

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera

“IMPLICACIONES Y REPERCUSIONES
DE LAS REFORMAS
AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DE 28 DE JULIO DE 2009”

Realizado por:

LUIGI DANIEL JIMÉNEZ TITUAÑA

Como requisito para la obtención del título de:

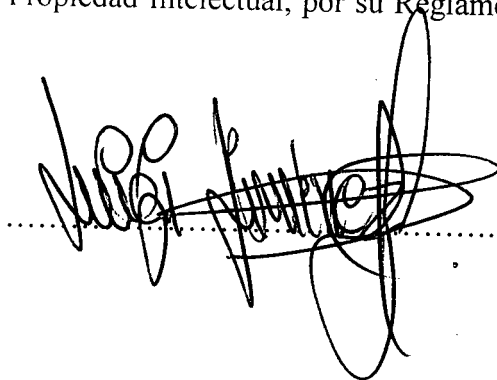
ABOGADO

QUITO, MAYO 2011

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo Luigi Daniel Jiménez Tituaña, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional y que he consultado referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luigi Daniel Jiménez Tituaña', is written over a horizontal dotted line.

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado
“IMPLICACIONES Y REPERCUSIONES DE LAS REFORMAS
AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
DE 28 DE JULIO DE 2009.”

Realizado por el alumno

LUIGI DANIEL JIMÉNEZ TITUAÑA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADO

ha sido dirigido por el profesor

Dr. OSCAR CHAMORRO GONZÁLES

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
Director

Los profesores informantes

DRA. GABRIELA HIDALGO
DRA. MÓNICA RODRÍGUEZ

Después de revisar el trabajo escrito presentado,
lo han calificado como apto para su defensa oral ante tribunal examinador.

.....

.....
Gabriela Hidalgo

DEDICATORIA

A Dios, porque con él aprendí que para ganar a veces tienes que perder, por eso mismo no reclamo, porque tengo que aprender, de rodillas en mi cuarto, esperándote volver, y sé que algún día tú regresas y me dicen tus promesas que contigo nunca me podrán vencer.

A mi madre por ser mi todo, por estar ahí en las noches, en las mañanas, en mis lágrimas, en mis alegrías, en mis triunfos, por ser la dueña de mi alma, y mi corazón.

A mi abuelito Nicolás, por ser mi fortaleza y mi Padre incondicional.

A María Fernanda, por ser mi amor incondicional, y por enseñarme que nada fácil en la vida se hace fuerte.

A mi hermana, mi cuñado y mi sobrino, por confiar en mí.

A Andrés Tenjo, por ser mi Hermano inseparable de locuras, alegrías, y tristezas.

A mis primos Andrés, Gabriel y Daniel por su confianza y cariño sincero.

AGRADECIMIENTO

A mi director de tesis el Dr. Oscar Chamorro, por ser el único abogado amigo que conozco en el Ecuador.

A la Dra. Gabriela Hidalgo por su paciencia y apoyo.

RESUMEN

A través del presente estudio se busca encontrar las deficiencias que ha tenido el sistema jurídico social e institucional para la vigencia de los derechos de los niños en el Ecuador y a su vez determinar cuáles son los cambios que emprenden las nuevas reformas al Código de la Niñez y Adolescencia para la solución de estas deficiencias. Reformas que serán analizadas en el presente trabajo, para de esta manera, entender como estas innovaciones pueden llegar a ser efectivas en una legislación que presenta antecedentes de un alto índice de violación a los derechos de los niños, presentándose como raíz del problema, una concepción limitante en la que se expresa al niño y el adolescente como no sujetos de derechos, lo que producía una no corresponsabilidad de la Sociedad, la Familia y el Estado, y la no inclusión social de la Niñez y Adolescencia, con capacidad de ejercer y demandar la aplicación de sus derechos.

Si bien es cierto que Códigos de Menores, derogados ya contemplaban principios y normas de las nuevas tendencias de la Convención sobre Derechos del Niño y del Adolescente, es un hecho que existe una notoria prescindencia, y violaciones sistemáticas, de las normas de ese instrumento internacional, tanto en el texto legal cuanto en la práctica judicial y es por eso que dentro del Nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, se busca superar a la doctrina acerca de la situación irregular, y pasar a la doctrina de protección integral. Misma en la que el Estado, la sociedad y la familia debe garantizar un protección a todos los niños y niñas y adolescentes, para lograr el desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, creando normas que regulan el goce, ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de estos, así como los medios para hacerlos efectivos y garantizarlos.

ABSTRACT

The objective of this study is to find the deficiencies of the social and institutional juridical system in order to prove the validity of children rights and to analyze the changes of the new reforms done by the child code to find a solution for these deficiencies. It is also established how these innovations and reforms can be effective, in a legislation that presents a high percentage of rights violation and a limited concept in which children and teenagers are consider as individuals with no rights, which creates uncertainty and lack of social inclusion for children and teenagers.

Although there are Children laws that had applied principles and new tendencies included in the Convention on the Rights of the Child, it is certain that they have a notorious lack of principles and systematic violations of this international juridical instrument. For these reason the new child code tries to exceed the old doctrine of irregularities and replace it with a total protection doctrine, in which the Government, the society and the family must guarantee the total protection for every child and teenager, in order to obtain their development and the whole application of their rights.

RESUMEN EJECUTIVO

A pesar de las deficiencias históricas acontecidas sobre el derecho de alimentos en el Ecuador, el mismo ha ido evolucionando y generando cambios fundamentales en post de todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, la religión, la ideología, la nacionalidad o cualquier otra condición propia. Y si bien los derechos y las garantías de los menores de edad, actualmente son de interés público, irrenunciables e intransigibles, su ámbito de aplicación presupone también la existencia de vínculos consanguíneos entre el acreedor de alimentos y la persona beneficiara. Y es por esa consideración que la nueva reforma expresa a este derecho como connatural a la relación parento-filial y lo relaciona con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Señalando además que la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios incluye:

- Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente
- Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas
- Educación
- Cuidado
- Vestuario adecuado
- Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos
- Transporte
- Cultura, recreación y deportes; y,
- Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Clasificación que otorga una nueva visión por parte del Estado y de los legisladores hacia las garantías de los menores, buscando formar un conjunto de derechos con fundamento en el Buen Vivir, y sobre todo en una política de protección integral que sea efectiva y que precautele los derechos y deberes de cada niño, niña y adolescente.

Ya que cada uno de los menores de edad, son titulares principales de este beneficio alimentario, compartiendo este favor legal con 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 las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad física o mental que 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.

Eso en referencia a la titularidad, en lo que concierne a los Obligados de la responsabilidad alimentaria, la nueva reforma especifica que tanto el padre como la madre están obligados a la prestación de alimentos, no eximiéndoles de esta responsabilidad legal el hecho de prestar atenciones personales, o determinantes al menor como es el caso de la madre. Estableciéndoles de esta forma como obligados principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad; situación que no era considerada en la antigua ley de alimentos, ya que la misma solo mantenía a los padres como uno de los obligados dentro de la clasificación de los responsables a la prestación de alimentos.

En lo que respecta a los obligados subsidiarios, su aparición dentro de la nueva reforma se da con el fin de cumplir con los principios fundamentales del Código de la Niñez y Adolescencia, entre los que se observa el interés superior del niño, el deber del estado

frente a la familia, la prioridad absoluta, la aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente, ejercicio progresivo y en cumplimiento de disposiciones de Convenios Internacionales, principalmente la Convención de los derechos del Niño aprobada por el Ecuador, fundamento que hizo que los legisladores creen esta figura subsidiaria, buscando con ello el aseguramiento de la obligación alimenticia, misma que tiene que consumarse de manera principal por parte de los padres del menor, pero únicamente en caso de ausencia o falta de recursos, el titular del derecho por medio de su representante podrá seguir la acción legal en contra de los obligados subsidiarios, quienes por clasificación de la nueva reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, tienen un orden prioritario y una vez determinados y requeridos en el proceso alimenticio, serán los encargados de suministrar la cuota decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, mismo que establecerá la pensión observando las tablas para la fijación de pensión alimenticia emitidas por el Consejo de la Niñez y Adolescencia.

La reforma realiza la siguiente clasificación respecto del orden de responsabilidad de los obligados subsidiarios:

- Abuelos/as, en primer punto,
- Los hermanos/as que hayan cumplido 21 años y no se encuentren estudiando o sufran algún tipo de discapacidad
- Los tíos/as.

Eso respecto a los obligados, en lo pertinente a los progenitores presuntos, la nueva reforma menciona la obligación que tiene el presunto progenitor con el titular de la pensión alimenticia, cuando exista negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN, llegando a presumirse de hecho la filiación o relación de parentesco con el menor o adolescente. Pero si un Obligado si se sometiere al examen de ADN y el resultado es positivo, el Juez en ese momento declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la resolución en el Registro Civil, o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes

consanguíneos. Y en la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual es exigible desde la fecha de presentación de la demanda.

Pero que sucede cuando el demandado funda su negativa para la práctica del examen de ADN, en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, en ese caso la reforma manifiesta que el Juez de la Niñez y Adolescencia, dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realizará el examen de ADN en forma gratuita. Se admitirá la demostración de la carencia de recursos del presunto padre, madre o pariente consanguíneo obligado a sufragar los gastos que demande el examen de ADN, así como las costas procesales y los gastos del estudio social, cuando del estudio de la oficina técnica se probare dicho particular y de conformidad con la prueba que se actúe en la audiencia única

En lo que respecta a las pruebas de ADN, dentro de la reforma se puede observar nuevo requisitos sustanciales, para la práctica de estas experticias, dado que actualmente estas pruebas solo podrán ser realizadas por peritos del Ministerio Público, quienes contemplarán las medidas necesarias para asegurar una adecuada práctica de la misma y para que estas puedan ser consideradas como prueba dentro del proceso. Consideración que no contemplaba el texto derogado mismo que no delimita a alguien en específico para la realización de la prueba de ADN, dejando a libre disposición la práctica de la prueba y por ende la veracidad de los resultados.

Y es por esa razón que la nueva reforma incorporo condiciones específicas y sustanciales para la práctica de las pruebas de ADN, expresando el valor probatorio de la prueba y determinando que se tendrá por suficiente, con la práctica de la misma para afirmar o descartar la paternidad o maternidad.

Eso con respecto a las pruebas de ADN, en lo pertinente a la fijación del pago de la pensión de alimentos, será el Juez de la Niñez y Adolescencia el encargado de determinar el depósito de una suma de dinero, misma que será concedida 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 a favor de la beneficiario o de quien legalmente lo represente.

Otra forma de prestación de la pensión alimenticia, es a través de la constitución de derechos de usufructo, que también se entenderá como una pensión alimenticia; otra forma de prestación consistirá en la satisfacción directa por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez de la Niñez y Adolescencia. Cabe mencionar que dentro del nuevo proceso alimentario el Juez no 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.

Estas tablas para la fijación de la pensión alimenticia fueron estructuradas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, atendiendo a los parámetros establecidos en la reforma al Título V del Libro Segundo: Del Derecho de Alimentos del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; y, al estudio técnico que realizó sobre los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida (2005-2006), efectuado por el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. Creando estas disposiciones bajo tres niveles: según el ingreso del alimentante, el número de hijos e hijas y la edad de los derechohabientes, el porcentaje que deberán recibir para su manutención los titulares del derecho alimentario.

Es por eso que en la actualidad para fijar la cuota de alimentos, se observara a las tablas de pensión alimenticia, pero además se tendrá que tomar en cuenta las necesidades del alimentado y las posibilidades económicas del alimentante, ya que no podrá fijarse una suma mayor que la que éste puede pasar, sin privarse de la satisfacción de sus propias necesidades. Es por eso que el juez deberá hacer un minucioso análisis de los ingresos ordinarios y extraordinarios y de los recursos que se pueden colegir de la forma de vida del obligado.

Entrando en medidas cautelares, la nueva reforma conserva las mismas medidas reales de la antigua ley de alimentos, pero en lo que concierne a medidas cautelares personales encontramos innovaciones que han generado controversia dado que se creó la figura del apremio personal, ya no solo para el obligado principal sino también para los obligados subsidiarios.

Pero cabe aludir que el sustento jurídico del apremio personal, parte de la situación de incumplimiento de la responsabilidad civil, por parte del obligado alimentario, mismo que al configurar mora en sus prestaciones, deja en inseguridad y sobretodo en peligro al menor, ya que dicho infante o adolescente depende de este rubro alimentario para su vida diaria, y es por eso que el apremio personal subsana la infracción alimentaria cometida, dejando clara la intención del legislador de buscar la consecución efectiva de lo que por ley les corresponde a los menores, ya que caso contrario se procederá con el respectivo apremio, mismo que únicamente buscara el cumplimiento de lo que por ley se adeuda a los titulares del derecho.

Lo que sí es una novedad dentro de la nueva reforma, es la prisión para las obligados subsidiarios, pero esta medida tiene su sustento en la falta de responsabilidad del obligado principal, quien luego de ir a la cárcel reiteradamente hace de su incumplimiento, o de su supuesta falta de recursos un ritmo de vida, lo cual afecta de manera directa sobre el menor alimentado, ya que dicho titular del beneficio, espera este rubro para poder satisfacer sus necesidades económicas, educativas, alimenticias, etc. Y es por esa situación que se promulgó la responsabilidad solidaria a los obligados subsidiarios y la posibilidad de un apremio personal sobre los mismos, con el único fin mediato de satisfacer lo que por ley le corresponde al menor por parte de uno de sus familiares en línea de parentesco, ya que bajo el interés superior del niño, los intereses de los menores y adolescentes prevalecen y tienen que hacerse efectivos.

Un punto que si se tiene que tomar en cuenta sobre esta medida de apremio, es el trato que se da al deudor moroso de pensiones alimenticias, y esto porque los detenidos bajo el apremio personal dentro de la materia de alimentos, tienen el mismo trato y condición que

un sujeto delictivo, lo que genera inseguridad sobre la integridad física de los morosos alimentarios, ya que es fundamental y lógica la distinción que existe entre una persona detenida por el no cumplimiento de pensiones alimenticias, y una persona detenida por una violación. Es por eso necesario que los legisladores si bien promueven un efectivo apremio personal, tanto para el obligado principal como para el subsidiario, a su vez no está demás que promulguen un trato distintivo al momento de la detención de un obligado alimentario, ya que no se está tratando con delincuentes sino con personas que únicamente no han cumplido con su obligación paternal, la cual puede ser inmediatamente subsanada con el pago de lo que por ley se adeuda.

Entrando en materia procesal la reforma presenta innovaciones que aportan en gran forma a la celeridad del proceso, empezando con la demanda, misma que se presentara por escrito, tomando en cuenta el formulario creado por el Consejo de la Niñez y Adolescencia, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia. Formulario que contiene innovaciones mediante las cuales el reclamante individualizara datos tanto personales, como de las personas obligadas al pago de pensión alimenticia, indicando a su vez a los responsables principales como a los subsidiarios de la obligación alimentaria legal.

Dentro del formulario que contiene la demanda, también se podrá hacer el anuncio de pruebas que justifiquen la relación de filiación y parentesco del reclamante así como la condición económica del alimentante. Una de las ventajas del nuevo formulario de demanda, es que no se necesita de la firma de un abogado para poder impulsar el proceso judicial, ya que con solo la firma del que demanda, el proceso inicia.

Es pertinente citar que el nuevo formulario de demanda, cambia totalmente con el clásico modelo establecido en el Código de Procedimiento Civil, reestructurándole y presentando creaciones que se fundamentan en los derechos de los niños, y que pretenden desde el inicio del proceso alimentario, brindar garantías que aseguren el cumplimiento de la obligación alimenticia, constituyéndose así en un eficiente instrumento, ya que contempla

un formulario con todos los requisitos claros y precisos únicamente para completar; y que a diferencia de la antigua demanda, la cual había que redactarla específicamente con el código de procedimiento civil, y si una persona no conocía de derecho o si no se asesoraba por un abogado, no podía hacer efectivo lo que por ley le corresponde, y es por eso que la nueva reforma contempla la posibilidad de la iniciación del proceso sin el auspicio de un abogado, generando así un beneficio para las personas que no cuentan con los recursos para el patrocinio jurídico en los casos de alimentos.

7 Siguiendo con el ámbito procesal, podemos decir que una vez que se ha procedido a presentar la demanda, el Juez de la Niñez y Adolescencia, en el término de dos días posteriores a su recepción, procederá a la calificación y en la misma providencia fijará la pensión provisional de alimentos en base a la tabla de pensiones creada por el Consejo de la a Niñez y Adolescencia y dispondrá la citación bajo prevenciones que de no comparecer el demandado se procederá en rebeldía, y convocará a las partes a una audiencia, la misma que será fijada dentro del término de diez días contados desde la fecha de citación.

No está demás argumentar que en lo referente a los alimentos provisionales, este es un privilegio orientado a cubrir necesidades inmediatas de los alimentados durante la sustanciación del proceso, por lo tanto podemos entender y aclarar que los alimentos provisionales no implican un juzgamiento anticipado al deudor de alimentos, por la razón que estas prestaciones son únicamente para cubrir una necesidad, ya que el análisis completo y el auto resolutorio se realizará al tiempo de la Audiencia Única, momento procesal donde se observan todos los elementos probatorios y las argumentaciones de las partes, para de ahí proceder a la fijación de una pensión alimenticia.

En materia de citaciones la misma se realizara en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, o a través de notario público o por boleta única de citación que será entregada al demandado de ser necesario, con el apoyo de un miembro de la fuerza pública, quien sentará la respectiva razón. En los casos en los que se desconozca el domicilio del demandado y quien represente al derechohabiente carezca de los recursos para hacerlo, el Consejo de la Judicatura realizará una sola publicación mensual en el

periódico de mayor circulación nacional, pudiendo solicitar la devolución de lo pagado, cuando el citado comparezca.

Dentro de la nueva reforma, la ley contempla el señalamiento de la dirección electrónica, a efectos de que se le asigne su clave de acceso, al demandado. Además presenta la innovación de la boleta única con el apoyo de un miembro de la Fuerza Pública, misma que es una nueva solemnidad que pretende darle mayor eficiencia al acto de citación, pretendiendo que el deudor se apersona de lo que por ley se le está obligando.

Una vez citado el obligado de la prestación alimenticia, se procederá a la fijación del día y la hora para la Audiencia Única, misma que constituye el punto neurálgico del proceso de alimentos, ya que dentro de esta diligencia judicial, se procederá a la fijación de una pensión definitiva, y por tanto dependerá del abogado de la parte actora la constitución de la prueba necesaria, que demuestre el nexo familiar y la posibilidad económica de la que dispone el deudor, y conforme a este fundamento se demostrara al Juez de la Niñez y Adolescencia, la verdadera condición económica del obligado, misma que será analizada y ejecutada en una pensión definitiva, tomando en cuenta los porcentajes de las tablas para la fijación de las pensiones alimenticias creadas por la nueva reforma.

Es menester señalar que dada la nueva protección al menor y buscando una agilidad en el proceso se creó una única audiencia, y esto exclusivamente porque en el antiguo proceso se contaba con dos, mismas que en la práctica demoraban demasiado, por el señalamiento inmediato de estas diligencias, lo que generaba un no percibimiento de su derecho al titular del beneficio, y es por esa razón que en la nueva reforma se cuenta con una sola audiencia, en la cual se evacua todas las diligencias procesales y se procederá con la fijación definitiva de la pensión alimenticia.

Un avance muy significativo de la Audiencia Única, es la disposición expresa de que el Juez de la Niñez y Adolescencia, sea el conductor personal de la misma, y que a su vez informe al demandado sobre la obligación que tiene de proveer los alimentos para cubrir

las necesidades del menor y 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.

Es oportuno mencionar que una vez concluida la Audiencia Única, se procederá a dictar un auto resolutorio, mismo que no es definitivo, ya que la decisión judicial que fija el monto de la prestación no causa ejecutoria. Por la razón que la situación económica de ambas parte puede variar, generando ya sea una mayor necesidad, o una no posibilidad de continuar abonando la pensión fijada por falta de recursos y por consiguiente, podrá revisarse en cualquier tiempo, a petición de parte, para aumentarse o reducirse, dadas las circunstancias que acontezcan.

Con lo expuesto podemos mencionar el gran avance que ha generado la reforma en materia de alimentos, ya que actualmente se cuenta con un sistema holístico, garantista e independiente, que busca la satisfacción de todos los derechos que incluyen los alimentos, es decir vivienda, educación, salud, ambiente sano, desarrollo personal, etc. Lo que genera una nueva visión integralista y garantizador, donde los menores pasan a ser sujetos de derechos y ya no simples objetos de protección.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: EL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL ANTERIOR CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	2
1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN, SUPLETORIEDAD Y PRINCIPIOS	2
1.1.1 Ámbito De Aplicación.....	2
1.1.2 La Supletoriedad del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil y	3
Principios	3
1.1.2.1 El Interés Superior del Niño.....	4
1.1.2.2 El Deber del Estado Frente a la Familia	5
1.2. EL DERECHO DE ALIMENTOS PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES	6
1.2.1 Naturaleza Jurídica.....	6
1.2.2 Titulares	7
1.2.2.1 Titularidad del derecho a reclamar alimentos:	7
1.2.3 Obligados a la prestación de alimentos	9
1.2.3.1 Obligado Natural.....	9
1.2.4 Progenitores presuntos y pruebas biológicas	11
1.2.4.1 Progenitores Presuntos	11
1.2.5 Condiciones para las pruebas biológicas	12

1.3 FORMAS EN LA QUE SE PRESTAN LOS ALIMENTOS	13
1.3.1 Criterios para determinar el monto de la prestación	15
1.3.2 Subsidios y otros beneficios	16
1.4 PROCEDIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS	18
1.4.1 Fijación de la Pensión Provisional	18
1.5 MEDIDAS CAUTELARES Y DE EJECUCIÓN	19
1.5.1 Apremios Reales	19
1.5.1.1 Prohibición de Enajenar	20
1.5.1.2 Secuestro	21
1.5.1.3 La Retención	22
1.5.2 Apremio personal	23
1.6 LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL Y LA COSA JUZGADA FORMAL EN LA SENTENCIA QUE FIJA LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS	24
1.6.1 Cosa Juzgada Material	24
1.6.2 Cosa Juzgada Formal	25
1.6.3 Apelación de la resolución	26
1.7 EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS	27
CAPÍTULO 2: ÚLTIMA REFORMA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA PUBLICADA EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NO. 643, DE 28 DE JULIO DE 2.009	29
2.1 MOTIVOS Y JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA	29
2.1.1 Motivos	29
2.1.2 Justificación	31
2.2 EL DERECHO DE ALIMENTOS PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES: NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS	34

2.2.1 Naturaleza.....	34
2.2.2 Características del Derecho de Alimentos	36
2.3 TITULARES Y OBLIGADOS	37
2.3.1 Titulares	37
2.3.2 Obligados a la prestación de alimentos	40
2.3.3 Obligados Subsidiarios	44
2.3.3.1 Cuando Existe Responsabilidad Subsidiaria	44
2.3.3.2 Requisitos para Responsabilidad Subsidiaria	45
2.3.3.3 Orden de la subsidiaridad	46
2.4 PROGENITORES PRESUNTOS Y PRUEBAS BIOLÓGICAS.....	47
2.4.1 Negativa de la Prueba de ADN por Falta de Recursos	49
2.4.2 Peritos Realizan la prueba de ADN	50
2.4.3 Oportunidad de la Prueba de ADN	51
2.4.4 Confidencialidad de la Prueba de ADN	52
2.5 FORMAS EN LA QUE SE PRESTAN LOS ALIMENTOS	53
2.5.1 Formas de Pago	53
2.5.2 Criterios para determinar el monto de la prestación.....	54
2.5.3 Carga de la Prueba de los Ingresos.....	54
2.5.4 La Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas	56
2.5.5 Subsidios y otros beneficios	58
2.6 CADUCIDAD DEL DERECHO	60
CAPÍTULO 3: PROCEDIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS.....	62

3.1. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA FIJACIÓN Y COBRO DE PENSIONES ALIMENTICIAS Y DE SUPERVIVENCIA: ETAPAS PROCESALES, TÉRMINOS Y RECURSOS.....	62
3.1.1 Demanda	62
3.1.2 Calificación de la demanda.....	65
3.1.3 Citación	66
3.1.4 Audiencia Única.....	66
3.2 LOS RECURSOS	69
3.2.1 Aclaración y Ampliación	69
3.2.2 Apelación.....	69
3.3 MEDIDAS CAUTELARES Y DE EJECUCIÓN	70
3.3.1 El registro de deudores	71
3.3.2 Inhabilidades del deudor de alimentos.....	72
3.3.3. Apremio personal	73
3.3.4 Apremio Personal a los Obligados Subsidiarios.....	76
3.3.5 Medidas Cautelares Reales.....	77
3.3.5.1 El Secuestro.....	78
3.3.5.2 La Retención	80
3.3.5.3 Prohibición de Enajenar.....	81
3.4 LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN LA SENTENCIA QUE FIJA LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS	82
3.4.1 Cosa Juzgada Material	82
3.4.2 Cosa Juzgada Formal.....	84
3.4.1 Incidentes de la Pensión de Alimentos.....	86
CAPITULO 4: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	88

4.1 CONCLUSIONES.....	88
4.2 RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	94

INTRODUCCIÓN

“El derecho de alimentos es un vínculo obligacional de origen legal, que exige recíprocamente de los parientes una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado, esta relación de índole netamente asistencial, trasunta principios de solidaridad familiar antes las contingencias que puedan poner en peligro la subsistencia física de uno de sus miembros y que le impidan circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar esa subsistencia.”¹

Con la nueva reforma, el derecho de alimentos adquirió relación directa con el derecho a la vida, a la supervivencia y a una vida digna, esta observancia se fundamenta en las nuevas disposiciones de la Constitución del 2008, con lo referente al Buen Vivir, donde se promueve la entrega de los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente esto como parte de la nueva soberanía alimentaria contemplada también en la nueva Constitución.

Constituyendo así un nuevo derecho de alimentos con una visión integralista, que no solo engendra una necesidad económica por parte de los beneficiarios, sino un conjunto de derechos que promueven su desarrollo y protección, visión que anteriormente no se observaba y mucho menos aplicaba al sistema de Niñez y Adolescencia del Ecuador.

¹ Bossert Gustavo, Zannoni Eduardo. Manual de Derecho de Familia, Editorial Astrea, Argentina, 2004, Pág. 47

CAPÍTULO 1: EL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL ANTERIOR CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

(En el presente capítulo se analizara la ley derogada sobre el derecho de alimentos en el Ecuador, a fin de poder encontrar las deficiencias y vicisitudes que llevaron a los legisladores, a la promulgación de una reforma sobre la ley de la materia, es pertinente mencionar que todas la información, artículos y citas del presente capítulo son referentes a ley de alimentos derogada.)

1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN, SUPLETORIEDAD Y PRINCIPIOS

1.1.1 Ámbito De Aplicación

El ámbito de aplicación del derecho de alimentos en el antiguo Código de la Niñez y Adolescencia, se aplicaba a todo niño, niña o adolescente, sin distinción alguna, independientemente de la etnia, la cultura, el idioma, la nacionalidad o cualquier otra condición propia, de su padre, madre, representantes legales o personas encargadas. Estos derechos y garantías, son de interés público, irrenunciables e intransigibles. El ámbito de aplicación presupone además la existencia de vínculos consanguíneos entre el acreedor de alimentos y la persona deudora de tales, por ello se necesita que exista una obligación alimentaria de uno a otro.

Bajo este concepto de aplicación, podemos observar y analizar el avance jurídico que presenta la ley derogada, en el cual ya se independiza la figura del derecho de alimentos para niños, niñas y adolescentes, generando así un nuevo sistema holístico, independiente y garantista, que busca una nueva visión de los menores de edad y de la eficacia de sus derechos, es por eso, que en el presente estudio se irá explicando punto por punto en la parte pertinente, sobre los cambios realizados y sobre los motivos que a su vez generaron la reforma.

1.1.2 La Supletoriedad del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil y Principios

“En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia. (...)”²

Es pertinente citar que el principio de supletoriedad, le entrega la autonomía absoluta al Código de la Niñez adolescencia, para que sea el cuerpo neurálgico, que promulga normas sustantivas y adjetivas, respecto de la regulación y cumplimiento de los derechos de los menores y adolescentes. Dejando aún lado la intervención del Código Civil y de Procedimiento Civil, cuerpos normativos que fueron por mucho tiempo la base jurídica de este grupo de personas y que actualmente solo podrán ser utilizados cuando surja una situación no prevista por el Código en mención.

Pero puede ser ventajosa o perjudicial esta supletoriedad; claro está que si tomamos en cuenta los antecedentes de la legislación para menores y adolescentes en el Ecuador, podemos observar las

² Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Art. 2, Publicado el 3 de enero de 2003 en el Registro Oficial #737.

deficiencias que han existido para el respeto de sus derechos, y si bien existía regulación, la misma no se hacía efectiva y ese es el principal fundamento para dejar a un lado a los clásicos y elementales cuerpos normativos y pasar así a la promulgación de una nueva codificación independiente y garantista.

1.1.2.1 El Interés Superior del Niño

“El interés superior de 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. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (...)”³

Este principio es una observancia y subsaneamiento de las deficiencias jurídicas respecto de la niñez y adolescencia, y es solo a través de las políticas de Derecho Público plasmadas esencialmente en la Convención de los Derechos del Niño, que se reconoció a los menores y adolescentes como sujetos de derecho y de protección por parte del Estado. Cabe mencionar que el citado principio rompe con la con la ínfima importancia que tenían los menores dentro de los procesos judiciales, y les otorga un papel fundamental, ya que al ser titulares del derecho, tienen una garantía expresa que tiene que ser respetada tanto por los obligados, como por los administradores de justicia.

³Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Ibídem, Art. 11

“Además se presenta como un principio complementario de los derechos de los niños con una nueva visión que busca perfeccionar una garantía integralista, que inspire las decisiones de los funcionarios públicos, constituyéndose así en una obligación imperativa hacia los empleados judiciales, que en algunos puede ser una causa para tomar una decisión extra legal, que puede llegar a atentar con la seguridad jurídica y sobre la tutela efectiva de la que son parte todos los miembros de la sociedad.” (...) ⁴

Si bien no está mal que se reconozcan todos los derechos y garantías que los niños tienen, pero no por eso, se puede dejar de observar los derechos de las demás personas, ya que si bien los menores y adolescentes como titulares tienen derecho a que se les reconozcan todas sus garantías, los padres también como obligados tienen derecho a un juicio que sea justo y proporcional de acuerdo a sus posibilidades y condiciones.

1.1.2.2 El Deber del Estado Frente a la Familia

“El Estado tiene el deber prioritario de definir y ejecutar políticas, planes y programas que apoyen a la familia. (...)” ⁵

Una de las nuevas políticas del estado la encontramos en la Constitución de Montecristi del 2008, misma que promulga una innovadora visión garantista de derechos, donde todos se vuelven complementarios entre sí, buscando de esta forma una protección integralista para todas las personas que forman parte de la sociedad, con el fin de lograr el desarrollo y disfrute pleno de derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

“Algunos de los elementos que caracterizan a una legislación basada en la doctrina de protección integral, es la consideración jurídica de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de

⁴ Bruñol, Miguel, El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional de Sobre los Derechos del Niño, Cfr. <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

⁵ Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Ibidem, Art. 10

derechos, buscando de esta manera garantizar el pleno desarrollo de todos los menores y adolescentes, enfatizando su condición de ser humano en pleno desarrollo, sin dirigirse exclusivamente a aquellos niños y adolescentes que tienen carencias o cuyos derechos han sido violados o inobservados. (...)”⁶

Al ser parte de una nueva doctrina de protección integral se creó un avance fundamental dentro de la legislación de la niñez y adolescencia, esto con el reconocimiento de los menores y adolescentes como sujetos de derechos, entregándoles por tanto garantías y derechos que por ley les corresponde, generando a su vez una verdadero sistema de protección, que va de la mano con una correcta aplicación de justicia, que destaque los derechos, promueva pensiones justas y un desarrollo pleno e integral de todos los menores del Ecuador.

1.2. EL DERECHO DE ALIMENTOS PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES

1.2.1 Naturaleza Jurídica

“El derecho alimentario del hijo menor de edad deriva de los deberes legales que impone a sus progenitores la patria potestad, los cuales son debidos por cada uno conforme a su condición y fortuna. (...)”⁷

La naturaleza del derecho de alimentos parte del parentesco, elemento que es el nexo para el establecimiento de la existencia de la relación familiar, y es a través de este lazo que nace la obligación civil de prestar una pensión alimenticia, y del hecho de poder exigirla. Cabe mencionar que este derecho cuenta con caracteres específicos, que designan su naturaleza.

⁶ Bruñol, Miguel, El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional de Sobre los Derechos del Niño, Cfr. <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

⁷ D’Antonio, Daniel, Código Civil Comentado, Editorial Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2004, Pág. 35

Dentro de esos caracteres específicos encontramos que es intransferible, ya que es personal y debe ser considerado expresamente por el obligado principal, mismo que no puede a ningún momento, y ni por ninguna circunstancia, transferir la obligación que por ley le corresponde. Es irrenunciable ya que es una garantía otorgada hacia los titulares de derecho y los mismos no podrán desistir al derecho, por su simple voluntad o capricho. Es imprescriptible, ya que a ningún momento los titulares, pierden la posibilidad de accionar lo que por ley les corresponde y no admite compensación ya que lo que se pretenden es que los menores y adolescentes tengan una estabilidad tanto económica como emocional.

1.2.2 Titulares

1.2.2.1 Titularidad del derecho a reclamar alimentos:

- Los niños, niñas y adolescentes no emancipados.

“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de estas personas, además de aquellos específicos de su edad. (...)”⁸

Con la creación del Código de Menores y en lo posterior con el Código de la Niñez y Adolescencia, se realizó una individualización respecto de la titularidad del derecho de alimentos, ya que el Código Civil menciona como titulares no solo a los descendientes, sino también al cónyuge, los hermanos y ascendientes, demostrando así el avance normativo de la reforma y la búsqueda de la protección y garantía de los derechos de los niños y adolescentes exclusivamente.

⁸ Código de la Niñez y Adolescencia, Ibidem, Art. 15

- La antigua ley de alimentos expresa que también son titulares del derecho de alimentos, los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes.

En la antigua ley de alimentos, no se debía demostrar que el beneficiario se encontraba cursando estudios, es decir, no se tenía que adjuntar al proceso una certificación de la secretaria universitaria, donde conste que el titular del derecho estaba matriculado y estudiando en dicha institución, ya que en la anterior ley, esto se presumía con la edad exclusivamente.

Dentro de la ley derogada, también podemos observar que la obligación alimentaría no cesa con la mayoría de edad, ya que existe la justificación de realizar estudios superiores, buscando de esta manera que los alimentos sean considerados hasta una edad en la cual los beneficiarios, ya puedan mantenerse solos y tengan una profesión que sea su sustento de vida.

- También son titulares del beneficio alimentario las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos.

Esta disposición es fundamental, dado que muchas personas sufren de enfermedades que no les permite subsistir por sí mismas y muchas veces esto les obliga a trabajar en la mendicidad para poder sustentarse lo necesario para su vida, ya que si muchos de los padres ni si quiera cuando los hijos son sanos buscan ayudarles, menos aún si ellos tienen algún tipo de enfermedad o sufren algún tipo de discapacidad. Pero es pertinente decir que la antigua norma sobre alimentos, no solicitaba un certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, para otorgar el beneficio alimentario, ya que en la derogada ley alimentaria, este derecho se otorgaba

a todos las personas discapacitadas, sin la exigencia o solicitud de ningún tipo de certificación de por medio.

1.2.3 Obligados a la prestación de alimentos

1.2.3.1 Obligado Natural

Los obligados a la prestación de alimentos, tienen la responsabilidad civil de otorgar una asignación alimenticia hacia los titulares del derecho, y esto porque la obligación alimentaria nace estrictamente del parentesco, el cual es el nexo que se convierte en el sustento para la exigencia de la asistencia legal.

“Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos. (...)”⁹

“Corresponde a los progenitores y demás personas encargadas del cuidado de los niños, niñas y adolescentes, brindar la atención de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad.”¹⁰

Es pertinente mencionar que la antigua ley de alimentos, ya promulga la responsabilidad solidaria que tiene tanto el padre como la madre de la obligación alimentaria, misma que no es exclusiva para el progenitor, sino para ambos ascendientes, por la razón que los dos tienen un compromiso prioritario de brindar la asistencia tanto económica, afectiva y sobretodo emocional. Ya que la verdadera asistencia parental, no solo radica en abonar una cierta cantidad de dinero

⁹ Código de la Niñez y Adolescencia, Ibidem, Art. 9

¹⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, Ibidem, Art. 29

mensualmente, sino en la constitución de padres y madres que conozcan las prioridades y necesidades de sus hijos, ya que al ser parte activa del desarrollo de los menores, se constituye una verdadera asistencia integral por parte de los obligados de la responsabilidad alimenticia.

- Están obligados a prestar alimentos:

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;
2. Los hermanos que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;
3. Los abuelos; y,
4. Los tíos.

La ley derogada menciona además que si hay más de una persona obligada a la prestación de alimentos, el Juez de la Niñez y Adolescencia, regulará la contribución de cada uno en proporción a sus recursos. Solamente en casos de falta, impedimento o insuficiencia de recursos de los integrantes del grupo de parientes que corresponda, serán llamados en su orden, los del grupo siguiente, para compartir la obligación con los del grupo anterior o asumirla en su totalidad, según el caso.

Es pertinente mencionar que si bien la antigua ley no consideraba la figura jurídica de los obligados subsidiarios, los mismos no son una novedad, y tal como se observo en la clasificación citada, los familiares son garantes del cumplimiento de la obligación, y siempre han sido considerados como tal dentro del compromiso alimentario, el fundamento de su presencia, se da

porque alguien tiene que responder por la manutención de los menores en caso de ausencia o falta de recursos de sus padres. Es por eso que la nueva reforma solo les asigna el nombre de subsidiarios, porque esta figura ya existía hace tiempo atrás, la verdadera novedad es que actualmente se los puede mandar a la cárcel a estos obligados, cosa que es una injusticia total, dado que ellos no tienen la responsabilidad principal sino únicamente subsidiaria.

1.2.4 Progenitores presuntos y pruebas biológicas

1.2.4.1 Progenitores Presuntos

En lo referente a los presuntos progenitores, la antigua ley en vigencia planteaba, que era el Juez de la Niñez y Adolescencia, el encargado de obligar el pago de prestación de alimentos en favor los niños, niñas o adolescentes, a las personas cuya paternidad o maternidad no ha sido legalmente establecida.

La ley derogada alude que en el caso que el demandado no deseaba someterse a la prueba de ADN, el Juez de la Niñez y Adolescencia hacía un requerimiento para que la prueba se practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, y si persistía la negativa, se presumía la paternidad o maternidad y el Juez procedía como en el caso de resultado positivo del examen. Pero en el caso que la persona no se negare a la realización de la prueba de ADN y el resultado es positivo, dentro de la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

Dentro de la antigua ley de alimentos, en el caso de que el presunto progenitor argumentara la falta de recursos, el Juez ordenaba que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días, mientras con la reforma el Juez dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice el examen de ADN en forma gratuita, buscando de esta manera el aseguramiento de la realización de la prueba, ya que en la mayoría de los casos, los supuestos progenitores siempre argumentaban la falta de recursos para la no realización del examen, dejando por tanto sin el beneficio alimentario a los menores, hasta que se aclare la situación o se tenga una respuesta de la prueba de ADN.

1.2.5 Condiciones para las pruebas biológicas

Dentro de la antigua ley de alimentos, para la práctica de las pruebas biológicas, se seguía un reglamento, que contemplaba medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de ADN, a fin de garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas.

Es importante citar que en la antigua ley, no se menciona el valor probatorio que tendrá en juicio el examen de ADN practicado por laboratorios especializados públicos o privados, ni el hecho de que se cuente con peritos calificados por la Fiscalía, ni la especificación que los laboratorios privados debían contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública, ya que anteriormente se procedía a realizar las experticias, en cualquier laboratorio sea público o privado, dejando al libre criterio de cada institución, los resultados analizados.

Es por este tipo de inconvenientes en la realización de las pruebas de ADN que se procedió a la postulación de un cambio en la reforma respecto del tema, innovación jurídica que será analizada y expuesta en el siguiente capítulo donde se denotara la nueva visión que promulga la enmienda, y sobre todo la nueva estructuración, que pretende un aseguramiento adecuado, oportuno y eficaz de la prueba de ADN.

1.3 FORMAS EN LA QUE SE PRESTAN LOS ALIMENTOS

En la pretérita ley, la forma de prestar los alimentos se fundamentaba en los antecedentes del proceso, además el Juez de la Niñez y Adolescencia, podía decretar los alimentos en una o más de las siguientes formas:

- a) Una pensión consistente en una suma de dinero mensual que deberá pagarse por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes

“Los alimentos deben satisfacerse en dinero, a menos que el alimentado aceptara que lo fueran in natura, vale decir, recibiendo alojamiento, vestimenta, comida, es inadmisibile la opinión de que la elección de la forma de pago corresponde al alimentante. (...)”¹¹

“La cuota de alimentos se fijara teniendo en cuenta las necesidades del alimentado y las posibilidades económicas del alimentante, para que tenga una razonable proporción con los ingresos del nivel de vida de las partes. Pero por elevados que sean los ingresos del alimentante,

¹¹ Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil – Familia Tomo II, Editorial Abeledo-Perrot, 1993. Pág.1245

igualmente la cuota del pariente se limitara al monto que requiera para cubrir las necesidades que resulta indispensable satisfacer. (...)”¹²

La forma de prestar los alimentos tiene que estar enfocada directamente en las necesidades básicas del beneficiario, pero también depende y de manera fundamental de los ingresos que tenga el obligado, dado que puede ser grande la necesidad, pero si la posibilidad no existe, esta no se puede compensar, ya que la pensión siempre tiene que ser proporcional a lo que el obligado tiene como ingreso o patrimonio.

b) Otra forma de prestación alimenticia es 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 asistencia de alimentos del beneficiario.

La antigua ley en vigencia especifica que cuando se trate del usufructo, uso, habitación o la percepción de la renta de arrendamiento de bienes inmuebles, el Juez de la Niñez y Adolescencia comprobará que no se encuentren limitados por otros derechos reales ni afectados por embargo, prohibición de enajenar y gravar, anticresis o cualquier otro gravamen o contrato que afecten o puedan impedir o dificultar dicho disfrute o percepción. La resolución que los decrete se inscribirá en el Registro de la Propiedad del cantón en que se encuentre ubicado el inmueble. Es pertinente expresar que si bien existen las formas de la prestación alimenticia, es muy importante aportar las formas en que estas se puedan hacer efectivas, ya que de nada servirá expresar la forma de prestación, si no se demuestra la existencia de la obligación, y el responsable que tiene que hacerla efectiva.

c) Otra forma, es el pago o satisfacción directos por parte del obligado, de las necesidades del beneficiario que determine el Juez.

¹² Bossert, Gustavo, Zannoni Eduardo. *Ibidem*, pág.53

En este aspecto es pertinente aclarar que las necesidades que determine el Juez, pueden encaminarse al pago de la escuela, colegio y universidad, o la vestimenta, útiles escolares, enfermedades, o cualquier necesidad que asegure a los menores y adolescentes una vida digna, en la que puedan desarrollarse plenamente como seres humanos y sobretodo como niños, niñas o adolescentes.

1.3.1 Criterios para determinar el monto de la prestación

En la vieja ley, para establecer la cuantía y forma de prestación de los alimentos, el Juez debía tomar en cuenta:

- Las necesidades del beneficiario.
- Las facultades del obligado, apreciadas en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios y a los recursos presuntivos que se puedan colegir de su forma de vida.

“Para fijar una pensión de alimentos es necesario, tener en cuenta, las posibilidades económicas del alimentante, no podrá fijarse una suma mayor que la que éste puede pasar, sin privarse de la satisfacción de sus propias necesidades.”¹³

La cita concuerda con la antigua norma vigente y denota que el fundamento esencial del Juez será un análisis de las necesidades que tengan los menores, pero observando a su vez las

¹³ Borda, Guillermo, Ibidem, Pág.1996

posibilidades de los obligados, buscando con esto una proporcionalidad entre la necesidad y la posibilidad. No dejando de ver por supuesto que las necesidades del menor están por encima que las del obligado con la justificación del Interés Superior del Niño, pero en este punto será el Juez, quien con su sana crítica resolverá equitativamente sobre la pensión a cumplirse.

El problema está en que en muchos de los casos el Juez de la Niñez y Adolescencia, no hace un análisis minucioso, de la necesidad, ni de la posibilidad; generando por tanto pensiones que no van acorde al requerimiento de los menores o muchas veces exorbitantes respecto a la verdadera posibilidad de los deudores. La solución está encaminada a que el Juez sea un efectivo administrador de justicia, el cual se da el tiempo necesario para analizar todo el proceso, y resuelve con estricto apego a la ley, a la sana crítica y sobre todo a la justicia, que es el principal fundamento de este derecho.

1.3.2 Subsidios y otros beneficios

Los subsidios y otros beneficios legales, son prestaciones que el hijo o la hija tiene derecho a percibir y estos son:

- Los subsidios legales o convencionales por carga familiar que, por su causa, correspondan al demandado.
- Una pensión de asistencia adicional por cada una de las remuneraciones adicionales que establezca la ley y que en ningún caso excederán del monto efectivo que perciba el obligado por cada una de ellas. Habrá derecho a pensiones adicionales aunque el demandado no trabaje bajo relación de dependencia. Cuando las remuneraciones adicionales tengan un monto variable según los ingresos del trabajador, o el obligado no trabaje bajo relación de dependencia, la

pensión de asistencia adicional será igual al monto de la pensión fijada por el Juez.

- Percibir la parte de las utilidades legales del prestador de alimentos, por causa del hijo o hija beneficiarios.
- El 5% del fondo de cesantía a que tiene derecho el prestador por cada hijo o hija.

Si bien los beneficios y subsidios legales constituyen un privilegio dentro de la legislación alimentaria ecuatoriana, es claro el favor que constituye el legislador sobre estos derechos, ya que los titulares del beneficio alimentario, ya cuenta con una justificación jurídica para poder reclamar su porcentaje dentro de estos privilegios exclusivos de los obligados.

Es pertinente mencionar que la antigua ley en vigencia no consideraba, el otorgamiento de dos pensiones alimenticias adicionales, mismas que se pagan actualmente en los meses de septiembre y diciembre de cada año para las provincias del régimen educativo de la Sierra y en los meses de abril y diciembre para las provincias del régimen educativo de la Costa y Galápagos, el pago de estas pensiones adicionales se realizará aún cuando el demandado no trabaje bajo relación de dependencia. Lo que genera que los obligados aporten con todos sus ingresos mensuales a sus hijos o titulares del derecho, situación que en muchos casos provoca disconformidad por parte de los responsables alimentarios, ya que consideran a estos ingresos como exclusivos y personales.

1.4 PROCEDIMIENTO Y EXIGIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

1.4.1 Fijación de la Pensión Provisional

Dentro del antiguo proceso de alimentos, era en la audiencia de conciliación, cuando el Juez de la Niñez y Adolescencia fijaba una pensión provisional de alimentos, teniendo en cuenta las necesidades de los alimentados y las posibilidades de los obligados. Resolución que solo podía apelarse en el efecto devolutivo, salvo que se hubiera limitado al acuerdo de las partes, en cuyo caso era inapelable.

“Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den alimentos provisionalmente, sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria. (...)”¹⁴

“Desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez podrá fijar alimentos provisorios, que se deberán prestar hasta el dictado de la sentencia, por cierto fijándose estos alimentos cuándo todavía no se han probado acabadamente los recursos del alimentante y las necesidades del alimentario, la cuota debe ser tan moderada como lo aconsejan las circunstancias.” (...)”¹⁵

Es pertinente mencionar que dada la lentitud de los juzgados de la niñez y adolescencia, las audiencias de conciliación, se celebraban mucho tiempo después de la proposición de la demanda, dejando al menor sin una pensión provisional que brinde un apoyo económico a su

¹⁴ Somarriva, Manuel, Derecho de Familia, Santiago de Chile, Edit. Nascimento, 1946, Pág. 46.

¹⁵ Bossert Gustavo, Zannoni, Eduardo Ibídem, Pág. 58

vida y a su desarrollo, es por esa razón que dentro de este punto la reforma al derecho de alimentos, realizó una innovación, la cual genera el apercibimiento de una pensión alimenticia con la calificación de la demanda y ya no dentro de una Audiencia, creando por tanto una mayor asistencia y ayuda inmediata para los menores y adolescentes del Ecuador.

1.5 MEDIDAS CAUTELARES Y DE EJECUCIÓN

1.5.1 Apremios Reales

Los apremios reales son medidas cautelares que se dan sobre los bienes de las personas, y que por lo regular en el Ecuador no se los utiliza con frecuencia en los procesos alimenticios, dado que, la preferencia jurídica para hacer efectiva una obligación alimenticia en el país, son los apremio personales, por la razón que están enfocado a ser más eficientes, ya que si una persona ingresa a un centro de detención, el mismo no podrá salir, sino una vez cancelado todo el monto adeudado.

Y si bien los apremios reales no son tan preferentes, causan un efecto sustancial sobre el patrimonio del obligado, la diferencia con el apremio personal se marca con el tiempo, ya que para proceder con un apremio real, se tendrá que investigar sobre los bienes que posee el deudor y sobre todo se tendrá que proseguir con un largo proceso de embargo y remate, el cual en la práctica jurídica demora mucho tiempo y es por eso que los apremio reales, no son vistos con mucha esperanza de cobro para los actores del proceso alimentario, pero no por eso se los puede dejar de citar y argumentar. Dentro de las medidas cautelares reales encontramos:

1.5.1.1 Prohibición de Enajenar

“Es una medida preventiva o precautoria, que tiene por objeto impedir que salgan del patrimonio del deudor, determinados bienes raíces que eventualmente podrían afectar a la solvencia del deudor en perjuicio del acreedor. Tiene como efecto el impedimento de que una persona enajene o grave los bienes muebles, es una medida cautelar que impide las disposiciones de los bienes del deudor. (...)”¹⁶

“La prohibición de enajenar produce el efecto de que los bienes raíces que no están embargados, no puedan ser vendidos, ni hipotecados, ni sujetos a gravamen alguno que limite el dominio o su goce, so pena de nulidad.”¹⁷

La prohibición es una medida cautelar real, que pretende generar un impedimento de venta o hipoteca sobre los bienes inmuebles del deudor, medida que se hace efectiva por la orden emitida del Juez de la Niñez y Adolescencia, la que de igual forma se remitirá al Registrador de la Propiedad, para que se inscriba el gravamen sobre los bienes del deudor. Es pertinente mencionar que la prohibición de enajenar, se da directamente sobre los bienes de más alto valor que posee el deudor es decir los inmuebles, mismos que al ser parte de esta medida real, contendrán un gravamen que no permitirá que sean enajenados y por tanto que no puedan entrar al comercio, si ese fuere el requerimiento del moroso, lo que a lo post le obliga a cumplir con la deuda alimentaria, para que esta disposición legal quede sin efecto y ya no exista ningún tipo de gravamen sobre sus bienes inmuebles.

¹⁶ García, José, *Ibidem*, Pág. 109

¹⁷ Código de Procedimiento Civil, Art. 426, publicado el 12 de julio del 2005 en el Registro Oficial # 58

1.5.1.2 Secuestro

“Es una medida cautelar, por medio de la cual se desapodera a una persona de un objeto de su propiedad o que se encuentra bajo su guarda, con el fin de evitar que el mismo se pierda o pueda ser destruido o deteriorado. El secuestro tiene como efecto la pérdida de la tenencia de bienes sobre los cuales este recae, pero por el hecho del secuestro el demandado no pierde la posesión ni la interrumpe sobre los bienes que le soportan, pues al revocar esta medida, sin que por ello vuelva a entrar en posesión el demandado. (...)”¹⁸

“El secuestro tendrá lugar en los bienes muebles y en los frutos de los raíces, y se verificará mediante depósito. La entrega se hará por inventario, con expresión de calidad, cantidad, número, peso y medida.”¹⁹

El secuestro es la medida cautelar que se presenta exclusivamente sobre los bienes muebles, pretendiendo de esta manera asegurar el pago de lo que por ley se adeuda, además de afectar al patrimonio de los deudores de alimentos, a fin de que estos prosigan a satisfacer el pago pendiente y sobre todo, consumen con la obligación que la legislación les ha determinado, ya que si no se procederá con el secuestro de sus bienes muebles que tengan o dispongan, los cuales servirán de garantía para asegurar el pago de la pensión alimenticia del titular del derecho.

El secuestro también constituye una medida de aseguramiento que busca, la no disposición de los bienes que dispongan los morosos, ya que estos serán la única fuente de la cual se procederán a extraer los ingresos adeudados y por tanto es fundamental, no dejar que desaparezcan o se destruyan, ya que de los mismos dependerá la satisfacción del derecho alimenticio.

¹⁸ García, José, Las Medidas Cautelares en Materia Civil, Tomo II, Ediciones Rodín, Ecuador, pág. 39,40

¹⁹ Código de Procedimiento Civil, Ibídem, Art. 427

1.5.1.3 La Retención

“Es el derecho del acreedor para mantener la tenencia de lo prendado hasta que se dé el pago íntegro del crédito, el derecho de retención permite al acreedor gozar de importante ventaja, ya que obliga al deudor al cumplimiento de la obligación de otro modo no recuperara lo prendado. Puede hacerse en poder del mismo demandante, de un tercero cuando las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía o hay motivo racional para creer que procura ocultar sus bienes. Es por eso que el efecto de la retención se enfoca a que la cosa sigue en el dominio del deudor con derecho real y permanece incólume sin limitación ni desprendimiento alguno, de ahí que lo acreedores de ese deudor propietario de la cosa retenida pueda embargarla como medida cautelar. (...)”²⁰

“La retención se hará notificando a la persona en cuyo poder estén los bienes que se retengan, para que ésta, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial. Se entenderá que la persona en cuyo poder se ordena la retención, queda responsable, si no reclama dentro de tres días. Si el tenedor de los bienes se excusa de retenerlos, los pondrá a disposición del juez, quien a su vez, ordenará que los reciba el depositario.”²¹

Esta es una medida cautelar real, que suspende la libre disposición del deudor sobre sus bienes o cuentas, pero siempre conservando el estado en que se encuentren estos, con el fin de que no se pierda ni se degrade el patrimonio en retención, generando un gravamen que aflige directamente sobre el deudor y que le obliga al pago, ya que si no lo hace, se procederá al remate o transferencia de sus bienes, obligando de esta forma al moroso al cumplimiento inmediato de su responsabilidad patenal y legal.

²⁰ García, José, *Ibidem*, pág. 91

²¹ Código de Procedimiento Civil, *Ibidem*, Art. 428

Cabe mencionar que está es una medida muy efectiva, ya que si se da sobre un deudor que maneja habitualmente una cuenta bancaria, el mismo no podrá tener la libre disposición de su dinero, sino una vez que solucione su problema legal de alimentos, lo que le producirá el deseo inmediato de cumplir con su deuda, sino quiere perder su actividad laboral y económica que lo mantiene a diario.

1.5.2 Apremio personal

“El apremio personal ya se contemplaban dentro de la antigua ley sobre alimentos, el mismo tiene por fin, garantizar el pago de lo que por ley se adeuda a los titulares del derecho, y si bien su creación y vigencia a creado muchos criterios y sobretodo criticas, es pertinente mencionar que la creación de este apremio personal solo se lo hace desde mi punto de vista, para aterrorizar al obligado y sobre todo para amenazarlo de que si no cumple con su responsabilidad, la actora procederá a apresarlo y esto se da porque el Ecuador se ha caracterizado en ser un país en escencia necio, en el cual la leyes no se las hace para cumplir sino para modelo de vida, y es por eso que se tiene que proceder a crear ese miedo, para el cumplimiento inmediato de la obligación asignada por la ley(...)”²²

Dentro de la antigua ley de alimentos se expresa que para que se pueda solicitar un apremio personal, tiene que existir el no pago de dos o más pensiones de alimentos, y ese será el momento procesal en el que se solicitara al Juez de la Niñez y Adolescencia, ordene el apremio, el cual se dictara previa razón sentada por el actuario en base a la información constante en la tarjeta de pago respectiva. Es pertinente mencionar que la tarjeta de pago es la prueba fehaciente

²² Cfr. Romero, Emilio, La Verdad Jurídica Sobre la Prisión de Alimentos en el Año 2010, Revista Novedades Jurídicas, Ediciones legales, Ecuador, 2010, Pág. 6-21.

por parte del actor para demostrar la existencia del impago y su sustento jurídico para fundamentar el apremio personal del obligado, mismo que será hasta por diez días. Pero en el caso que el monto adeudado corresponda a más de un año de pensiones alimenticias, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y del allanamiento.

Es pertinente citar que la libertad del Obligado se hará efectiva, únicamente cuando se ha cancelado la deuda pendiente sobre el monto de la pensión alimenticia, y es el Juez de la Niñez y Adolescencia, el competente para decretar la libertad siempre y cuando se haya realizado la liquidación total de lo adeudado y se certifique que el pago se ha realizado.

1.6 LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL Y LA COSA JUZGADA FORMAL EN LA SENTENCIA QUE FIJA LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS

1.6.1 Cosa Juzgada Material

En materia de alimentos existe inejecutoriedad de la resolución que fija la prestación de alimentos, ya que la decisión judicial que fija el monto de la prestación no causa ejecutoria. Por la razón que la situación económica puede variar, generándose mayor necesidad, o la imposibilidad de continuar abonando la pensión fijada por falta de recursos y por consiguiente, la resolución podrá revisarse en cualquier tiempo, a petición de parte, dadas las circunstancias que acontezcan.

“La sentencia que condena a la prestación de alimentos no produce cosa juzgada material, y por tanto puede ser modificable posteriormente si varían las circunstancias del hecho “necesidad” del

alimentado o posibilidad económica del alimentante, que se tuvieron en cuenta al pronunciarla. La tramitación se hará por la vía de los incidentes, como lo había resuelto la jurisprudencia mayoritaria porque la sentencia que condena a los alimentos no produce cosa juzgada material. Pero el pedido de cesación o modificación de la cuota no interrumpe la percepción de la cuota fijada hasta que se pronuncie la del incidente. (...)”²³

El efecto de cosa juzgada material es sustancial dentro del proceso de alimentos, ya que no genera un carácter definitivo sino estrictamente provisional, dado que las circunstancias que originaron esa fijación, pueden cambiar con el tiempo, y por tanto ni los ingresos ni las necesidades serán siempre la mismas, es por eso que la sentencia de alimentos no adquiere la característica de formal, porque siempre se precautela por encima de todo, el hacer efectivo una pensión que garantice a los menores o adolescentes la percepción de una retribución que este acorde a sus necesidades y requerimientos.

1.6.2 Cosa Juzgada Formal

“La sentencia que condena a la prestación de alimentos no produce cosa juzgada material y, por lo tanto, puede ser modificada posteriormente si varían las circunstancias de hechos necesidad del alimentado o la posibilidad económica del alimentante que se tuvieron en cuenta al pronunciarla. Esta modificación posterior puede importar la cesación de la prestación por ejemplo si el alimentado obtiene ingresos suficientes para satisfacer sus necesidades mediante su trabajo personal o a la modificación de la prestación que puede ser el aumento o la reducción de la cuota.”²⁴

²³ Bossert, Gustavo, Zannoni Eduardo, *Ibíd.*, Pág. 45

²⁴ Bossert, Gustavo, Zannoni Eduardo, *Ibíd.*, Pág. 37

Si bien el auto resolutorio en materia de alimentos no genera el efecto de cosa juzgada material, no por eso se tiene que dejar de cumplir, ya que si analizamos detenidamente el auto resolutorio, el mismo se enmarca dentro de un debido proceso y dentro del principio de legalidad, por tanto es elemental su cumplimiento, ya que se está otorgando una pensión definitiva a los menores o adolescentes que necesitan de la misma. Las circunstancias que acontezcan con posterioridad, eso es distinto, lo primordial en materia de alimentos es cumplir con lo que se resuelve, ya que existe un estado de necesidad inmediata por parte de los menores y es por eso que el cumplimiento debe ser eficaz y oportuno dada la condición de los titulares de este derecho.

La antigua ley manifiesta que para que proceda los incidentes de aumento o disminución de pensión, se tendrá que demostrar que las circunstancias y hechos que sirvieron de base para la resolución que fija la pensión alimenticia cambiaron, por tanto el Juez podrá revisar y modificar la resolución, por la vía de los incidentes.

1.6.3 Apelación de la resolución

La sentencia de primera instancia que fija los alimentos sólo puede ser apelada al solo efecto devolutivo, no podrá exigirse al que recibe los alimentos fianza o caución alguna para devolver lo recibido, si la sentencia fuere revocada. En efecto, todo obstáculo a la prestación inmediata de los alimentos conspiraría contra la urgencia de las necesidades que con ellos se satisfacen.

Los alimentos se deben pagar desde el momento de la interposición de la demanda pero si se fijaron teniendo en cuenta un sueldo mayor que el que el demandado tenía al promoverse la acción debe reducirse prudencialmente al monto de la suma adeudada.

Es pertinente mencionar que la apelación en materia de alimentos solo se concede en el efecto devolutivo, ya que no se suspenderá la competencia del juez, ni la ejecución del decreto auto o sentencia. Lo que asegura al menor el seguir contando con la pensión adjudicada, demostrando que sus intereses prevalecen y que son una prioridad, dado su estado de sujeto de derechos, estado que precautela, apoya y tiene reconocimiento por parte de la Constitución y la ley de la materia, misma que promulga un sistema de protección integral que asegure el estricto cumplimiento y garantía de todos los derechos de los menores y adolescentes del Ecuador.

1.7 EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS

Dentro de la antigua ley, se expresa que el derecho para reclamar y 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
3. Por haber cumplido dieciocho o veintiún años de edad el titular del derecho
4. Por haber desaparecido las condiciones físicas y mentales que justificaban los alimentos a favor del adulto
5. Por haberse comprobado conforme a derecho la falta de obligación del prestador, en razón de no existir la relación de parentesco que causó la fijación de la prestación.

Este es un punto muy importante dentro de la antigua ley, dado que el hecho de la cesación de la pensión alimenticia, concluye la obligación por parte del responsable alimentario, y es por tanto fundamental que la persona que alega la cesación, demuestre con pruebas que el derecho ha cesado, y que finiquito por uno de los fundamentos descritos en la ley, para que una vez

configurada la extinción de la obligación, se proceda a dictar una resolución que determine que la situación de prestación se consumó definitivamente.

“Los alimentos cesan:

- Por muerte del alimentante o del alimentado.
- Por haber llegado el hijo a la mayoría de edad, salvo que con anterioridad a ese momento se hubiera demostrado que los alimentos le son indispensables y que no está en condiciones de procurárselos.
- Por haberse emancipado el hijo, ya que desde ese momento cesa la patria potestad. Por haberse declarado la separación o el divorcio por culpa del alimentado. (...)”²⁵

La cita doctrinaria es concordante con la antigua ley sobre el derecho de alimentos, pero diferente de la nueva reforma, dado que la innovación normativa plantea que el derecho a alimentos cesa únicamente por tres motivos, por la muerte del titular del derecho, por la muerte de todos los obligados al pago y por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos. No encontrando términos referentes a la emancipación ni a la mayoría de edad tal como lo hacía la antigua ley y la mencionada cita; dejando claro que se pretende que los menores y adolescentes, dispongan de este derecho por el mayor tiempo posible, por la razón, que la manutención alimenticia constituye un fundamento esencial para su desarrollo personal.

²⁵ Borda, Guillermo, *Ibíd.*, Pág. 1993