indefensión al no contar con asistencia profesional de defensores públicos, atentándose contra la seguridad jurídica y derechos humanos.²⁰⁵

Al dar apertura a que las partes comparezcan, sin el asesoramiento jurídico correspondiente, se vulnera el derecho a la defensa; pues en muchas ocasiones las partes comparecen por sus propios derechos sin auspicio legal, solicitando pretensiones que no tienen sustento jurídico o que no están acordes al estado procesal de la causa, puesto que es obvio que no tienen el conocimiento técnico necesario, de esta manera perjudicándose ellos mismos.

Otro problema es que al comparecer una de las partes sin abogado, no puede ser notificada a tiempo con las providencias que se dictan en el proceso, y no está a tiempo de cumplir ciertas diligencias; lo único que pueden hacer los juzgados en estos casos es notificar las diversas providencias en el correo electrónico de la parte interesada, en caso de haberlo señalado previamente, de conformidad con el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, pero el problema que se da es que no revisan el correo electrónico todos los días o presentan sus escritos sin señalar dicho correo.

Art. 75.- Todo el que fuere parte de un procedimiento judicial designará el lugar en que ha de ser notificado, que no puede ser otro que la casilla judicial y/o el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico, de un abogado legalmente inscrito en cualquiera de los colegios de abogados del Ecuador...²⁰⁶

²⁰⁵ Cfr. YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador; Primera Edición; Quito; Enero 2009; p. 64.

²⁰⁶ Código de Procedimiento Civil, artículo 75.

Pero si leemos cuidadosamente, lo que dice la norma y como es lo correcto, dispone que las partes deban ser notificadas en la casilla judicial y/o correo electrónico de un abogado, y no en el correo electrónico personal del actor o demandado.

3.1.2. Implicaciones jurídicas de la presentación de la demanda

En materia de alimentos la presentación a la demanda tiene sus implicaciones jurídicas particulares, como son que las pensiones alimenticias corren desde la presentación a la demanda, de conformidad con el artículo innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia.

Art. Innumerado 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda....²⁰⁷

Esto puede conllevar a que no se asegure el derecho de la defensa del demandado, puesto que no tiene conocimiento desde qué fecha se encuentra adeudando las pensiones alimenticias, por lo que al momento de realizar la respectiva liquidación estas pensiones alimenticias atrasadas se encuentran acumuladas y muchas de la veces con montos exorbitantes por pagar.

Desde la promulgación de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio de 2009, en los Juzgados se encuentran muchos expedientes en los que las demandas han sido calificadas respectivamente, pero que hasta la presente fecha no se ha procedido a citar al demandado, por lo que, los demandados, en muchas ocasiones, se encuentran en mora de dichas pensiones alimenticias o peor aún que si están suministrando dichas pensiones de forma extrajudicial, pero no tienen conocimiento de que se ha planteado un proceso de alimentos en su contra.

²⁰⁷ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 8.

Se pudiera concluir que la obligación de proporcionar pensiones alimenticias, en el sistema actual procesal, existe antes de que la pretensión judicial de reclamar este derecho sea aceptada a trámite, conocida por el demandado y declarada mediante resolución por el Juez.

Antes de la promulgación de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del 2009, las pensiones alimenticias corrían desde la citación a la demanda, tal como lo estipula el artículo 133 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Art. 133.- Momento desde el que se debe la prestación de alimentos.- La prestación de alimentos se debe desde la citación con la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.

En concordancia con el numeral 5 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, que dice que uno de los efectos de la citación es constituir en mora al deudor.

5.- Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código.

El artículo innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es inconstitucional; puesto que vulnera los derechos de las personas de ser iguales ante la ley, no ser discriminadas en razón de sus edad, va en contra de los principios de equidad, imparcialidad y proporcionalidad; ya que ninguna norma puede menoscabar o restringir el ejercicio de los derechos constitucionales, de conformidad con el inciso segundo del numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

Será Inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule Injustificadamente el ejercicio de los derechos.²⁰⁸

Otro problema que se da en la práctica es que la parte accionante, yéndose contra toda ética profesional o deontología jurídica, presenta varias demandas por la misma causa y objeto, o a sabiendas que ya se fijó la respectiva pensión alimenticia

²⁰⁸ Constitución Política de la República Ecuador del 2008, inciso segundo del numeral 8 del artículo 11.

con anterioridad, en concordancia con el literal i) del numeral 7 del Artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

*i. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia...*²⁰⁹

Esto se encuentra regulado en el numeral 1 del artículo 160 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art. 160.- MODOS DE PREVENCIÓN.-

1. En todas las causas, la prevención se produce por sorteo en aquellos lugares donde haya pluralidad de juzgados, o por la fecha de presentación de la demanda, cuando exista un solo juzgador.

Si se comprobare que una demanda ha sido presentada varias veces, con el propósito de beneficiarse de sorteo múltiple, será competente la jueza o el juez al que le haya correspondido el libelo presentado primero, en la oficina de sorteo, constatando fecha y hora. Este hecho será considerado como un indicio de mala fe procesal de la parte actora.

Si de hecho se presentaren varias demandas con identidad subjetiva, objetiva y de causa, que hubieren sido sorteadas a diversos juzgados, será competente la jueza o el juez a cuyo favor se haya sorteado en primer lugar.

*Las demás demandas carecerán de valor y establecida la irregularidad, las juezas y jueces restantes dispondrán el archivo y oficiarán a la dirección regional del Consejo de la Judicatura respectiva para que sancione a la abogada o abogado que haya actuado incorrectamente, por constituir inducción al abuso procesal...*²¹⁰

Por lo regular el juzgado que se encuentra más avanzando en el tramitación del proceso es el primero que toma conocimiento de esta anomalía, y la parte accionante invoca el interés superior de niño para justificar la presentación de varias demandas, solicita que se continúe con la tramitación del proceso.

El artículo innumerado 3 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que menciona sobre la compensación de las pensiones alimenticias fijadas con anterioridad.

Art. Innumerado 3.- Características del derecho.- Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos.

²⁰⁹ Constitución de la República el Ecuador, literal i) del numeral 7 del artículo 76.

²¹⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 1 del Art. 160.

Por ejemplo en la práctica se observa, que en los casos de las sentencias de divorcio, donde ya se fijó una pensión alimenticia con anterioridad, la parte accionante presenta una nueva demanda de alimentos o el consecuente incidente de pensiones alimenticias, a fin de evitar los inconvenientes que surgen en las liquidaciones y retardos que sufren las causas en los Juzgados de lo Civil.

*...En los juicios de nulidad de matrimonio, de divorcio o de separación de bienes puede solicitarse alimentos y fijarse la cuantía y forma. La cuestión se resuelve a través de un incidente y, naturalmente, la competencia es del juez que conozca de la acción principal...*²¹¹

En el numeral 4 del artículo 163 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que el juez competente para conocer las demandas de incidentes es el que resolvió la causa principal.

*4. La jueza o el juez que conoce de la causa principal es también competente para conocer los incidentes suscitados en ella, con arreglo a lo establecido en la ley. Será igualmente competente en caso de proponerse reconvencción, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales. En los demás casos, se estará a lo arreglado por los códigos procesales respectivos.*²¹²

Lastimosamente esta práctica se sigue dando por la falta de normas más rigurosas que sancionen este tipo de actuaciones, pero la mayor problemática es que no existe una forma eficaz y concreta que se pueda efectivizar dichas sanciones.

3.1.3. Citación al demandado o demandada

En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se establece formas de citación, que en otros tipo de procesos judiciales no existen, pero recalando que en el mimos inciso segundo del artículo innumerado 35, aclara que debe estar de acuerdo a lo previsto por el Código de Procedimiento Civil con respecto a los requisitos básicos para la validez de la 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 de ser

²¹¹ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 223.

²¹² Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 4 del artículo 163

*necesario, con el apoyo de un miembro de la fuerza pública, quien sentará la respectiva razón...*²¹³

Lastimosamente esta es la única norma que regula las formas de citación previstas en la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por lo que conlleva en la práctica muchos problemas.

Por ejemplo, la boleta única de citación tiene las siguientes falencias:

Es elaborada de diferentes maneras por cada Judicatura sin tener un formato estandarizado, y esto conlleva que cada despacho administrador de justicia regule esta citación de diferente manera.

Apegándonos estrictamente a lo estipulado por la norma antes transcrita, nos da entender que la citación por boleta única debe ser entregada, exclusivamente, al demandado en persona y no a otras como en el caso de familiares del mismo, puesto que no se puede asegurar que dicha citación se le haga conocer al demandado sino se le entrega personalmente, conforme el artículo 93 del Código de Procedimiento Civil.

*Art. 93.- En todo juicio, la citación se hará en la persona del demandado o de su procurador; mas si no pudiere ser personal, según el Art. 77 se hará por tres boletas, en tres distintos días, salvo los casos de los Arts. 82 y 86.*²¹⁴

La Policía Nacional (fuerza pública) no se encuentra capacitada para realizar la citación con todas las formalidades que exige la Ley, y esto no debería ser puesto que son funcionarios públicos que deberían estar capacitados en este aspecto, puesto que son fedatarios de un acto jurídico de esta clase; o simplemente el miembro de la fuerza pública entrega la boleta única al demandado sin realizar el respectivo parte policial con el que informan y da validez a la citación, tal como lo estipula el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil.

²¹³ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, inciso segundo del artículo innumerado 35.

²¹⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 93.

*Art. 74.- En el proceso se extenderá acta de la citación, expresando el nombre completo del citado, la forma en que se la hubiere practicado y la fecha, hora y lugar de la misma.*²¹⁵

Además de elaborar el parte policial, este debe ser elevado a los superiores del miembro de la fuerza pública que realizó dicho parte, y estos últimos informen al Juzgado sobre la realización de esta diligencia; con el fin de que esta citación sea apegada a la verdad y tenga funcionarios públicos responsables.

Todo esto con la finalidad de evitar las nulidades previstas en numeral 4 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

*4.- Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; ...*²¹⁶

En concordancia con el artículo 351 del mismo cuerpo legal.

Art. 351.- Para que se declare la nulidad, por no haberse citado la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, será preciso:

1.- Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; y,

*2.- Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito.*²¹⁷

Para evitar este tipo de nulidades procesales los administradores de justicia deben ser muy cuidadosos y exigir los requerimientos del Código de Procedimiento Civil.

En algunos casos cuando los demandados son policías o militares en servicio activo, muchos abogados en libre ejercicio invocando el interés superior del menor pretenden citar a los demandados mediante la simple presentación de un oficio dirigido a la Dirección de Personal de dichas Instituciones, esto contrario a lo dispuesto a todas las solemnidades que tienen que ver con la citación al demandado, y en peculiar con el artículo 53 del Código Civil que tiene concordancia con el numeral 7 del artículo 67 del Código de Procedimiento Civil.

*Art. 53.- El domicilio de los individuos de la Fuerza Pública en servicio activo, será el lugar en que se hallaren sirviendo.*²¹⁸

²¹⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 74.

²¹⁶ Código de Procedimiento Civil, numeral 4 del artículo 346.

²¹⁷ Código de Procedimiento Civil, artículo 351.

²¹⁸ Código Civil, artículo 53.

Si no existe la citación respectiva, hablando en términos de Derecho Procesal, no existe la relación jurídica alguna sin provocar ningún efecto jurídico, de conformidad con los literales a. y b. del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

- a. *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento,*
- b. *Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa,*²¹⁹

Puesto que la parte demandada no puede vincularse en el proceso por falta de conocimiento del mismo y del estado de necesidad del beneficiario del derecho de alimentos.

*Todo proceso implica una vinculación de las partes entre sí y de éstas con el tribunal. Tal vinculación se llama relación procesal y para que sea válida necesita, entre otros requisitos, que el actor interponga la demanda y le sea notificada el reo. Mientras el demandado no sea válidamente notificado, procesalmente nada puede afectar. Y sería injusto que, sin tener conocimiento del estado de necesidad de su acreedor, el alimentario tuviera que responder por algo que, sin culpa suya, entonces ignoraba, al menos en el ámbito procesal.*²²⁰

Al pretender que el demandado, que es miembro de la fuerza pública, sea citado con la simple presentación del oficio dirigido a la Dirección de Personal de la Institución que pertenece, va en contra de los derechos de la tutela efectiva, eficacia, reglas y principios del debido proceso, que toda autoridad administrativa o judicial debe garantizar el derecho de las partes, a la defensa en toda etapa del juicio.

Lo que sí pudiera solicitarse, en base del interés superior del niño, es que se oficie a la Dirección de Personal de la Institución de donde presta sus servicios el demandado, para que informen en que ciudad y unidad está trabajando para poder localizar y citar al demandado en legal y debida forma.

²¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, literales a y b numeral 7 del artículo 76.

²²⁰ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 157.

3.2. Etapa de resolución
3.2.1. Audiencia Única

El procedimiento de la audiencia única esta completado en el artículo Innumerado 37 de Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En el primer inciso de la norma mencionada, textualmente dispone que dicha diligencia deba ser conducida, personalmente, por el mismo juez y no por otro funcionario de la Judicatura como muchas veces suele darse.

Art. Innumerado 37.- Audiencia única.- La audiencia será conducida personalmente por el Juez/a, quien informará a las partes sobre las normas que rigen la fijación de las pensiones alimenticias, subsidios y beneficios, y su cumplimiento; se iniciará con la información del Juez/a al demandado sobre la obligación que tiene de proveer los alimentos para cubrir las necesidades señaladas en el artículo innumerado 2 de esta ley; sobre las consecuencias en caso de no hacerlo; sobre la obligación que tiene de señalar casillero judicial o dirección electrónica para futuras notificaciones; y acerca de sus obligaciones que incluyen la provisión de cuidado y afecto. Estas indicaciones en ningún caso constituyen prevaricato por parte del Juez/a.²²¹

Esta disposición regula con mucho acierto, el principio de inmediación, puesto que el juez al guiar personalmente la audiencia podrá dictar una resolución que se encuentre sujeta a la realidad de lo hechos y por ende conforme a Derecho, conforme los artículos 75 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.²²²

Es imprescindible mencionar y recalcar lo que piensan los profesionales del Derecho respecto de este tema, puesto que ellos palpan el problema, y tendrán una mejor visión que una persona común, ya hasta mejor a la del legislador, por lo cual me remito al siguiente artículo publicado en el diario HOY.

... He revisado los comentarios y sugerencias de cada uno de los lectores, al respecto tengo que manifestar: que en la práctica dentro de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia,

²²¹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 37.

²²² Constitución de la República del Ecuador, artículo 75.

tenemos que ver las dos caras de la moneda, lastimosamente los jueces de la niñez y adolescencia lo único que hacemos es aplicar la ley, manifiesto tal circunstancia, en virtud de que con las actuales reformas al capítulo de alimentos en el Código de la Niñez y Adolescencia, se violenta el debido proceso que debe existir en toda acción legal; si bien urgían reformas al procedimiento establecido en el Art. 271 y siguientes del Código de la materia, en el que se establecía dos audiencias y que debido al sin número de causas diarias que ingresaban e ingresan a cada uno de los juzgados era imposible cumplir con lo términos establecidos para dictar la correspondiente resolución; ...²²³

De conformidad con el último inciso del artículo innumerado 37 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuando las partes procesales no han comparecido a la audiencia única respectiva, la pensión provisional se convierte en decisiva.

...Si las partes no comparecieren a la audiencia única convocada por el Juez/a, la resolución provisional se convertirá en definitiva...²²⁴

Entendiendo que el Juez únicamente se limita a realizar esta convertibilidad sin tener que tomar en cuenta las pruebas que las partes procesales pudieron aportar con anterioridad, yendo en contra de la obligatoriedad que tiene el juez de motivar sus resoluciones, y de esta manera yendo tal vez en contra del interés superior del niño al no fijar una pensión alimenticia acorde a la realidad.

Conforme el artículo innumerado 38 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la Audiencia Única solamente se puede diferir por una sola vez de mutuo acuerdo entre las partes.

...Diferimiento de la audiencia.- La audiencia podrá diferirse por una sola vez hasta por el término de tres días y siempre que en el escrito de petición correspondiente, conste el mutuo acuerdo de las partes.²²⁵

Pero situándonos en la realidad, será casi imposible que las partes acuerden que la audiencia única sea diferida, sobre todo por el tiempo ya transcurrido de la presentación de la demanda, por lo que es más probable que lleguen a un acuerdo con respecto de las pensiones alimenticias, y posterior se les convoque al

²²³ HOY, MORENO ORTIZ Nelson Oswaldo

<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/noticias-ecuador/aprueban-reforma-al-codigo-de-ninez-351631.html>, p. 1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h33.

²²⁴ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo 37.

²²⁵ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo 38.

reconocimiento de firma y rúbrica del escrito, para que después se eleven autos para resolver; además cumplir estrictamente con el término de 3 días para convocar a la audiencia nuevamente como lo manda la Ley será casi imposible por la gran carga procesal de los juzgados, ya que cada judicatura se lleva una agenda de audiencias ya establecida y con anterioridad.

Al establecer que en la misma audiencia única se dicte la respectiva resolución, el juez se ve en la dificultosa tarea de resolver inmediatamente después de haber acabado la audiencia, por lo que, podría dar paso a que no valore las pruebas aportadas por ambas partes procesales, por falta de un tiempo prudencial, para analizar el proceso minuciosa y adecuadamente, pudiendo atentar de esta forma al derecho de las partes y hasta el interés superior del menor.

Por lo que al crear que en una sola audiencia se anuncie las pruebas, se conteste a la demanda, y peor aún se dicte una resolución inmediata, podrá desencadenar varias violaciones al debido proceso.

3.2.2. Valorización de las pruebas

En todo juicio se debe valorar y apreciar las pruebas que se encuentren dentro del proceso con conciencia, sana crítica y reflexión de acuerdo a la fuerza de convicción, admisibilidad y eficacia en forma individual, pero a la vez comparándolas y concordando entre todas ellas.

Al mencionar que se debe valorar la prueba en conciencia, sana crítica y reflexión, quiere decir que el juez no debe remitirse solamente al derecho positivo para apreciar las pruebas que se encuentran dentro del proceso.

El solo hecho de que la ley faculte para apreciar la prueba en conciencia no importa autorizar también a los tribunales para fallar en conciencia, que denota un concepto distinto, como es el de resolver la litis no atendándose a las leyes de derecho positivo, sino

*a la propia convicción que el juez se haya formado, tomando en cuenta las circunstancias de la especie.*²²⁶

La mayoría de resoluciones que se dan en cuestión de alimentos para niñas, niños y adolescentes se fundamentan, esencialmente, en las pruebas que demuestren los ingresos económicos y cargas familiares del obligado a pagar pensiones alimenticias.

*...en la actualidad con las reformas se ha eliminado una audiencia y obliga a que en la AUDIENCIA UNICA se judicialicen las pruebas anunciadas por cada una de las partes concluida que sea la misma los jueces se encuentran en la obligación de dictar la resolución, teniendo como prueba principal para establecer la pensión alimenticia el rol de pagos de los demandados, para que teniendo como base el mismo se establezca el porcentaje mínimo que en base a la tabla de pensiones alimenticias elaborados por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia le corresponda suministrar en calidad de pensión alimenticia, dividida esta para el número de hijos que posea el demandado como cargas familiares.*²²⁷

Esto contradictorio a lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, que tiene concordancia con los numerales 1 y 5 del artículo 69 de la misma norma suprema.

*...16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten.*²²⁸

*Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia: 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo...*²²⁹

*...5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos...*²³⁰

Con respecto a cargas familiares se hacen referencia a los gastos y circunstancias que debe soportar el demandado con respecto a otros familiares cercanos, puesto que al establecer la pensión alimenticia no se puede ir en contra de

²²⁶ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 234.

²²⁷ HOY, MORENO ORTIZ Nelson Oswaldo

<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/noticias-ecuador/aprueban-reforma-al-codigo-de-ninez-351631.html>, p. 1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h33.

²²⁸ Constitución Política de la República del Ecuador del 2008, numeral 16 del artículo 83.

²²⁹ Constitución Política de la República del Ecuador del 2008, numeral 1 del artículo 69.

²³⁰ Constitución Política de la República del Ecuador del 2008, numeral 5 del artículo 69.

la subsistencia y derechos de estos, y más cuando existen otros menores de por medio, que también son merecedores de aplicar con ellos el interés superior del niño.

En la tasación de los alimentos no sólo se deben tomar siempre en consideración las facultades del deudor, sino también sus circunstancias domésticas, es decir, los gastos y cargas que éste tenga que soportar para la satisfacción de sus propias necesidades y las de su familia.

Esos gastos y cargas deben valorarse en relación con la situación social actual del alimentante y los miembros de su familia que forman el hogar común.²³¹

En el juicio de alimentos, la carga de la prueba recae sobre la accionante, puesto que la parte actora es la interesada en demostrar la capacidad económica de la parte demandada, mientras que el demandado le resulta mejor que existan menos medios probatorios que demuestren su capacidad económica.

Por lo regular y, es obvio, que la parte demandada aparente una situación económica paupérrima y exagerada sea por razones laborales o familiares, a fin que la pensión alimenticia se la más baja posible.

Los jueces, por lo regular, se remiten únicamente a aplicar la tabla de pensiones alimenticias, en base de los ingresos económicos y cargas familiares, por ser pruebas más accesibles y de fácil cuantificación, y la mayoría de las veces sin considerar circunstancias que en la realidad si puedan estar perjudicando al alimentante y al alimentado.

El monto de las prestaciones alimenticias tiene los siguientes parámetros legales según el Art. 135 del Código de la Niñez: 1.- Las necesidades del beneficiario; y, 2.- Las facultades del obligado, apreciadas en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios y a los recursos presuntivos que se pueden colegir de su forma de vida. La cuantía y la forma de prestación entonces se las fijan en sustento a la suma de estos dos elementos. Sin embargo de aquello aun me parece un poco abstracta la forma de fijar el monto porque bajo ¿Qué parámetros se puede establecer las necesidades del alimentado? Será ¿Acaso por su apellido, origen social, establecimiento educativo, lugar de residencia, si es rural o urbana, estatus social, diferencias físicas o fisiológicas, etc.? Las necesidades de los menores son múltiples y variadas. En cuanto al segundo parámetro me parece más accesible a cuantificarlo porque si trabaja bajo relación de dependencia será suficiente revisar su rol

²³¹ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 131.

*de pagos, si es profesional el Juez tomará en cuenta esta particularidad o si es una persona que realiza una actividad económica independiente de acuerdo a los bienes que posea.*²³²

Las pruebas que le pueden servir al demandado son las que demuestren que no tiene los ingresos económicos suficientes y las cargas familiares que tenga bajo su responsabilidad.

Cuando se refiere a cargas familiares por lo regular los juzgadores únicamente toman en cuenta el número de hijos que tiene el demandado, con las respectivas partidas de nacimiento, presumiendo que es responsable de cada uno de ellos, sin tomar en cuenta otras cargas familiares que pueda tener, por ejemplo, un mayor adulto que se encuentre a su cargo o si paga una pensión alimenticia para un ex cónyuge; en concordancia con el literal c) del artículo 15 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

*c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y,*²³³

Cuando las partes no han llegado a un acuerdo con respecto a la cuantía de las pensiones alimenticias, es responsabilidad del juez fijarlas esencialmente en base de las pruebas que se han aportado en el juicio, y estas son las que demuestren los ingresos económicos y las cargas familiares del alimentante, aunque esto no se encuentre expresamente regulado en la Ley Reformatoria, pero algo similar y más atinado se encuentra en el Art. 357 del Código Civil.

*Art. 357.- En la tasación de los alimentos se deberán tomar siempre en consideración las facultades del deudor y sus circunstancias domésticas.*²³⁴

Es correcto mencionar que ambos progenitores son responsables de manutención de su hijo por igual, pero no se podría cumplir y tampoco fuera justo esto, cuando la persona a cargo del cuidado del menor no tenga ingresos económicos o estos sean muy bajos, mientras que el otro progenitor tiene excelentes ingresos económicos para cumplir con la obligación alimenticia a cabalidad.

²³² Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 160.

²³³ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, literal c) del artículo 15.

²³⁴ Código Civil, artículo 357.

Pero esto toma relevancia cuando los ingresos de ambas partes o una de ellas son considerablemente buenos, ya que los alimentos se convertirían de una necesidad indispensable para el menor a una buena inversión para la parte que los reclama, ya que al fijar la pensión alimenticia, en base solamente de la tabla, podrían determinarse cantidades exorbitantes que no justifican que sean destinadas exclusivamente al bienestar ni posición social de la persona beneficiada del derecho de alimentos, ya que la tabla de pensiones alimenticias no determina un límite.

En la realidad los jueces no consideran ni toman cuenta, por la naturaleza de la tabla de las pensiones alimenticias, los anexos innecesarios que suelen aportar ambas partes procesales, como son un sin número de fojas y facturas que tratan de demostrar los gastos que incurren la actora como el demandado por separado, sin considerar que los gastos del adulto ya están tomados en cuenta en la tabla de pensiones alimenticias creada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, volviendo a los expedientes en los juzgados en grandes cuerpos llenos de pruebas que nunca serán tomadas en atención para fijar una pensión alimenticia, y de esta manera dificultando el trabajo de las judicaturas que ya se encuentra colapsadas.

Pero los jueces, al considerar exclusivamente los ingresos económicos y cargas familiares del demandado, pueden estar dejando de lado factores realmente importantes como son la edad, la salud o costos de la vida donde reside el obligado a pagar pensiones alimenticias.

El periódico “El Universo” respecto a esta problemática jurídica, realizó una extensa investigación estadística con entrevistas hechas a profesionales del Derecho, y muchas de ellas a Jueces de la Niñez y Adolescencia de diferentes lugares del país, puesto que ellos son los principales concededores de lo que ocurre en el tema de alimentos, de cuyo criterio depende la resolución de los juicios que se encuentran en sus manos.

...Por primera vez los juzgados de la Niñez y Adolescencia del país deben regirse por una tabla, elaborada en base a cifras de consumo, desempleo y otros factores que señala los porcentajes para fijar las pensiones mínimas para los menores de edad en los juicios por alimentos.

*Antes del 28 de julio de este año, cuando entraron en vigencia las últimas reformas al Código de la Niñez y Adolescencia, las obligaciones por alimentos se establecían según el criterio del juez...*²³⁵

Es imprescindible crear un procedimiento acelerado pero siempre y cuando este precautele las garantías constitucionales y el debido proceso, dirigido para las partes procesales como para los que administran justicia.

...Vilma Torres, jueza décima de la Niñez del Guayas, fue una de ellos. La funcionaria indicó que la tabla favorecerá a los padres que tengan más hijos. “Si el salario básico es de \$ 218 y el padre tiene cuatro hijos tendríamos que dividirlos para los cuatro (\$ 54), entonces no sería un valor real con el que el niño pueda sobrevivir... La tabla no se compadece con la realidad social y laboral del país”, manifestó.

Explicó que otro problema que hay es que la tabla ha sido elaborada con valores e información del 2005, “tiempo en el que no tenemos una tasa de desempleo tan alta como la actual, entonces tenemos cierta dificultad donde el juez tiene que sortear ciertos factores como por ejemplo, si el niño tiene discapacidad, si estudia en un colegio particular o público, las edades. Todo eso nos obliga a hacer un análisis pormenorizado para fijar esas pensiones, no es fácil dar una cifra y ya”. Otra observación que agregó Torres es que hay alimentantes que tienen ingresos extras a su sueldo básico. “De repente hay alguien que tiene un taxi y obtiene ingresos extras”, señaló.

No obstante en la tabla no se considera a los padres desempleados o que ganan menos de 218 dólares, sostuvo Vanesa Cevallos, jueza primera de la Niñez de El Oro. “Hay gente que gana por horas y no tiene ingresos fijos. Entonces ¿qué se va a hacer?, ¿recurrir a los subsidiarios que son los tíos y abuelos?, pero si la responsabilidad finalmente es de los padres”, dijo.

En ese sentido explicó que el Estado también debe asumir su responsabilidad como aportar con políticas de empleo o ayudar al menor mientras su padre consigue un empleo. En medio de las inquietudes sobre las reformas Esteban De la Torre, asesor jurídico del Consejo Nacional de la Niñez, manifestó que la tabla es una herramienta técnica con la que contará el juez para establecer las pensiones.

“Antes en un juicio de alimentos el demandante trataba de demostrar los ingresos del alimentante y este, en cambio, trataba de demostrar sus gastos.

Con esto más o menos se hacía un cruce de cuentas y se calculaba la pensión, ahora hay un juicio técnico para caso por caso”, aseguró De La Torre.

*A pesar de la tabla, el juez podrá determinar pensiones superiores a las que establece, pero nunca inferiores.*²³⁶

²³⁵ HOY, MORENO ORTIZ Nelson Oswaldo

<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/noticias-ecuador/aprueban-reforma-al-codigo-de-ninez-351631.html>, p. 1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h33.

²³⁶ EL UNIVERSO.

<http://www.eluniverso.com/2009/11/03/1/1422/minimo-alimentos-llega-ingresos.html>, p. 1, acceso 11 de noviembre del 2010, 17h36.

Es necesario basarnos en estos criterios, ya que sería inútil y sin razón obtener datos e información de personas y profesionales que no participen en este campo de acción.

En el sistema procesal actual de alimentos, la parte actora debe presentar y anunciar sus medios probatorios en la audiencia única, en el formulario de demanda, y en ningún otro estado procesal, de conformidad con el tercer inciso del artículo innumerado 34 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

*...En el formulario que contiene la demanda, se hará el anuncio de pruebas que justifiquen la relación de filiación y 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 formulario de demanda...*²³⁷

Esto puede conllevar a que la actora no tenga la oportunidad de presentar o anunciar las pruebas necesarias, puesto que en muchas ocasiones la actora llega a conocer de los nuevos ingresos económicos del demandado después de presentar el formulario de demanda con el que se inicio la acción judicial para solicitar alimentos.

La parte demandada debe presentar y/o anunciar sus medios probatorios hasta 48 horas antes de la fecha fijada para la audiencia única, conforme con el último inciso del artículo innumerado 34 de la Ley Reformatoria.

*...El/la demandado/a podrá realizar anuncio de pruebas hasta 48 horas antes de la fecha fijada para la audiencia única...*²³⁸

La problemática de esta norma se da por el vacío legal que existe con respecto al tiempo que debe existir entre la citación al demandado y la fijación de la fecha de la audiencia única, puesto que este tiempo puede ser muy corto para que el demandado pueda preparar y presentar sus medios probatorios de defensa.

²³⁷ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tercer inciso del artículo innumerado 34.

²³⁸ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo innumerado 34.

De conformidad con el artículo 293 del Código de la Niñez y Adolescencia el Juez se encuentra facultado para solicitar pruebas de Oficio, para contar con mayores elementos para dictar su resolución.

Art. 293.- Facultad para disponer pruebas de oficio.- El Juez podrá ordenar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado.²³⁹

En concordancia con el numeral 10 del artículo 130 Código Orgánico de la Función Judicial que habla sobre las facultades jurisdiccionales esenciales de los jueces.

...10. Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad;...²⁴⁰

Pero al dar esta facultad los jueces de solicitar las pruebas de oficio, sin que las partes las hayan pedido, que es una facultad de carácter excepcional, puede derivar o concluir que van en contra de los principios de imparcialidad y dispositivo (impulso procesal); en base de la seguridad jurídica que debe existir en todo litigio jurisdiccional, consagrada en los artículos 25 del Código Orgánico de la Función Judicial y 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.²⁴¹

Pero si el juez observa que si hay indicios de pruebas con las cuales se pueda fijar una pensión alimenticia mayor sin perjudicar gravemente al demandado y a sus derechohabientes, en base del interés superior del niño y exponiendo las razones bien fundamentadas conforme a derecho para demostrar sus imparcialidad, pudiera pedir sin ningún inconveniente la prueba de oficio que considere pertinentes.

En el juicio de alimentos se pueden presentar las pruebas que se anuncian en Código Civil y Código de Procedimiento Civil, como normas supletorias, pero

²³⁹ Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 293.

²⁴⁰ Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 10 del artículo 130.

²⁴¹ Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 82.

muchas de estas se vuelven realmente superfluas como es la prueba testimonial, puesto que será prácticamente imposible que se pueda probar la capacidad económica de una persona a base de testimonios, convirtiendo a las audiencias única largas y tediosas innecesariamente.

La confesión judicial sabiéndola utilizar de forma correcta y éticamente puede ser muy valiosa para la resolución de diversos conflictos, como por ejemplo que confirme la parte actora que el demandado tiene otros hijos cuando no existen partidas de nacimiento correspondiente en el proceso, la parte accionante asevere haber recibido dinero por concepto de pensiones alimenticias por parte del demandado o que el demandado declare los verdaderos ingresos económicos que tiene.

Lastimosamente existen profesionales del derecho que utilizan la confesión judicial como medio para sacar a flote intimidades de las partes que nada tienen que ver con el juicio en cuestión.

Resulta ilógico que se desee que se declare confeso al demandado sobre sus ingresos cuando este no compareció a la audiencia única y por lo tanto no rindió la confesión judicial, yendo en contra de toda racionalidad jurídica, pero más increíble es que habido juzgadores que si han dado paso a esto y han establecido una pensión alimenticia en base de esta prueba que no tiene ninguna certeza verdadera.

A continuación transcribo el texto de la resolución de una jueza encargada, que toma en cuenta una confesión ficta para determinar como base para fijar una pensión alimenticia.

...6) diga el confesante como es verdad que usted por la confección de ropa deportiva y venta de la misma obtiene ingresos que superan los 1200 dólares mensuales, a la que este Juzgado le declara confeso y se tomará como base la cantidad de \$ 1.200,00....²⁴²

²⁴² Resolución del 9 de agosto del 2012, juicio Nro. 2003-0977-MZ, Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito, considerando número 6

En base de este considerando, resuelve de la siguiente manera: “...RESUELVE: tomando en consideración los ingresos del demandado y la aplicación de las tablas de pensiones alimenticias fija la pensión alimenticia en la cantidad de U.S.\$ 534,84 mensuales mas los beneficios equivalente al 44.57% de ley...”²⁴³

En el mismo artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia que regula el Interés Superior del Niño, en su último inciso dice que no se podrá invocar este principio sin que el juez previamente haya escuchado al menor. “...El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”²⁴⁴

Por lo que, en el caso de la declaración de un adolescente, que es el mismo beneficiario del derecho de alimentos, debería ser siempre considerada, porque al tener una edad considerable tienen una mejor apreciación de las circunstancias.

*...Esta norma supranacional con efecto nacional, garantiza del derecho que tiene todo menor de edad a ser consultado sobre tópicos que le interesan y afectan. Pero la consulta guarda relación con la edad y maduración mental del niño, niña y adolescente. No se puede contar con la opinión de un niño de 5 años que con un adolescente de quince años. Entre los dos naturalmente existe una distancia astronómica en el campo físico, emocional y madurez mental. Los dos tienen intereses diferentes...*²⁴⁵

Al no proporcionar medios probatorios que puedan demostrar los ingresos económicos reales del demandado, la parte accionante suele pedir que se fije la pensión alimenticia en base de los certificados de poseer vehículos motorizados, movimientos bancarios o migratorios, pero esto puede llegar a ser aleatorio e impreciso, puesto que estos movimientos o certificaciones son variantes, no permanentes ni constantes.

Establecer la pensión alimenticia en base del capital que pueda tener el demandado en sus cuentas bancarias es incorrecto, puesto que este dinero puede ser ajeno u encargado o de préstamos crediticios que deban ser cancelados

²⁴³ Resolución del 9 de agosto del 2012, juicio Nro. 2003-0977-MZ, Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito, parte resolutive.

²⁴⁴ Código de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo 11.

²⁴⁵ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 78.

posteriormente o ahorros destinados a cubrir deudas anteriores al juicio de alimentos.

Los movimientos bancarios y migratorios pueden ser utilizados como base para determinar la calidad de vida del alimentante, y por ende la capacidad económica del mismo, pero para fijar la pensión alimenticia también se deberá tener en cuenta lo manifestado en el párrafo anterior.

Al momento de determinar la pensión alimenticia, excepcionalmente y dependiendo del caso, se debe considerar las deudas, intereses y fechas de vencimiento de las mismas que pueda tener el demandado, puesto que estas cauciones pueden afectar considerablemente al ingreso del obligado de la prestación alimenticia; aclarando que esta prueba del demandado carecería de valor alguno si no demuestra su origen y propósito.

Como capacidad económica no sólo la determinan los bienes y derechos de crédito de que titular activo el demandado de alimentos, sino también las deudas del mismo que cercenan al aspecto positivo del patrimonio, estas últimas deben tenerse presente a fin de establecer las reales posibilidades del alimentante para el pago de la pensión alimentaria. Han de contabilizarse las deudas de capital, las amortizaciones, los intereses. No han de olvidarse tampoco los pagos a que obligan las prendas, hipotecas y otras cauciones. Importante es también comprobar los plazos de vencimiento de todas las deudas. Puede que éstas afecten tan negativamente al patrimonio que apenas le alcanzará para sobrevivir al propio alimentante y su familia, debiendo por esta razón ser absuelto el demandado. Pero son casos extremos y excepcionales, aunque no tanto en épocas de crisis económica nacional.
²⁴⁶

Por ejemplo, cuando el alimentante se ha tenido que endeudar para cubrir los gastos de una enfermedad catastrófica del mismo o un familiar cercano.

Fijar una obligación alimenticia en base de la simple demostración de que el demandado posee bienes muebles o inmuebles, concluyendo que al tener más bienes puede tener mayores ingresos económicos, no puede ser lo más acertado; puesto lo correcto es establecer y determinar si cada uno de esos bienes tienen la capacidad de producir una renta favorable para el obligado a pagar las pensiones alimenticias.

²⁴⁶ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 130.

Otra pretendida forma de establecer la pensión alimenticia es en base de los viáticos que pueda percibir el demandado en su lugar de trabajo, cuando estos esta predestinados a cubrir los gastos de movilización y estadía cuando el trabajador se encuentra fuera de su lugar de trabajo habitual, por lo que no se pudiera considerar una renta adicional a parte de su remuneración normal.

No es posible considerar renta del alimentante las cantidades que éste recibe a título de viáticos, es decir, para indemnizar el mayor gasto que debe sufragar con ocasión de trasladarse a un lugar distinto del de su residencia Habitual. Tampoco tiene el carácter de renta las asignaciones de movilización que son sumas que debe invertir precisamente en eso objeto, sin que reporte utilidad alguna de los dineros por dichos conceptos.²⁴⁷

Por lo que de la misma manera no se pudiera considerar como un sueldo extra del trabajador cuando este recibe una indemnización por el despido, ya que obviamente esta solo se recibe por una sola ocasión, puesto que han terminado sus actividades laborales permanentemente, por lo que dicha bonificación es exclusivamente a favor del alimentante y no en beneficio del los que se sustentan a su costa, por ende este pago no puede ser considerado para cubrir o tasar una obligación alimenticia.

...No tiene, pues, el carácter de pensión periódica, salario, sueldo o asignaciones del alimentante u honorario profesional, producto de una actividad comercial, y es sabido que los alimentos acordados al alimentario que consiste en un determinado porcentaje de los emolumentos ordinarios o extraordinarios que correspondan al alimentante, ha de entenderse que afectan sólo a las retribuciones señaladas y no al desahucio que, como se ha visto tiene otro carácter.²⁴⁸

Al contrario los décimos, las utilidades y comisiones si se pueden considerar para el pago de las pensiones alimenticias puesto que estas por lo regular son constantes y periódicas, de conformidad con el artículo innúmero 16 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

²⁴⁷ Corte Suprema: 2 de octubre del 1964, R., t. 61, sec 1ª., p. 301.

<http://books.google.com.ec/books?id=ECKaSNsXgQoC&pg=PA167&lpg=PA167&dq=No+es+posible+considerar+renta+del+alimentante&source=bl&ots=RSOXinryTe&sig=refgORsdVSn7TQ2cz8AAYJCaViQ&hl=es&sa=X&ei=QqVtUcqGNZT49gT594GwAw&sqi=2&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=No%20es%20posible%20considerar%20renta%20del%20alimentante&f=false>, ingreso 16 de abril del 2013, a las 14h27.

²⁴⁸ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 241.

Por lo tanto, al pronunciar una resolución que se encuentre conforme a derecho, justa y equitativa, al fijar una pensión alimenticia no se puede dar únicamente en base de la compensación de las necesidades del que reclama alimentos ni de la riqueza del obligado a proporcionarlos, sino que debe ajustarse en la realidad, a las normas legales en su conjunto, capacidad económicas de ambas partes, circunstancias o necesidades personales y familiares de cada una de ellas.

Invocando el interés superior del niño la parte accionante suele pretender que se fije la pensión alimenticia en base de los gastos que incurre por estar hecho cargo el menor beneficiario del derecho de alimentos, pero si el juez aceptara esta pretensión no sería lo más adecuado puesto que estos mismos gastos puede ser exagerados, innecesarios, caprichosos y sobretodo no acordes a la capacidad económica del demandado.

3.2.3. La pensión alimenticia

El Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley Reformatoria al mismo, pueden estar incurriendo en un error al definir “pensión definitiva”, puesto que las pensiones alimenticias pueden variar en el transcurso del tiempo.

*Toda resolución relativa a alimentos, incidente de aumento y disminución de los mismos en su forma y monto no causa ejecutoria. Es decir, en cualquier momento puede variar si fijación merced a las necesidades del niño, niña o adolescente o condiciones económicas del alimentante...*²⁴⁹

La pensión provisional obligatoriamente se debe fijar al momento de calificar la demanda, conforme el artículo innumerado 35 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, de acuerdo a la tabla de pensiones alimenticias elaborada anualmente por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

²⁴⁹ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 163.

Art. Innumerado 35.- Calificación de la demanda y citación.- El Juez/a calificará la demanda dentro del término de dos días posteriores a su recepción; fijará la pensión provisional de alimentos en base a la tabla de pensiones;...²⁵⁰

El fin de la pensión provisional alimenticia es asegurar que el menor beneficiario del derecho de alimentos tenga un sustento económico hasta el momento que se realice la audiencia única correspondiente, puesto que hasta este momento, el beneficiario del derecho de alimentos puede estar cursando un estado de necesidad bastante precario, teniendo en cuenta que al presentar la demanda de alimentos ya da por anunciado su estado de necesidad. “La petición de alimentos provisionales se base en las urgencias del alimentado y es natural y que se ajuste a una tramitación más rápida...”²⁵¹

En el artículo 355 del Código Civil establece la facultad de los jueces para establecer una pensión provisional mientras se ventila el proceso.

Art. 355.- Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento razonable;...²⁵²

Otro de los objetivos de la pensión provisional es evitar que el demandado, al momento de efectuarse la audiencia única, no se encuentre acumulado y pueda cubrir con la totalidad de la liquidación respectiva sin dificultad.

Por todo lo manifestado anteriormente con respecto a la pensión provisional se puede decir que su existencia solo se da mientras se ventila la tramitación del proceso, hasta el momento procesal en que se realiza la respectiva audiencia.

La pensión alimenticia, subsidios, beneficios ley y la forma de pago, es establecida en la audiencia única cuando el juez dicta la resolución en la misma diligencia, tal como lo dispone el artículo innumerado 39 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

²⁵⁰ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 35.

²⁵¹ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 240.

²⁵² Código Civil, artículo 355.

*Art. Innumerado 39.- Resolución.- En la audiencia única el Juez/a dictará el auto resolutorio que fija la pensión alimenticia definitiva, subsidios y beneficios y la forma de pagarlos, 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...*²⁵³

No existe una norma que explícitamente señale que la pensión alimenticia que se fija en la audiencia única corre desde la presentación a la demanda, pero en el literal b del Art. Innumerado 10 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que regula el juicio de alimentos con presunción de paternidad dispone que en la resolución que declara la paternidad también se fijara la pensión alimenticia, la cual será exigible desde la presentación de la demanda.

*...b) Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda....*²⁵⁴

Por lo que esto trae muchas complicaciones, puesto que los demandados por lo regular quieren que las liquidaciones de pensiones alimenticias atrasadas se calculen en dos partes, la pensión provisional se la compute desde la presentación de la demanda hasta la audiencia única y por separado la que se fijo desde mencionada audiencia.

Pero esto no es procedente ya que las pensiones alimenticias corren desde la presentación a la demanda, de conformidad con el literal b del artículo innumerado 10 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en concordancia con el último inciso de artículo innumerado 37 y correlación con el artículo innumerado 8 del mismo cuerpo legal.

Por lo que los Jueces siempre al emitir sus resoluciones lo más conveniente y en base del interés superior del niño, es que dispongan claramente que la pensión

²⁵³ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 39.

²⁵⁴ Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, literal b del artículo innumerado 10.

alimenticia fijada en la misma audiencia única corre desde la presentación de la demanda de alimentos.

Las pensiones alimenticias fijadas mediante resolución duran toda la vida del alimentario, mientras subsistan las condiciones que se dieron para la presentación de la demanda de alimentos, conforme lo manda el artículo 360 del Código Civil.

Art. 360.- Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda ...²⁵⁵

Uno de los problemas más contraproducentes contra cualquiera de las 2 partes procesales es que al momento de fijar la pensión alimenticia provisional no son las mismas circunstancias y necesidades que al establecer la pensión establecida en el fallo de la Audiencia Única, y esto se da sobretodo por la tardía citación al demandado.

Algunos juicios de alimentos se prolongan bastante y resulta que en la fecha en que se inician el costo de la vida y las necesidades de los alimentos eran muy diferentes de los existentes a la fecha de pronunciarse la sentencia definitiva de primera instancia y más diferente aún al tiempo de dictarse la segunda. Entonces, lógicamente, la pensión alimenticia debe regularse en montos distintos que cubran el lapso que dura la tramitación del juicio...²⁵⁶

Estas mismas diferencias de circunstancias y necesidades pueden alterar hasta entre las resoluciones de primera y segunda instancia en caso de haber sido impugnadas.

Lo correcto sería establecer una pensión provisional acorde a los antecedentes y circunstancias en el tiempo de la presentación a la demanda, dicha pensión se encontrara vigente hasta la fecha de realización de la audiencia única donde se debe dictar el fallo definitivo.

²⁵⁵ Código Civil, artículo 360.

²⁵⁶ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, "DERECHO DE ALIMENTOS", Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 134.

*Nada impide tampoco fijar la pensión alimenticia en un determinada suma de dinero desde la interposición de la demanda hasta la fecha del fallo definitivo y otra mayor a partir de esta última fecha hacían delante...*²⁵⁷

Por lo tanto, la pensión debe darse desde que se realiza la Audiencia Única y se dicta la resolución correspondiente, sin ningún impedimento legal de que menciona pensión pueda ser mayor o menor a la fijada provisionalmente.

Teniendo como resultado que al efectuarse la respectiva liquidación debe calcularse los valores de la pensión alimenticia provisional y la dictada en la audiencia única por separado, ya que dichos montos pueden llegar a ser distintos a razón de las cambiantes circunstancias del alimentante como la del alimentario.

El juez para actuar en equidad y en beneficio de ambas partes siempre al resolver, en la audiencia única, debería establecer una formula de pago para que el demandado se iguale en el pago de las pensiones provisionales acumuladas, puesto que por lo regular el demandado no paga hasta saber con certeza donde y en que forma pagar las pensiones alimenticias.

El último inciso del Art. Innumerado 37 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dice lo siguiente: “...*Si las partes no comparecieren a la audiencia única convocada por el Juez/a, la resolución provisional se convertirá en definitiva...*”²⁵⁸

Pudiendo deducir que esta disposición podría llegar a ser atentatoria contra los derechos de ambas partes procesales, puesto que los recaudas procesales que se tiene hasta la fecha de la audiencia pueden ayudar establecer una pensión alimenticia menor o mayor que se a pegue más a la realidad que la pensión alimenticia provisional.

²⁵⁷ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 134.

²⁵⁸ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo innumerado 37.

3.3. Etapa de ejecución

3.3.1. Medidas cautelares y coercitivas que aseguran el pago de las pensiones alimenticias

Legisladores de igual manera han realizado otras críticas y a la vez proponiendo soluciones en manera casuística a dicha reforma, como el asambleísta Vicente Taiano del Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN) que sostiene: “...la última reforma al Código de la Niñez y Adolescencia ya se estableció el apremio personal para terceros: abuelos, tíos y hermanos mayores. No obstante, indica que en el caso de personas de tercera edad debe haber una ponderación de derechos...”²⁵⁹

Para ordenar una medida cautelar o un apremio en el juicio de alimentos a causa del incumplimiento del pago de pensiones alimenticias se debe cumplir cuatro condiciones básicas que son:

- 1.- Los alimentos tuvieron que ser concedidos mediante resolución judicial que se encuentre ejecutoriada.
- 2.- El incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias; al incumplir con dicha obligación alimenticia, también se contraviene la resolución dictada por el juez que conocía la causa.
- 3.- La medida cautelar o apremio debe ser ordenado por la misma judicatura que determinó mediante resolución, la obligación alimenticia, esto por temas de facultades y competencia.
- 4.- Previo cálculo o informe de liquidaciones por concepto de pensiones alimenticias atrasadas.

²⁵⁹ VISTAZO, <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=10247>, p. 1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h22.

La prisión por deudas en el Ecuador se abolió en 1917 en el Congreso Nacional del periodo presidencial de Alfredo Baquerizo Moreno con la Ley de la Abolición del Concertaje, aunque en otros gobiernos anteriores a este, ya se propuso la suspensión de esta forma de privación de la libertad, pero nunca se la plasmó en el campo legislativo. “*En el gobierno de Baquerizo Moreno se debe destacar la abolición de la prisión por deudas, a través de la cual se ejercía el concertaje...*”²⁶⁰

Se debe tener siempre presente que la libertad es uno de los derechos más importantes que tienen los seres humanos. “*La libertad de las personas es uno de los bienes jurídicos de mayor trascendencia que se encuentra protegido por la Declaración de los Derechos Humanos...*”²⁶¹

En la Declaración Universal de Derechos humanos en el artículo 3 dice:

*Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*²⁶²

Previo a conceder las medidas cautelares y apremios en contra de o los obligados/as a pagar pensiones alimenticias se debe efectuar la correspondiente liquidación, que es la certificación con la que se constata la totalidad del monto adeudado.

De conformidad con el artículo innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia una vez emitida la certificación de no pago se debe conceder el apremio personal, esto como resultado de que los legisladores al crear la Ley Reformatoria se quería crear un procedimiento sumamente acelerado. “*...el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago...*”²⁶³

²⁶⁰ http://ec.kalipedia.com/historia-ecuador/tema/abolicion-prision-deudas.html?x=20080803klphishec_26.Kes&x1=20080803klphishec_23.Kes; 15 de abril del 2013; 00:41

²⁶¹ Cfr. YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; *El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador*; Primera Edición; Quito; Enero 2009; p. 74.

²⁶² Declaración Universal de Derecho Humanos, artículo 3.

²⁶³ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 22.

Esto sin dar oportunidad a la parte accionada a manifestarse sobre la respectiva liquidación, atentando el derecho a la debida y pronta defensa.

Por ejemplo, en algunos casos el demandado ya ha sufragado las pensiones alimenticias pero no en la entidad financiera correspondiente, Banco de Guayaquil en la actualidad, que trabaja directamente con los Juzgados de la Niñez, sino que ha consignado estos valores de manera directa o ha depositado en una cuenta personal de la actora, y al no poder constatar este tipo de situaciones la Judicatura, se hace imprescindible que se corra traslado a las partes con la liquidación correspondiente.

Por tal razón, la mayoría de judicaturas, a fin de precautelar el derecho a la defensa, a pesar de no estar contemplado en la ley, ponen en conocimiento de las partes procesales el informe de liquidación por el término de 48 o 72 horas por lo regular, a fin que se manifiesten conforme a derecho con respecto al mismo.

En el caso de que las partes no se manifieste con dicho informe o sus impugnaciones no se encuentren justificadas jurídicamente, se emite un auto de mandamiento de ejecución, el cual tampoco se encuentra regulado en la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad de que el demandado pague, en un tiempo prudencial, el monto adeudado por concepto de pensiones alimenticias atrasadas, por lo regular se lo de un término de 24 o 48 horas para cumplir con la obligación, esto amparándose en el artículo 932 del Código de Procedimiento Civil.

Art. 932.- Ningún juez o tribunal podrá librar apremio personal ni real, sin que le conste que está vencido el término dentro del cual debió cumplirse la providencia o la obligación a que se refiere dicho apremio.²⁶⁴

El alimentante se encuentra en reincidencia por el incumplimiento de las pensiones alimenticias desde el momento que se encuentra adeudando nuevamente 2 o más pensiones alimenticias.

²⁶⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 932.

Por lo que, si con anterioridad se dictó un apremio personal en contra del demandado, el cual no se hizo efectivo, se lo debe considerar como reincidente en caso de nuevo incumplimiento, así el demandado haya cancelado la deuda antes de que la medida coercitiva sea ejecutada o efectivizada.

Se ha cuestionado si para la existencia del apremio es necesario que se lleve a cabo de hecho el arresto o si basta el despacho de la orden de aprehensión en contra del demandado por el no pago de las prestaciones alimenticias debidas, sin haber justificado legalmente el incumplimiento de la obligación.

Aclaremos razonando. Si por apremio en general se entiende el compeler, es decir, el obligar a uno, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere, resulta indudable, a nuestro juicio, que el apremio existe desde que se dicta la orden de arresto, aunque este no se materialice por el pagar el demandado antes de ser aprehendido. La simple orden de la autoridad judicial compele, apremia; desde ella comienza el apremio. ¿Acaso dicha orden, simple y lapidaria, no empujó al demandado a satisfacer la deuda?

El dejar sin efecto la medida, después del pago, no borra retroactivamente, sino que la hace cesar por haber cumplido su misión. Pero el apremio existió para todos los efectos legales.²⁶⁵

Existe una problemática y que genera dudas en la parte final del inciso primero del artículo Innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la parte pertinente que se refiere al tiempo en que se amplía el apremio personal en caso de reincidencia en el incumplimiento de la obligación alimenticia, puesto que no establece concretamente que tiempo se debe establecer después de los 60 días.

...En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días.²⁶⁶

Por lo que en muchas ocasiones la parte accionante solicita la detención del demandado por 180 días en razón de ser la tercera vez que el demandado es

²⁶⁵ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 192.

²⁶⁶ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, última parte del inciso primero del artículo innúmero 22.

detenido por el incumplimiento de la obligación, pero la mayoría de jueces por aplicación de los principios de proporcionalidad y de equidad, ordenan el apremio personal por 90 días y sumando 30 días sucesivamente cada vez que el demandado sea detenido por concepto de pensiones alimenticias atrasadas.

Establecer que el apremio personal se extienda 30 días más en cada ocasión en el que demandado sea detenido por falta de cumplimiento, no encuentra su razón de ser, puesto que entre más tiempo permanezca detenido el demandado será más difícil que este pueda producir y obtener medios económicos para satisfacer la deuda.

Si el propósito del legislador era imponer una pena al deudor por su incumplimiento reiterado, no fue una de las mejores medidas que se pudo haber establecido.

En el inciso último del artículo innumerado 27 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece:

...Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado.²⁶⁷

En concordancia con el artículo innumerado 31 de la misma Ley, establece que el resto de apremios (excluyendo al apremio personal y la prohibición de salida del país) solo cesarán si el demandado paga la totalidad de la deuda más sus respectivos intereses.

Art. Innumerado 31.- Interés por mora.- Se aplicará la tasa de interés por mora fijada por el Banco Central del Ecuador o el ente estatal encargado de hacerlo, por cada día de retraso en el pago de la prestación de alimentos.²⁶⁸

²⁶⁷ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, último inciso del artículo innúmero 27.

²⁶⁸ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innúmero 31.

Pero en la práctica por la dificultad de este cálculo en cuestión de tiempo y la falta de personal en las Oficinas de Recaudaciones, para efectuar las respectivas liquidaciones no se suele tomar en cuenta este interés en mora.

Si se calculará este interés por mora en las pensiones alimenticias atrasadas o se estableciera una multa en la Ley, tal vez no sería necesario seguir aumentando el tiempo del apremio personal del deudor por ser reincidente.

Antes de la expedición de Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, de 28 Julio del 2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 643, muchos asambleístas reconocían la vulneración de ciertas garantías constitucionales, como el legislador Julio Logroño del Partido Sociedad Patriótica (PSP), que decía: “...los obligados también tienen derecho a que se les haga conocer con antelación sobre la demanda y no que, sin previo aviso, se les imponga el arresto o la prohibición de salida del país. Con ello les estaríamos negando el derecho a la defensa y al debido proceso...”²⁶⁹

Pero contradictoriamente este mismo asambleísta proponía varias sanciones para los morosos en pensiones alimenticias en el proyecto de ley, medidas cautelares y coercitivas que podrían considerar atentatorias a las garantías básicas, y muchas de ellas si se plasmaron en la antes mencionada Ley Reformatoria, como las siguientes:

*...quedará inhabilitado para ser candidato a cualquier dignidad de elección popular o a ocupar un cargo público.
Tampoco puede acceder a créditos en el sistema financiero, salvo que sea para el pago de la prestación de alimentos, mediante autorización del juez.
No podrá, además, enajenar (vender o traspasar) bienes muebles o inmuebles, sobre los cuales el juez sí podrá ordenar la retención o el embargo para asegurar el pago.
Los deudores serán registrados en una lista que se publicará en la página web del Consejo Nacional de la Judicatura de la jurisdicción correspondiente.
Este organismo remitirá los nombres a la Superintendencia de Bancos y Seguros para que los incluyan en el Sistema de Registro o Central de Riesgos...²⁷⁰*

²⁶⁹ EL UNIVERSO, <http://www.eluniverso.com/2009/06/01/1/1422/5CE9D7E3BE944BF4A0CBEB8F4041E647.html>, p.1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h10.

²⁷⁰ Cfr. Id.

La prohibición de salida del país va en contra de la garantía de los derechos de movilidad de todas las personas, hablando en planos doctrinales, puesto que contradictoriamente en el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, faculta a todas las leyes y jueces sin distinción ni importar la materia en acción para regular este apremio.

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente ...²⁷¹

El apremio personal y la prohibición de salida del país, en esencia, se regula por los jueces y leyes penales, ya que son medidas cautelares que van en contra del derecho de libertad, que es uno, de los derechos más importantes inherentes al ser humano.

La prohibición de salida del país a igual que el apremio personal deberían ser ordenados con un previo análisis, pero en el actual sistema procesal de alimentos se permite que en la demanda inicial se solicite la prohibición de salida del país sin ninguna dificultad ni proceso previo, tal como consta en el formulario de demanda dado en la página de internet del Consejo de la Judicatura.

Para una mejor ilustración de lo manifestado en el párrafo anterior, pongo a conocimiento la dirección electrónica donde se encuentra el formulario de pensiones alimenticias del Consejo de la Judicatura, en el cual se encuentra la solicitud de prohibición de salida del país:

http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=223&lang=es

Es obvio que la prohibición de salida del país en contra del demandado es a fin de precautar el pago de las pensiones alimenticias, por lo que, siempre que se otorgue esta medida cautelar sin previa notificación y prevención al demandado,

²⁷¹ Constitución de la República del Ecuador, numeral 14 del artículo 66.

esta debe ser otorgada con los fundamentos legales correspondientes, en los cuales está inmerso el interés superior del niño.

Lastimosamente esta vulneración de derechos ha dado paso a que muchas de las medidas cautelares y coercitivas sean ejecutadas por resentimiento entre las parejas con la intención de perjudicar a la parte accionada y no en beneficio de los menores, por tal razón existe un alto índice de medidas cautelares y apremios personales en los juzgados de la niñez y adolescencia, y la parte actora no toma en consideración la opción de adoptar otras medidas como las reales.

Por lo que al analizar este tema en cuestión, es pertinente transcribir lo manifestado en el Diario el Universo con respecto a esto.

...Afuera, la escena no llama la atención a los usuarios identificados por una situación similar, mientras a los jueces les tiene preocupados porque los archivos están abarrotados con más de 54.900 casos, de los cuales el 46% es de los llamados juicios por alimentos, que son procesos iniciados, por lo general, por la madre contra el padre, al estar separada de él, para exigirle un pago para la manutención.

La cifra a nivel nacional asciende a 91.214, según el Consejo Nacional de la Judicatura. unas 1.389 boletas de apremio se han emitido en lo que va del año entre los juzgados Primero, Segundo y Tercero de la Niñez. /> “Desgraciados, sinvergüenzas hacen hijos y después se van con otra”, se queja en el pasillo del Juzgado Primero una mujer de 35 años que sigue un juicio de alimentos a su segunda pareja con quien procreó una hija. Ahora dice que piensa iniciar otra causa contra el padre de su primer hijo, a quien conoció cuando tenía 11 años y él era un hombre casado de 35. El sueldo de su actual pareja, con quien también tiene una hija, no le alcanza, agrega...”²⁷²

La mala concepción que se tiene a nivel social y cultural de que el obligado u obligada debe pagar alimentos sin importar sus derechos, o peor aún por una rencilla personal que existe entre la pareja de progenitores, sin darse cuenta que a la larga los únicos afectados son los propios alimentados.

....En ese mismo lugar, una joven de 28 años, cuyo esposo fue detenido por atrasos en los pagos por un hijo que tuvo con otra mujer, se queja porque algunas madres convierten en un negocio las pensiones. “El niño de 8 años le dice al papá que si no le deposita el dinero lo mete preso, eso no dice un niño”, critica la mujer, madre de dos hijos.

Magdalena, una madre que obtiene algunos ingresos dando servicios de limpieza, lamenta su situación. Tiene cuatro hijos de tres padres diferentes, al quinto, de su actual pareja, lo perdió.

No tiene recursos y por ello presiona por una boleta de detención contra el padre de la

²⁷² EL UNIVERSO, PUGO Cecilia.

<http://www.eluniverso.com/2009/06/28/1/1447/E7E457720FA34A6DA024D2B573E6372F.html>, p. 1, acceso 11 de noviembre del 2010, 17h40.

más pequeña, un vendedor ambulante a quien conoció por un mensaje de teléfono celular que le llegó por error y a quien exige el pago mensual de \$300.

Estos casos se multiplican en los juzgados, donde el tema de alimentos y aumento de pensiones es el más solicitado. De los cuatro mil juicios en movimiento, mil son para pedir ese incremento, dice Alemania Centeno, directora provincial del Consejo de la Judicatura. De los casos tratados, la funcionaria pone en evidencia la irresponsabilidad de padres que niegan la paternidad y de madres que, en una especie de venganza, se aprovechan para exigir pensiones exageradas.

Vendedores ambulantes, policías, militares, guardias, agricultores, entre otros, son los demandados. Más del 90% son de estratos bajos, a quienes las madres piden fijar pagos por \$ 500 o \$600, refiere Centeno.

La demanda por nuevos juicios ha aumentado, sobre todo de madres que dicen estar amparadas en la reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que aún está en manos del presidente Rafael Correa, quien deberá emitir su aprobación o veto en los próximos días, tras cumplirse el plazo de un mes para la revisión del documento que recibió el pasado 3 de junio. El proyecto contiene 45 artículos y contempla la modificación en la forma de presentar una demanda por alimentos, con la cual las madres ya no necesitan de un abogado y bastará con llenar un formulario...²⁷³

Da vergüenza decir, que muchas madres o padres han hecho un negociado de las pensiones alimenticias obligatorias.

En los bajos del edificio donde funcionan los juzgados de la Niñez, las madres ya buscan esa atención gratuita. “¿Cómo puedo poner una denuncia contra el padre de mi hijo, dizque ahora ya no se necesita abogado? –No, señora, eso aún no está en vigencia”, le responde a una madre uno de los abogados que rondan en el lugar en busca de clientes y que con la medida se quedarán sin ese trabajo. Centeno advierte que la reforma se puede prestar para una mayor irresponsabilidad de hombres y mujeres, por el endoso de pensiones a familiares y la gratuidad en trámites.

Tatiana Centeno, ex coordinadora de los juzgados de la Niñez, considera que hay casos de madres que hacen un negocio el tener hijos en diferentes parejas y lo convierten en un modo de vivir. “En los juzgados se presentan casos de madres que tienen juicios de alimentos por dos, tres y hasta cuatro maridos”, dice.

La funcionaria de la Judicatura agrega que el Código tiene falencias y cuestiona a los asambleístas que debatieron el tema en el ‘Congresillo’, porque no incluyeron un artículo sobre planificación familiar, para que las madres no tengan tantos hijos que después pueden terminar en pandillas o prostitución, comenta tras argumentar que los casos de menores infractores se han incrementado en el 10%.

La falta de orientación en las usuarias es evidente. Juana, una joven de 23 años, con tres hijos de 9, 4 y 2 años, y un cuarto que carga en el abultado ya de nueve meses, intenta poner una demanda contra el padre de sus niños....²⁷⁴

El apremio personal por concepto de pensiones alimenticias atrasadas en contra del obligado principal, subsidiario o el garante, está regulado en el artículo

²⁷³ EL UNIVERSO, PUGO Cecilia.

<http://www.eluniverso.com/2009/06/28/1/1447/E7E457720FA34A6DA024D2B573E6372F.html>, p. 1, acceso 11 de noviembre del 2010, 17h40.

²⁷⁴ EL UNIVERSO, PUGO Cecilia.

<http://www.eluniverso.com/2009/06/28/1/1447/E7E457720FA34A6DA024D2B573E6372F.html>, p. 1, acceso 11 de noviembre del 2010, 17h40.

innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

*Art. Innumerado 22.- Apremio personal.- En caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país...*²⁷⁵

Lastimosamente, en nuestra sociedad el apremio personal ha resultado la medida coercitiva más eficaz para asegurar el pago de las pensiones alimenticias atrasadas, puesto que no depende de la voluntad de alimentante y por ser privado de su libertad se encuentra en el apresuro de pagar la deuda lo más pronto posible.

*El apremio personal ha existido siempre como una forma de exigencia judicial en el pago de las pensiones alimenticias. Lamentablemente en mayoría de los casos, toca recurrir a esta medida coercitiva con el fin de que el alimentante – ya que voluntariamente no ha cumplido con la obligación-, la cumpla por la amenaza de su privación de la libertad y en otros casos extremos obtener la misma. Hay apremio personal cuando las medidas coercitivas se emplean para compeler a las personas a que cumplan, por sí, con las órdenes de Juez.*²⁷⁶

Tomar como primera alternativa la prisión no es lo más adecuado pero es la que la parte actora pide y es concedida en casi todas las causas, sin tomar en cuenta que existen otras medidas cautelares que pueden ser aplicables para el cobro de la deuda por concepto de pensiones alimenticias atrasadas, contrario a lo que establece el numeral 11 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

*11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la Ley....*²⁷⁷

El allanamiento al domicilio está constituido en el inciso segundo del artículo innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

²⁷⁵ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo. Innumerado 22.

²⁷⁶ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 163.

²⁷⁷ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 11 del artículo 77.

*...En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, el Juez/a ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda la declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado/s, por parte de quien solicita dicha medida...*²⁷⁸

El periodo de la prisión por pensiones alimenticias atrasadas excede hasta los tiempos establecidos en sanciones o delitos penales, yendo en contra del principio constitucional de la debida proporcionalidad.

La debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones, se fundamenta en un principio de equidad, tomándose en cuenta el daño o perjuicio ocasionado, según el grado de gravedad de la falta cometida o del ilícito incurrido, tiene que aplicarse el tipo de sanción que corresponda a la infracción legal perpetrada en la relación al daño producido, pudiendo ser aquella leve o drástica.

*Este Principio jurídico tiene un alto contenido humanista, que precautela según la norma constitucional, la aplicación justa y correcta de la facultad sancionadora del Estado a través del organismo administrativo o judicial competente.*²⁷⁹

En concordancia con la garantía constitucional consagrada en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

*6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza...*²⁸⁰

En algunas ocasiones los abogados de la parte actora, aludiendo el interés superior del niño, piden “el allanamiento del bien inmueble donde se encuentre oculto el demandado”, sin precisar en qué bien, su dirección y cuál es su propietario, sabiendas de que no se puede autorizar el allanamiento discrecionalmente puesto que esta acción puede ir en contra del derecho de terceras personas.

En perjuicio del demandado la única medida para asegurar la deuda alimenticia que suele solicitar la parte actora, para asegurar el cobro de las pensiones alimenticias atrasadas, es el apremio personal, sin considerar otras medidas coercitivas que son más afectivas, por ejemplo el embargo del sueldo o

²⁷⁸ Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, inciso segundo del artículo Innumerado 22.

²⁷⁹ Cfr. YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; *El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador*; Primera Edición; Quito; Enero 2009; p. 61.

²⁸⁰ Constitución Política del Ecuador, del 2008, numeral 6 del artículo 76.

salario, el producto de un arriendo de un local u otras prestaciones en dinero de la persona que debe cumplir con la obligación alimenticia.

*El mandamiento de embargo que se despache para la primera pensión alimenticia es suficiente para el pago de cada una de las venideras sin necesidad de nuevo requerimiento;...*²⁸¹

Por lo que al optar por este tipo de medidas cautelares o coercitivas alternativas, se precautela los derechos del demandado y a la vez el interés superior del niño.

*En lo referente a la privación de la libertad por deudas se lo ha sustituido por la sanción civil al deudor que puede ir desde el secuestro preventivo al embargo o remate de sus bienes y en caso de no tenerlos, la declaratoria de insolvencia.*²⁸²

El embargo del sueldo del demandado es permitido por la misma Constitución en el primer inciso del artículo 328.

*Art. 328.- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos.*²⁸³

De conformidad con lo que establece el artículo 2294 del Código Civil.

*Art. 2294.- No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.
No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan.*

Hasta las pensiones jubilares puede ser embargables por concepto de pensiones alimenticias, de conformidad con el último inciso del artículo 371 de la misma Constitución.

*Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.*²⁸⁴

²⁸¹ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 243.

²⁸² Cfr. YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador; Primera Edición; Quito; Enero 2009; p. 56.

²⁸³ Constitución Política del Ecuador, del 2008, inciso primero del artículo 328.

²⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador, último inciso del artículo 371.

No se puede pedir que, en base del interés superior, se embargue la totalidad del sueldo del demandado por ser moroso de las pensiones alimenticias, a sabiendas de que al obligado se le descuenta pensiones alimenticias forzosas por otras personas, yendo de esta manera en contra del derecho de alimentos de otros y tal vez en desmedro del interés superior del niño de otros menores, conforme lo mando el inciso segundo del numeral 1 del artículo 1634 del Código Civil.

Art. 1634.- La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

No son embargables:

1.- Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores.

*La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que deba el Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas...*²⁸⁵

Además este embargo cuando es solicitado suele carecer de fundamento legal o su pretensión de cobro es desmedido, por lo que los administradores de justicia se ven en la tarea ardua de llenar estos vacíos jurídicos, fijar un embargo proporcional y periódico, de acuerdo a las capacidades económicas del alimentante; teniendo en cuenta el sueldo que percibe el demandado y sus cargas familiares, puesto que este embargo puede perjudicar la misma sobrevivencia del demandado y sus familiares que dependen económicamente de él.

Es factible pedir el embargo de un usufructo que goza una persona por parte de sus acreedores, pero ese embargo no podrá ser viable si dicho usufructo está constituido como modo de suministrar o cubrir pensiones alimenticias.

Por lo que la parte accionante deberá pedir el embargo del sueldo del alimentante sin afectar las pensiones alimenticias futuras o atrasadas destinadas a otros alimentarios, ya que no se puede sacrificar el derecho de la misma jerarquía y clase de una persona para satisfacer el de otra.

²⁸⁵ Código Civil, numeral 1 del artículo 1634.

Por lo que el embargo del sueldo del alimentante por concepto de pensiones alimenticias devengadas debe ser en base del último inciso numeral 1 del artículo 1634 del Código Civil.

*...Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debidos por ley; ...*²⁸⁶

En concordancia con el artículo 929 del Código de Procedimiento Civil.

*Art. 443.- Si se aprehendiese dinero de propiedad del deudor, se hará el pago con el dinero aprehendido.*²⁸⁷

En correlación con el artículo 443 del Código de Procedimiento Civil.

*Art. 443.- Si se aprehendiese dinero de propiedad del deudor, se hará el pago con el dinero aprehendido.*²⁸⁸

Con las 3 normas jurídicas antes transcritas, se concluye que el juez tiene las facultades normativas para establecer medidas cautelares o coercitivas alternativas a la privación de la libertad.

*En lo referente al aspecto punitivo o de la sanción esta igualmente debe establecerse, observando siempre el principio constitucional, de la debida proporcionalidad, entre infracciones y sanciones.*²⁸⁹

Lo único que la judicatura debe tener cuidado al emitir esta mediad cautelar es que conste en el auto que este embargo será factible siempre y cuando no afecte el derecho de alimentos de otras personas como vimos anteriormente.

En muchas ocasiones a pesar que el demandado se halla siempre al día y puntual en el pago de las pensiones alimenticias, la parte accionante solicita que del sueldo que percibe el demandado se le descuente o retenga mencionadas prestaciones, por lo que el juez previo a dar paso a esa pretensión debe considerar que el accionado ha cumplido a cabalidad con la obligación, puesto que esta medida

²⁸⁶ Código Civil, último inciso del numeral 1 del artículo 1634.

²⁸⁷ Código de Procedimiento Civil, artículo 443.

²⁸⁸ Código de Procedimiento Civil, artículo 443.

²⁸⁹ Cfr. YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador; Primera Edición; Quito; Enero 2009; p. 57.

al ser concedida puede conllevar a provocar desconfianza o problemas al demandado de diversa índole en su lugar de trabajo.

Y desde el punto de vista humano conviene que no trascienda una muestra de desconfianza en el círculo en que trabaja el alimentante, más cuando se ha esforzado con dignidad para evitarlo. Si ha cumplido puntualmente el pago directo, es contraproducente la retención que puede llevar a desánimo trascendente al que presta los alimentos. Es un aspecto psicológico que la justicia moderna siempre debe considerar.²⁹⁰

Otro resultado que puede ser contraproducente del descuento detallado en el párrafo inmediato anterior, es el desánimo del demandado por cumplir con la obligación alimenticia o conflictos personales innecesarios entre las partes a pesar que el demandado se encuentra al día en la pago de las pensiones alimenticias, por lo que el juez está en la obligación de analizar sus decisiones no solo conforme a la ley sino también desde el punto psicológico de las personas en sociedad.

3.3.2. Modos de suministrar los alimentos

Los alimentos, por lo general, son cumplidos en la forma de pensiones continuas por mesadas anticipadas y periódicas, en dinero, efectivo o usufructo, mediante prestaciones directas o transferencias realizadas a cuentas bancarias personales de la persona que tiene a su cuidado el menor beneficiario del derecho de alimentos, de conformidad con el artículo innumerado 14 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Art. Innumerado 14.- Forma de prestar los alimentos.- El Juez/a, fijará el pago de la pensión de alimentos y de los subsidios y beneficios adicionales, principalmente, y, si así lo solicitare el alimentario o su representante, a través del depósito de una suma de dinero que deberá efectuarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, en caso de subsidios y beneficios adicionales, en la fecha señalada para el efecto; en la cuenta que para ello se señale, cuyo certificado de depósito constituirá prueba para demostrar el pago o la falta de a favor de la beneficiaria/o o de quien legalmente lo represente.

Podrá además efectuarse el pago de la pensión alimenticia y de los subsidios y beneficios adicionales de la siguiente manera:

a) La constitución de derechos de usufructo, la percepción de una pensión de arrendamiento u otro mecanismo similar, que aseguren rentas u otros frutos suficientes para la debida prestación de alimentos del beneficiario; y,

²⁹⁰ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 187.

b) El pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez.

Cuando se trate del usufructo o la percepción de la renta de arrendamiento de bienes inmuebles, el Juez/a comprobará que no se encuentren limitados por otros derechos reales o personales ni afectados por embargo, prohibición de enajenar o gravar, anticresis o cualquier otro gravamen o contrato que afecte o puedan impedir o dificultar dicho disfrute o percepción. La resolución que los decreta se inscribirá en el Registro de la Propiedad del cantón en que se encuentre ubicado el inmueble.

El hijo o la hija beneficiario no estarán obligados a confeccionar inventario ni rendir la caución que la ley exige al usufructuario.

En ningún caso se obligará al niño, niña o adolescente cuya tenencia y cuidado han sido confiados al otro progenitor o a un tercero, a convivir con quien está obligado a prestar los alimentos, con el pretexto de que ésta sea una forma de pensión alimenticia en especie.²⁹¹

En concordancia con el artículo 359 del Código Civil.

Art. 359.- Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas...²⁹²

La finalidad de que los alimentos sean pagados de forma anticipada es que el beneficiario del derecho pueda percibir esa ayuda para poder subsistir, puesto que el mismo no pudiera salir adelante con prestaciones pagadas a futuro cuando es estado de necesidad es día a día.

Casi nunca se determina por resolución que dichas pensiones alimenticias sean en especie, usufructo, uso o habitación de los bienes de alimentante a favor del alimentado.

...Explicamos que los alimentos pueden prestarse en dinero, que es lo más usual, en especies; recibiendo en su casa al alimentante al alimentario; constituyendo un derecho de usufructo, uso o habitación a favor del alimentario sobre bienes del alimentante, etc.

Por ejemplo, el producto del usufructo al ser un rédito económico puede ser considerado como parte o el total del monto de una pensión alimenticia.

El modo concedido por el legislador para la prestación alimenticia es novedoso, práctico y variado. Concede ciertas facilidades al alimentante para cumplir con la obligación de alimentar al niño, niña o adolescente. La primera forma de pago es la más común, pues se dispone el pago de una suma mensual de dinero por mesadas adelantadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la pagaduría o directamente en el juzgado. La segunda forma permite pagar alimentos a través del depósito de una suma de dinero de la

²⁹¹ Ley Reformatoria al Código al Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 14.

²⁹² Código Civil, artículo 359.

*constitución de usufructo, uso, habitación, pensión arrendataria u otra similar. Esta facultad concedida por el legislador es muy práctica porque en muchos casos el alimentante no tiene dinero en efectivo, ha migrado al exterior o interior del país o planea hacerlo, en cuyo caso para facilitar el cumplimiento con la prestación alimenticia,*²⁹³

De conformidad con el Art. Innumerado 26 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

*Art. Innumerado 26.- Medidas cautelares reales.- Para asegurar el pago de la prestación de alimentos, el Juez/a podrá decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código de Procedimiento Civil.*²⁹⁴

Previa orden del juez, el pago de las pensiones alimenticias mediante especies podría por ejemplo ser por víveres, comida, vestimenta, asistencia médica, mercadería para su comercialización, etc.

En la realidad y por razones de fines prácticos, el juez casi nunca regulara las pensiones alimenticias en especies, por la dificultad que resulta cumplir y medir esta forma de pago.

Pero pagar una pensión alimenticia en especie o cuerpo cierto puede ser una decisión más adecuada, por ejemplo, cuando el demandado se encuentra cumpliendo un apremio personal, ya que conseguir el efectivo le resulte más difícil y demoroso que cumplir dicha obligación alimenticia en especie o cuerpo cierto.

Si el Juzgador determina que las pensiones alimenticias sean canceladas mediante la constitución de usufructo, uso o habitación deberá obligatoriamente en la resolución ordenar la prohibición de enajenar de los bienes del alimentante que sirvieron para fijar el modo de pago de la obligación alimenticia, todo en base del interés superior del niño, debiendo únicamente realizar la inscripción de la resolución en el Registro de la Propiedad para los fines de Ley pertinentes.

²⁹³ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p. 158 y 159.

²⁹⁴ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo innumerado 26.

*...Empero para que el Juez está obligado a exigir el correspondiente certificado extendido por el Registro de la Propiedad de la jurisdicción en la que se encuentra el bien, del cual aparezca que no existe ningún gravamen que afecte el dominio del bien que se va a gravar, tales como embargo, prohibición de enajenar, anticresis u otro. Para este efecto deberá además cumplirse con ciertas formalidades de ley como otorgar mediante escritura e inscribir en el Registro de la Propiedad. Todo esto, con el fin único de garantizar el pago efectivo de la pensión alimenticia fijada por el Juez...*²⁹⁵

En algunas ocasiones la parte accionante al tener conocimiento de que el demandado tiene un bien inmueble que puede dar beneficios económicos altos, solicita que los frutos o uso de este bien sean dados al alimentado, pero casi en su totalidad es rechazada dicha pretensión; primero porque el juez únicamente la concediera si el demandado no tuviera otros medios para satisfacer la obligación alimenticia, segundo para el mismo juzgador es difícil determinar cuantitativamente en que proporción esos frutos u uso de del bien inmueble satisfacen el derecho de alimentos, tercero porque muchas de las veces ese bien excede las necesidades reales del alimentario y de la persona que está a su cargo sin un quebranto de su posición social.

Aunque estas formas de proporcionar alimentos como es la de uso, usufructo o habitación no son comunes, pueden ser más justas que la de presionar o coaccionar al demandado a vender o embargar sus bienes muebles o inmuebles, ya que la parte accionante invocando el interés superior del niño suele solicitar el embargo o venta de estos bienes.

Por ejemplo, un matrimonio que ha decidido separarse, debería considerarse como parte del pago de las pensiones alimenticias, si uno de los cónyuges opta por salir del bien inmueble que en común habitaban con sus hijos y dejar al otro este bien mientras los menores sigan habitando ahí; puesto que esto puede ser un ahorro para el cónyuge que se queda con los pequeños, ya que no incurriera en el gasto de arrendar. En caso de que no se aceptará como parte de la obligación esta forma de suministrar alimentos, el cónyuge que decidió irse del hogar muy probablemente

²⁹⁵ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p.159.

preferiera que el bien inmueble se venda, y de esta manera provocará realmente que se perjudique el interés superior de los menores.

La forma y cuantía de regular la obligación es en base de la tabla de pensiones alimenticias y lo que estipula la Ley, y como esta última permite que se pueda optar por estas formas inusuales de cumplir con la prestación alimenticia como es en especie, el uso o la habitación, es totalmente valedero que el juez así lo regularice mediante la respectiva resolución.

Si la ley estipulara que las pensiones alimenticias solo sean pagadas en dinero, limitaría al juzgador a determinar el monto o la cuantía en efectivo que se debe pagar, tal vez de esta manera dejando a lado la posibilidad de establecer una forma de pago que sea más justa y apegada a la realidad de las partes.

Tal vez por esa razón la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia solo menciona la forma de pagar las pensiones alimenticias en depósito en dinero en la cuenta bancaria asignada a la actora en el juicio, y no como lo estipula el literal b del Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 134.

*...b) El depósito de una suma de dinero, la constitución de un usufructo, uso o habitación, la percepción de una pensión de arrendamiento u otro mecanismo similar, que aseguren rentas u otros frutos suficientes para la debida prestación de alimentos del beneficiario;...*²⁹⁶

En concordancia con el artículo 361 del Código Civil.

*Art. 361.- El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigne, a este efecto, en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o sus herederos, luego que cese la obligación.*²⁹⁷

Claro está que el pago en dinero es la mejor manera de cumplir con la obligación alimentaria puesto que sería una obligación líquida que se puede cobrar sin mayor dificultad y con mayor celeridad.

²⁹⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, literal b del artículo 134.

²⁹⁷ Código Civil, artículo 361.

3.3.3. Levantamiento de las medidas cautelares y coercitivas

El apremio personal en contra del deudor por concepto de pensiones alimenticias solo se puede cesar cuando la parte demandada pague la totalidad de lo adeudado de conformidad con el inciso tercero del artículo innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

*...Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata...*²⁹⁸

En este punto suele causar incertidumbre con respecto a conceder la libertad por un vacío legal, puesto que no se sabe si el demandado debe pagar solo el monto de lo adeudado hasta en la fecha que se concedió la boleta de apremio personal o hasta el día en que se solicitó la libertad.

Por lo que la mayoría de juzgados exigen que se pague hasta el mes en el que se pide la libertad, en base del interés superior del menor y basándose en lo expuesto por el tercer inciso del artículo innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que dispone pagar las pensiones alimenticias en su totalidad previo a conceder la libertad.

*Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata.....*²⁹⁹

Otra forma en la que cesa el apremio personal es mediante la aceptación del habeas corpus, por lo regular es aceptado cuando el monto de lo adeudado es muy alto para pagar en un corto plazo con la condición de que el obligado se compromete a igualarse en el pago de pensiones alimenticias de forma prorrogada, pero esto no tiene eficacia cuando la parte accionante basándose en el interés

²⁹⁸ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Inciso tercero del Art. Innumerado 22.

²⁹⁹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo. Innumerado 14.

superior del niño solicita el apremio personal nuevamente sin haber pasado ni un mes de los que salió en libertad por el habeas corpus, sin tomar en cuenta que si el obligado sigue en prisión puede perder mucho de sus ingresos económicos y esto provocaría un perjuicio más grave al menor, puesto que su alimentante tuviera menos o se acabarían por completo los recursos económicos para seguir con el pago de pensiones alimenticias regularmente.

Si la parte demandada demuestra, fehacientemente, que ha pagado un porcentaje considerable de la deuda, carece por completo de recursos económicos o cursa circunstancias físicas graves para cumplir con la obligación alimenticia, sería lo más coherente que el mismo juez que dictó el apremio personal lo deje sin efecto sin necesidad de solicitar el habeas corpus, ya que no existe norma jurídica que lo impida, pero el juzgador concedor de la causa de alimentos es improbable que se arriesgue a dictar el levantamiento de la medida cautelar de carácter personal por motivos o razones de sanciones administrativas y hasta judiciales.

*Si el alimentante contra el cual hay orden de arresto por no pago de pensiones alimenticias atrasadas, al solicitar la suspensión de la medida, abona más de la tercera parte de la deuda y pide facilidades de pago del resto, no resulta prudente negarse a la suspensión del apremio. Porque de mantenerse el arresto es razonable pensar que el deudor a favor del cual se recurre de amparo no tendrá la posibilidad de lograr los medios necesarios para satisfacer la deuda total, máxime si hay antecedentes que el apremiado se encuentra actualmente sin trabajo estable, antecedentes que el juez recurrido debe ponderar para resolver lo que corresponda en relación a los mismos...*³⁰⁰

Se debería aceptar, inmediatamente, la solicitud de dejar sin efecto de apremio personal en contra del demandado, en el momento que se prueba que dicha medida cautelar sufre de vicios de procedimiento, por ejemplo, cuando el demandado ha sido citado por la prensa y solo se entera del juicio que había sido interpuesto en su contra al instante que es detenido, a pesar de que la actora sabía perfectamente o podía esforzarse un poco para determinar el domicilio del demandado.

³⁰⁰ Cfr. VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile, p. 200.

Para que se pueda levantar la prohibición de salida del país de la persona exigida a pagar las pensiones alimenticias esta debe cumplir con las condiciones establecidas en el artículo innumerado 27 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que son dejar una garantía personal o real que asegure las pensiones alimenticias.

*Art. Innumerado 27.- Cesación de los apremios.- La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por el Juez/a. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que el deudor principal...*³⁰¹

En la práctica cuando se ha solicitado y aceptado la medida cautelar de la prohibición de salida del país, quitar esta medida se vuelve prácticamente muy dificultoso, puesto que por lo regular la parte actora por ningún motivo acepta que el demandado salga del país aunque un garante asegure el pago de las pensiones alimenticias.

Por lo que las condiciones o parámetros para establecer una garantía personal o real deberían estar contemplados en la ley reformativa.

El resto de las medidas cautelares solo podrán cesar una vez que el demandado pague la totalidad de lo adeudado mediante efectivo o cheque certificado, conforme el inciso segundo del artículo 27 de la Ley Reformatoria. “...Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado.”³⁰²

Por lo tanto, lamentablemente, si no se encuentra establecido en la ley, no se puede considerar otras formas o garantías que aseguren el pago de las pensiones alimenticias.

³⁰¹ Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, artículo. Innumerado 27.

³⁰² Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, inciso segundo del artículo innumerado 27.

Una de las formas comunes que suelen levantarse las medidas cautelares, es que las partes por mutuo acuerdo solicitan dejar sin efecto dichas medidas cautelares, claro que bajo responsabilidad de la misma parte que la solicita.

Pero así se encuentren de acuerdo las partes de levantar las medidas cautelares que pesan en contra del demandado, es responsabilidad del juez dictar y asegurar las medidas alternativas para que las pensiones alimenticias sigan siendo cumplidas a cabalidad sin importar que las partes lo hayan o no solicitado, a fin de hacer prevalecer el interés superior de los menores.

*Tanto el apremio personal como el apremio real también pueden cesar cuando el prestador rinda suficiente garantía o fianza. Pero ésta tiene que otorgarse a satisfacción del Juez, cuya responsabilidad es la de proteger el derecho a la subsistencia o sobrevivencia del niño, niña o adolescente...*³⁰³

Por lo que estas garantías deben ser consideradas suficientes en base de la discrecionalidad del juez o jueza.

³⁰³ Cfr. ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003, p.166.

4. ANÁLISIS

El principio del interés superior aparece como producto del uso constante en varias legislaciones nacionales, tanto en los sistemas basados del Common Law como en los de Derecho Romano.

El reconocimiento de derechos y principios en favor de los menores fue de crecimiento gradual, puesto que los asuntos derivados de menores eran manejados y resueltos exclusivamente en el núcleo familiar, totalmente fuera del ámbito público y jurídico, ya que se los trataba solo como sujetos de protección.

A medida que pasa el tiempo, a los niños se les van reconociendo derechos y se vuelven de preocupación colectiva, en razón de su edad, dando lugar a que muchos de sus asuntos pasen al plano judicial.

En un principio las cuestiones de menores eran reguladas por el derecho civil o de familia, con el tiempo se fueron creando normas especializadas que regulan los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Si no se enlistara los derechos de los niños, niñas y adolescentes en legislaciones nacionales e internacionales, se puede llegar a pensar que el interés superior del niño es la recopilación de todos ellos y que podría ir más allá que una simple compendio de derechos.

Los derechos de los niños no están sujetos a condición alguna y son aplicables para todos por igual, son derechos y a la vez garantías frente al actuar del Estado y la sociedad en su conjunto.

El principio tiene su razón de existencia mientras existan derechos a los cuales precautele su protección y eficacia, y mientras existan sujetos de derechos que sean titulares de estos.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, determina que niño es el que se encuentra comprendido entre los 0 y 18 años incompletos, a fin de evitar que se reste importancia por un tema de edad.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño da una nueva concepción al interés superior del niño, dándole un carácter de norma fundamental o principio rector, orientado no solo al plano judicial sino también en el aspecto de políticas públicas, ya que la convención es el resultado de la interacción de las diferentes sociedades y marcos jurídicos existentes.

No son simples derechos reconocidos a los menores sino también garantías dirigidas a la exigencia de justicia por parte del Estado y la colectividad; como son la no discriminación, efectividad de protección de derechos y participación en su actuar socio político con respecto de temas que les concierne.

El Convenio no solo se limita a establecer el interés superior del menor, sino que establece específicamente qué derechos tienen los menores, dejando a salvo los derechos que se puede ir alcanzando a medida que va desarrollándose la sociedad.

La Convención fue el momento oportuno para el adelanto de la idea de los niños, niñas y adolescentes con respecto a la familia, el Estado y sus políticas públicas, para que sus derechos y deberes sean tomados en cuenta al momento de decisiones públicas y judiciales.

Algo importante que abordó la Convención y que fue una nueva visión del interés superior es que mencionó medios de participación de los menores en la sociedad, a fin de que sean escuchados directamente sin intermediarios. También reguló los conflictos que se podrían originar por el incumplimiento de derechos o garantías, y cuando se produce la duda entre la prelación entre derechos atribuidos a menores o con derechos de adultos, a fin que la autoridad correspondiente tenga en cuenta el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

El interés superior de los menores también fue plasmando en varios instrumentos internacionales en diversas materias relacionadas con la familia, por ejemplo en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La prevalencia de derechos depende del grado de prioridad que da cada ordenamiento jurídico a los grupos vulnerables que integran la sociedad de un país.

Al ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos, tal como lo contempla la misma Constitución, significa que garantiza a cabalidad los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas y limita el poder del actuar estatal, abriendo un abanico que asegura que otros principios y derechos derivados de estos mismo sean respetados obligatoriamente; por lo que toda autoridad debe garantizar, acatar y hacer cumplir los derechos consagrados en la Constitución y las leyes.

Debemos tener presente que toda norma jurídica y principio del derecho encuentra su validez en el ordenamiento jurídico cuando se encuentran acordes a la norma suprema del mismo, en el caso de los Estados que tienen un sistema escrito sería su Constitución.

El principio del interés superior del niño se encuentra inmerso en varias disposiciones constitucionales, aunque no se halla estipulado textualmente.

En el párrafo final del artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia solo da dos límites de interpretación, el primero es el que nadie podrá invocarlo contra norma expresa, y el segundo es que para ser invocado el principio mención previamente se debe escuchar la opinión del menor.

Como en muchas ocasiones, a lo largo de la historia del Ecuador, varias leyes han sido creadas sin realizar los correspondientes análisis ni los estudios previos y pertinentes.

A menudo el poder legislativo basa su trabajo en satisfacer necesidades que la mayoría de la sociedad reclama con justa razón, pero estas necesidades no pueden ser satisfechas en menoscabo de los Derechos de otras personas.

Las garantías constitucionales deben abstenerse a no establecer límites a los derechos fundamentales de las personas.

Los derechos humanos se encuentran garantizados mediante normas que tienen rango constitucional, pero a la vez debemos tener presente que las garantías constitucionales no solo se crean o regulan solamente desde óptica jurídica sino que son construidas y dirigidas desde el perspectiva axiológica; por lo que este conjunto de valores depende de cada sociedad, y por ende las garantías constitucionales dependerán del valor que les de esa misma sociedad en la constitución.

En materia de derechos humanos, y solo en esta cuestión, la constitución y tratados internacionales ratificados por el Ecuador se encuentran al mismo nivel, como normas superiores del ordenamiento jurídico.

El actuar del Estado se encuentra limitado por las garantías constitucionales a favor de sus ciudadanos, consagradas en la Constitución, ya que este es el pilar y objetivo principal de los Estados modernos, en los que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, por tal razón, toda autoridad está en la obligación de aplicar directamente los preceptos constitucionales al momento de tomar una decisión.

Como en todo ordenamiento jurídico es de suponer que no existe una perfecta coherencia entre todas las normas jurídicas ni que se pueda contemplar todas las problemáticas de una sociedad, por lo que puede ser que una ley inferior no se encuentre acorde con la Constitución, o que algunos de los derechos humanos no se encuentran tipificados en la constitución o la ley por una omisión legislativa,

pero estos derechos en controversia u omitidos tiene su razón de ser por si mismos independientemente de la problemática legislativa que pueda darse.

En todo proceso judicial se encuentran inmersas un sin número de garantías constitucionales, pero en el juicio de alimentos existen muchas que son peculiares o han causado gran controversia.

Según la teoría de los principios nos da entender en resumen que los derechos fundamentales son principios y los mismos son mandatos de optimización, por lo que, pueden dar una ajustada explicación de la naturaleza y los fines que persiguen los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Español para efectuar un análisis adecuado de la interacción de los derechos fundamentales en un caso concreto, desde 1995 aplica el principio de proporcionalidad, argumentación, la ponderación y la fórmula del peso para la solución de sus sentencias, pudiendo convertir en un modo de jurisprudencia a seguirse en casos idénticos análogos futuros.

La contraposición de principios se vuelve más complicada cuando los administradores de justicia deben decidir cuál de los principios debe prevalecer.

En el Ecuador, la actual Corte Constitucional es la responsable de establecer los precedentes mediante sus resoluciones sobre el alcance de los principios fundamentales que se aplican al momento de administrar justicia y da una solución cuando existe contradicción entre ellos.

Por lo que las resoluciones de la Corte Constitucional seguirán variando a medida que siga avanzando el derecho constitucional, puesto que donde la Constitución no disponga claramente, la misma Corte tiene un margen de decisión, respetado las facultades del Legislador y la jurisdicción ordinaria.

Los titulares del derecho de alimentos no únicamente son los que por su edad los tienen, sino todas las personas que cursan por el estado de necesidad y por ende tienen dificultades razonables ajenas a su voluntad para producir medios económicos propios compatibles a sus aptitudes y condiciones.

Las personas que tienen el derecho de recibir alimentos y la obligación de proporcionarlos son las que se encuentran determinadas en la Ley.

Los alimentos forzosos entre cónyuges toman su objetivo cuando uno de ellos no tiene los medios necesarios para sustentarse por sí solo, puesto que entre ellos tienen el deber legal de socorrerse y ayudarse mutuamente en todos los acontecimientos de la vida.

Los que se encuentran en unión de hecho, también tienen la obligación de cumplir con la prestación alimenticia para con el otro conviviente.

Los hijos tienen la obligación de socorrer a sus padres cuando estos últimos entran a su época de vejez, estado de demencia y otras calamidades que se pueda presenta en sus vidas.

Los hijos están obligados a cuidar de sus padres en su ancianidad, estado de demencia y todas las circunstancias de la vida que necesiten auxilio.

Los demás ascendientes también tienen el mismo derecho de auxilio que el de los padres, en caso de inexistencia o incapacidad de los inmediatos descendientes.

En los casos de que el producto de un rapto, estupro, violación o secuestro personal de una mujer naciera un niño, este también tendría el derecho de percibir alimentos de su padre biológico, sin perjuicio de las acciones penales que se sigan por la cuerda y vía judicial correspondientes.

Lo fundamental es tener siempre presente que los alimentos forzosos nacen de la ley, que establece a qué personas se debe dar alimentos y por ende quienes son los que deben cumplir con dicha obligación alimenticia.

A posición social se haría referencia al estatus económico social de un individuo o su familia con diferencia al resto de personas en la sociedad.

Los aspectos distintivos del derecho de alimentos son: irrenunciable, intransferible, imprescriptible, inembargable y no compensable

El derecho de alimentos no puede transferirse, venderse o cederse a título oneroso ni gratuito por ninguna razón por su carácter personalísimo, y por lo tanto, acabada la vida se extingue el derecho de reclamar alimentos.

No se extinguen las pensiones alimenticias a pesar de que se suspenda o se prive la patria potestad de uno o de los dos padres obligados a cumplir con la prestación alimenticia.

Es muy acertado legislar que la acción de reclamar alimentos no prescriba, pero la norma jurídica no hace una distinción ni regula claramente entre la prescripción de la acción de reclamar alimentos y las pensiones alimenticias devengadas pero no cobradas.

La importancia de la prescripción en materia civil, en este tema de las pensiones alimenticias atrasadas o devengadas en concreto, es por la seguridad jurídica, paz social y una solución de las deudas civiles pendientes para que no se perpetúen en el tiempo, para evitar la incertidumbre jurídica y conflictos futuros que serían extemporáneos.

El derecho de alimentos no puede ser compensable, por ejemplo, si el alimentario o la persona que está hecho cargo de él tienen una deuda con el

alimentante, las pensiones alimenticias atrasadas no pueden ser compensadas con la primera deuda que se tiene con el obligado a cubrir la prestación alimenticia.

En el juicio de alimentos las resoluciones no producen efectos de cosa juzgada, puesto que las circunstancias en las que se fijó una pensión alimenticia pueden variar en el transcurso del tiempo.

Actualmente en todo el país se están creando las Unidades Judiciales de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, las cuales tiene competencia a nivel cantonal según el territorio. Esto en base del nuevo modelo de gestión en la justicia, impulsado por el nuevo Consejo de la Judicatura.

Por principio general en materia civil, el juez competente para conocer una causa es el del domicilio del demandado, se exceptúa la competencia en razón de que las leyes especiales así lo dispongan como es en el caso de los juicios de alimentos.

En un divorcio cuando el juez sentencia la disolución del vínculo matrimonial tiene la obligación de resolver la situación de los menores de edad, por lo cual, el juez competente para conocer la cuestión relativa de los alimentos será el que emitió la sentencia del divorcio.

Si un juez es competente para conocer el tema de alimentos, no puede resolver otros asuntos de diverso orden así sea temas jurídicos relacionados al mismo menor, como son las visitas, tenencia o patria potestad.

En el actual sistema procesal del juicio de alimentos, la expectativa de que se incremente o rebaje una pensión alimenticia depende de las pruebas que se aporten respectivamente y en su momento oportuno, sobre todo las que se refieren a la situación económica y cargas procesales del alimentario, por lo que, deberá darse el trámite procesal respectivo que requiere un nuevo pronunciamiento judicial.

Los incidentes solo proceden a petición de parte y no de oficio por el Juez o la Judicatura donde se encuentra el juicio principal.

Por lo que se puede constatar que esta clase de incidentes sin fundamento jurídico colapsan la Función Judicial y son un costo económico innecesario para el Estado.

En varias ocasiones para justificar el aumento de pensión se demanda tanto al obligado principal como al subsidiario, aludiendo que las condiciones del deudor preferente no han cambiado pero que el subsidiario puede colaborar con el aumento de la pensión alimenticia; esto en total desmedro de los derechos del obligado subsidiario que no fue demandado ni tomado en cuenta en el juicio principal, a pesar que ya existe un obligado preferente que se encuentra cumpliendo con la prestación alimenticia.

Va en contra del principio de proporcionalidad que en base del mal utilizado y sin fundamento del principio del interés superior del niño se creen normas que solo beneficien a una de las partes procesales sin ninguna consideración jurídica sustentable, como es el artículo Innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que establece desde que momento se deben las diferencias de pensiones alimenticias con respecto a los incidentes de aumento y de rebaja.

La igualdad formal hace referencia a la igualdad de todas las personas ante la ley, y la igualdad material frente a las medidas socioeconómicas que debe tomar el estado para alcanzar esa igualdad entre todos los individuos de la sociedad.

En cuestión de las citaciones de los incidentes en muchas ocasiones se suele solicitar que en prevalecía del interés superior del niño se le cite a la parte contraria en la casilla judicial que tiene señalado en el juicio principal, este petitorio va en

contra del derecho a la legítima defensa, tomando en cuenta lo manifestado por la Ex Corte Suprema de Justicia que habla de los modos y formalidades de la citación.

Otra problemática que se da con los incidentes de pensiones alimenticias es que existe un vacío legal con respecto a cómo se debe proceder cuando se presentan simultáneamente el incidente de rebaja y aumento; existe una incertidumbre jurídica de que si se debe calificar el primer incidente presentado y negar el otro, o calificar ambos incidentes a la par, por lo que, los administradores de justicia proceden a actuar de diferente forma y no en forma uniforme.

Al obligado subsidiario le toca probar que el resto de parientes del beneficiario del derecho de alimentos tienen la capacidad para cumplir personalmente o solidariamente con la obligación alimenticia.

La posición social de un menor se debe entender que es la de sus padres (obligados principales) y no la del obligado subsidiario.

Algo peculiar es que el recurso de apelación en alimentos tiene efecto devolutivo, esto significa que, mientras el proceso se encuentra en la corte provincial; el juzgador de primera instancia tiene la obligación de seguir con la sustanciación del proceso.

En el segundo inciso del artículo 137 del Código de la Niñez establece que cuando ha existido un acuerdo de las partes, y dicho acuerdo fue aprobado mediante la respectiva resolución, mencionado auto resolutorio es inapelable; recalando que dicha disposición no se encuentra en la Ley reformativa.

El recurso de hecho no se encuentra en la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, pero es concedido en base del artículo 365 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, al ser la norma supletoria.

Se debe recalcar que el habeas corpus como una Garantía Jurisdiccional, no se puede considerar como un recurso procesal dentro del juicio en el que se estableció la pensión alimenticia y se dictó el respectivo apremio personal.

La casación y la acción extraordinaria de protección son medios de impugnación extraordinarios.

La acción extraordinaria de protección, igual que el recurso de casación, debería ser concedida solamente para fallos que pongan un fin definitivo al proceso.

Los juzgados para evitar un abuso del derecho previo a proceder la citación por la prensa, la parte actora deberá justificar documentalmente la imposibilidad de determinar el lugar donde se le pueda localizar al demandado para que sea citado en legal y debida forma. Esta justificación documental se simplifica en: a) Certificado conferido por el Consejo Nacional Electoral respecto del último recinto electoral que habría sufragado el demandado. b) Certificado del Registro Único de Contribuyentes del demandado otorgado por el Servicio de Rentas Internas. c) Tarjeta Índice del Demandado emitida por el Registro Civil, Identificación y Cedulación, conforme lo establecido por la Corte Constitucional en su sentencia N° 020-10-SEP-CC dentro del caso N° 0583-09-EP publicada en el R.O. 228 de 5 de julio de 2.010 (p.29), en concordancia con lo dispuesto por la Ex Corte Suprema de Justicia en los fallos de triple reiteración mediante resoluciones No. 159-2001, 127-2002 y 258-2001.

La gran interrogante sería ¿A quién se pretende cobrar las pensiones alimenticias? si se desconoce el domicilio o residencia del obligado a pagar pensiones alimenticias.

Contradictoriamente en la práctica al momento de hacer efectiva la medida cautelar de apremio personal el demandado es localizado y puesto en prisión por

concepto de pensiones alimenticias atrasadas por el proceso que se lo cito por la prensa.

Observando la posible injusticia de los excesivos montos a las pensiones alimenticias que se comete en contra de los demandados al aplicar estrictamente la tabla de las pensiones alimenticias, varias Salas de la Corte Provincial de Quito, han elevado a consulta a la Corte Constitucional para que se manifieste con respecto al tema, tal vez con el fin de sentar un precedente y tener un criterio para la resolución de casos análogos.

Negar por completo la casación y la acción de protección en alimentos puede llegar hacer lo menos adecuado, por ejemplo, cuando se ha declarado la extinción de la obligación alimenticia que pone prácticamente fin al proceso, o se impone pagar una pensión alimenticia a una persona minusválida o mayor adulta que ciertamente no pone fin al proceso pero puede tener una existencia considerable en la vida del alimentante o alimentario.

De conformidad con la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez Adolescencia no se requiere el auspicio de un abogado patrocinador para presentar la demanda de alimentos, por lo que, únicamente en esta clase de juicios, el Consejo de la Judicatura ha creado un formulario de demanda, el cual, se encuentra a disposición de la sociedad en su página web.

La Convención Americana de Derechos Humanos dice que todo inculpado tiene el derecho irrenunciable de ser asistido de un abogado defensor particular o de oficio.

En materia de alimentos la presentación a la demanda tiene sus implicaciones jurídicas particulares, como son que las pensiones alimenticias corren desde la presentación a la demanda.

Desde la promulgación de la Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial No. 643 del 28 de Julio de 2009, en los Juzgados se encuentran muchos expedientes en los que las demandas han sido calificadas respectivamente, pero que hasta la presente fecha no se ha procedido a citar al demandado, por lo que, los demandados, en muchas ocasiones, se encuentran en mora de dichas pensiones alimenticias o peor aún que si están suministrando dichas pensiones de forma extrajudicial, pero no tienen conocimiento de que se ha planteado un proceso de alimentos en su contra.

Antes de la promulgación de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del 2009, las pensiones alimenticias corrían desde la citación a la demanda. En concordancia con el Código de Procedimiento Civil, que dice que uno de los efectos de la citación es constituir en mora al deudor.

Otro problema que se da en la práctica es que la parte accionante, yéndose contra toda ética profesional o deontología jurídica, presenta varias demandas por la misma causa y objeto, o a sabiendas que ya se fijó la respectiva pensión alimenticia con anterioridad.

En la práctica se observa, que en los casos de las sentencias de divorcio, donde ya se fijó una pensión alimenticia con anterioridad, la parte accionante presenta una nueva demanda de alimentos o el consecuente incidente de pensiones alimenticias, a fin de evitar los inconvenientes que surgen en las liquidaciones y retardos que sufren las causas en los Juzgados de lo Civiles.

En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se establece formas de citación, que en otros tipo de procesos judiciales no existen, pero recalando que en el mimos inciso segundo del artículo innumerado 35, aclara que debe estar de acuerdo a lo previsto por el Código de Procedimiento Civil con respecto a los requisitos básicos para la validez de la citación. Lastimosamente esta es la única norma que regula las formas de citación previstas en la Ley Reformatoria

al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia por lo que conlleva en la práctica muchos problemas.

En algunos casos cuando los demandados son policías o militares en servicio activo, muchos abogados en libre ejercicio invocando el interés superior del menor pretenden citar a los demandados mediante la simple presentación de un oficio dirigido a la Dirección de Personal de dichas Instituciones, esto contrario a lo dispuesto a todas las solemnidades que tienen que ver con la citación al demandado.

La Audiencia Única solamente se puede diferir por una sola vez de mutuo acuerdo entre las partes.

Con respecto a cargas familiares se hacen referencia a los gastos y circunstancias que debe soportar el demandado con respecto a otros familiares cercanos.

En el juicio de alimentos, la carga de la prueba recae sobre la accionante, puesto que la parte actora es la interesada en demostrar la capacidad económica de la parte demandada, mientras que el demandado le resulta mejor que existan menos medios probatorios que demuestren su capacidad económica.

Por lo regular y, es obvio, que la parte demandada aparente una situación económica paupérrima y exagerada sea por razones laborales o familiares, a fin que la pensión alimenticia se la más baja posible.

Las pruebas que le pueden servir al demandado son las que demuestren que no tiene los ingresos económicos suficientes y las cargas familiares que tenga bajo su responsabilidad.

Cuando las partes no han llegado a un acuerdo con respecto a la cuantía de las pensiones alimenticias, es responsabilidad del juez fijarlas esencialmente en base

de las pruebas que se han aportado en el juicio, y estas son las que demuestren los ingresos económicos y las cargas familiares del alimentante, aunque esto no se encuentre expresamente regulado en la Ley Reformatoria.

En la realidad los jueces no consideran ni toman cuenta, por la naturaleza de la tabla de las pensiones alimenticias, los anexos innecesarios que suelen aportar ambas partes procesales, como son un sin número de fojas y facturas que tratan de demostrar los gastos que incurren la actora como el demandado por separado, sin considerar que los gastos del adulto ya están tomados en cuenta en la tabla de pensiones alimenticias creada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, volviendo a los expedientes en los juzgados en grandes cuerpos llenos de pruebas que nunca serán tomadas en atención para fijar una pensión alimenticia, y de esta manera dificultando el trabajo de las judicaturas que ya se encuentra colapsadas.

La parte demandada debe presentar y/o anunciar sus medios probatorios hasta 48 horas antes de la fecha fijada para la audiencia única.

El Juez se encuentra facultado para solicitar pruebas de Oficio, para contar con mayores elementos para dictar su resolución.

Lastimosamente existen profesionales del derecho que utilizan la confesión judicial como medio para sacar a flote intimidades de las partes que nada tienen que ver con el juicio en cuestión.

En el mismo artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia que regula el Interés Superior del Niño, en su último inciso dice que no se podrá invocar este principio sin que el juez previamente haya escuchado al menor.

El fin de la pensión provisional alimenticia es asegurar que el menor beneficiario del derecho de alimentos tenga un sustento económico hasta el momento que se realice la audiencia única correspondiente, puesto que hasta este momento, el beneficiario del derecho de alimentos puede estar cursando un estado

de necesidad bastante precario, teniendo en cuenta que al presentar la demanda de alimentos ya da por anunciado su estado de necesidad.

La pensión alimenticia, subsidios, beneficios ley y la forma de pago, es establecida en la audiencia única cuando el juez dicta la resolución en la misma diligencia.

Las pensiones alimenticias fijadas mediante resolución duran toda la vida del alimentario, mientras subsistan las condiciones que se dieron para la presentación de la demanda de alimentos.

Para ordenar una medida cautelar o un apremio en el juicio de alimentos a causa del incumplimiento del pago de pensiones alimenticias se debe cumplir cuatro condiciones básicas que son: 1) Los alimentos tuvieron que ser concedidos mediante resolución judicial que se encuentre ejecutoriada; 2) El incumplimiento de dos o más pensiones alimenticias; al incumplir con dicha obligación alimenticia, también se contraviene la resolución dictada por el juez que conocía la causa; 3) La medida cautelar o apremio debe ser ordenado por la misma judicatura que determinó mediante resolución, la obligación alimenticia, esto por temas de facultades y competencia. 4) Previo cálculo o informe de liquidaciones por concepto de pensiones alimenticias atrasadas.

La prisión por deudas en el Ecuador se abolió en 1917 en el Congreso Nacional del periodo presidencial de Alfredo Baquerizo Moreno con la Ley de la Abolición del Concertaje, aunque en otros gobiernos anteriores a este, ya se propuso la suspensión de esta forma de privación de la libertad, pero nunca se la plasmo en el campo legislativo.

En algunos casos el demandado ya ha sufragado las pensiones alimenticias pero no en la entidad financiera correspondiente, Banco de Guayaquil en la actualidad, que trabaja directamente con los Juzgados de la Niñez, sino que ha

consignado estos valores de manera directa o ha depositado en una cuenta personal de la actora, y al no poder constatar este tipo de situaciones la Judicatura, se hace imprescindible que se corra traslado a las partes con la liquidación correspondiente.

El alimentante se encuentra en reincidencia por el incumplimiento de las pensiones alimenticias desde el momento que se encuentra adeudando nuevamente 2 o más pensiones alimenticias.

Existe una problemática y que genera dudas en la parte final del inciso primero del artículo Innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la parte pertinente que se refiere al tiempo en que se amplía el apremio personal en caso de reincidencia en el incumplimiento de la obligación alimenticia, puesto que no establece concretamente que tiempo se debe establecer después de los 60 días.

Por lo que en muchas ocasiones la parte accionante solicita la detención del demandado por 180 días en razón de ser la tercera vez que el demandado es detenido por el incumplimiento de la obligación, pero la mayoría de jueces por aplicación de los principios de proporcionalidad y de equidad, ordenan el apremio personal por 90 días y sumando 30 días sucesivamente cada vez que el demandado sea detenido por concepto de pensiones alimenticias atrasadas.

La prohibición de salida del país va en contra de la garantía de los derechos de movilidad de todas las personas, hablando en planos doctrinales, puesto que contradictoriamente en la Constitución de la República del Ecuador, faculta a todas las leyes y jueces sin distinción ni importar la materia en acción para regular este apremio.

Es factible pedir el embargo de un usufructo que goza una persona por parte de sus acreedores, pero ese embargo no podrá ser viable si dicho usufructo está constituido como modo de suministrar o cubrir pensiones alimenticias.

Lo único que la judicatura debe tener cuidado al emitir el embargo de cualquier ingreso económico del demandado, es que conste en el auto que este embargo será factible siempre y cuando no afecte el derecho de alimentos de otras personas como vimos anteriormente.

Los alimentos, por lo general, son cumplidos en la forma de pensiones continuas por mesadas anticipadas y periódicas, en dinero, efectivo o usufructo, mediante prestaciones directas o transferencias realizadas a cuentas bancarias personales de la persona que tiene a su cuidado el menor beneficiario del derecho de alimentos.

Casi nunca se determina por resolución que dichas pensiones alimenticias sean en especie, usufructo, uso o habitación de los bienes de alimentante a favor del alimentado.

Por ejemplo, el producto del usufructo al ser un rédito económico puede ser considerado como parte o el total del monto de una pensión alimenticia.

Previa orden del juez, el pago de las pensiones alimenticias mediante especies podría por ejemplo ser por víveres, comida, vestimenta, asistencia médica, mercadería para su comercialización, etc.

Por ejemplo, un matrimonio que ha decidido separarse, debería considerarse como parte del pago de las pensiones alimenticias, si uno de los cónyuges opta por salir del bien inmueble que en común habitaban con sus hijos y dejar al otro esté bien mientras los menores sigan habitando ahí; puesto que esto puede ser un ahorro para el cónyuge que se queda con los pequeños, ya que no incurriera en el gasto de arrendar. En caso de que no se aceptará como parte de la obligación esta forma de suministrar alimentos, el cónyuge que decidió irse del hogar muy probablemente

preferiera que el bien inmueble se venda, y de esta manera provocará realmente que se perjudique el interés superior de los menores.

Suele causar incertidumbre con respecto a conceder la libertad por un vacío legal, puesto que no se sabe si el demandado debe pagar solo el monto de lo adeudado hasta en la fecha que se concedió la boleta de apremio personal o hasta el día en que se solicitó la libertad.

Para que se pueda levantar la prohibición de salida del país de la persona exigida a pagar las pensiones alimenticias esta debe cumplir con las condiciones establecidas en la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que son dejar una garantía personal o real que asegure las pensiones alimenticias.

El resto de las medidas cautelares solo podrán cesar una vez que el demandado pague la totalidad de lo adeudado mediante efectivo o cheque certificado.

Una de las formas comunes que suelen levantarse las medidas cautelares, es que las partes por mutuo acuerdo solicitan dejar sin efecto dichas medidas cautelares, claro que bajo responsabilidad de la misma parte que la solicita.

5. CONCLUSIONES

El “interés superior” nace con la finalidad de dar protección a grupos de la sociedad que no se encuentran efectivamente protegidos social o jurídicamente por circunstancias particulares de su vida, que les impide el acceso a estos mecanismos de protección por ellos mismos, y uno de estos grupos son los niños, niñas y adolescentes.

Este principio es muy utilizado en diversas legislaciones, dirigido a salvaguardar la protección efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes,

determinando límites a la sociedad y el Estado, en lo concernientes a decisiones de políticas públicas y judiciales de las respectivas autoridades, frente a amenazas o vulneraciones de sus derechos.

Por lo general se considera que este principio es una directriz indeterminada y de múltiples interpretaciones tanto en el campo social como jurídico, por lo que no ha sido posible dar un concepto uniforme.

Tomando en cuenta que este concepto de “interés superior” varía de sociedad a sociedad como son los mismos sistemas jurídicos de cada país, por la misma diversidad socio cultural que existe en cada uno de ellos, se puede explicar que este es el motivo principal del porqué no se ha llegado a consolidar una definición de “interés superior del niño o del menor”; y a la vez se puede decir que a medida que se van desarrollando los derechos de los niños, también va evolucionando el principio del interés superior de los menores.

Pero cabe recalcar que los derechos de los niños también son parte de los derechos humanos, por lo cual, estos cada vez se vuelven más aceptados a nivel internacional, conllevando que los principios se vayan convirtiendo en análogos a nivel mundial; ya que los derechos humanos son el sustento socio político de todo gobierno democrático actual.

Al tener una gran gama de derechos consagrados a favor de los niños no se podría alegar que existe una ambigua concepción o múltiple interpretación del interés superior del niño, que podría usarse como pretexto para incurrir en la discrecionalidad sin respaldo jurídico o extrajudicial, en contra de la seguridad jurídica que debe dar primordialmente un Estado civilizado.

La función primordial del interés superior es orientar a las autoridades para que sus decisiones garanticen el pleno goce y protección de los niños, al existir un vacío legal para una determinada situación o legislativa cuando no exista norma

expresa, pero esto no significa que esos vacíos sean llenados sin ningún sustento conforme a Derecho, sino que deben ser complementados con el conjunto sistemático de derechos reconocidos a los niños en el ordenamiento jurídico.

Al establecer límites a las decisiones emitidas por todo tipo de autoridad pública o privada, a fin de que estas sea apegadas al interés superior de los menores, cuando se trate de temas en los que se vean involucrados sus derechos o intereses; de esta manera estableciendo un grado de prioridad a estos mismos derechos e intereses en la toma de decisiones.

No solo conmina a respetar los derechos de los menores a las autoridades administrativas, judiciales, públicas o privadas, sino que está dirigido hasta las autoridades más altas del Estado como es la función legislativa.

Al dar un ámbito tan grande de interpretación sin un límite normatizado, que puede dar apertura que las diversas autoridades tomen este principio como excusa para tomar decisiones arbitrarias.

Al reconocer a los niños como personas con todos los derechos humanos inherentes que les corresponden, más los propios de su edad, da un sentido y alcance primordial al interés superior del niño.

La Constitución del Ecuador ratifica en su mayor parte todo lo contemplado en la convención sobre los derechos del niño.

Los niños, niñas y adolescentes están considerados como un grupo vulnerable de la sociedad.

El interés superior del niño deja de ser una utopía socialmente anhelada, para ser un principio que garantiza la vigencia y protección de los derechos de los menores.

La verificación de la concordancia de las Leyes con la Constitución es obligación del legislador al crear las diferentes normas y principios del sistema jurídico.

La verificación de concordancia no solo se da en base de las normas inferiores con respecto con la norma suprema, sino que esta concordancia se debe dar entre las mismas normas y principios de la misma Constitución.

Lastimosamente muy pocos profesionales del derecho toman en cuenta los límites para invocar el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

El primero es el que nadie podrá invocarlo contra norma expresa, y el segundo es que para ser invocado el principio menciono previamente se debe escuchar la opinión del menor.

El principio del interés superior del niño no ha sido ampliamente desarrollado y delimitado en la legislación ecuatoriana, dando como resultado diferentes arbitrariedades y desatinos.

Las garantías constitucionales son herramientas para la efectividad de los derechos constitucionales.

Las garantías constitucionales giran en torno y encuentran su objetivo principal en el respeto, protección, aseguramiento, vigencia, efectividad y promoción de los derechos humanos, en especial relevancia lo que tiene que ver con la dignidad, libertad e igualdad de las personas.

Las garantías constitucionales tienen su importancia de ser por estar contempladas en la Constitución que es la norma de mayor jerarquía.

Se puede decir que los principios procesales son la base esencial para crear e interpretar las diferentes instituciones y normas del derecho procesal.

Puesto que determinado suceso puede causar duda, contradicción o vacío legal, por lo que el principio se convierte en la línea obligatoria a seguir por los jueces; por lo cual limitan su discrecionalidad y criterio extrajudicial.

Se debe tener siempre en cuenta que las apreciaciones del juez deben enmarcarse en determinados límites para controlar cada una de sus decisiones judiciales dentro del proceso.

Las normas y los principios jurídicos deben de ser concordantes, relacionados y aplicables entre sí.

Ciertamente el principio procesal no se adecua a un hecho como lo hace una norma jurídica, pero da la dirección necesaria para adecuar el hecho concreto a la norma, de esta manera el principio no se contrapone a la normativa jurídica.

Al plasmar un principio en el derecho positivo se asegura por completo su existencia en el mundo jurídico y su óptima aplicación, y más aún cuando este se encuentra consagrado a nivel constitucional.

Al constituirse un principio en una norma jurídica puede servir como medio para determinar el peso del principio cuando este colapsa con otros.

La subsistencia del derecho de alimentos, no le corresponde solamente a su titular sino a la colectividad entera, que debe precautelar su vigencia, puesto que la conservación de la vida, es de interés de cada uno de los miembros que conforman la sociedad.

La principal justificación de los alimentos forzosos es la de la solidaridad familiar obligatoria que debe existir entre cada uno de los familiares más cercanos, puesto que estos deben asistirse recíprocamente en las diversas etapas de la vida.

El derecho de alimentos está directamente relacionado con el derecho a la vida, puesto que el primero asegura la existencia del segundo.

En el caso de parientes por afinidad no tienen derecho a reclamar alimentos, como son por ejemplo yernos, nueras, suegros o suegras.

Para poder reclamar alimentos para el menor producto de la violación, estupro, rapto o secuestro personal, no es necesario declarar judicial previamente la paternidad del imputado de estos delitos.

Los alimentos pueden ser reclamados aunque el alimentado y el alimentante se encuentren viviendo juntos en mismo techo.

El menor de edad no está forzado a vivir con la persona que es obligada a pagar las pensiones alimenticias.

La garantía de la protección desde la concepción se encuentra consagrada a nivel constitucional, con el objetivo de reconocer a la madre un derecho para salvaguardar la existencia del niño que está por nacer.

Los alimentos para mujer embarazada no solo gira en torno del interés superior del niño que está por nacer sino para la misma madre.

Lo que hacen los jueces al momento de resolver es establecer el monto y la forma en que se los van a pagar las pensiones alimenticias; puesto que el juzgador no crea el derecho de alimentos sino que lo reconoce y lo efectiviza.

No solo basta el estado de necesidad, los recursos económicos suficientes del posible obligado a pagar pensiones alimenticias, la relación filial o civil del alimentante con el alimentario, sino que como toda obligación civil debe ser declarada mediante la respectiva resolución del juez para que los alimentos puedan ser exigibles; acotando que hasta en el caso de alimentos voluntarios, que no es parte del presente trabajo investigativo, también se necesita la correspondiente resolución que los regularice.

Puede ocurrir que el demandado se encuentre en una situación muy difícil y tenga varias cargas familiares, y si se fija una pensión alimenticia no bien analizada puede afectar considerablemente el interés superior de otros hijos menores del accionado.

El derecho de alimentos al ser irrenunciable, por ser de interés no solo individual sino colectivo, la acción para reclamar los mismos no es susceptible de desistimiento, sobre todo en materia de menores, y tomando en consideración que el titular del derecho en materia de alimentos es el alimentario más no sus representantes.

El desistimiento no es otra cosa que renunciar a un derecho o privilegio, y si el derecho de alimentos tiene como objetivo principal asegurar la vida, al renunciar a este derecho se estaría renunciando o negando la vida misma del alimentario.

Por lo que la renuncia o desistimiento del derecho de alimentos para niñas, niños y adolescentes provoca que este acto procesal sea ineficaz.

Si este derecho fuera cedido provocaría la nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito porque son derechos que no pueden transferirse a otra persona, aparte esta actuación equivaldría a renunciarlo.

En el proceso de alimentos al intervenir menores no puede ser declarado en abandono.

El derecho de reclamar alimentos no tiene prescripción por estar destinado a conservar la vida de la persona.

El cobro de pensiones alimenticias y cuotas atrasadas, es una acción meramente civil, de créditos comunes de libre disponibilidad, pueden renunciarse o abandonarse a causa del mismo acreedor alimentario.

En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no se ha establecido un tiempo para que prescriba la acción de reclamar el cobro de las pensiones alimenticias o cuotas atrasadas, puesto que si la persona que es beneficiada con la obligación alimenticia no ha querido cobrar las mencionadas pensiones en un tiempo considerablemente extenso significa que no estaba cursando, en ese momento, el estado de necesidad que es la condición básica para que subsista dicha prestación.

La idea principal del nuevo modelo de gestión sin lugar a dudas es mejorar la administración de justicia, pero es un proyecto nuevo y que recién se está efectivizando en nuestro país, por lo que hay un camino largo aun por recorrer, para que se vaya puliendo con el tiempo e ir corrigiendo los errores que puedan ir surgiendo y sobre todo para que se vaya adecuando a la realidad socio - jurídica del país.

La competencia de los órganos jurisdiccionales encargados de la materia de menores es especializada.

La regla general es que el juez competente sea el del domicilio del demandado, pero en el juicio de alimentos será el domicilio del menor, en base del interés superior del mismo menor.

Los incidentes de aumento o de disminución de la pensión alimenticia se dan con tanta regularidad y colapsando la mayoría de veces innecesariamente a la administración de justicia, porque en la Ley reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia no establece un tiempo prudencial para presentar un incidente una vez que se ha resuelto el juicio principal u otro incidente, ya que solo se debería presentar dichos incidentes si las circunstancias de la partes han cambiado considerablemente, por lo que queda en total discrecionalidad y criterio presentar dichos incidentes en cualquier momento.

En la práctica se da, regularmente, que una de las partes presenta un incidente sin haber pasado mucho tiempo de haber sido resuelto el juicio principal u otro incidente, teniendo en cuenta que es muy difícil que las circunstancias u hechos no hayan variado por el tiempo tan corto de última resolución.

Otra razón de que se presenten incidentes innecesarios es que en juicio principal o incidente anterior las partes no aportaron con las pruebas necesarias para justificar la condición económica del alimentante, mediante prueba pre constituida, excepto aquella para cuya obtención se necesite requerimiento judicial.

Muchas de las veces al plantear el incidente de aumento de pensión alimenticia no se toma en cuenta que existe el incremento de las pensiones alimenticias que se da anualmente congestionando, innecesariamente, el trabajo de los Juzgados.

Revisada minuciosamente la ley no permite que los incidentes de aumento o rebaja de pensión alimenticia sean presentados contra otras personas que no intervinieron en el juicio principal.

Por mandato de la misma ley, el demandado se encuentra coaccionado a pagar una mayor pensión alimenticia desde la presentación del incidente de

aumento, al contrario del incidente de rebaja que debe pagar desde la respectiva resolución; fácilmente se puede deducir que este precepto legal va en contra de los principios de igualdad, proporcionalidad y equidad, porque se entiende que los incidentes bien fundamentados son presentados en razón de que las circunstancias de una de las partes han variado considerablemente, entonces se supone que estas variaciones comienzan desde que se presentó el incidente, por lo que, es totalmente irracional establecer que el un incidente corre desde la presentación a la demanda y el otro desde su resolución.

Es obvio, que previo a presentar el incidente de aumento de pensión alimenticia, ya existía un juicio principal por el cual el beneficiario del derecho de alimentos ya está percibiendo una pensión alimenticia, por lo que no se justifica que el menor este cursando por un estado de necesidad por completo y no tuviera razón de ser el efecto retroactivo de la resolución.

Se debe siempre tener presente que en Derecho, las cosas se deshacen como se las hacen, y en el juicio principal para llegar a una resolución en la que se fijó una pensión alimenticia se tuvo que seguir el debido proceso, por lo que para llegar a una resolución del incidente de pensión alimenticia previo debe existir la respectiva citación legal a la contraparte.

Situándonos en la realidad, nunca se va a demandar a los abuelos maternos y paternos al mismo tiempo, porque será muy difícil que la persona que está hecho cargo del menor beneficiario del derecho de alimentos demande a sus mismos familiares.

Una mala práctica de la parte accionante es que para demandar a los obligados subsidiarios no siguen el orden de prelación o preferencia establecido, sino que demandan a cualquiera de las personas enumeradas, o al obligado principal y a un subsidiario de su elección, y peor aún a todos a la vez, en base del Interés Superior del Niño, y esto es erróneo puesto que entre unos y otros no existe el

mismo nivel de responsabilidad, puesto que esa prelación se da en base del compromiso y cercanía de parentesco entre los obligados principales, subsidiarios y el alimentario.

Al demandar alimentos contra obligados subsidiarios la parte accionada muchas veces para justificar su pretensión, aparte del interés superior del menor, anuncian que los ingresos económicos del obligado principal no son suficientes para cubrir las necesidades del menor de acuerdo a su posición social, de esta manera atentando por completo contra los derechos del obligado subsidiario.

Si se aceptarían todas las demandas, contra cualquier obligado subsidiario, lo que produciría a la larga es que un obligado subsidiario, que tenga buenos ingresos económicos sea demandado constantemente por hijos de sus familiares cercanos que el tal vez no tenía ni conocimiento de su existencia; de esta manera yendo contra los principios de proporcionalidad, equidad o igualdad ante la ley.

No se puede demandar solamente a uno de los obligados subsidiarios a razón que este se encuentra en mejor situación económica que el resto, a pesar que el obligado principal y el resto de deudores preferentes en encuentran en posibilidades de cumplir con la pensión alimenticia modestamente o solidariamente.

Es totalmente injustificable que la función legislativa cree leyes para proteger grupos vulnerables en desmedro de otros grupos igualmente vulnerables sin el análisis jurídico y ponderación de derechos y principios correspondiente, todo en base de una mala aplicación del interés superior del niño, como es el caso de las personas mayores adultas o discapacitados que son también grupos vulnerables de la sociedad, pero sin considerar eso en la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se aceptó que estos otros grupos vulnerables puedan ser demandados como obligados subsidiarios en los juicios de alimentos.

Muchas de las veces la parte accionante demanda a los obligados subsidiarios por el simple hecho que tienen mayores ingresos económicos, bienes inmuebles o muebles que el obligado principal, sin considerar las circunstancias personales de estos, circunstancias que por su edad, salud o físicas se encuentran limitados de tener un vida plena.

Los miembros de la familia ampliada que se encuentra conviviendo con los menores beneficiarios del derecho de alimentos no puede ser considerados como obligados subsidiarios para el pago de las pensiones alimenticias.

Impugnar a una resolución que afecte los derechos de una persona, es un Derecho establecido en el plano constitucional y procesal.

Al establecer en la Ley Reformatoria y por ende en los criterios de las cortes provinciales que solo es susceptible de apelación el auto resolutorio, se contradice y se vulnera el principio de impugnación que tienen las partes procesales a toda actuación del Despacho encargado de administrar justicia; puesto que el resto de providencias quedarían a total discrecionalidad del juez de sustanciación del proceso.

La ampliación, aclaración y revocatoria en el resto de providencias se encuentran reguladas por el Código de Procedimiento Civil, puesto que en la Ley Reformatoria ni el Código de la Niñez y Adolescencia no sistematizan estos recursos horizontales en ningún artículo.

Con mucho acierto, la parte accionante cuando existe un recurso de apelación invocando el efecto devolutivo y el interés superior del niño, solicita que se continúe con el tramite respectivo, que sería la liquidación de pensiones alimenticias atrasadas, pero en la práctica esto se ve coartado por cuanto es responsabilidad de la parte que interpuso el recurso proporcionar las copias certificadas del expediente para continuar con este efecto devolutivo, pero muchas

de las veces no se acercan a la judicatura para ayudar con estas copias certificadas, por lo cual, el actuario envía a la Corte Provincial sin dejar las respectivas copias certificadas en el Juzgado.

No procede el recurso de casación en alimentos, puesto que su resolución no es definitiva ni tiene efectos de cosa juzgada, por lo que no pone fin al proceso por completo.

Al no haber otro recurso procesal después de la apelación, se queda en la decisión definitiva y criterio de la Corte Provincial, aunque esta pueda ser la menos acertada en ciertos casos.

En muchos casos la parte accionante del juicio de alimentos pretende realizar la citación mediante la prensa, tal como lo manda el Código de Procedimiento Civil; los juzgados para evitar un abuso del derecho previo a proceder a esta forma de citación solicita que la parte actora justifique documentalmente la imposibilidad de determinar el lugar donde se le pueda localizar al demandado para que sea citado en legal y debida forma.

El juzgador nunca podrá fijar una pensión alimenticia inferior a la tabla de pensiones alimenticias, pero si mayor en base de las pruebas y la sana crítica, puesto que fijar una pensión alimenticia menor que la establecida en la tabla de pensiones alimenticias estaría atentando el interés superior del niño, tomando en cuenta que la tabla se encuentra acorde a los análisis de la economía y salarios mínimos establecidos.

Pero por otro lado, los jueces de primera instancia, siguiendo la línea de la Corte Provincial y la Ley Reformativa, fija una pensión en base de los ingresos y cargas familiares del demandado, y si estos ingresos son muy altos, y como la tabla de pensiones alimenticias no tiene límite, el monto de la pensión alimenticia puede

llegar a ser exuberante, por lo que puede convertirse en un negocio lucrativo, perdiendo de esta manera la objetividad principal del juicio de alimentos.

Por existir vacíos o errores legislativos es que los jueces se ven en la necesidad de remitirse a las Consultas a la Corte Constitucional para que aclaren y formen un criterio para esta clase de anomalías jurídicas, y en este caso si yendo contra el interés superior del niño, puesto que suspenden la tramitación de la causa y dejan sin razón el efecto devolutivo de las apelaciones.

No se requiere la asistencia de un abogado para plantear la demanda de alimentos, esto va en contra de la garantía constitucional de que las partes debe estar asistidas por un abogado.

Si el objetivo legislativo era que la parte accionante del juicio de alimentos no incurra en gastos económicos por el asesoramiento legal, está muy bien, pero que se permita que no se asegure el auspicio legal es erróneo, puesto que existen los Defensores Públicos y de Oficio, por lo que, de esta manera se estaría realmente atentando con el interés superior del menor al no tener la representación legal adecuada.

Al dar apertura a que las partes comparezcan, sin el asesoramiento jurídico correspondiente, se vulnera el derecho a la defensa; pues en muchas ocasiones las partes comparecen por sus propios derechos sin auspicio legal, solicitando pretensiones que no tienen sustento jurídico o que no están acordes al estado procesal de la causa, puesto que es obvio que no tienen el conocimiento técnico necesario, de esta manera perjudicándose ellos mismos.

Otro problema es que al comparecer una de las partes sin abogado, no puede ser notificada a tiempo con las providencias que se dictan en el proceso, y no está a tiempo de cumplir ciertas diligencias; lo único que pueden hacer los juzgados en estos casos es notificar las diversas providencias en el correo electrónico de la parte interesada, en caso de haberlo señalado previamente, pero el problema que se da

es que no revisan el correo electrónico todos los días o presentan sus escritos sin señalar dicho correo. Pero si leemos cuidadosamente, lo que dice la ley y como es lo correcto, dispone que las partes deban ser notificadas en la casilla judicial y/o correo electrónico de un abogado, y no en el correo electrónico personal del actor o demandado.

Las pensiones alimenticias corren desde la presentación a la demanda, esto puede conllevar a que no se asegure el derecho de la defensa del demandado, puesto que no tiene conocimiento desde qué fecha se encuentra adeudando las pensiones alimenticias, por lo que al momento de realizar la respectiva liquidación estas pensiones alimenticias atrasadas se encuentran acumuladas y muchas de la veces con montos exorbitantes por pagar.

El artículo innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es inconstitucional; puesto que vulnera los derechos de las personas de ser iguales ante la ley, no ser discriminadas en razón de sus edad, va en contra de los principios de equidad, imparcialidad y proporcionalidad; ya que ninguna norma puede menoscabar o restringir el ejercicio de los derechos constitucionales.

La parte accionante invoca el interés superior de niño para justificar la presentación de varias demandas, solicita que se continúe con la tramitación del proceso, por lo regular el juzgado que se encuentra más avanzando en el tramitación del proceso es el primero que toma conocimiento de esta anomalía.

El juez competente para conocer las demandas de incidentes es el que resolvió la causa principal.

La boleta única de citación tiene las siguientes falencias: 1) Es elaborada de diferentes maneras por cada Judicatura sin tener un formato estandarizado, y esto conlleva que cada despacho administrador de justicia regule esta citación de

diferente manera; 2) Apegándonos estrictamente a lo estipulado por la norma antes transcrita, nos da entender que la citación por boleta única debe ser entregada, exclusivamente, al demandado en persona y no a otras como en el caso de familiares del mismo, puesto que no se puede asegurar que dicha citación se le haga conocer al demandado sino se le entrega personalmente; 3) La Policía Nacional (fuerza pública) no se encuentra capacitada para realizar la citación con todas las formalidades que exige la Ley, y esto no debería ser puesto que son funcionarios públicos que deberían estar capacitados en este aspecto, puesto que son fedatarios de un acto jurídico de esta clase; o simplemente el miembro de la fuerza pública entrega la boleta única al demandado sin realizar el respectivo parte policial con el que informan y da validez a la citación; 4) Además de elaborar el parte policial, este debe ser elevado a los superiores del miembro de la fuerza pública que realizo dicho parte, y estos últimos informen al Juzgado sobre la realización de esta diligencia; con el fin de que esta citación sea apegada a la verdad y tenga funcionarios públicos responsables.

Si no existe la citación respectiva, hablando en términos de Derecho Procesal, no existe la relación jurídica alguna sin provocar ningún efecto jurídico, puesto que la parte demandada no puede vincularse en el proceso por falta de conocimiento del mismo y del estado de necesidad del beneficiario del derecho de alimentos.

Al pretender que el demandado, que es miembro de la fuerza pública, sea citado con la simple presentación del oficio dirigido a la Dirección de Personal de la Institución que pertenece, va en contra de los derechos de la tutela efectiva, eficacia, reglas y principios del debido proceso, que toda autoridad administrativa o judicial debe garantizar el derecho de las partes, a la defensa en toda etapa del juicio.

De conformidad con la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuando las partes procesales no han comparecido a la audiencia única respectiva, la pensión provisional se plasma en la resolución; entendiéndose que el

Juez únicamente se limita a realizar esta convertibilidad sin tener que tomar en cuenta las pruebas que las partes procesales pudieron aportar con anterioridad, yendo en contra de la obligatoriedad que tiene el juez de motivar sus resoluciones, y de esta manera yendo tal vez en contra del interés superior del niño al no fijar una pensión alimenticia acorde a la realidad.

Situándonos en la realidad, será casi imposible que las partes acuerden que la audiencia única sea diferida, sobre todo por el tiempo ya transcurrido de la presentación de la demanda, por lo que es más probable que lleguen a un acuerdo con respecto de las pensiones alimenticias, y posterior se les convoque al reconocimiento de firma y rúbrica del escrito, para que después se eleven autos para resolver; además cumplir estrictamente con el término de 3 días para convocar a la audiencia nuevamente como lo manda la Ley será casi imposible por la gran carga procesal de los juzgados, ya que cada judicatura se lleva una agenda de audiencias ya establecida y con anterioridad.

Al establecer que en la misma audiencia única se dicte la respectiva resolución, el juez se ve en la dificultosa tarea de resolver inmediatamente después de haber acabado la audiencia, por lo que, podría dar paso a que no valore las pruebas aportadas por ambas partes procesales, por falta de un tiempo prudencial para analizar el proceso minuciosa y adecuadamente, pudiendo atentar de esta forma al derecho de las partes y hasta el interés superior del menor. Por lo que al crear que en una sola audiencia se anuncie las pruebas, se conteste a la demanda, y peor aún se dicte una resolución inmediata, podrá desencadenar varias violaciones al debido proceso.

Al mencionar que se debe valorar la prueba en conciencia, sana crítica y reflexión, quiere decir que el juez no debe remitirse solamente al derecho positivo para apreciar las pruebas que se encuentran dentro del proceso.

La mayoría de resoluciones que se dan en cuestión de alimentos para niñas, niños y adolescentes se fundamentan, esencialmente, en las pruebas que demuestren los ingresos económicos y cargas familiares del obligado a pagar pensiones alimenticias.

Los jueces, por lo regular, se remiten únicamente a aplicar la tabla de pensiones alimenticias, en base de los ingresos económicos y cargas familiares, por ser pruebas más accesibles y de fácil cuantificación, y la mayoría de las veces sin considerar circunstancias que en la realidad si puedan estar perjudicando al alimentante y al alimentado.

Cuando se refiere a cargas familiares por lo regular los juzgadores únicamente toman en cuenta el número de hijos que tiene el demandado, con las respectivas partidas de nacimiento, presumiendo que es responsable de cada uno de ellos, sin tomar en cuenta otras cargas familiares que pueda tener, por ejemplo, un mayor adulto que se encuentre a su cargo o si paga una pensión alimenticia para un ex cónyuge.

Pero esto toma relevancia cuando los ingresos de ambas partes o una de ellas son considerablemente buenos, ya que los alimentos se convertirían de una necesidad indispensable para el menor a una buena inversión para la parte que los reclama, ya que al fijar la pensión alimenticia, en base solamente de la tabla, podrían determinarse cantidades exorbitantes que no justifican que sean destinadas exclusivamente al bienestar ni posición social de la persona beneficiada del derecho de alimentos, ya que la tabla de pensiones alimenticias no determina un límite.

Los jueces, al considerar exclusivamente los ingresos económicos y cargas familiares del demandado, pueden estar dejando de lado factores realmente importantes como son la edad, la salud o costos de la vida donde reside el obligado a pagar pensiones alimenticias.

En el sistema procesal actual de alimentos, la parte actora debe presentar y anunciar sus medios probatorios en la audiencia única, en el formulario de demanda, y en ningún otro estado procesal; esto puede conllevar a que la actora no tenga la oportunidad de presentar o anunciar las pruebas necesarias, puesto que en muchas ocasiones la actora llega a conocer de los nuevos ingresos económicos del demandado después de presentar el formulario de demanda con el que se inició la acción judicial para solicitar alimentos.

Existe un vacío legal con respecto al tiempo que debe existir entre la citación al demandado y la fijación de la fecha de la audiencia única, puesto que este tiempo puede ser muy corto para que el demandado pueda preparar y presentar sus medios probatorios de defensa.

La facultad de los jueces de solicitar las pruebas de oficio, sin que las partes las hayan pedido, que es una facultad de carácter excepcional, puede derivar o concluir que van en contra de los principios de imparcialidad y dispositivo (impulso procesal); en base de la seguridad jurídica que debe existir en todo litigio jurisdiccional.

En el juicio de alimentos se pueden presentar las pruebas que se anuncian en Código Civil y Código de Procedimiento Civil, como normas supletorias, pero muchas de estas se vuelven realmente superfluas como es la prueba testimonial, puesto que será prácticamente imposible que se pueda probar la capacidad económica de una persona a base de testimonios, convirtiendo a las audiencias única largas y tediosas innecesariamente.

Resulta ilógico que se desee que se declare confeso al demandado sobre sus ingresos cuando este no compareció a la audiencia única y por lo tanto no rindió la confesión judicial, yendo en contra de toda racionalidad jurídica, pero más increíble es que habido juzgadores que si han dado paso a esto y han establecido una pensión alimenticia en base de esta prueba que no tiene ninguna certeza verdadera.

Al no proporcionar medios probatorios que puedan demostrar los ingresos económicos reales del demandado, la parte accionante suele pedir que se fije la pensión alimenticia en base de los certificados de poseer vehículos motorizados, movimientos bancarios o migratorios, pero esto puede llegar a ser aleatorio e impreciso, puesto que estos movimientos o certificaciones son variantes, no permanentes ni constantes.

Establecer la pensión alimenticia en base del capital que pueda tener el demandado en sus cuentas bancarias es incorrecto, puesto que este dinero puede ser ajeno u encargado o de préstamos crediticios que deban ser cancelados posteriormente o ahorros destinados a cubrir deudas anteriores al juicio de alimentos.

Las utilidades y comisiones si se pueden considerar para el pago de las pensiones alimenticias puesto que estas por lo regular son constantes y periódicas.

Un objetivo de la pensión provisional es evitar que el demandado, al momento de realizar la audiencia única, no se encuentre acumulado y pueda cubrir con la totalidad de la liquidación respectiva sin dificultad.

La pensión provisional existe mientras se ventila la tramitación del proceso, hasta el momento procesal en que se realiza la audiencia única donde se dicta la respectiva resolución.

El Código de la Niñez y Adolescencia y la Ley Reformatoria al mismo, pueden estar incurriendo en un error al definir “pensión definitiva”, puesto que las pensiones alimenticias pueden variar en el transcurso del tiempo.

Uno de los problemas más contraproducentes contra cualquiera de las 2 partes procesales es que al momento de fijar la pensión alimenticia provisional no

son las mismas circunstancias y necesidades que la establecida en la respectiva resolución, y esto se da sobre todo por la tardía citación al demandado.

Estas mismas diferencias de circunstancias y necesidades pueden alterar hasta entre las resoluciones de primera y segunda instancia en caso de haber sido impugnadas.

Se debe tener siempre presente que la libertad es uno de los derechos más importantes que tienen los seres humanos.

Previo a conceder las medidas cautelares y apremios en contra de o los obligados/as a pagar pensiones alimenticias se debe efectuar la correspondiente liquidación, que es la certificación con la que se constata la totalidad del monto adeudado. Una vez emitida la certificación de no pago se debe conceder el apremio personal, esto sin dar oportunidad a la parte accionada a manifestarse sobre la respectiva liquidación, atentando el derecho a la debida y pronta defensa.

Si con anterioridad se dictó un apremio personal en contra del demandado, el cual no se hizo efectivo, se lo debe considerar como reincidente en caso de nuevo incumplimiento, así el demandado haya cancelado la deuda antes de que la medida coercitiva sea ejecutada o efectivizada.

En la práctica la dificultad del cálculo del interés por mora se da por cuestión de tiempo y la falta de personal en las Oficinas de Recaudaciones, por lo que efectuar las respectivas liquidaciones no se suele tomar en cuenta este cálculo.

El apremio personal y la prohibición de salida del país, en esencia, se regula por los jueces y leyes penales, ya que son medidas cautelares que van en contra del derecho de libertad, que es uno, de los derechos más importantes inherentes al ser humano.

Lastimosamente esta vulneración de derechos ha dado paso a que muchas de las medidas cautelares y coercitivas sean ejecutadas por resentimiento entre las parejas con la intención de perjudicar a la parte accionada y no en beneficio de los menores, por tal razón existe un alto índice de medidas cautelares y apremios personales en los juzgados de la niñez y adolescencia, y la parte actora no toma en consideración la opción de adoptar otras medidas como las reales.

La mala concepción que se tiene a nivel social y cultural de que el obligado u obligada debe pagar alimentos sin importar sus derechos, o peor aún por una rencilla personal que existe entre la pareja de progenitores, sin darse cuenta que a la larga los únicos afectados son los propios alimentados.

Da vergüenza decir, que muchas madres o padres han hecho un negociado de las pensiones alimenticias obligatorias.

Lastimosamente, en nuestra sociedad el apremio personal ha resultado la medida coercitiva más eficaz para asegurar el pago de las pensiones alimenticias atrasadas, puesto que no depende de la voluntad de alimentante y por ser privado de su libertad se encuentra en el apresuro de pagar la deuda lo más pronto posible.

El periodo de la prisión por pensiones alimenticias atrasadas excede hasta los tiempos establecidos en sanciones o delitos penales, yendo en contra del principio constitucional de la debida proporcionalidad.

En algunas ocasiones los abogados de la parte actora, aludiendo el interés superior del niño, piden “el allanamiento del bien inmueble donde se encuentre oculto el demandado”, sin precisar en qué bien, su dirección y cuál es su propietario, a sabiendas de que no se puede autorizar el allanamiento discrecionalmente puesto que esta acción puede ir en contra del derecho de terceras personas.

Hasta las pensiones jubilares puede ser embargables por concepto de pensiones alimenticias.

El embargo de sueldo cuando es solicitado suele carecer de fundamento legal o su pretensión de cobro es desmedido, por lo que los administradores de justicia se ven en la tarea ardua de llenar estos vacíos jurídicos, fijar un embargo proporcional y periódico, de acuerdo a las capacidades económicas del alimentante; teniendo en cuenta el sueldo que percibe el demandado y sus cargas familiares, puesto que este embargo puede perjudicar la misma sobrevivencia del demandado y sus familiares que dependen económicamente de él.

El juez tiene las facultades normativas para establecer medidas cautelares o coercitivas alternativas a la privación de la libertad.

La finalidad de que los alimentos sean pagados de forma anticipada es que el beneficiario del derecho pueda percibir esa ayuda para poder subsistir, puesto que el mismo no pudiera salir adelante con prestaciones pagadas a futuro cuando es estado de necesidad es día a día.

En la realidad y por razones de fines prácticos, el juez casi nunca regulara las pensiones alimenticias en especies, por la dificultad que resulta cumplir y medir esta forma de pago. Tal vez por esa razón la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia solo menciona la forma de pagar las pensiones alimenticias en depósito en dinero en la cuenta bancaria asignada a la actora en el juicio, y no como lo estipula el literal b del Código de la Niñez y Adolescencia.

La forma y cuantía de regular la obligación es en base de la tabla de pensiones alimenticias y lo que estipula la Ley, y como esta última permite que se pueda optar por estas formas inusuales de cumplir con la prestación alimenticia como es en especie, el uso o la habitación, es totalmente valedero que el juez así lo regularice mediante la respectiva resolución.

El apremio personal en contra del deudor por concepto de pensiones alimenticias solo se puede cesar cuando la parte demandada pague la totalidad de lo adeudado, por lo que, la mayoría de juzgados exigen que se pague hasta el mes en el que se pide la libertad, en base del interés superior del menor y basándose en lo expuesto por el tercer inciso del artículo innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que dispone pagar las pensiones alimenticias en su totalidad previo a conceder la libertad.

Otra forma en la que cesa el apremio personal es mediante la aceptación del habeas corpus, por lo regular es aceptado cuando el monto de lo adeudado es muy alto para pagar en un corto plazo con la condición de que el obligado se compromete a igualarse en el pago de pensiones alimenticias de forma prorrogada, pero esto no tiene eficacia cuando la parte accionante basándose en el interés superior del niño solicita el apremio personal nuevamente sin haber pasado ni un mes de los que salió en libertad por el habeas corpus, sin tomar en cuenta que si el obligado sigue en prisión puede perder mucho de sus ingresos económicos y esto provocaría un perjuicio más grave al menor, puesto que su alimentante tuviera menos o se acabarían por completo los recursos económicos para seguir con el pago de pensiones alimenticias regularmente.

En la práctica cuando se ha solicitado y aceptado la medida cautelar de la prohibición de salida del país, quitar esta medida se vuelve prácticamente muy dificultoso, puesto que por lo regular la parte actora por ningún motivo acepta que el demandado salga del país aunque un garante asegure el pago de las pensiones alimenticias. Quedando estas garantías consideradas suficientes en base de la discrecionalidad del juez o jueza.

Lamentablemente si no se encuentra establecido en la ley, no se puede considerar otras formas o garantías que aseguren el pago de las pensiones alimenticias.

6. RECOMENDACIONES

Al interés superior de niños, niñas y adolescentes se lo debe comprender según el espacio, tiempo y lugar en el que nos encontremos.

Para poder entender, ampliamente, el concepto de interés superior del niño, se lo debe tomar desde la idea de todos los derechos, deberes y principios a favor de los menores en forma conjunta y sistemática, consagrados en las legislaciones nacionales e internacionales, a fin de darles una protección integral y efectiva igual que el resto de personas.

En el caso de existir una colisión de derechos, el principio del interés superior del niño podría dirimir la prevalencia de uno sobre otro, pero esta prevalencia solo se daría en el supuesto de que no se pueda satisfacer ambos derechos conjuntamente.

El interés superior esta también dirigido a las políticas públicas y no solo en plano jurídico, ya que muchas de las veces los derechos están consagrados en las normas jurídicas pero son ineficaces o vulnerados en la realidad.

El interés superior de los niños es el límite para el extremo paternalismo social, es el complemento para la toma de decisiones (no autoritarias) en vacíos legales y punto dirimente en los casos de colisión de los derechos de menores con otros para su protección y eficaz vigencia.

El interés superior del menor también actúa como una directriz a seguir por el Estado y la sociedad para el reconocimiento de los derechos de los menores.

A fin de evitar múltiples interpretaciones o discrecionalidades el principio del interés superior debería ser definido precisamente y establecer requisitos

concretos para su utilización dentro de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado en los que se procura dar una mejor protección a los derechos de los menores.

La protección de los derechos de los menores debe ir acorde del Interés Superior de Niño y la doctrina.

En el artículo 11 del Código de la Niñez y la Adolescencia da una definición bastante aceptable de lo que es el interés superior del niño, aunque le faltan límites concretos, amplios y específicos para evitar su indebida interpretación.

No debemos confundir las garantías constitucionales con derechos constitucionales, ya que en ámbito jurídico son diferentes, puesto que las primeras son medios jurídicos que sirven para efectivizar y hacer respetar los segundos.

Al establecer garantías claras y adecuadas en la constitución se pueden subsanar vacíos o lagunas legales que podrían existir en el marco jurídico, como resultado de la obligación que tienen las autoridades administrativas o judiciales a la aplicación directa de los preceptos constitucionales que contemplen garantías.

El interés superior del niño debe ser invocado y aplicado como parte de las garantías constitucionales.

A fin de hacer prevalecer el interés superior del niño no se puede atentar contra los derechos de otras personas.

El debido proceso no puede ser quebrantado por la simple justificación de aplicar el Interés Superior del Niño.

En todo proceso judicial sin excepción se debe respetar las garantías del debido proceso en correspondencia con las demás garantías constitucionales y principios procesales.

Los principios entran en funcionamiento cuando las normas no logran regular completamente una situación prevista en la ley, por lo que contribuyen con la seguridad jurídica y confirman el Estado garantista de derechos.

En una determinada situación varios principios son los que pueden ser aplicados, pero para saber cuál prevalecerá sobre otro debemos determinar el tiempo, espacio y relevancia de cada uno en el hecho en concreto.

Al aplicar el principio de proporcionalidad, argumentación, la fórmula del peso y la ponderación para la solución de rozaduras o colisión entre principios, como en toda decisión judicial, se debe fundamentar y motivar adecuadamente.

Necesariamente la ponderación no puede dejar de lado en su totalidad las apreciaciones del juez, puesto que la objetividad absoluta no es deseable ni posible al momento de administrar justicia, ya que las normas jurídicas no pueden regular todas las circunstancias o variables en una sociedad son distintas, imprevisibles e indeterminadas.

En base de las reglas o cargas de argumentación que pueden estar establecidas en la legislación para determinar las dimensiones, el peso e intervención que se da a cada principio y derecho fundamental, de esta manera evitando la posibilidad de basarse en simples apreciaciones subjetivas del juez.

Las normas y los principios jurídicos deben de ser concordantes, relacionados y aplicables entre sí.

En la colisión de principios y derechos fundamentales se debe analizar la eficacia, celeridad, alcance, duración de la intervención, satisfacción y deterioro de cada uno de ellos.

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional es la única que puede ponderar derechos, cuando existe una colisión de principios y derechos se debe establecer el grado de satisfacción y desmedro de cada uno de ellos que tienen fines contradictorios, argumentando y fundamentando adecuadamente porque se satisface uno en desmedro de otro.

Para la aplicación de los derechos fundamentales se debe considerar siempre los principios y normas jurídicas que intervienen, cuya singularidad se enmarca en cada caso determinado.

Entre más grande sea la problemática de la colisión de principios y derechos fundamentales, mayor debe ser el análisis, certeza y control de la Corte Constitucional al momento de emitir sus resoluciones.

Le corresponde al juez, mediante el respectivo análisis tratar de prevalecer el derecho de ambas partes mediante diversas alternativas que se encuentren enmarcadas en la ley o como opción más forzada determinar qué principio prevalece sobre otro mediante el respectivo estudio de ponderación de derechos y principios, y en este caso inmerso el interés superior del niño.

Para verificar que una persona se encuentra en estado de necesidad se debe tener convicción plena que la misma no puede por sí sola superar dicha condición; recalando que por el mismo interés superior del niño, el estado de necesidad en todos los menores ya se presume como una existencia perpetua.

La posición social de una persona no debería influir para fijar una pensión alimenticia, puesto que esto podría dar paso a que no se auxilie realmente el estado

de necesidad de un menor que exige alimentos, sino que sirviera para cubrir ciertos lujos ostentosos o caprichos que no son necesarios para la subsistencia de una persona, por lo que tal vez, no sería correcto que se pretenda sustentar esta clase de lujos innecesarios en base del interés superior del menor en desmedro de la economía del demandado.

Si no existe el estado de necesidad imprescindible y el demandado no tiene los medios económicos para cubrir sus necesidades ni las de su familia y mucho menos la pensión alimenticia reclamada, el juez debe pensar en todas las alternativas u opciones posibles para hacer prevalecer los derechos de ambas partes procesales y sobre todo considerando el interés superior de los menores que puedan ser beneficiados o afectados en base de la pensión alimenticia reclamada.

Para establecer una pensión alimenticia siempre se deberá considerar no únicamente las circunstancias personales del alimentario sino también las del alimentante, en base del estudio de la posible ponderación de derechos y principios, en el caso de no poder hacer coexistir los derechos de las partes en perfecta armonía.

Pero tal vez no es del todo procedente negar por completo el desistimiento de la acción para solicitar alimentos en ciertos casos, por ejemplo, cuando los progenitores del alimentario han reanudado su vida como pareja, ya que eso traería inestabilidad emocional dentro de la familia, por lo que el juez como en todas sus decisiones apegadas a Derecho deberá realizar el respectivo estudio de la posible ponderación de principios que pueda existir en el caso específico a fin de precautelar la mejor estabilidad de los menores.

En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, la extinción del derecho de percibir alimentos lo establece con el término “*Caducidad del derecho*”, cuando esto no es correcto puesto que la caducidad es un recurso

legal con el cual se da la extinción del derecho en razón del tiempo, mientras que la extinción abarca muchas más circunstancias y causales.

No es correcto que el demandado pida la extinción de la pensión alimenticia aludiendo y hasta demostrando que no cuenta con los medios económicos, físicos o intelectuales para cumplir con dicha prestación, ya que al aceptar dicha pretensión se estaría vulnerando por completo el interés superior del niño; ya que el juez puede optar por otras alternativas para asegurar el pago de las pensiones alimenticias.

Las reformas legislativas y de infraestructura de la Función Judicial por el momento, pueden llegar a ser contraproducentes al verdadero objetivo del interés superior del niño, puesto que al mezclar la cuestión de menores con todos los asuntos de protección de la mujer y la familia, además las acciones constitucionales de protección, la cargar procesal en las nuevas unidades judiciales colapsará rápidamente por la gran cantidad de población que puede existir, sobre todo en ciudades grandes como Quito y Guayaquil.

Ni invocando el interés superior del menor, las visitas, tenencia o patria potestad deberán seguirse por la vía y cuerda separada correspondientes, esto con el fin de alcanzar la resolución de cada una de los proceso, y evitar que se vea cada expediente interrumpido con los incidentes que se puedan producir en cada acción.

No hay ninguna norma legal que impida que el juez determine que las pensiones alimenticias sigan aumentado progresivamente en cada periodo de tiempo determinado por las mismas partes o en base de las pruebas que constan en el proceso, en base de los ingresos variantes que pueda tener el obligado a pagar las pensiones alimenticias; acotando que este aumento progresivo debe ser considerable en los ingresos económicos del demandado, porque si es aumento es equivalente a la indexación anual que se da a las pensiones alimenticias sería realmente inútil.

Siempre se deberá tener presente y considerar hasta qué punto el incidente es viable en contra de otro demandado que el obligado principal, puesto que lo accesorio tiene relación directa con lo principal, y esta situación en el juicio principal el obligado subsidiario no fue citado ni declarado obligado a prestar la obligación alimenticia mediante la respectiva resolución, por lo tanto no se lo puede considerar como parte procesal.

El juez al revisar las pruebas constituidas en el incidente puede constatar, con certeza que el demandado está pasando por una situación muy difícil para afrontar el pago de la pensión alimenticia, deberá considerar seriamente en remitirse a los obligados subsidiarios en base de hacer respetar el interés superior del niño, claro que dándoles la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa adecuadamente a los obligados subsidiarios, resolviendo que dichos demandados subsidiarios afronten la pensión alimenticia en su totalidad o en forma parcial, sea de manera permanente o momentánea.

Sería lo más coherente, equitativo e igualitario que los incidentes de aumento y de rebaja, corran similarmente, bien desde la presentación, su citación o desde la respectiva resolución ejecutoriada, en base de los principios de proporcionalidad.

El juez puede dar paso, que en base del interés superior del niño y en concordancia con el principio de celeridad se le haga conocer al demandado del incidente de aumento de pensión alimenticia mediante la casilla judicial, obviamente esperando que el demandado se dé por citado o se pronuncie sobre dicha providencia para el mismo efecto.

Una innovadora forma que han empezado a optar los órganos administradores de justicia para dar solución a esta problemática es calificar ambos incidentes y convocar a la Audiencia Única respectiva en la misma providencia, tomando en cuenta que en los dos incidentes las partes procesales ya han señalado

casilleros judiciales para futuras notificaciones, por lo que ya no es necesarios las citaciones respectivas de dichos incidentes, en armonía con el principio del celeridad procesal, que es una de las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.

No es correcto que se demande y se acepte que se demande en contra de los obligados subsidiarios cuando existe obligados principales que se encuentran con plenas facultades para cubrir las pensiones alimenticias, por lo que, solo probada la ausencia o insuficiencia de recursos del obligado principal se podrá demandar al obligado subsidiario directamente.

El juez regulara la cuota que le toca a cada uno de los obligados subsidiarios pasar por concepto de pensiones alimenticias según su capacidad económica y circunstancias de vida que pasan en ese momento, y en el caso de que solo uno de ellos tenga la capacidad de cumplir con la obligación solo este tendrá el deber de cumplir con la totalidad de la pensión alimenticia hasta el momento en que cambien las circunstancias en la que se fijó la obligación alimenticia.

Sería de lo más injusto que si se fijó una pensión alimenticia para obligados subsidiarios que son cónyuges, y ambos son sustento económico del hogar en común en igual proporción, si uno de los 2 muere, solo uno de ellos deba soportar con toda la carga de la obligación alimenticia, por lo cual, lo adecuado sería que se cambie el monto de la pensión alimenticia.

Además aceptar una demanda contra un obligado subsidiario sin la verificación adecuada de la prelación o preferencia respetiva sería ilegal para este, puesto que puede existir otro obligado subsidiario más cercano en parentesco al beneficiario del derecho de alimentos que puede cubrir la obligación alimenticia sin ningún problema.

En la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es que en el orden de los obligados subsidiarios no se ha considerado que puede existir pluralidad de sujetos, y que lo correcto es que se demande a cada uno de ellos y no solamente a uno, por ejemplo en el caso de los tíos no se debería demandar solo a uno de ellos a libre albedrío, elección o conveniencia de la parte accionante, sino que la demanda debería ir en contra de todos, puesto que esta obligación alimenticia se debería considerar solidaria, por lo que cada uno de los deudores está obligado a cumplir con la parte de su cuota respectiva y equitativa.

En el caso del pago de la obligación alimenticia por parte de varios obligados subsidiarios del mismo grado, lo justo sería que cada uno pague por la cuota que le corresponde con respecto a un mismo beneficiario del derecho de alimentos, acorde a la capacidad económica y cargas familiares de cada uno de ellos.

Al observar la capacidad de cada obligado subsidiario del mismo grado, puede ser que se compruebe que solo uno de ellos puede cumplir con el pago de la pensión alimenticia y que el resto se encuentran en insolvencia o falta de recursos, por lo que en esta única circunstancia se debería establecer que solo el individuo que tiene capacidad adecuada cumpla con la totalidad de la prestación alimenticia.

Muchos jueces no realizan el análisis y verificación necesaria en la cuestión de los demandados subsidiarios, ya que lo adecuado es que se verifique también la capacidad económica de ellos y su edad.

Para limitar la discrecionalidad de la parte accionante para demandar a los obligados subsidiarios cuando estos no tengan las condiciones necesarias para satisfacer las pensiones alimenticias se debería crear una norma expresa que sancione esta acción y establezca la respectiva indemnización de los daños y perjuicios que podría causar la implantación de esta acción mal infundada.

Las autoridades deberían trabajar en planes de control de la natalidad en el país, establecer sanciones o determinar modos de verificación en sus documentos de identidad para progenitores que tienen en demasía su descendencia y no se hacen responsables de ellos, puesto que es innmercido que paguen los obligados subsidiarios las pensiones alimenticias porque sus familiares tienen muchos hijos; acaso fue culpa o dio el consentimiento el subsidiario para que el obligado principal tenga prole sin medida, cuidado ni control.

No se debería dar con tanta facilidad la opción de citar al demandado mediante la prensa por el simple hecho de invocar el interés superior del menor, puesto que de esta forma de citar no se asegura que el demandado puede ejercer su derecho a la defensa de forma justa, correcta y oportuna, por lo que se puede deducir que al utilizar el interés superior del niño, de esta manera menoscaba de muchas garantías constitucionales.

Negar por completo la casación y la acción de protección en alimentos puede llegar hacer lo menos adecuado, puesto que hay resoluciones que si ponen fin al proceso o que se pueden perpetuar por mucho tiempo afectando derechos y garantías constitucionales de las personas, por lo que en ciertos casos si debería dar paso a los recursos extraordinarios.

Toda persona tiene derecho a tener un abogado defensor sea este privado, de oficio o de la Defensoría Publica en toda la tramitación del proceso Judicial, por lo que, no se debe permitir, presentar demandas de alimentos sin el asesoramiento legal respectivo.

Ciertamente el número de defensores públicos en el área penal y de niñez en los últimos años ha crecido considerablemente, pero aún no son suficientes, puesto que antes su número era prácticamente insignificante.

Lastimosamente la presentación de varias demandas por las mismas partes, causa y objeto se sigue dando por la falta de normas más rigurosas que sancionen este tipo de actuaciones, pero la mayor problemática es que no existe una forma eficaz y concreta que se pueda efectivizar dichas sanciones.

Para evitar nulidades procesales los administradores de justicia deben ser muy cuidadosos y exigir los requerimientos del Código de Procedimiento Civil con respecto a la citación mediante la Boleta Única.

Lo que sí pudiera solicitarse en el caso de que el demandado sea policía o militar, en base del interés superior del niño, es que se oficie a la Dirección de Personal de la Institución de donde presta sus servicios el demandado, para que informen en que ciudad y unidad está trabajando para poder localizar y citar al demandado en legal y debida forma; pero no es debido conceder que sea citado mediante con la sola entrega del oficio a la Dirección de Personal de la Institución de donde trabaja.

La audiencia única debe ser conducida personalmente por el mismo juez y no por otro funcionario de la Judicatura como muchas veces suele darse, de acuerdo al principio de inmediación, puesto que el juez al guiar personalmente la audiencia podrá dictar una resolución que se encuentre sujeta a la realidad de los hechos y por ende conforme a Derecho.

En todo juicio se debe valorar y apreciar las pruebas que se encuentren dentro del proceso con conciencia, sana crítica y reflexión de acuerdo a la fuerza de convicción, admisibilidad y eficacia en forma individual, pero a la vez comparándolas y concordando entre todas ellas.

Al establecer la pensión alimenticia no se puede ir en contra de la subsistencia y derechos de las personas que dependen del alimentante, y más cuando existen

otros menores de por medio, que también son merecedores de aplicar con ellos el interés superior del niño.

Es correcto mencionar que ambos progenitores son responsables de manutención de su hijo por igual, pero no se podría cumplir y tampoco fuera justo esto, cuando la persona a cargo del cuidado del menor no tenga ingresos económicos o estos sean muy bajo, mientras que el otro progenitor tiene excelentes ingresos económicos para cumplir con la obligación alimenticia a cabalidad.

Es imprescindible crear un procedimiento acelerado pero siempre y cuando este precautele las garantías constitucionales y el debido proceso, dirigido para las partes procesales como para los que administran justicia.

El juez observa que si hay indicios de pruebas con las cuales se pueda fijar una pensión alimenticia mayor sin perjudicar gravemente al demandado y a sus derechohabientes, en base del interés superior del niño y exponiendo las razones bien fundamentadas conforme a derecho para demostrar sus imparcialidad, pudiera pedir sin ningún inconveniente la prueba de oficio que considere pertinentes.

La confesión judicial sabiéndola utilizar de forma correcta y éticamente puede ser muy valiosa para la resolución de diversos conflictos, como por ejemplo que confirme la parte actora que el demandado tiene otros hijos cuando no existen partidas de nacimiento correspondiente en el proceso, la parte accionante asevere haber recibido dinero por concepto de pensiones alimenticias por parte del demandado o que el demandado declare los verdaderos ingresos económicos que tiene.

En el caso de la declaración de un adolescente, que es el mismo beneficiario del derecho de alimentos, debería ser siempre considerada, porque al tener una edad considerable tienen una mejor apreciación de las circunstancias.

Los movimientos bancarios y migratorios pueden ser utilizados como base para determinar la calidad de vida del alimentante, y por ende la capacidad económica del mismo, pero difíciles para fijar la pensión alimenticia determinada.

Al momento de determinar la pensión alimenticia, excepcionalmente y dependiendo del caso, se debe considerar las deudas, intereses y fechas de vencimiento de las mismas que pueda tener el demandado, puesto que estas cauciones pueden afectar consideradamente al ingreso del obligado de la prestación alimenticia; aclarando que esta prueba del demandado carecería de valor alguno si no demuestra su origen y propósito; por ejemplo, cuando el alimentante se ha tenido que endeudar para cubrir los gastos de una enfermedad catastrófica del mismo o un familiar cercano.

Fijar una obligación alimenticia en base de la simple demostración de que el demandado posee bienes muebles o inmuebles, concluyendo que al tener más bienes puede tener mayores ingresos económicos, no puede ser lo más acertado; puesto lo correcto es establecer y determinar si cada uno de esos bienes tienen la capacidad de producir una renta favorable para el obligado a pagar las pensiones alimenticias.

Otra pretendida forma de establecer la pensión alimenticia es en base de los viáticos que pueda percibir el demandado en su lugar de trabajo, cuando estos esta predestinados a cubrir los gastos de movilización y estadía cuando el trabajador se encuentra fuera de su lugar de trabajo habitual, por lo que no se pudiera considerar una renta adicional a parte de su remuneración normal.

No se pudiera considerar como un sueldo extra del trabajador cuando este recibe una indemnización por el despido, ya que obviamente esta solo se recibe por una sola ocasión, puesto que han terminado sus actividades laborales permanentemente, por lo que dicha bonificación es exclusivamente a favor del alimentante y no en beneficio de los que se sustentan a su costa, por ende este pago no puede ser considerado para cubrir o tasar una obligación alimenticia.

Al pronunciar una resolución que se encuentre conforme a derecho, justa y equitativa, al fijar una pensión alimenticia no se puede dar únicamente en base de la compensación de las necesidades del que reclama alimentos ni de la riqueza del obligado a proporcionarlos, sino que debe ajustarse en la realidad, a las normas legales en su conjunto, capacidad económicas de ambas partes, circunstancias o necesidades personales y familiares de cada una de ellas.

Invocando el interés superior del niño la parte accionante suele pretender que se fije la pensión alimenticia en base de los gastos que incurre por estar hecho cargo el menor beneficiario del derecho de alimentos, pero si el juez aceptara esta pretensión no sería lo más adecuado puesto que estos mismos gastos puede ser exagerados, innecesarios, caprichosos y sobretodo no acordes a la capacidad económica del demandado.

Los Jueces siempre al emitir sus resoluciones lo más conveniente, para evitar diversas impugnaciones a futuro y en base del interés superior del niño, es que dispongan claramente que la pensión alimenticia fijada en la misma audiencia única corra desde la presentación de la demanda de alimentos.

Lo correcto sería establecer una pensión provisional acorde a los antecedentes y circunstancias en el tiempo de la presentación a la demanda, dicha pensión se encontrara vigente hasta la fecha de realización de la audiencia única, por lo que, sin ningún impedimento legal de que la pensión dada en el fallo pueda ser mayor o menor a la fijada provisionalmente conforme la tabla de pensiones alimenticias.

Teniendo como resultado que al efectuarse la respectiva liquidación debe calcularse los valores de la pensión alimenticia provisional y la establecida en la resolución por separado, ya que dichos montos pueden llegar a ser distintos a razón de las cambiantes circunstancias del alimentante como la del alimentario.

El juez para actuar en equidad y en beneficio de ambas partes siempre al resolver, en la audiencia única, debería establecer una fórmula de pago para que el demandado se iguale en el pago de las pensiones provisionales acumuladas, puesto que por lo regular el demandado no paga hasta saber con certeza donde y en qué forma pagar las pensiones alimenticias.

La mayoría de juzgados, a fin de precautelar el derecho a la defensa, a pesar de no estar contemplado en la ley, previo a conceder el apremio personal ponen en conocimiento de las partes procesales el informe de liquidación por el término de 48 o 72 horas por lo regular, a fin que se manifiesten conforme a derecho con respecto al mismo. En el caso de que las partes no se manifieste con dicho informe o sus impugnaciones no se encuentren justificadas jurídicamente, se emite un auto de mandamiento de ejecución, el cual tampoco se encuentra regulado en la Ley Reformativa al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad de que el demandado pague, en un tiempo prudencial, el monto adeudado por concepto de pensiones alimenticias atrasadas, por lo regular se lo de un término de 24 o 48 horas para cumplir con la obligación.

Establecer que el apremio personal se extienda 30 días más en cada ocasión en el que demandado sea detenido por falta de cumplimiento, no encuentra su razón de ser, puesto que entre más tiempo permanezca detenido el demandado será más difícil que este pueda producir y obtener medios económicos para satisfacer la deuda. Si el propósito del legislador era imponer una pena al deudor por su incumplimiento reiterado, no fue una de las mejores medidas que se pudo haber establecido.

Si se calculará este interés por mora en las pensiones alimenticias atrasadas o se estableciera una multa en la Ley, tal vez no sería necesario seguir aumentando el tiempo del apremio personal del deudor por ser reincidente.

La prohibición de salida del país a igual que el apremio personal deberían ser ordenados con un previo análisis, pero en el actual sistema procesal de alimentos se permite que en la demanda inicial se solicite la prohibición de salida del país sin ninguna dificultad ni proceso previo, tal como consta en el formulario de demanda dado en la página de internet del Consejo de la Judicatura.

Es obvio que la prohibición de salida del país en contra del demandado es a fin de precautelar el pago de las pensiones alimenticias, por lo que, siempre que se otorgue esta medida cautelar sin previa notificación y prevención al demandado, esta debe ser otorgada con los fundamentos legales correspondientes, en los cuales está inmerso el interés superior del niño.

Tomar como primera alternativa la prisión no es lo más adecuado pero es la que la parte actora pide y es concedida en casi todas las causas, sin tomar en cuenta que existen otras medidas cautelares que pueden ser aplicables para el cobro de la deuda por concepto de pensiones alimenticias atrasadas.

En perjuicio del demandado la única medida para asegurar la deuda alimenticia que suele solicitar la parte actora, para asegurar el cobro de las pensiones alimenticias atrasadas, es el apremio personal, sin considerar otras medidas coercitivas que son más afectivas, por ejemplo el embargo del sueldo o salario, el producto de un arriendo de un local u otras prestaciones en dinero de la persona que debe cumplir con la obligación alimenticia. Por lo que, al optar por este tipo de medidas coercitivas alternativas, se precautela los derechos del demandado y a la vez el interés superior del niño.

No se puede pedir que, en base del interés superior, se embargue la totalidad del sueldo del demandado por ser moroso de las pensiones alimenticias, a sabiendas de que al obligado se le descuenta pensiones alimenticias forzosas por otras personas, yendo de esta manera en contra del derecho de alimentos de otros y tal vez en desmedro del interés superior del niño de otros menores.

La parte accionante deberá pedir el embargo del sueldo del alimentante sin afectar las pensiones alimenticias futuras o atrasadas destinadas a otros alimentarios, ya que no se puede sacrificar el derecho de la misma jerarquía y clase de una persona para satisfacer el de otra.

En muchas ocasiones a pesar que el demandado se halla siempre al día y puntual en el pago de las pensiones alimenticias, la parte accionante solicita que del sueldo que percibe el demandado se le descuenta o retenga mencionadas prestaciones, por lo que el juez previo a dar paso a esa pretensión debe considerar que el accionado ha cumplido a cabalidad con la obligación, puesto que esta medida al ser concedida puede conllevar a provocar desconfianza o problemas al demandado de diversa índole en su lugar de trabajo.

Otro resultado que puede ser contraproducente del descuento detallado en el párrafo inmediato anterior, es el desánimo del demandado por cumplir con la obligación alimenticia o conflictos personales innecesarios entre las partes a pesar que el demandado se encuentra al día en la pago de las pensiones alimenticias, por lo que el juez está en la obligación de analizar sus decisiones no solo conforme a la ley sino también desde el punto psicológico de las personas en sociedad.

En algunas ocasiones la parte accionante al tener conocimiento de que el demandado tiene un bien inmueble que puede dar beneficios económicos altos, solicita que los frutos o uso de este bien sean dados al alimentado, pero casi en su totalidad es rechazada dicha pretensión; primero porque el juez únicamente la concediera si el demandado no tuviera otros medios para satisfacer la obligación alimenticia, segundo para el mismo juzgador es difícil determinar cuantitativamente en qué proporción esos frutos u uso de del bien inmueble satisfacen el derecho de alimentos, tercero porque muchas de las veces ese bien excede las necesidades reales del alimentario y de la persona que está a su cargo sin un quebranto de su posición social.

Pagar una pensión alimenticia en especie o cuerpo cierto puede ser una decisión más adecuada, por ejemplo, cuando el demandado se encuentra cumpliendo un apremio personal, ya que conseguir el efectivo le resulte más difícil y demoroso que cumplir dicha obligación alimenticia en especie o cuerpo cierto.

Si el Juzgador determina que las pensiones alimenticias sean canceladas mediante la constitución de usufructo, uso o habitación deberá obligatoriamente en la resolución ordenar la prohibición de enajenar de los bienes del alimentante que sirvieron para fijar el modo de pago de la obligación alimenticia, todo en base del interés superior del niño, debiendo únicamente realizar la inscripción de la resolución en el Registro de la Propiedad para los fines de Ley pertinentes.

Proporcionar alimentos como es la de uso, usufructo o habitación no son comunes, pueden ser más justas que la de presionar o coaccionar al demandado a vender o embargar sus bienes muebles o inmuebles, ya que la parte accionante invocando el interés superior del niño suele solicitar el embargo o venta de estos bienes.

Si la ley estipulara que las pensiones alimenticias solo sean pagadas en dinero, limitaría al juzgador a determinar el monto o la cuantía en efectivo que se debe pagar, tal vez de esta manera dejando a lado la posibilidad de establecer una forma de pago que sea más justa y apegada a la realidad de las partes. Claro está que el pago en dinero es la mejor manera de cumplir con la obligación alimentaria puesto que sería una obligación líquida que se puede cobrar sin mayor dificultad y con mayor celeridad.

Si la parte demandada demuestra, fehacientemente, que ha pagado un porcentaje considerable de la deuda, carece por completo de recursos económicos o cursa circunstancias físicas graves para cumplir con la obligación alimenticia, sería lo más coherente que el mismo juez que dicto el apremio personal lo deje sin efecto

sin necesidad de solicitar el habeas corpus, ya que no existe norma jurídica que lo impida.

Se debería aceptar, inmediatamente, la solicitud de dejar sin efecto de apremio personal en contra del demandado, en el momento que se prueba que dicha medida cautelar sufre de vicios de procedimiento, por ejemplo, cuando el demandado ha sido citado por la prensa y solo se entera del juicio que había sido interpuesto en su contra al instante que es detenido, a pesar de que la actora sabía perfectamente o podía esforzarse un poco para determinar el domicilio del demandado.

Por lo que las condiciones o parámetros para establecer una garantía personal o real deberían estar contemplados en la ley reformativa.

Si se encuentran de acuerdo las partes de levantar las medidas cautelares que pesan en contra del demandado, es responsabilidad del juez dictar y asegurar las medidas alternativas para que las pensiones alimenticias sigan siendo cumplidas a cabalidad sin importar que las partes lo hayan o no solicitado, a fin de hacer prevalecer el interés superior de los menores.

7. BIBLIOGRAFIA

Libros

CABRERA VELEZ, Juan Pablo; Interés Superior del Niño; Editorial Jurídica Cevallos; Quito; Enero 2010.

FARITH SIMON CAMPANA, Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, Los Principios de Aplicación de los Derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Primera Edición, julio 2009.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Decimosexta Edición, 2003.

ZAVALA EGAS, Jorge; Teoría y Práctica Procesal Constitucional; Sobre los Precedentes Vinculantes; Guayaquil; 2011.

ALEXY, Robert, "El derecho general de libertad", en *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

FLOR RUBIANES, Jaime, Teoría General de los Recursos; Quito-Ecuador, 2011.

MONCAYO AGUIAR, Oswaldo, Cuestiones “Código de la Niñez y Adolescencia”, Editorial Santillana; Quito-Ecuador.

ALBAN ESCOBAR, Fernando; Derecho de la Niñez y Adolescencia; Quito 2003.

VODANOVIC H., Antonio, “DERECHO DE ALIMENTOS”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, Santiago – Chile.

COELLO GARCIA, Enrique; Sistema Procesal Civil; volumen 1; Editorial Universidad Particular de Loja; Quito; Enero 2009.

YEPEZ ANDRADE, Manuel Santiago; El Debido Proceso en la Nueva Constitución Política del Ecuador; Primera Edición; Quito; Enero 2009.

Normas Jurídicas

Constitución Política del Ecuador del 2008.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Declaración Universal de Derecho Humanos

Código Orgánico de la Función Judicial.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Código de la Niñez y Adolescencia.

Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Ley del Anciano

Ley de Casación

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Web

El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Interamericana sobre los Derechos del Niño, Miguel Cillero Bruñol,

http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf, ingreso 13 de mayo del 2013, a las 13h42

Derechos Humanos de la infancia, México,

http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm, p. 1, acceso 13 de diciembre del 2010, 20h00

MINISTERIO DE LA DEFENSA PUBLICA, PROVINCIA CHUBUT – ARGENTINA, <http://defensachubut.gov.ar/?q=node/2321>, ingreso 01/02/2012

Corte Constitucional Bogota – Colombia,

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=28340>, acceso 27 de junio del 2011

La Doctrina de la Protección Integral y Las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia, Daniel O'Donnell;

www.iin.oea.org/anales_xix_cpn/docs/Ponencia_Conferencistas/Daniel_O_Donnell/Ponencia_Daniel_O_Donnell.doc, México 2004

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia;
http://www.cнна.gov.ec/pages/interna_noticias.php?txtCodiNoti=294, 2010-05-12,
p. 1, acceso 22 de agosto del 2010, 21h00

BADÉN, Gregorio; Reforma Constitucional e Instituciones Políticas; p. 67;
<http://es.scribd.com/doc/30828570/37/Concepto-de-garantias-constitucionales>;
17h59

ASAMBLEA NACIONAL, PAEZ, Andrés,
http://asambleanacional.gov.ec/blogs/andres_paez/2009/11/19/proyecto-de-ley-reformatoria-al-codigo-de-la-ninez-titulo-v-derecho-de-alimentos/, p. 1, acceso 22 de agosto 2010, 20h30

BERNAL PULIDO, Carlos, Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría Adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?, p. 289;
http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, acceso 10 de diciembre del 2012, a las 17h41

<http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/programa-reestructuracion/modelo-de-gestion>, ingreso 08 de abril del 2013, a las 16h08

<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/catalogos/Syllabus-%20FAMILIA-MUJER-NINEZ-ADOLESCENCIA%20Y%20ADOLESCENTES%20INFRACTORES.pdf>

http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad, ingreso 09 de abril del 2013, a las 18h53

http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3994; primer considerando de la Resolución 159-2001 de Primera Sala de lo Civil y Mercantil; ingreso 16 de marzo del 2013, a las 20:21

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm; literales d9 y e) del numeral 2 del artículo 8, Convención Americana de Derecho Humanos; ingreso 27 de marzo del 2013, a las 10h38.

HOY, MORENO ORTIZ Nelson Oswald, <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/noticias-ecuador/aprueban-reforma-al-codigo-de-ninez-351631.html>, p. 1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h33.

EL UNIVERSO, <http://www.eluniverso.com/2009/11/03/1/1422/minimo-alimentos-llega-ingresos.html>, p. 1, acceso 11 de noviembre del 2010, 17h36.

Corte Suprema: 2 de octubre del 1964, R., t. 61, sec 1^a., p. 301, <http://books.google.com.ec/books?id=ECKaSNsXgQoC&pg=PA167&lpg=PA167&dq=No+es+posible+considerar+renta+del+alimentante&source=bl&ots=RSOXinryTe&sig=refgORsdVSn7TQ2cz8AAYJCaViQ&hl=es&sa=X&ei=QqVtUcqGNZT49gT594GwAw&sqi=2&ved=0CCoQ6AEwAA#v=onepage&q=No%20es%20posible%20considerar%20renta%20del%20alimentante&f=false>, ingreso 16 de abril del 2013, a las 14h27.

VISTAZO, <http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=10247>, p. 1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h22.

http://ec.kalipedia.com/historia-ecuador/tema/abolicion-prision-deudas.html?x=20080803klphishec_26.Kes&x1=20080803klphishec_23.Kes; 15 de abril del 2013; 00:41

EL UNIVERSO,

<http://www.eluniverso.com/2009/06/01/1/1422/5CE9D7E3BE944BF4A0CBEB8F4041E647.html>, p.1, acceso 11 de diciembre del 2010, 17h10.

EL UNIVERSO, PUGO Cecilia,

<http://www.eluniverso.com/2009/06/28/1/1447/E7E457720FA34A6DA024D2B573E6372F.html>, p. 1, acceso 11 de noviembre del 2010, 17h40.

RESOLUCIONES Y OTROS

Oficio Nro. CNNA-SEN-2013-0088-OF; 22 de enero del 2013; Quito.

Resolución del 15 de septiembre del 2011 de la Segunda Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

Sentencia No. 020-10-SEP-CC; Caso No. 0583-09-EP; Corte Constitucional, 11 de mayo del 2010

Resolución del 22 de agosto del 2011, a las 08h28, Segunda Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha

Resolución del 30 de enero del 2012, a las 10h14, Primera Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

Resolución del 08 de agosto del 2012, expediente Nro. 2012-0779 de la Primera Sala de lo Labora de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha.

Resolución de Aumento de Pensión Alimenticia del 23 de abril del 2012, Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito, en el juicio Nro. 2006-1094-DA.

Providencia del 29 de noviembre del 2010, Juicio No. 2348-2005, Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia.

Providencia del 05 de junio del 2012, a las 10h59, de la Segunda Sala de lo Laboral de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Pichincha, expediente de 2012-0548, en el Juicio 2012-0269-MZ del Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito.

Resolución del 9 de agosto del 2012, juicio Nro. 2003-0977-MZ, Juzgado Décimo de la Niñez y Adolescencia de Quito.