



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”

**Tesis previa a la obtención
del título de Abogada**

AUTORA: Andrea Paulina González Rivera.

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Melanio Rengel Ruíz Mg. Sc.

Loja-Ecuador

2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Melanio Rengel Ruíz Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DEL ÁREA JURÍDICA SOCIAL
Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Que el presente trabajo investigativo de la señorita **ANDREA PAULINA GONZÁLEZ RIVERA**, bajo el título de **“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”** ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Diciembre del 2012

.....

Dr. Melanio Rengel Ruíz Mg. Sc.

DIRECTOR.

AUTORÍA

Las opiniones, criterios, conceptos, vertidos en el presente trabajo investigativo denominado: **“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”**, son de mi exclusiva responsabilidad.

Loja, Diciembre del 2012

.....

Andrea Paulina González Rivera

AUTORA

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento va dirigido a la Universidad Nacional de Loja, sus Directivos y Docentes por la formación académica recibida, en especial Al Dr. Melanio Rengel Director de Tesis, quien con sus sabios consejos ha guiado de la mejor manera el desarrollo de la presente investigación jurídica.

Andrea Paulina González Rivera.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis queridos padres Hugo y Lucía, a mis hermanos Roberto, Ronal, Macarena, y a lo más grande que Dios me regaló, Elkin Alejandro y José Luis.

Andrea Paulina González Rivera

TABLA DE CONTENIDOS

Certificación.

Autoría.

Dedicatoria.

Agradecimiento.

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2. 1. Abstract.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1.- Marco Conceptual.

4.2.- Marco Doctrinario.

4.3.- Marco Jurídico.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

5.2.- Métodos utilizados.

5.3.- Técnicas.

6. RESULTADOS.

6.1 Resultados de la Encuesta.

6.2 Resultados de la Entrevista.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

7.2 Contrastación de Hipótesis.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES.

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS

- Índice.

1. TÍTULO.

“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTOFILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”

2. RESUMEN.

La investigación jurídica actual se basa en el caso concreto, cuando existe negativa o falta de asistencia a la prueba de ADN por parte de los demandados o el obligado principal filial (y forzada), por lo que el artículo 10 no numerada literal a) de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, se ha establecido una presunción de hecho de la filiación o de la relación, por lo que se dictó una pensión provisional de alimentos hasta la resolución definitiva es dictado y he terminado este procedimiento.

Sin embargo, las normas legales no se han establecido para proceder en el caso en que el vínculo parento-rama no existe, y la presunción de hecho de la filiación o relación se ha notado una pensión de alimentos legal.

Si su cuenta de una pensión de alimentos legal a una persona que no esté vinculada consanguíneo o legalmente con el alimentario o un beneficiario de la acción de los alimentos, los transforma en pagos indebidos y la seguridad jurídica que está afectando es un derecho constitucional agradecido a todos los ciudadanos .

La inseguridad jurídica mencionó que produce la actual normativa en cuanto a los alimentos legales, se hace hincapié en que sólo existía causal de extinción del derecho de alimentos de tres, siendo el primero de la mañana del fallecimiento del titular del derecho, la segunda muerte de todos los obligados al pago, y la tercera que han desaparecido todas las circunstancias que generan el derecho al pago de los alimentos permitidos de acuerdo con esta ley.

Con la actual normativa de un posible inconveniente de exigir la extinción por no haber vínculo de filiación existente o una relación, ya que, no se puede pensar en la

exigencia de que el vínculo filial parento ha desaparecido que una muestra de hecho (que es igual a la presunción de derechos: juris et de jure, que no admite prueba en contrario) y para los que el pago de los alimentos ya ha sido impuesta.

La única forma de proceder sería en caso de que se implementa en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, una causal más que la extinción del derecho de alimentos es decir, durante la inexistencia del vínculo parento filial cuando la pensión se ha dado cuenta, de hecho, la presunción, ya que de esta manera, se puede pensar en el demandado que no existe la filiación o la relación que el mismo no ha sido probado científicamente para las pruebas de ADN, y que la pensión impuesta produce un pago indebido y perjudicial .

Una reforma de este tipo es necesaria, ya que podría llenar un vacío legal, y ayudaría a la seguridad jurídica, ya que si se alega la inexistencia del vínculo parento-filial, será él mismo debemos a demostrar en el juicio, para que que necesariamente se requiere la práctica de la prueba de ADN.

Abstract.

The present juridical investigation is based in the concrete case, when it exists negative or nonattendance to the test of DNA on the part of the or the defendants (forced main and forced subsidiary), for that which the Article unnumbered 10 literal to) of the Reformatory Law to the Title V of the Book Second of the Organic Code of the Childhood and Adolescence, it has established a presumption in fact of the filiation or of the relationship, for that which a provisional pension of foods is dictated until the definitive resolution is dictated and I finished this procedure.

But the legal rules have not settled down to proceed in the case in that the bond parento-branch doesn't exist, and for the presumption in fact of the filiation or relationship has noticed a legal foods pension.

If its notices a legal foods pension to a person that is not linked consanguineous or legally to the alimentary one or beneficiary of the action of foods, its transforms into undue payment and the juridical security is affecting that is a constitutional grateful right to all the citizens.

The juridical insecurity mentioned that produces the current one normative as regards legal foods, it is emphasized to only exist three causal of extinction of the right of foods, being first o'clock the death of the holder of the right, the second death of all those forced at the payment, and the third to have disappeared all the circumstances that generated the right to the payment of legal foods according to this law.

With the current one normative an inconvenience arises to demand the extinction for not existing filiation bond or relationship, because, it cannot think about in the demand that the bond filial parento has disappeared that one shows off in fact (that is equal to the presumption of rights: juris et de juris, that doesn't admit test in contrary) and for which the payment of foods has already been imposed.

The only form of proceeding would be in case it is implemented in the Organic Code of the Childhood and Adolescence, a causal one more than extinction of the right of foods that is for the nonexistence of the bond filial parento when the pension has noticed in fact for the presumption, since this way, it can think about in the defendant that doesn't exist the filiation or relationship that the same one has not been proven scientifically for the tests of DNA, and that the imposed pension produces an undue and harmful payment.

A reformation of this kind is necessary, since it would fill a legal hole, and it would aid the juridical security, since if one alleges the nonexistence of the bond parento-branch, it will owe himself this to prove in the trial, for that which will necessarily be required the practice of the exam of DNA.

3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo investigativo del nivel de pre-grado, intitulado: **“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”**, lo he seleccionado partiendo de la problemática social en la que es evidente que se han incrementado el número de causas de alimentos en todas las judicaturas del país, lo cual no solo cumple con la finalidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes, procurándoles lo necesario para su desarrollo integral, siendo también necesario determinar los efectos negativos que producen los vacíos normativos.

En muchos de los casos se plantean demandas de alimentos falsas, y que por cualquier circunstancia se llega a imponer una pensión alimenticia a personas que no están relacionadas entre sí por la filiación, sino por una presunción de hecho del vínculo parento-filial y esto por la negativa o inasistencia a la prueba de ADN (ACIDO DEXOCIRRIBONUCLEICO).

El plantear un incidente de extinción de pensión alimenticia por inexistencia del vínculo parento-filial que se presume de hecho, resulta improcedente jurídicamente, si no existe esta causal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que se requiere una urgente reforma al respecto.

El presente trabajo vía tesis de graduación de abogada, lo he estructurado de la siguiente manera:

En la Revisión de Literatura se trató en el marco conceptual de conceptos generales de lo que es el Derecho de Familia; la Obligación en un sentido general y la Obligación Alimenticia; la Filiación, y la Presunción y sus diversas clases. Desde un marco doctrinario se analizó lo referente a las Fuentes de las Obligaciones; El Derecho de Alimentos; el Vínculo Parento-Filial y sus aspectos más importantes. Finalmente en la parte literaria se efectuó un estudio integral de la normatividad vigente en materia de la figura de la filiación, iniciando por la Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, disposiciones pertinentes del Código Civil y Derecho Comparado.

En Materiales y Métodos, se detallan todas las herramientas y fuentes de información que sirvieron para la redacción del informe final, así como las técnicas empleadas para la investigación de campo, las cuales son la encuesta y entrevista aplicadas a una población determinada de funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio, docentes universitarios entre otros.

En los Resultados se muestra estadísticamente los datos obtenidos de la aplicación de las técnicas antes indicadas, mostrándose la información con su respectivo gráfico, interpretación y análisis de la autora.

En la Discusión se verifican los objetivos planteados en el proyecto de tesis, la contratación de la hipótesis y se fundamentó jurídicamente la propuesta de reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En la parte final del Informe se presentan las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

La Autora.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

Dentro de la Revisión de Literatura es necesario realizar un análisis conceptual, doctrinario y jurídico de las categorías principales de la problemática de la presente tesis, la cual es: *“En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no se ha establecido dentro de las causales de extinción del derecho de alimentos a la inexistencia del vínculo parento-filial, lo cual produce inseguridad jurídica y pago indebido de pensiones alimenticias, cuando se ha fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco”*, siendo necesario estudiar lo que es el derecho de alimentos, quien tiene el derecho de percibirlos y la obligación de proporcionarlos, su extinción, además de lo que es la filiación, así como lo que es una presunción de hecho, para de esta forma conocer las consecuencias jurídicas en el ámbito del Derecho de Familia y la forma en que esto afecta a la seguridad jurídica de las personas.

El derecho de alimentos posee un carácter especial, por lo que la ley manda que solo puedan ser retenidos valores económicos por tal concepto, y estos solamente podrán ser administrados por sus padres, tutores, curadores o guardas.

En sentido general la deuda alimenticia es aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona está obligada a prestar a otra lo necesario para la subsistencia. Ahora bien, esta obligación puede nacer de un acto jurídico (contrato o disposición testamentaria), de un hecho ilícito o de un precepto legal que la impone entre personas unidas por un determinado vínculo de familia, o por otras razones; generándose en la actualidad la solidaridad para la prestación alimentaria.

Pero qué sucede cuando esta fijación alimenticia se ha ordenado por una presunción

de hecho de la filiación entre las partes. No será que se están violentado los derechos de las personas, los cuales son garantizados por el Estado y por lo que se debería contar en nuestra legislación con una causal de extinción de alimentos en los casos de inexistencia del vínculo parento-filial, ya que el obligado a la prestación asume la paternidad mediante una presunción de hecho.

4.1.- MARCO CONCEPTUAL.

Dentro del Marco Conceptual, definiré las principales categorías de la problemática, las cuales son: Conceptos dentro del Derecho de Familia; Conceptos de Obligación en sentido general y de Obligación Alimenticia, Concepto de Filiación; y finalmente concepto de lo que es la Presunción en sus diversas forma, y en especial a la presunción de hecho que es parte principal de la presente investigación jurídica.

4.1.1.- Conceptos dentro del Derecho de Familia.

4.1.1.1.- El Derecho de Familia.

El Derecho de Familia según la Enciclopedia Jurídica OMEBA es: *“El conjunto de reglas y normas para que exista un orden personal y patrimonial, cuyo objetivo exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia, regulando relaciones entre cónyuges, padres e hijos, a lo cual le atribuimos tendencias del derecho moderno”*.¹

Según Planiol: *“El derecho de familia se rigió en Francia durante largos siglos por el derecho canónico y si bien la revolución lo regularizó, no ha perdido éste su*

¹ **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, Editorial BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA LAVALLE, Tomo 1, 3era Edición, Argentina, Año de Publicación 1954, Pág. 144.

carácter, en la medida que las leyes revolucionarias y las leyes modernas se han apartado de los principios tradicionales en que había sido establecida la familia”²

El Derecho de Familia siempre será un derecho social que evoluciona colateralmente con la sociedad, para precautelar los derechos fundamentales de la familia y sobre todo de los alimentos de niños, niñas y adolescentes y sus fines.

En consecuencia el vínculo consanguíneo o legal es el que une a un grupo de personas en la denominada familia, que es considerada como la célula fundamental de la sociedad, y por ende la filiación tiene los siguientes efectos jurídicos en las relaciones de familia: origina la patria potestad, las obligaciones alimenticias, tenencia, y socorro o ayuda mutua.

4.1.1.2.- La Familia.

Para los tratadistas Planiol y Ripert, que en su obra TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL, definen a la familia como:

“...el conjunto de personas que se hallan vinculadas por el matrimonio, por la filiación o por la adopción”³

Para el Dr. Fernando Fueyo, la familia puede definirse de la siguiente manera:

“La familia es el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.”⁴

² PLANIOL Márcele, **TRATADO DEL DERECHO CIVIL**, tomo II, La Habana, Editorial Herder S.A., 1946, Pág. 12.

³ PLANIOL Márcele y RIPERT Georges, **TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL**, 1era Edición, Tomo II, La Habana-Cuba, Año de Publicación 1964, Pág. 12.

EL Dr. Roberto Suárez Franco en su obra denominada DERECHO DE FAMILIA: RÉGIMEN DE PERSONAS, manifiesta que: *“Comúnmente, a la palabra familia se le han asignado dos significados: uno en sentido amplio, por el cual se comprende a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno. Es sinónimos de conjunto de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio; otro en sentido estricto, según el cual se considera como la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprende a los padres y a los hijos.”*⁵

De las definiciones citadas, se entiende que la familia es un conjunto de personas que conviven en un hogar determinado, ya que desde la antigüedad la familia es una de las principales instituciones jurídico-sociales para todas las sociedades conocidas, y como bien indican los dos Autores, para que se forme este conjunto de personas, debe existir algún tipo de vínculo, el mismo que puede ser el matrimonio o la unión de hecho actualmente, la filiación que es lo que determina la calidad de padres e hijos, incluso la figura de adopción, que aunque no crea un vínculo filial natural, produce los mismos efectos jurídicos del parentesco o filiación por consanguinidad.

Es la célula fundamental de la sociedad, que desempeña un papel trascendental en la vida en sociedad como lo es, en los aspectos biológico, económico, social, que se rige por los principios generales del Derecho de Familia que son imperativas, vale

⁴ FUEYO Fernando, **DERECHO CIVIL**, Tomo VI: Derecho de Familia, 4ta Edición, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Año de Publicación 1998, Pág. 16.

⁵ SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: RÉGIMEN DE PERSONAS**, Tomo I, 7ma Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1998, Bogotá-Colombia, Pág. 3.

decir, de inexorable cumplimiento y que por consiguiente no permiten sustraerse a su aplicación por acuerdo de voluntades.

Las familias poseen un fin biológico el cual es la procreación, que conjuntamente por los vínculos jurídicos como el matrimonio, la unión de hecho o actos jurídicos como la unión libre, genera el derecho de alimentos u otros existenciales como la identidad o el derecho de herencia etc.

4.1.1.3.- La Patria Potestad.

Según el Dr. Juan Ramírez Gronda en su DICCIONARIO JURÍDICO manifiesta que patria potestad: *“Según la vieja disposición de nuestro Código Civil, “es el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”, (art. 264). ...”*⁶

La patria potestad se define como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre los hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, en pro de la mejor formación física, moral e intelectual de los hijos.

El ejercicio de la patria potestad corresponde a padre y madre de manera conjunta, salvo que falte alguno de ellos, o que por sentencia ejecutoriada se le haya suspendido o privado de esta facultad.

La ley establece que los hijos deben respeto, obediencia, cuidado y auxilio a los

⁶ RAMÍREZ GRONDA Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 8va Edición, Vol. 6 de la Colección Diccionarios, Editorial CLARIDAD, Buenos Aires-Argentina 1976, Pág. 217.

padres, aun después de que adquieran capacidad para obrar por si solos en virtud de la emancipación.

El conjunto de derechos y deberes entre padres e hijos conforman lo que se denomina el estatuto personal, el cual le impone a los hijos respetar y obedecer a sus padres, sin embargo, este deber se convierte en una obligación moral siempre y cuando no se trate circunstancias en las que se realicen actos de violencia intrafamiliar.

4.1.2.- Concepto de Obligación y de la Obligación Alimenticia.

4.1.2.1.- La Obligación.

Dentro del marco conceptual citaré primeramente lo que es La Obligación, para lo cual partiré de lo que manifiesta Guillermo Cabanellas, en su DICCIONARIO DE DERECHO USUAL: *“Derecho y obligación, términos a la vez diferentes y complementarios, resumen en sí todas las relaciones y aspectos jurídicos; de ahí la complejidad de su concepto y la dificultad de una exposición adecuada, y más aún en un espacio reducido. La etimología orienta bastante en la noción de esta voz de origen latino: de ob, delante o por causa de, y ligare, atar, sujetar, de donde proviene el sentido material de ligadura; y el metafórico, y ya jurídico, de nexo o vínculo moral.”*⁷

Así también el Dr. Juan Larrea Holguín nos dice que la Obligación es: *“Un vínculo Jurídico por el cual una persona debe dar, hacer, o no hacer alguna cosa, con*

⁷ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Editorial HELIASTA, Tomo III N-R, Buenos Aires-Argentina 1976, Pág. 73.

respecto de otra persona que puede exigir tal prestación positiva o negativa. El obligado se llama deudor, y quien puede exigir la obligación es el acreedor”.⁸

Estas a diferencia de los derechos reales que se exigen a cualquier persona, y que deben ser respetados por los demás, estas obligaciones consisten en una relación jurídica entre dos o más personas concretas, cuyas situaciones diferentes son las de ser el deudor y acreedor.

Las obligaciones jurídicas se desarrollan en los diversos campos del derecho y adquieren características peculiares según las diversas ramas a las que se aplican; así tenemos que existen obligaciones civiles, comerciales, laborales, etc.

4.1.2.2.- La Obligación Alimenticia.

Las mismas que comprenden especialmente la obligación de la crianza que consiste en el suministro de todo lo necesario para garantizar la subsistencia, el desarrollo físico, moral e intelectual y además la interacción con las demás personas.

También en el derecho a alimentos está incluida la educación y el deber que tienen los padres de corregir a los hijos es un derecho que los faculta para ejercer autoridad sobre ellos, de donde se deriva la facultad que tienen para sancionarlos, en virtud de la función educativa que se les confía a los padres, con el fin de crear conciencia y compromiso en cuanto a la ejecución de sus actos.

El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está

⁸ LARREA HOLGUÍN Juan, **DICCIONARIO DEL DERECHO CIVIL**, 1ra Edición, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2006, Pág. 323.

en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria se radica por la ley en cabeza de una persona que debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos, y tiene su sustento en el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia.

Por lo que, tanto padres como hijos tiene obligaciones alimentarias recíprocas, en la legislación civil se los denomina alimentos congruos, siendo los necesarios para mantener un nivel de vida de acuerdo a su posición social, y los necesarios los que únicamente son indispensables para la subsistencia.

Su naturaleza es variable, es de carácter recíproco, y son derechos personalísimos entre los cónyuges, ascendientes y descendientes.

A los cónyuges se refiere a la ruptura del vínculo, durante la sustanciación y tramitación del correspondiente proceso de separación, divorcio o nulidad.

Es extensible a los parientes en línea recta, matrimonial y no matrimonial, así como a los padres e hijos adoptivos y los descendientes de éstos. Se extiende ahora a toda clase de hermanos, medio hermanos e incluso los adoptivos, y de parentesco extramatrimonial.

4.1.3.- La Filiación.

Primeramente es necesario definir lo que es la filiación, para lo cual citaré al Dr. Guillermo Cabanellas que en su DICCIONARIO DE DERECHO USUAL manifiesta al respecto: *“Acción o efecto de filiar, de tomar los datos de un individuo. Esas mismas señas personales. Subordinación o dependencia que personas o cosas*

guardan con relación a otras superiores o principales.

...Filiación, significa por antonomasia, para el Derecho Civil, la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de sus progenitores.

La filiación, lo mismo que la paternidad, puede ser: a) legítima, cuando los hijos son concebidos de legítimo matrimonio; b) natural, cuando los hijos son engendrados por padres que podían casarse en la época de la concepción o del parto, c) ilegítima, cuando nacen los hijos de padres que no podían contraer lícitamente matrimonio, ni en la época de concepción ni en la de parto (ni constituían, por supuesto, legítimo matrimonio en una u otra ocasión). ...”⁹

La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico, ya que el parentesco así determinado puede ser natural o consanguíneo o legal como en el caso de la adopción.

Del carácter estrictamente jurídico de la relación filial se desprenden ciertas consecuencias. En primer lugar, puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial (expósitos o niños abandonados o huérfanos). En segundo lugar, la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, como el caso de la adopción, en que si bien legalmente hay relación de progenitor-descendiente entre el adoptante y el adoptado, biológicamente no existe grado de

⁹ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Ob. Cit., Pág. 199.

parentesco.

La figura de la filiación es el origen de diversos tipos de derechos y obligaciones entre padres e hijos.

El Dr. Luis Parraguez Ruiz en su obra intitulada **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, respecto del parentesco manifiesta: *“Una de las más importantes relaciones jurídicas que genera la institución familiar es el parentesco, al que podemos definir como la relación de familia que vincula a dos o más personas.*

Esta relación familiar puede obedecer a distintas fuentes y orígenes prescindiendo por ahora de los vínculos de adopción, puede clasificarse en parentesco por consanguinidad y por parentesco por afinidad.

A su vez, cada uno de ellos puede ser considerado en dos líneas distintas, según la relación de descendencia existente: la línea recta o directa y la línea colateral.”¹⁰

Dentro de lo que es la filiación es importante analizar que tiene que ver con el vínculo entre padres e hijos, que puede ser por consanguinidad o legal como en el caso de la adopción, excluyendo de la esta figura al parentesco por afinidad que comúnmente es denominado político, como por ejemplo el que hay entre suegro y nuera o entre cuñados.

Dentro del ámbito del Derecho se distingue varias posiciones de determinar los

¹⁰ PARRAGUEZ RUIZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, 1era Edición, Vol. 1, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Año de Publicación 2005, Loja-Ecuador, Pág. 179.

efectos jurídicos del vínculo parento-filial, una corriente es la que establece varios estados civiles para los hijos (legítimo, ilegítimo o adoptado).

Actualmente en el Ecuador existe unidad del estado civil de hijo, es decir no existe diferenciación entre el origen de la filiación, así un hijo matrimonial, extra-matrimonial (Reconocimiento Voluntario de Hijos) o adoptado tienen los mismos derechos y obligaciones respecto de sus padres.

Tradicionalmente la filiación viene determinada de dos formas que son:

Forma Natural.-Mediante el acto natural de la procreación. Es decir la determinación del parentesco biológico o consanguíneo. En el caso de la filiación de origen biológico, también se distingue entre un contexto matrimonial, cuando los progenitores están casados entre sí, y el contexto no matrimonial (o extramatrimonial), en caso contrario.

Forma Puramente Jurídica.- Mediante un proceso jurisdiccional de adopción.

Es necesario aclarar que la declaración judicial del vínculo parento-filial en trámites diferentes al de adopción, tal como la acción de investigación de paternidad o el juicio de alimentos, existe un vínculo biológico entre progenitor y descendiente, mientras que en la adopción no existe vínculo biológico pero si legal o jurídico.

Las acciones relativas a la filiación, bajo el supuesto de que exista o no el estado filial, pueden ser de dos grandes clases: destructivas de la filiación o atributivas de ella. Es decir, acciones de carácter constitutivo como la acción de investigación de paternidad o el juicio de alimentos a través de las pruebas de ADN, otras tienen el

carácter de impugnación del vínculo filial, estas son la acción de impugnación de paternidad o impugnación de reconocimiento voluntario.

4.1.4.- La Presunción.

Para el Dr. Luis Mendoza en su obra **DICCIONARIO JURÍDICO**: *“La palabra presunción proviene del latín praesumptio, por lo tanto es la acción y efecto de presumir. Este verbo suele utilizarse en referencia a sospechar o conjeturar algo por tener señales o indicios para ello, aunque también tiene otros usos. Dicho de una persona, presumir es tener un elevado concepto de sí misma, es decir es la cosa que por ministerio de la ley se tiene como verdad.”*¹¹

Presumir es sospechar, conjeturar, juzgar por inducción y sostener aquello en lo que se cree hasta que se pruebe lo contrario. Es decir es el acto y el efecto de presumir, en condiciones de normalidad es una expectativa razonable sobre el futuro que dirige la atención de una determinada manera.

Se dice que la presunción es aprender a pensar evitando la sistematización ilegítima que conduce el pensamiento único que uniforma sin atender a las diferencias particulares. Las presunciones deben ser razonables y sujetas a las pruebas y a los cambios, ya que la verdad es una construcción.

Dentro de la presunción es necesario establecer algunas virtudes argumentales, como son la objetividad que no se somete al enfoque subjetivo, la explicación de los datos sin acomodarlos a las creencias, el contraste de los supuestos con la realidad y

¹¹ MENDOZA GARCÍA Luis y otro, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 1era Edición, Editorial LIPAE, Quito-Ecuador, Pág. 63.

las predicciones que mejoren las presunciones porque permiten comprobar o falsear las teorías.

Así mismo se deben tener en cuenta las virtudes epistémicas, que son las certezas prácticas, las leyes causales, las teorías, son conductores materiales de verdad, positivas en el corto plazo, pero no son buenos hábitos como las virtudes epistémicas que apuntan al largo plazo y que son conductores permanentes. Estas virtudes forman parte del carácter del pensador.

Si una persona se aferra demasiado a creencias o certezas, es una señal de que no reflexiona muy frecuentemente sobre ellas.

Mientras se comprende se confía, la certeza práctica es ciega, cuando se interpreta se descifra, se pluraliza, se pone en marcha un ciclo argumental reconstructivo.

4.1.4.1.- Presunción de Hecho y de Derecho.

Este punto de la presente tesis es de vital importancia para la comprensión socio-jurídica de la problemática que estoy investigando, si bien dentro de la legislación ecuatoriana, concretamente en el Código Civil se ha establecido dos tipos de presunciones, las de derecho y las legales, en este contexto el Código de la Niñez y Adolescencia hace referencia a una presunción de hecho.

A simple vista parecen ser tres tipos de presunción, pero la presunción de hecho es parte de la misma presunción de derecho, así Guillermo Cabanellas lo manifiesta:

***“PRESUNCIÓN DE HECHO Y DE DERECHO.** La de carácter legal y contra la que no cabe o no surte eficacia la prueba en contrario. Tal es la tan combatida de*

que son legítimos todos los hijos nacidos en el matrimonio, aun existiendo confesión y condena por adulterio.

*La locución española es una traducción por demás libre de las presunciones denominadas en latín *juris et de juris*.*"¹²

La que tiene carácter absoluto o preceptivo, en contra de la cual no vale ni se admite prueba en contra. A estas presunciones, también se la ha denominado "*juris et de jure*" es decir que no admiten prueba en contrario.

Ellas no constituyen en esencia un medio de prueba, sino que excluyen la prueba de un hecho considerándolo verdadero. El hecho presumido se tendrá por cierto, cuando se acredite el que le sirve de antecedente.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que no admite prueba en contrario.

A modo de ejemplo podemos citar el Art.8 del Código Civil que señala: "Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia". La norma consagra una presunción de derecho al señalar que "nadie podrá alegar", es decir, ninguna persona podría eximirse de responsabilidad alegando en juicio que desconocía la ley, aunque pudiera probarlo, porque con esta presunción de derecho la ley una vez que entra en vigencia se entiende de derecho conocida por todos.

4.1.4.2.- Presunción Legal.

La presunción legal o *juris tantum* según el Dr. Juan Ramírez Gronda es: "*La que*

¹² CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, Tomo III N-R, Pág. 370.

produce prueba plena mientras no se demuestre lo contrario.”¹³

Denominada también “*juris tantum*” son aquellas que permiten producción de prueba en contrario, imponiéndole esa carga a quien pretenda desvirtuarlas, y por ello interesan al derecho procesal.

Estas presunciones legales, son aquellas fijadas por el legislador, teniendo en cuenta que, según el orden normal de la naturaleza de ciertos hechos derivan determinados efectos, y entonces, por razones de orden público vinculadas al régimen jurídico, impone una solución de la que el juzgador no puede apartarse.

En estos supuestos el legislador hace el razonamiento y establece la presunción, pero a condición de que se pruebe el hecho en que ella se funda. Por lo tanto, constan de los mismos elementos que las presunciones judiciales: Un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume.

Las presunciones legales son afirmaciones de certeza que la ley establece, en base a lo que normalmente sucede en el devenir de los acontecimientos, donde a una determinada causa le sucede una lógica consecuencia. Si se las considera verdaderas, sin prueba en contrario.

El Art. 66 del Código Civil Ecuatoriano, manifiesta que “*se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no

¹³ RAMÍREZ GRONDA Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Ob. Cit., Pág. 233.

existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”¹⁴.

Entonces, según nuestro Código Civil Ecuatoriano, las presunciones legales son aquellas que se desvirtúan cuando existe prueba en contrario, dando así la oportunidad de que quien posee la carga de la prueba y la necesidad de demostrar su verdad, encuentre los medios necesarios para así desvirtuarlas, mientras que una presunción de hecho o de derecho es la que no aceptará ninguna prueba en contra, siendo imposible se desvirtúe.

4.2.- MARCO DOCTRINARIO.

Dentro del Marco Doctrinario he considerado conveniente analizar los aspectos más relevantes de la obligación, del Derecho de Alimentos y de la Filiación.

4.2.1.- Las Fuentes de las Obligaciones.

Las obligaciones con vínculos jurídicos se pueden originar por disposición legal, por actos o contratos, los cuasicontratos, e inclusive por actos antijurídicos como los delitos y cuasidelitos.

Arturo Alessandri en su obra denominada DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES, define cada una de las fuentes de las obligaciones, de la siguiente

¹⁴ CODIGO CIVIL ECUATORIANO, Legislación Conexa, Concordancias, Pág. 45

manera:

- a. **La Ley:** *“Son obligaciones legales, aquellas que no tienen otra fuente que la sola disposición de la ley; ejemplo de las obligaciones propiamente legales, son las que existen entre padre y el hijo de familia a quienes la ley ha impuesto obligaciones recíprocas.”*¹⁵

Las obligaciones legales son las que nacen de la disposición legal, tal es el caso del derecho de alimentos, pero no hay que confundir el origen de la obligación con su fundamento, en el caso concreto del derecho de alimentos, su origen si bien es la ley, pero su fundamento o razón de ser es el vínculo parento-filial.

- b. **Acto Jurídico:** Un acto jurídico es aquel realizado por voluntad de quien lo efectúa, crea obligaciones, pero se debe tener en cuenta que no existe concurso de voluntades (varias personas) sino una sola voluntad que puede originar obligaciones, tal como es por ejemplo el acto jurídico de renuncia de un derecho, como por ejemplo la renuncia del derecho de usufructo, que da lugar la obligación de restituir el inmueble a quien es el titular de dominio.

- c. **Contrato.-** Es *“...la convención generadora de obligaciones, o como el acuerdo de voluntades creador de obligaciones.”*¹⁶

Las obligaciones pueden tener su origen en un acuerdo de voluntades de dos partes que se obligan a una determinada prestación ya sea en forma unilateral o bilateral.

Es necesario diferenciar al contrato del convenio, siendo el convenio un acuerdo en

¹⁵ ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, Ediciones LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia, Año de Publicación 1983, Pág.22

¹⁶ *Ibíd*em, Pág. 15

sentido general que puede crear, modificar o extinguir obligaciones, el contrato es una especie o clase de convenio que únicamente crea las obligaciones.

El contrato siempre y cuando no contravenga al ordenamiento jurídico es ley para las partes y debe ser cumplido por estas.

d. Cuasicontrato: “El cuasicontrato es un hecho voluntario, lícito no convencional que impone obligaciones.”¹⁷

El cuasicontrato es una especie de acto jurídico que crea obligaciones, pero hay que diferenciar de lo indicado anteriormente, con el ejemplo de la renuncia de derecho de usufructo, nace de la voluntad pero obliga a la restitución a otra persona, pero no es un cuasicontrato.

Si bien en las legislaciones y en la Doctrina como dice el mismo Alessandri no se ha definido lo que es un cuasicontrato, pero se han señalado sus ejemplos más típicos, tales como la agencia oficiosa, pago de lo no debido, y la comunidad.

Como indique en la doctrina no hay definición específica, pero a pesar de ello la puedo entender como una especie de acto jurídico que semeja los efectos de un contrato pero sin que haya mediado ACUERDO O CONVENCION.

Así la agencia oficiosa, que consiste en que una persona ejerza o administre los bienes o negocios ajenos sin autorización, se obliga con el propietario. Si bien no existe mandato (contrato), la gestión de negocios crea obligaciones y responsabilidades para quien la ejerce sin autorización.

¹⁷ ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, Ob. Cit., Pág. 16.

El pago de lo no debido, se produce cuando una persona no obligada, por error paga al acreedor de un tercero, produciendo el derecho de repetición contra el deudor, tal como si se hubiera producido un pago con subrogación, pero a diferencia de la subrogación que requiere convenio con el acreedor, en el pago de lo no debido no hay tal acuerdo sino que se produce por ERROR.

La comunidad es un contrato en que una cosa universal o singular pertenece a varias personas, sin que éstas hayan celebrado una convención o formado una sociedad, esto sucede en el caso de las herencias, al fallecer el causante, los bienes de la sucesión quedan en indivisión y pertenecen a todos los herederos.

e. **Delito y Cuasidelito:** “...que es delito el acto ilícito intencional y perjudicial, y que cuasidelito es el acto ilícito culpable y perjudicial.”¹⁸

Los delitos y cuasidelitos tienen en común el ser actos ilícitos es decir en contra de las disposiciones legales y que son perjudiciales para terceros.

Se diferencian en cambio en que en el delito existe el dolo o intención efectiva de causar el daño, mientras que en el cuasidelito no existe tal intención pero si culpabilidad y responsabilidad civil.

Todos los delitos contemplados en la ley civil generan obligaciones indemnizatorias, e incluso los delitos de la ley penal también originan la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Los cuasidelitos, son acciones que no son imputables penalmente, tal es el caso de que el perjuicio se produzca por incapaces (menores de edad, dementes, etc.), en

¹⁸ ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, Ob. Cit., Pág. 21.

cuyo caso la responsabilidad civil recae sobre sus representantes legales, curadores o guardas.

Lo mismo ocurre si el daño se produce por ruina de un edificio, y cuando animales domésticos causen daños a otros, el propietario asume las responsabilidades de indemnización.

Dentro de la indemnización se incluye: Daño emergente (el valor real del daño en ese momento), Lucro Cesante (la pérdida de ganancia que origina en lo posterior el daño), y el Daño Moral (perjuicio psicológico y emocional que produce el acto, esto se aplica en el caso del delito de injurias que afecta la honra).

4.2.2.- El Derecho de Alimentos.

Según el Dr. Juan Ramírez Gronda en su DICCIONARIO JURÍDICO acerca de la pensión alimenticia, manifiesta: *“Prestación que se recibe de los parientes obligados por la ley, y que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médico-farmacéutica de quien la recibe.”*¹⁹

Dentro de este concepto están comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia de una persona, teniendo presente no solo sus necesidades orgánicas elementales, sino también los medios tendientes a permitir una existencia decorosa.

En cuanto al origen, las obligaciones pueden provenir de la ley, testamentos o convenciones y son derivadas generalmente de las relaciones entre cónyuges, hijos y padres e incluso pueden incluir, según el sistema jurídico que se trate, las que derivan de algún otro grado de parentesco.

¹⁹ RAMÍREZ G. Juan, DICCIONARIO JURÍDICO, Ob. Cit., Pág. 219.

De lo indicado en el párrafo anterior la obligación alimentaria no sólo deriva de la ley; sino también puede originarse en una disposición de última voluntad o en un contrato, ya que es perfectamente posible un legado de alimentos o una manda testamentaria con cargo de pasarlos a un tercero.

Ese legado o manda comprende todo lo necesario para la instrucción del beneficiario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia de las enfermedades hasta la edad de los 18 años, aunque el Código de la Niñez y Adolescencia prevé los alimentos hasta la edad de 21 años si cursa el alimentario algún tipo de estudio; y, si el beneficiario estuviese impedido de poder procurarse la subsistencia, la prestación alimenticia durará toda su vida.

Entonces se puede decir que la obligación alimentaria se genera cuando el reclamante de alimentos y el deudor alimentario, tienen un vínculo de parentesco o filiación o se encuentran en la situación jurídica que determina el Código Civil Ecuatoriano, como el que haya recibido una donación cuantiosa debe alimentos al donante.

4.2.2.1.- Naturaleza y Características de los Alimentos.

Para el Dr. Roberto Suárez Franco en su obra DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES, establece que la filiación también produce importantes efectos jurídicos en diversos ámbitos:

“La filiación es el origen del parentesco de consanguinidad, fundamento de las relaciones familiares y elemento indispensable para establecer sobre esta especie de parentesco instituciones jurídicas de indiscutible trascendencia, tales como ordenes

sucesorales y el derecho de alimentos; de igual manera, la filiación es factor determinante de la nacionalidad. Como ocurre con nuestra Constitución de las República, los nacionales colombianos lo son por naturaleza o por el solo hecho de que el padre o la madre hayan sido naturales colombianos o extranjeros domiciliados en la república. Por último, filiación genera la patria potestad y la autoridad de los padres.”²⁰

El fundamento está en la necesidad insatisfecha de algún miembro del grupo familiar, que obtiene ese derecho por pertenecer a una familia, y en la obligación omitida por otro miembro de la misma. Esta relación engendrada por las partes es captada por el ordenamiento jurídico pertinente que en este caso se regula por el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y por el Código Civil, que determinan el procedimiento judicial para la fijación de la pensión alimenticia.

Dentro de los requisitos fundamentales para la existencia de la obligación alimentaria es que exista el vínculo familiar, necesidades del alimentario y posibilidades económicas del alimentante, pues como es conocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la fijación de la pensión alimenticia se efectúa de acuerdo a una Tabla de Pensiones Mínimas, la misma que toma en cuenta los ingresos del alimentante, número de hijos a su cargo y la edad de los mismos.

Otro punto necesario a establecer dentro de lo que es la obligación alimenticia es determinar que constituyen créditos privilegiados en el orden de prelación,

²⁰ SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Tomo II, 3era Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1999, Bogotá-Colombia, Págs. 4-5.

prevaleciendo incluso sobre los créditos hipotecarios y sobre los derechos de los trabajadores.

Desde el punto de vista legal, se entiende por alimentos no sólo la comida, sino todo lo que es indispensable para el sustento propiamente dicho, el alojamiento, el vestido y la asistencia médica, entre otros gastos que aseguran al alimentario un nivel de vida digno y adecuado.

La obligación de prestar alimentos nace cuando surge la necesidad de los mismos, pero no es exigible hasta que no se interpone la correspondiente demanda judicial solicitando su establecimiento ante uno de los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia como se los denomina actualmente.

En nuestra sociedad se constata un incremento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos mayores de edad (hasta los 21 años de edad), dado que el mero hecho objetivo de alcanzar la mayoría de edad no es garantía de una independencia económica de los mismos, pues siguen inmersos en sus estudios, que pueden ser de cualquier nivel, ya que anteriormente solo eran sujetos del derecho a alimentos los mayores de 18 años si el estudio era universitario o de tercer nivel, esto es una avance para la legislación ecuatoriana que vale la pena recalcar.

La cuestión planteada no suele, por regla general, suscitar problemas en los supuestos en que existe una situación de normalidad familiar, ya que los padres sin solución de continuidad prosiguen satisfaciendo, voluntariamente, las necesidades de sus descendientes, cumpliendo así un deber moral o de conciencia, no sólo en los casos de convivencia familiar, sino incluso cuando aquéllos salen del domicilio

familiar o vivienda habitual de la familia.

4.2.2.2.- Exigibilidad y forma de cumplimiento.

Los alimentos para que sean exigibles se requiere que existan los siguientes elementos:

- 1.- Necesidad de los mismos por parte del alimentario.
- 2.- Falta o insuficiencia de prestación por parte de los obligados.
- 3.- Que se proponga la acción legal.

Por ende los alimentos son exigibles desde que se plantea la demanda, y su cumplimiento generalmente es en dinero en una pensión que fije el juez, aunque se pueden dar otras formas como la que el demandado deposite una suma de dinero en una póliza de acumulación, y que los intereses producidos pasen al alimentario.

4.2.2.3.- Clasificación de los Alimentos.

Existe una clásica la división de los alimentos en civiles y naturales, de la misma manera que en básicos y congruos, los básicos son para la subsistencia del alimentado y los congruos por su estatus social. Los alimentos básicos son los auxilios necesarios para la subsistencia, que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo la educación mientras el alimentista sea niña, niño y adolescente de edad, y que en la actualidad se perciben hasta los 21 años de acuerdo al Art. ... 4 (129) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia actual.

Los podemos clasificar según el Código Civil Ecuatoriano como:

- **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 vida²¹”.*

Estos alimentos sean congruos o necesarios, siempre tendrán la obligación de proporcionar alimentos al menor, para cubrir así sus necesidades básicas.

4.2.2.4.- Obligados a la Prestación Alimenticia.

Para el Dr. Juan Larrea Holguín es su obra COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR: *“Los alimentos son la expresión jurídica de un deber moral: la obligación de ayudar al prójimo, que es más acuciante cuando se trata de personas íntimamente vinculadas por los lazos de parentesco, o a quienes se debe una especial gratitud.”²²*

El obligado o deudor de alimentos o alimentante es la persona que proporciona los alimentos, de acuerdo a las disposiciones legales que determinen el vínculo de la obligación, tal como el vínculo de parentesco, matrimonial o el acto de haber recibido una donación cuantiosa.

En la normativa del Código de la Niñez y Adolescencia, se han establecido dos clases de obligados a la prestación de alimentos, siendo estos los obligados principales y los obligados subsidiarios.

²¹ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS,** Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2012, Quito-Ecuador, Pág. 34.

²² LARREA HOLGUIN Juan, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR.** Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1968, Quito-Ecuador, Pág. 711.

Los obligados principales son los padres del niño, niña o adolescente.

Los obligados subsidiarios son los abuelos, tíos y los hermanos cuyo derecho a alimentos se haya ya extinguido, así el hermano que ha cumplido 21 años de edad es también obligado a prestar alimentos a su hermano o hermana menor de edad, por la obligación subsidiaria que establece la legislación ecuatoriana.

4.2.2.5.- La Seguridad Jurídica.

“La Seguridad Jurídica es un principio del Derecho universalmente reconocido, que se atiende y se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o que puede conocerse, lo previsto como lo prohibido, mandado y permitido por el Poder Público respecto de uno para con los demás y de los demás para como uno”²³.

La palabra seguridad proviene de la palabra latina securitas, que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del Poder Público y regulador de las relaciones en sociedad, no solo establece o debe establecer las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de la Seguridad Jurídica, al ejercer el poder político, jurídico y legislativo.

Por lo tanto entendemos que la Seguridad Jurídica es la garantía que el Estado ofrece a un individuo, y de esta forma su persona, sus bienes y sus derechos no serán

²³ **DICCIONARIO JURIDICO, DISTRIBUIDORA JURIDICA NACIONAL**, Edición 2001, Pág. 234

violentados, o que si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y la reparación de los mismos.

4.2.2.6.- Beneficiario o Alimentario.

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

En lo referente a los alimentos forzosos Juan Ramírez Gronda manifiesta: *“...Los parientes legítimos por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta de padre o madre, o cuando a estos no les fuera posible prestarlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí. La prestación entre los parientes es recíproca. Entre los parientes ilegítimos, se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes y a falta o por imposibilidad de padre y madre, el abuelo o la abuela y sus nietos o nietas. El pariente que pide alimentos debe probar, no solamente que le faltan los medios, sino, también, que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuera la causa de la imposibilidad.”*²⁴

De la cita precedente se entiende que los alimentos denominados forzosos, son aquellos impuestos por la ley, concretamente por el Código Civil, el cual determina a quienes ya sea por razón de parentesco o filiación se les debe alimentos (padres, hijos, ascendientes y hermanos), por el vínculo matrimonial al cónyuge o a quien

²⁴ RAMÍREZ G. Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, Ob. Cit., Pág. 219.

efectúo una donación cuantiosa; en sí, como se puede denotar el derecho a alimentos surge de la necesidad de la persona de cubrir con los gastos necesarios para su subsistencia o de acuerdo a su condición económico-social, y obliga a quienes integran la familia o a quien se le debe gratitud por una donación cuantiosa.

De acuerdo a la normativa civil, se debe por ley alimentos a:

1. **Al cónyuge:** Como consecuencia del vínculo matrimonial, dentro de las obligaciones matrimoniales está la ayuda y socorro, el derecho a alimentos de un cónyuge surge con la necesidad de los mismos, por omisión del otro cónyuge de proporcionar lo necesario para la subsistencia decorosa del otro consorte. Por lo general en la práctica se produce cuando los cónyuges se encuentran separados, pero una vez disuelto el vínculo matrimonial por divorcio también se extingue la obligación alimenticia.
2. **A los hijos y descendientes:** Es dado por el vínculo parento-filial y se regula por la normativa de carácter especial del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
3. **A los padres y ascendientes:** Se debe alimentos en virtud del vínculo de parentesco, en caso de avanzada ancianidad, enfermedad o grave necesidad económica se regula por las disposiciones del Código Civil y la Ley del Anciano, aunque actualmente reciben la denominación de Adultos Mayores quienes han cumplido la edad de sesenta y cinco años de edad.
4. **A los hermanos:** También se les debe alimentos necesarios.
5. **Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada:** También se le debe una prestación de alimentos congruos.

4.2.2.7.- Extinción del Derecho de Alimentos.

Se extinguen los alimentos por la satisfacción de todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando sea niños, niñas y adolescentes de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no están cubiertos de otro modo.

La obligación de alimentos comprende un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es sólo la estricta supervivencia, sino que también busca una mejor inserción social, y que pueden comprenderse así:

- 1.- La prestación de sustento.
- 2.- La prestación de habitación.
- 3.-Las prestaciones sanitarias.
- 4.- Las prestaciones de educación e instrucción.
- 5.- Las prestaciones de gastos funerarios.

Los alimentos se extinguen por el pago de los mismos o a su vez por la muerte del alimentante o alimentado, de la misma manera que por la prescripción es decir haber cumplido la mayoría de edad, tener 21 años y encontrarse estudiando.

El derecho de alimentos es un derecho fundamentalmente especial, el mismo puede generarse dentro del derecho sucesorio a los causahabientes por consiguiente se

establece que los alimentos gravan las herencias o bienes del causante.

Los derechos alimenticios terminan por el pago, por la interdicción legal, por no encontrarse estudiando, por haber contraído matrimonio, por encontrarse trabajando, en el caso del alimentario por la muerte del mismo por lo que en materia de derecho de alimentos para extinguir los mismos se debe probar dichas condiciones dentro del proceso.

4.2.3.- El vínculo de parento-filial como fundamento del Derecho de Alimentos.

Una vez que se ha establecido que el fundamento legal es el vínculo de filiación y parentesco, es necesario determinar aspectos importantes como: Origen Histórico de la Filiación, Formas de Establecimiento, etc.

4.2.3.1.- Origen de la Figura de la Filiación en el Derecho Romano.

La patria potestad es una figura jurídica que a lo largo de la historia del derecho a sufrido transformaciones adecuándose al momento y a las condiciones sociales existentes.

Según el Dr. Eugene Petit en su TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, manifiesta acerca de la patria potestad: *“La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también*

ciudadano. El mismo Gayo afirma que en ningún otro pueblo excepto los galatos, estaba organizada como Roma (Gayo, I, §55). Sin embargo se encuentran principales rasgos entre los hebreos, los persas, los galos, y en general en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal.”²⁵

En el derecho romano significaba un amplio poder que los padres o abuelos ostentaban sobre hijos o nietos a grado tal que esta potestad disciplinaria inclusive podría llegar hasta la disposición de la propia vida.

Este derecho se fue suprimiendo poco a poco hasta llegar a la actualidad en donde el poder del padre sobre los hijos no queda más que un moderado derecho de castigar cuando existe una causa justificada.

Precisamente el presente trabajo trata de buscar una comparación de la figura jurídica de la patria potestad como se reconocía y aplicaba en el derecho romano y lo que actualmente representa; es decir como la conciben los juristas y que alcance le han dado los legisladores dentro de los diferentes sistemas jurídicos del mundo.

Los romanos consideraban la patria potestad como el poder atribuido al padre de familia, es decir la potestad ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, por la legitimación o por la adopción. Como puede apreciarse la idea de esta facultad, la cual se manifiesta abiertamente en la familia, mediante la autoridad máxima del *Pater*.

Desde luego para ejercitar esa patria potestad en el derecho civil romano era requisito

²⁵ PETIT Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ALBATROS, Buenos Aires-Argentina 1977, Págs. 143-144.

ser ciudadano romano, en cuyo caso según el derecho antiguo el PaterFamilia era el propietario de los hijos, tenía el derecho de vida y muerte podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar el daño que estos hubieran causado, castigarlos y matarlos según disponía la ley de las XII tablas; como el padre era el propietario de su hijo los bienes que este adquiría pasaban al poder también del padre.

Según el Dr. Ricardo Ribinovich-Berkman en su obra denominada DERECHO ROMANO respecto de la evolución de la filiación manifiesta: *“El paterfamilias antiguo era jefe político, juez y sacerdote de sus filiifamilias, a los que podía castigar hasta con penas corporales y con la muerte. Cuando ellos delinquían contra un extraño, este debía plantear una queja ante el paterfamilias, que tenía el derecho de entregar al culpable (una especie de extradición familiar). Era el abandono o dación “noxal”, de que habláramos en oportunidad de tratar los delitos. Por cierto, también podía también vender o alquilar a los filiifamilias y deshacerse de los recién nacidos. En otras palabras, tenía todos los poderes de un gobernante antiguo sobre sus súbditos. Sin embargo esa potestad no era absoluta ni omnímoda, pues él mismo, como sus sujetos, estaba sometido a los mores y al fas, que le imponía reglas de conducta...”*²⁶

La potestad del paterfamilias era casi total podía castigar a los hijos o personas que estaban bajo su cuidado, podía venderlos o alquilarlo a través de algunas formas como la denominada mancipio, que era un contrato de buena fe o fiducia, por el cual el adquirente lo debía devolver después de fenecido el plazo del contrato. A pesar de

²⁶ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 2001, Buenos Aires-Argentina, Pág. 641.

todo, la potestad paterna estaba limitado por las mores que son las costumbres del pueblo romano y por el fas (Derecho Divino).

Esta potestad de los padres sobre los hijos duro casi todo el régimen republicano pero posteriormente fue modificada por lo que ya en la época imperial romana, el padre se convirtió en jefe supremo de la familia, mas no en el propietario de ella.

Las fuentes son: las justas nupcias, la legitimación y la adopción.

En el derecho romano la patria potestad estaba originada por las justas nupcias lo cual hacia que todos los hijos que nacían de los cónyuges cayeran bajo su poder así como los nietos o descendientes del hijo varón que contraía matrimonio legítimo; sin embargo esto no se aplicaba a los hijos de la hija que pasaban o se sometían a la patria potestad del padre de la madre. La mujer aun cuando fuera *sui juris* jamás ejercía la patria potestad sobre los hijos.

Los romanos consideraban al matrimonio o nupcias en general a la unión del hombre y la mujer que deseaban establecer entre ellos una comunidad indivisible de existencia. Así definían al matrimonio como la unión de un hombre y una mujer con el objeto de formar una sociedad indivisible; o sea una asociación de toda la vida.

La filiación es el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, produce efectos extensos según la naturaleza de la unión donde resalta. Se considera la filiación más plena aquella que emana de la *iustaenuptiae* y que vale para los hijos la calificación de *liberiusti*.

La adopción es un acto solemne que hace caer a un ciudadano romano bajo la

potestad de otro. Ciudadano en donde se establecen entre ellos artificial mente las mismas relaciones civiles que hubieran nacido de la procreación de la nupcia.

La adopción presenta en roma un lugar importante debido a los interese políticos y religiosos y dada que la familia civil solo se desarrollaba por los varones podía suceder que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse, para evitarlo se acudía a la adopción; existen dos clases de adopción: la de las personas sui iuris a la cual se le llama adrogación y la referente a los *alienei iuris*, que es la adopción propiciamente dicha.

La patria potestad pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. De acuerdo a ello esta potestad puede resumirse en tres proposiciones:

1. El jefe de familia es el jefe del culto doméstico.
2. Los hijos de familia son incapaces como los esclavos de tener un patrimonio todo lo que ellos adquieren es adquirido por el paterfamilias.
3. La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del *paterfamilias*, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte.

Como esta potestad está en interés del padre, no podrá pertenecer a ninguna mujer, ni a la madre, ni a ningún varón ascendiente de la madre, es decir se prolonga por vía paterna. En el derecho romano la patria potestad pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. El derecho de potestad que tenemos sobre los hijos es propio de los ciudadanos romanos; Justiniano dice en sus

instituciones que la patria potestad es del padre sobre los hijos que son procreados en justas nupcias, además también pueden estar bajo la potestad paterna el adrogado y el adoptado.

Para tener esta potestad era necesario ser *sui iuris*, de aquí que el menor que tiene varios ascendientes varones en la líneas paterna, estará bajo la potestad del más lejano- abuelo, bisabuelo- no hay edad que libere al hijo de esta potestad, pero aunque está sometido en el orden privado, no le afecta en sus derechos públicos, lo que hace su situación superior a la del esclavo.

El *paterfamilias*, es la única persona que tiene la plena capacidad de goce y ejercicio, todos los demás miembros de la *domus* depende de él; los esclavos, los hijos a la esposa o nuera *in manus*, adquieren solo para el patrimonio del *paterfamilias* en caso de obtener algún beneficio por su trabajo, por donaciones etc.

El padre sobre los hijos tiene el poder disciplinario casi ilimitado no solo sobre las personas sino también sobre el patrimonio de éstos.

“Del pater familias del Dominado ya no se espera que ejerza su poder y castigue a los hijos. Al contrario se supone que se queje al magistrado o al presidente de su provincia. Ni Justiniano pudo restringir del todo el derecho de vender los hijos, porque este había tenido su propia historia en Oriente, donde tal práctica no era del todo extraña a las costumbres locales, especialmente en la culturas asiáticas; pero lo limitó a los recién nacidos, que podían ser vendidos en caso de extrema necesidad de sus padres, quienes, si mejoraban su fortuna, podían recuperarlos (y los hijos así

mismo rescatarse a sí mismos más tarde), a cambio de la evolución del precio pagado, o la entrega de otro siervo(Código, 4, 43, 2)”²⁷

Durante la fase imperial la patria potestad se convirtió en figura política en la que establece derechos y deberes padres e hijos. Así por ejemplo en la época de Marco Aurelio se reconoce en la relación padre-hijo un recíproco derecho a alimentos.

4.2.3.2.- Características de la Filiación y formas de establecimiento.

Según el MANUAL DEL DERECHO DE FAMILIA de los doctores Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni: *“La filiación que tiene lugar por naturaleza (conf. Art. 240), presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan, jurídicamente, determinadas. Determinación es, entonces, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.”²⁸*

Por ende la filiación tiene las siguientes características:

- a. Es bilateral, porque establece una relación jurídica entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo,
- b. Constituye un estado civil, es decir, como una especial posición de una persona en relación con su sociedad, tipificada normativamente.
- c. Es creadora de las instituciones de alimentos entre padres e hijos, patria potestad y demás deberes en el ámbito del Derecho de Familia y en el

²⁷ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, Ob. Cit., Pág. 647.

²⁸ BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, 3era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 1991, Buenos Aires-Argentina, Pág. 453.

Derecho Sucesorio.

Doctrinariamente existen dos criterios para establecer la filiación:

- 1. La Titulación:** En donde la filiación se tiene por los títulos de atribución que es la causa iuris de la filiación y títulos de legitimación, que son signos o requisitos legales que refieren a la determinación y tienen una función probatoria. Los títulos pueden entrar en conflictos entre sí respecto de una misma persona.

Dentro de esta forma de establecer la filiación tenemos la determinada por presunción de los hijos concebidos durante matrimonio y la legitimación o reconocimiento voluntario de hijos extra-matrimoniales.

- 2. La Procedimentalización.-**En donde parte de la separación de ciertos procedimientos independientes para acceder o destruir la filiación, con base en que son de carácter autónomos entre sí, que son el punto de partida, punto de articulación y de interpretación cada procedimiento, eventualmente factores de determinación, y meta-criterios de decisión para conflictos o choques de procedimientos. Este sistema tiene como sustrato una triple partición entre: a) Los procedimientos constitutivos o impugnativos, b) el estado civil filial constituido y c) los derechos y deberes atribuidos al estado civil.

Dentro de las formas legales ecuatorianas de establecer la filiación mediante procedimiento judicial tenemos: la adopción, juicio de alimentos y el juicio de investigación de la paternidad.

- **Hijos concebidos dentro del Matrimonio.**

Para el Dr. Roberto Suárez: *“Con fundamento en la idea racional que la paternidad es un hecho que no puede demostrarse directamente, la ley establece, como prueba de la filiación legítima paterna, la presunción consagrada en el Art. 214.*

El artículo 214 dispone: “El hijo que nace después de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se reputa concebido en él y tiene por padre al marido”. Esta norma contempla aquella presunción universalmente aceptada y supone padre al marido, “mientras no se demuestre lo contrario” (paterisest quem nuptiaedemonstran), lo que equivale a decir que todo hijo concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido de la madre.”²⁹

Es lo que se denomina Filiación Legítima, la cual es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya se habían casado. En este caso el hijo puede ser considerado legitimado, o bien, el marido puede impugnarlo, es decir, desconocer la paternidad para que no pueda gozar de los derechos de la legitimidad que se otorgan a los hijos concebidos dentro del matrimonio de los padres.

Por la misma razón, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad, y en estos tres

²⁹ SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Ob. Cit., Pág. 20.

casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.

Esta forma de establecer la filiación se basa en la presunción legal de que todo hijo concebido durante matrimonio se entiende hijo del marido de su madre. Con todo esta presunción admite impugnación, esta acción se denomina de impugnación de paternidad, que solo puede ser planteada por el padre mientras viva y en un plazo de sesenta días desde el parto, y por los herederos de éste en igual plazo desde la fecha del deceso.

- **Reconocimiento Voluntario.**

Para los doctores Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni: *“El reconocimiento es un acto jurídico familiar, destinado a establecer el vínculo jurídico de filiación”*³⁰

El reconocimiento voluntario de los hijos o legitimación, es un acto de voluntad que realiza uno o ambos progenitores de un hijo concebido fuera del vínculo matrimonial, tiene algunas características que es importante destacar:

- 1. Es Solemne, unilateral y calificado:** Es un acto solemne pues debe efectuarse mediante las disposiciones que determina el Código Civil, entre estas formas está el reconocimiento otorgado por escritura pública, el realizado ante un juez civil con presencia de tres testigos, por acto testamentario, incluso si se ha planteado acción judicial, todavía se considera como reconocimiento voluntario si el

³⁰ BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, Pág. 457.

demandado se allana a la demanda o si confiesa ser el padre, esto obviamente antes de que se dicte la sentencia.

2. Es Irrevocable: Una vez efectuado el progenitor que reconoce a un hijo como suyo, no puede revocar tal declaración. Pero si puede cualquier persona impugnarlo si es que se ha hecho de forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil, y que demuestre tener interés actual en ello, el caso concreto de los hijos matrimoniales que impugnan el reconocimiento voluntario que hizo su padre antes de fallecer, y que con la muerte de éste tienen derechos hereditarios. Pero la impugnación se debe basar en que el hijo reconocido no es realmente del padre fallecido.

3. No admite modalidades: Es un acto puro y formal, no está sujeto a ningún modo a cumplir para su validez o sujeto a ninguna condición.

4. Produce Efectos “erga omnes”: Es decir la atribución de la calidad de hijo natural o consanguíneo que se produce por el reconocimiento produce efectos sobre todas las personas, y no solo para los padres que efectúan tal reconocimiento, en otras palabras sus efectos son absolutos, pues el reconocimiento de acuerdo a las formas establecidas en el Código Civil Ecuatoriano es un instrumento público.

- **Declaración Judicial.**

En los juicios de filiación, la ley posibilita la investigación de la paternidad y

maternidad, mediante el uso de toda clase de pruebas, así lo mencionan Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni: *“Actualmente, los juicios donde se discute la realidad de un vínculo de filiación, se resuelven en la generalidad de los casos mediante pruebas biológicas. Estas consisten en procedimientos científicos que establecen o bien la imposibilidad de tal vínculo o bien la realidad de éste.”*³¹

Dentro de las pruebas que han utilizado para determinar la filiación tenemos las siguientes:

- a. **Prueba de Khüene:** Estas pruebas consisten en demostrar parecidos físicos que suelen aparecer en la columna vertebral, tanto de los padres como de los hijos. Se uso de forma tradicional, aunque ha sido desplazada por otro tipo de exámenes científicos que son más confiables a la hora de determinar la filiación.
- b. **Prueba Hematológica:** Consiste en la extracción de sangre de la madre, del hijo y del presunto padre, para analizar los antígenos comunes de la sangre, principalmente de grupo sanguíneo (A, B, O, AB), el factor Rh (Rhesus), el MN o el P. Esta prueba es de carácter negativo o descartivo, no puede determinar quién es el progenitor.
- c. **Prueba de Histocompatibilidad:** O también conocida como HLA por sus siglas en inglés (Human LymphocyteAntigen), la misma que se basa en el análisis de ciertos antígenos en las células leucocitos de la sangre propios de cada persona y que se transmiten a la descendencia por las Leyes de Mendel (Leyes de la Herencia), a través del sexto par cromosómico y se encuentra

³¹ BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, Pág. 474.

presente en todas las células nucleadas del organismo. Su grado de veracidad es del 96% al 99,9%.

- d. Pruebas de ADN:** En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99,9%. En caso que la persona a quien se le imputa la paternidad se oponga al examen de ADN, el juez lo llamará de nuevo y si se resiste otra vez, el juez tomará este factor como una presunción positiva de paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. Con esto, se termina con la práctica de los padres que evitan realizarse tal examen.

En el Ecuador tenemos dos acciones judiciales que sirven para determinar la filiación, estas son:

- 1. Acción de Investigación de la Paternidad.-** La cual se tramita ante un juez civil, la propone el hijo que considera que un determinado hombre o mujer es su progenitor. Entre las causas que pueden originar tal presunción es que haya existido concubinato durante el periodo legal de su concepción, o que su madre haya sido raptada por el presunto padre, o que su madre haya sufrido una violación, o que el presunto padre haya contribuido económicamente con su educación y crianza.

Esta acción prescribe en diez años desde que el hijo cumple la mayoría de edad.

- 2. Acción de Alimentos.-** En el juicio de alimentos se declara el vínculo parento-filial cuando se ha comprobado científicamente con las pruebas de

ADN, si el demandado no se presenta por segunda vez se entiende o se presume que es su hijo y se fija la correspondiente pensión alimenticia.

- **La Adopción.**

La adopción es la creación de una filiación artificial (ficción legal) por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. Etimológicamente proviene de la palabra latina "*Adoptio*".

Es importante establecer una diferencia entre la filiación y la adopción, para lo cual tomare lo que expresa el autor Roberto Suárez Franco: *“La filiación es el resultado de la concepción de la mujer realizada dentro del matrimonio o fuera de él; la adopción es una ficción del derecho, en virtud de la cual se crea una relación semejante a la que existe entre padre e hijos; la filiación da origen a un parentesco de sangre, mientras que la adopción es una fuente de relación eminentemente civil o legal.”*³²

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, no se hace distinción alguna entre hijos concebidos en el matrimonio, extra-matrimoniales, declarado judicialmente o adoptados, en consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea y adquiere todos los derechos y obligaciones de tal con él o los adoptantes.

La adopción no es una figura reciente sino que tuvo origen en el Derecho Romano, pues había incluso dos modalidades, la una denominada ADROGACIÓN que

³² SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Pág. 111.

consistía en establecer el vínculo filial con una persona *sui juris*, es decir una persona con voluntad para mandarse por sí misma, y por ende este acto constituía en la extinción de la familia del adrogado, por ello requería autorización del Senado.

La segunda es la ADOPCIÓN propiamente dicha, en la que se establece el vínculo con una persona *alienijuris*, es decir de una persona que está bajo la patria potestad de alguien como esclavo.

En el Ecuador el procedimiento de adopción reviste dos fases, la primera de carácter administrativo en la que se evalúan las capacidades económicas y psicológicas de los adoptantes, y la fase judicial donde se confiere propiamente la adopción por un Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

4.3.- MARCO JURÍDICO.

4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador.

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum y publicada en el R.O. Nro. 449 del 20 de octubre del año 2008, establece algunas prerrogativas a favor de la niñez y adolescencia, primeramente tenemos que el Art. 35 establece:

“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.”³³

Los niños, niñas y adolescentes integran conjuntamente con los adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, privados de libertad y que padezcan enfermedades catastróficas, el grupo de atención prioritaria, por lo cual reciben preferencia en servicios de atención médica, educación, evacuación en caso de desastres naturales, entre otras circunstancias.

De este grupo la niñez y adolescencia, tiene primacía sobre los demás grupos de atención prioritaria, en virtud del denominado principio de interés superior del niño, por lo cual tanto constitucionalmente como en la legislación especializada en esta materia se han reconocido varias prerrogativas que garantizan el desarrollo físico, psíquico y social de los niños, niñas y adolescentes.

La Carta Magna de la República en su Art. 44 establece:

“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.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus

³³ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador, Págs. 25-26.

capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”³⁴

Existe una corresponsabilidad entre el Estado, la Sociedad y la Familia en cuanto al ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, primeramente la atención y cuidado inicia en el ámbito familiar, debiendo los progenitores cubrir los gastos necesarios de educación, alimentación, vivienda, salud, lo que según la legislación especializada constituye la prestación alimenticia, lo cual analizaré en los siguientes puntos del presente informe de tesis. En otro plano se encuentra el Estado que por intermedio de las instituciones públicas, tal como el Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, debe implementar políticas eficientes que permitan fortalecer el desarrollo adecuado de los niños y adolescentes, especialmente de los que padecen algún tipo de discapacidad, pues se encuentran en situación de doble vulnerabilidad.

Finalmente la Sociedad en virtud de la vulnerabilidad de este grupo poblacional, debe respetar sus derechos y permitir que primen los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

La presente tesis gira en torno al juicio de alimentos, y obviamente a la obligación alimentaria, y por ende es necesario analizar lo que la Constitución de la República del Ecuador menciona al respecto, es así que el Art. 69 establece:

³⁴ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Pág. 30.

“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

- 1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; 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.*
- 2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.*
- 3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.*
- 4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.*
- 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.*
- 6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.*
- 7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia*

a ella.”³⁵

El primer numeral de la norma constitucional citada que establece la maternidad y paternidad responsables, tiene directa relación al derecho de alimentos, pues la prestación alimentaria no es exclusivamente del progenitor demandado, sino que también lo es del progenitor a cuyo cuidado se halle el menor. Igual criterio considero que debe ser aplicado en lo concerniente a los obligados subsidiarios de alimentos.

Se establecen algunas normas referentes a la sociedad conyugal y a la inembargabilidad del patrimonio familiar, pero el numeral sexto y séptimo de la norma en cuestión, establece la igualdad de los hijos sin considerar el origen de la filiación, que es el vínculo de parentesco entre padres e hijos, ya sea natural o legal (Adopción), y como ya he analizado en el marco doctrinario, es el fundamento de la obligación alimenticia.

4.3.2.- Código de la Niñez y Adolescencia.

Los niños, niñas y las y los adolescentes, gozan por disposición del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, de prioridad ante cualquiera de los otros grupos de atención prioritaria, por el denominado Principio de Interés Superior del Niño.

De lo indicado se desprenden muchas de las características de los derechos de los niños y adolescentes, en especial del derecho de alimentos que según el Artículo

³⁵ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Págs. 45-46.

innumerado 3 de la Ley Reformativa al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, *“Es un derecho intransferible (por acto entre vivos), intransmisible (por causa de muerte), 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”*.³⁶

La naturaleza del derecho de alimentos es connatural al vínculo parento-filial, es decir viene estrechamente ligado a lo que es la paternidad, maternidad o parentesco, y es ello el fundamento de la obligación alimenticia. Es necesario también determinar que la filiación puede ser natural (consanguinidad) o legal (adopción).

Los principios del derecho de alimentos son fundamentales, son de carácter universal y sobre todo son personalísimos, irrenunciables e imprescriptibles, en consecuencia debe priorizarse este derecho dentro de su exigibilidad, puesto que es primordial dentro de este grupo considerado prioritario, en donde el Estado garantiza el derecho a alimentarse.

Los alimentos se perfeccionan y son exigibles desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos; mas no son abonables sino desde la interposición de la demanda. El obligado a prestar alimentos puede a su elección

³⁶ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Octubre del 2010, Quito-Ecuador, Art.3(128), Pág. 32.

satisfacerlos, o pagando una pensión que se fije, o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ella.

El Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 8 establece: *“Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes.*

El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.”³⁷.

Por ende existe la corresponsabilidad compartida entre Estado, Sociedad y Familia, en brindar los medios adecuados para el desarrollo adecuado de la niñez y adolescencia del Ecuador, tanto en su aspecto físico, psíquico y emocional.

De igual manera el Art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia trata sobre la función básica de la familia, estableciendo que: *“La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.*

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.”³⁸

³⁷ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS, Pág. 34.**

La familia es la principal obligada a exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes, y por ende es general que quien se encuentre como representante y cuidando al menor, es el legitimado activo para proponer una demanda de alimentos.

De la misma forma dentro de las políticas de estado se encuentra el interés superior del niño.

El Art. 16 Código de la Niñez y Adolescencia establece que: *“Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransmisibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.”*³⁹

La flagrante violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes faculta para que las autoridades o personas lo denuncien.

El derecho a la vida está garantizado por la prestación de alimentos los mismos que deben servir para el desarrollo del menor y su manutención. La ilegalidad o inconstitucionalidad de los actos es un principio en el que se fundamenta la regulación constitucional por consiguiente son aceptable, se admite los mecanismos que garanticen la plena vigencia de los derechos enunciados, así como lo es dentro de la protección y eficacia de los derechos de alimentos.

Según el Art... 2(127) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, nos manifiesta acerca del Derecho de Alimentos que: *“El derecho a alimentos es*

³⁸ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 34.

³⁹ *Ibídem*, Pág.37.

connatural a la relación parento filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que influye:

- 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
- 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*
- 3. Educación;*
- 4. Cuidado;*
- 5. Vestuario adecuado;*
- 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
- 7. Transporte;*
- 8. Cultura, recreación y deportes; y,*
- 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.”⁴⁰*

Los titulares de este derecho son los que tienen facultad para reclamarlos: Según el Título V del Derecho de Alimentos en el Art... 4 (129):

“Tienen derecho a reclamar alimentos:

- 1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de este derecho de conformidad con la presente Norma;*
- 2. Los adultos o adultas hasta la edad de veintiún años, que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o*

⁴⁰ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS, Art...2 (127), Pág. 56.**

dificulte dedicarse a una actividad productiva y carezcan de recurso 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 mismos 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.”⁴¹*

De conformidad al Código Orgánico de Niñez y Adolescencia en el Art. 5 (130) *“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.*

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 sus capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados en su orden:

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

⁴¹ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS, Art.4 (129), Pág. 58.**

La autoridad competente en base al orden previsto en los numerales precedentes, en los grados de parentesco señalados, de modo simultaneo y con base de sus recursos, regulará la proporción en la que dichos parientes proveerán la pensión alimenticia, hasta completar el monto total de la pensión fijada o asumirla en la totalidad según el caso.

Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre.

Los jueces aplicaran de oficio los instrumentos internacionales ratificados en el Ecuador a fin de garantizar el derecho de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, hijas e hijos de padres o madres que hubieren migrado al exterior, y dispondrán todas la medidas necesarias para asegurar el cobro efectivo de pensión.

La autoridad central actuará con diligencia para asegurar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, responderá en caso de negligencia.”⁴²

La solidaridad dentro de la Ley especial de alimentos se da por el carácter de parentesco, puesto que la familia como célula fundamental de la sociedad tiene como fin la ayuda mutua y solidaria, que nace por el carácter filial o de consanguinidad y por lo tanto ésta se afecta hasta el cuarto grado.

En el Código Civil Ecuatoriano en el Título XI, nos señala **DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS**, y en el cual su Art. 268 manifiesta que “*Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre*

⁴² **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Art.5 (130), Pág. 59.

*sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.*⁴³

Determinando así que la obligación de alimentos nace de la ley y su fundamento es el vínculo connatural o consanguíneo, que determina la filiación del sujeto obligado a la prestación alimenticia y el alimentario o sujeto beneficiario de la prestación.

Dentro del desarrollo de la presente tesis referente a la “Insuficiencia Jurídica en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por la inexistencia del vínculo parentofilial cuando se ha fijado pensión alimenticia por presunción de hecho”, es necesario analizar la forma legal de establecimiento de la filiación que dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, esta es la acción de alimentos, de la que al respecto manifiesta el Art.... 10 (135): *“El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, 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*

⁴³ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS,** Pág. 202.

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.

- c) *Si el demandado o demandada funda su negativa para la práctica del examen de ADN en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlo, el Juez/a dispondrá que el Ministerio de Salud Pública, a través de una Unidad de Investigación Genética, realice 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 respectiva.

Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación parentofilial.”⁴⁴

En un juicio de alimentos al momento de que se califica la demanda, si no se encuentra establecida la filiación, el juez ordenará las respectivas pruebas de ADN (ácido desoxirribonucleico), para establecer el vínculo parento filial, en el caso de que el demandado se niegue a practicarse las pruebas científicas indicadas por el juez, se presumirá de hecho la paternidad y se fijará la correspondiente pensión alimenticia provisional.

⁴⁴ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS, Pág. 34.**

La filiación determinada científicamente con los exámenes de ADN se ordenará inscribir en la Dirección Provincial de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

Se puede solicitar la exhumación del cadáver del presunto padre para realizar las pruebas de ADN, con el objeto de que los abuelos y tíos presten las pensiones alimenticias, ya que como lo establece el mismo cuerpo legal, son obligados subsidiarios, es decir, en lugar del obligado principal (progenitor), ya sea por insuficiencia económica de este, o

El Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, en el Art...11 (136) establece que la prueba de ADN tendrá valor probatorio en juicio, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) practicadas por laboratorios especializados públicos y privados, que cuenten con peritos calificados por la Fiscalía.

En el caso de los laboratorios privados deberán contar con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud Pública.

De conformidad al Art. 1573 del Código Civil *“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”*⁴⁵.

La prestación en la propia cesa del obligado y puede considerarse incluso normal mientras existan unas relaciones familiares regulares. Según el Art...22 (147): *“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*

⁴⁵ CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, Pág. 89.

dispondrá el premio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días.

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.

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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo el juez/a podrá ejecutar el pago en contra de los demás obligados.

Similar procedimiento se cumplirá cuando el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.”⁴⁶

Dentro del derecho de alimentos han evolucionado tanto las medidas cautelares para el pago, así como el derecho mismo de alimentos, buscando garantizar los derechos de este prioritario. Las medidas cautelares no son de carácter indefinido las mismas poseen una caducidad que las vuelve ineficaces como lo especifica la ley.

⁴⁶ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Art...22 (147), Pág. 37.

4.3.2.1 La Presunción de Hecho del vínculo Parento-Filial.

Según lo establecido por el Artículo innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se debe la pensión alimenticia desde el momento en que se propone la demanda, por ello según el trámite especial para la fijación de alimentos previsto en esta ley reformativa, establece que una vez presentada la demanda en el auto de aceptación a trámite se fija ya una pensión provisional que debe cancelar el demandado hasta que se fije la pensión alimenticia definitiva.

Este procedimiento tiene la siguiente estructura de sustanciación: Demanda, Auto de Aceptación a Trámite, Citación, Audiencia Única y Auto Resolutorio. Siendo susceptible si del recurso de apelación y de casación respectivamente, puesto que el Artículo innumerado 45 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece como norma supletoria al trámite Contencioso General, que establece el recurso de casación para el auto resolutorio de segunda instancia, en el Art. 281 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Una vez instaurado el trámite para esta fijación de alimentos, si no se ha determinada la filiación o relación de parentesco entre el alimentario y el o los presuntos obligados a tal prestación, es indispensable la realización del Examen o Prueba de ADN, para determinar la filiación y por ende establecer la pensión alimenticia definitiva.

El problema jurídico de la presente tesis surge concretamente, cuando existe negativa

o inasistencia a la prueba de ADN por parte del o los demandados (obligado principal y obligados subsidiarios), para lo cual el Artículo innumerado 10 literal a) de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ha establecido una presunción de hecho de la filiación o de la relación de parentesco, para lo cual se dicta una pensión provisional de alimentos hasta que se dicte la resolución definitiva y terminé este procedimiento de alimentos (aunque según el trámite la pensión provisional se fija desde la aceptación a trámite de la demandada).

Esta norma es muy clara, que de practicarse la prueba de ADN y de demostrarse la filiación se dicta la pensión definitiva, y además se ordena la inscripción en el Registro Civil, pero qué sucede si no existe en realidad el vínculo parento-filial, y la pensión alimenticia es fijada por la presunción de hecho, no se estaría acaso violentando los derechos de las personas, en este caso los del supuesto padre, ocasionándole así una inseguridad Jurídica y pago indebido de pensiones alimenticias, por lo que en nuestra legislación no se ha establecido la normatividad para proceder en el caso en que no exista el vínculo parento-filial, y por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco se ha fijado una pensión alimenticia.

Se debe considerar algunos efectos y posibilidades que se pueden dar en la tramitación de los juicios de alimentos, siendo así que la actora solicite que al demandado se lo cite por la prensa de conformidad al Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, previamente justificando que se han efectuado las diligencias necesarias para la determinación del domicilio del demandado, conforme lo establece

la resolución de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del R. O. Nro. 288 del lunes 2 de julio del 2010, y que, por cualquier circunstancia el demandado no se entere de que tiene que comparecer a juicio y concurrir a la prueba de ADN.

Puede ocurrir también que la demanda sea infundada y que el alimentario no sea hijo o pariente del demandado, por lo que es vital que se realice la prueba de ADN para determinar si existe o no el vínculo parento-filial.

Y que el demandado no asista a la prueba de ADN por cualquier otro motivo, tal como el desconocimiento de la normativa, pero si bien es cierto, la ley se presume conocida por todos, pero si se fija una pensión alimenticia a una persona que no está vinculada al alimentario o beneficiario de la acción de alimentos, se convierte en pago indebido y se está afectando la seguridad jurídica, que es un derecho constitucional reconocido a todos los ciudadanos.

4.3.2.1 Imposibilidad procesal de plantear un incidente de extinción de pensión alimenticia, por causa de inexistencia del vínculo parento-filial.

La mencionada inseguridad jurídica que produce la actual normativa en materia de alimentos, se enfatiza por las siguientes razones:

- El auto resolutorio que fija la pensión de alimentos según el Artículo innumerado 42 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es susceptible de incidentes de rebaja, alza o extinción de la pensión alimenticia, los mismos que se sustancian de acuerdo al mismo trámite especial del juicio principal.

- El Art. 32 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece únicamente tres causales de extinción del derecho de alimentos, siendo la primera la muerte del titular del derecho, la segunda muerte de todos los obligados al pago, y la tercera por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.

La tercera causal es muy explícita al establecer la desaparición de las circunstancias que generaban el derecho, que según el Artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, son: el ser niños, niñas y adolescentes que no deben estar emancipados voluntariamente; o de ser adultos existe el derecho a alimentos hasta los 21 años de edad, siempre que cursen estudios de cualquier nivel; y personas de cualquier edad con discapacidad física o mental determinada por el CONADIS.

Por ende la desaparición de estas causas serían: que los adolescentes sean emancipados voluntariamente, que los adultos hayan cumplido la edad de 21 años o que hayan dejado de cursar los estudios, o que desaparezca la discapacidad.

NO SE HA ESTABLECIDO QUE DE HABER DESAPARECIDO EL VÍNCULO PARENTO-FILIAL se extingue el derecho, pues este vínculo existe o no, y por ende también el fundamento del pago de alimentos existe o no, es ilógico manifestar que tal vínculo desaparece.

Con la actual normativa surge un inconveniente para exigir la extinción por no existir vínculo de filiación o parentesco, pues, no se puede plantear en la demanda que ha desaparecido el vínculo parento-filial, que se presume de hecho y por el cual ya se ha

impuesto el pago de alimentos, la normativa es concreta, la extinción solo se puede pedir por cualquiera de estas tres causales, y la inexistencia del vínculo parento-filial no se adecua dentro de las mismas, como para hacer procedente un incidente por esta causa.

Es más, para probar la inexistencia del vínculo parento-filial, sería necesario previo a demandar el incidente, que se haya efectuado en centros privados la prueba de ADN, lo cual es también muy difícil, pues se requiere el consentimiento del progenitor o persona bajo cuyo cuidado se halle el alimentario.

La única forma de proceder sería en el caso de que se implemente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, una causal más de extinción del derecho de alimentos, que sea por la inexistencia del vínculo parento filial cuando la pensión se ha fijado por la presunción de hecho, ya que de esta forma, se puede plantear en la demandada que no existe la filiación o parentesco, que la misma no ha sido comprobada científicamente por las pruebas de ADN, y que la pensión impuesta produce un pago indebido y perjudicial.

Una reforma de este tipo, es necesaria, ya que llenaría un vacío legal, y ampararía la seguridad jurídica, puesto que si se alega la inexistencia del vínculo parento-filial, se deberá esto probar en el juicio, para lo cual se requerirá necesariamente la práctica del examen de ADN.

La determinación del vínculo parento-filial se realiza a través de las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) que tienen una certeza del 99,99% del resultado de parentesco.

Cuando se inicia un juicio de alimentos con el actual procedimiento al momento de la calificación de la demanda se ordena la citación y se fija la pensión provisional de acuerdo a una tabla de valores que se reajusta cada año de acuerdo a las variaciones salariales, así lo establece el Art... 9 (134) del Código de la Niñez y Adolescencia: *“Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base a los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.*

Cuando la filiación no ha sido establecida, o en el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.”⁴⁷

Como se puede determinar, existen demandas de alimentos en las cuales la filiación está justificada, tal es el caso de los hijos nacidos dentro de matrimonio, por reconocimiento voluntario, o por adopción.

La presunción de hecho se aplica cuando existe negativa a la realización del examen de ADN, por lo cual el legislador ha establecido esta presunción del vínculo parento-filial para proteger los derechos del alimentario.

⁴⁷ **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 60.

Pero en la normativa se ha olvidado los efectos negativos que puede producir a terceras personas, tal como es el caso de que la demanda sea injustificada o infundada, o que pese a la negativa o inasistencia del demandado a la prueba de ADN, no exista en realidad el fundamento de la obligación alimenticia que es el vínculo parento-filial, produciendo inseguridad jurídica y pago indebido.

A más de esto no se ha previsto la forma de solucionar una situación de este tipo que puede llegar a producirse con frecuencia en el país, y ello radica estrictamente en la falta de norma explícita al respecto.

De lo indicado es necesario también, citar las causales de extinción del derecho de alimentos:

“Art. 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.”⁴⁸*

Como se puede observar, no existe una causal para plantear un incidente de extinción de la pensión alimenticia, cuando en el juicio principal se imponga la prestación de alimentos, por presumirse de hecho la filiación o la relación de parentesco, pues, no es lo mismo que desaparezcan las circunstancias que generaban el derecho de

⁴⁸ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS, Pág. 60.

alimentos (niños, niñas, adolescentes no emancipados; adultos que no han cumplido 21 y que cursen estudios, o discapacidad física o mental). La inexistencia del vínculo parento-filial establece ilegitimidad del pago de las pensiones y afectación al demandado.

El Código Civil establece que en el pago indebido de alimentos debe haber devolución, así el Art. 356 establece: *“En caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en el dolo.”*⁴⁹

Todo lo indicado, demuestra la necesidad de implementar una cuarta causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se ha dictado pensión de alimentos por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco.

Y algo fundamental es también necesario cambiar la presunción de hecho que según el análisis doctrinario efectuado en la presente investigación, es equivalente a la presunción de derecho, entonces para ser procedente que se establezca una causal de extinción de la pensión de alimentos, se requiere que la presunción de hecho sea reformada a una presunción legal (juris tantum) que si admite prueba en contrario.

4.3.3.- Derecho Comparado.

En el estudio de Derecho Comparado, es necesario analizar legislaciones de Chile, Colombia, Argentina y Perú.

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS, Pág. 66.

4.3.3.1 Chile.

En la legislación de Chile, es necesario analizar las disposiciones legales del CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE CHILE, el mismo que establece que los niños y adolescentes tiene derecho a:

“Artículo 14°.- A la educación, cultura, deporte y recreación.- El niño y el adolescente tienen derecho a la educación. El Estado asegura la gratuidad pública de la enseñanza para quienes tienen limitaciones económicas. Ningún niño o adolescente debe ser discriminado en un centro educativo, por su condición de discapacidad ni por causa del Estado civil de sus padres. La niña o la adolescente, embarazada o madre, no debe ser impedida de iniciar o proseguir sus estudios.

*La autoridad educativa adoptará las medidas del caso para evitar cualquier forma de discriminación.”*⁵⁰

Los derechos de alimentos garantizan la satisfacción de las necesidades básicas y fundamentales, dentro del control de los derechos del niño se establecen los siguientes organismos como.

“Artículo 42°.- Definición.- La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los

⁵⁰ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE CHILE**, FUENTE: <http://ebookbrowse.com/codigo-ninez-y-adolescencia-pdf-d88514074>, Consultado el 09/29/2012 10H00.

niños y adolescentes. Este servicio es de carácter gratuito”⁵¹

Como se puede determinar de las normas citadas, los adolescentes gozan de prioridad en la atención y suministro de servicios básicos, especialmente los relacionados con salud, educación y transporte.

“Artículo 92º.- Definición.- Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto”.⁵²

Como se puede determinar en la legislación chilena, se guarda una estrecha similitud con nuestro país, que establece que el derecho de alimentos conlleva no solo el sustento sino otros aspectos básicos e indispensables para un desarrollo físico, social, psíquico y afectivo adecuado de los niños y adolescentes.

“Artículo 93º.- Obligados a prestar alimentos.- Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:

- 1.-Los hermanos mayores de edad;*
- 2.-Los abuelos.*
- 3.-Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y*
- 4. -Otros responsables del niño o del adolescente.”*⁵³

Además en la legislación chilena se establece una fiscalía para garantizar el pleno

⁵¹ Ibídem.

⁵² Ibídem.

⁵³ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE CHILE**, Art 24.

cumplimiento de los derechos de los niños y niñas quien promoverá de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales o extrajudiciales correspondientes.

4.3.3.2 Colombia.

En Colombia la materia de menores se regula por la nueva LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, la misma que establece:

“Artículo 24. Derecho a los alimentos. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo.”⁵⁴

El Código Civil Colombiano sancionado el 26 de mayo 1873, con su última reforma por la Ley Nro. 1116, publicada en el Diario Oficial No. 46.494 del día 27 de diciembre de 2006, referente a la figura de la filiación establece en su Art. 92: *“ARTÍCULO 92.- PRESUNCIÓN DE DERECHO SOBRE LA CONCEPCIÓN.-De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:*

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la

⁵⁴ **LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA,** FUENTE: http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2006/Ley_1098.pdf, Consultado el 09/29/2012 10H00.

media noche en que principie el día del nacimiento.”⁵⁵

Igual que en el Código Civil ecuatoriano se establece una presunción de la concepción no mayor a trescientos días (equivalente a 9 meses de gestación) y no menor de ciento ochenta días (6 meses, tiempo mínimo para que el feto sobreviva fuera del vientre materno).

Los hijos matrimoniales igualmente gozan de una presunción legal de legitimidad que admite prueba en contra, ya que el padre puede impugnar la paternidad, es así que el Art. 213 del Código Civil Colombiano lo establece: “**ARTÍCULO 213.- PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD.-***El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.”⁵⁶*

Referente al reconocimiento voluntario de hijos el Art. 236 y siguientes establecen: “**ARTÍCULO 236.- HIJOS LEGÍTIMOS.-** *Son también hijos legítimos los concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse.*

ARTÍCULO 237.- LEGITIMACIÓN DE DERECHO.-*El matrimonio posterior legitima ipso jure a los hijos concebidos antes y nacidos en él. El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta*

⁵⁵ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**, FUENTE: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf, Consultado el 09/29/2012 10H00.

⁵⁶ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Art. 237.

imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.

Pero aún sin esta prueba podrá reclamar contra la legitimidad del hijo si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, y si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido.

Para que valga la reclamación por parte del marido será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresan en el capítulo precedente.”⁵⁷

De las normas citadas puedo concluir que los hijos matrimoniales que se legitiman de derecho, es decir por la presunción legal, y de los que han sido reconocidos con título de legitimación tienen igualdad de derechos con sus respectivos progenitores.

No tienen presunción de hecho y derecho referente a la inasistencia o rechazo a la práctica de las pruebas de ADN.

4.3.3.3 Argentina.

El Código Civil de la República Argentina sancionado por la Ley Nro. 340 del 25 de setiembre de 1869 y promulgado el 29 de setiembre de 1869, y con sus correspondientes reformas, es un cuerpo normativo que regula las relaciones particulares en el ámbito familiar, patrimonial, sucesorio, contractual, etc.

En el presente análisis de este cuerpo normativo extranjero debo citar el Art. 240 que prescribe: “**Art. 240.-** *La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación*

⁵⁷ *Ibíd.*

matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.”⁵⁸

Igualmente que en la legislación ecuatoriana la filiación tiene dos orígenes la natural o biológica y la legal por adopción. La filiación puede determinarse ya sea bien por el vínculo matrimonial, por el reconocimiento voluntario o de manera judicial.

En lo referente a la filiación matrimonial al igual que en el Ecuador se rige por la presunción legal de que el hijo tiene por padre al marido de su madre, es así que lo establece el Art. 243 del Código Civil Argentino: “**Art. 243.-** *Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.*”⁵⁹

Respecto del reconocimiento voluntario como forma de determinar la filiación el Art. 248 establece: “**Art. 248.-** *El reconocimiento del hijo resultará:*

- 1. De la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente.*
- 2º. De una declaración realizada en instrumento público o privado*

⁵⁸ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**, FUENTE: <http://www.chubut.gov.ar/policia/documentos/Codigo%20Civil%20de%20la%20Republica%20Argentina.pdf>, Consultado el 09/29/2012, 10H00.

⁵⁹ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**, Art. 248

debidamente reconocido.

3°. De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.

*Lo prescrito en el presente capítulo es aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el art. 242.*⁶⁰

Por lo cual el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales en Argentina se efectúa mediante instrumento público, o privado debidamente reconocido, ante el Oficial del Registro del Estado Civil y de la Capacidad de las Personas y por disposiciones testamentarias, siendo necesario acotar que no tiene el reconocimiento ante un juez civil como lo es en Ecuador.

Tanto la filiación natural como legal (Adopción) surten los mismos efectos entre padres e hijos, sin distinción alguna del origen de la filiación, esto debido a que hubieron reformas importantes en la legislación argentina, ya que anteriormente se distinguían entre hijos naturales, legítimos, ilegítimos e hijos espurios.

Referente a la problemática de la presente tesis sobre la filiación declarada judicialmente, el Art. 254 prescribe: *“Art. 254.- Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre. Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien

⁶⁰ *Ibídem.*

consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

Estas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.”⁶¹

Esta acción de filiación es la equivalente a la acción civil ecuatoriana denominada de investigación de la paternidad, la cual busca establecer el vínculo parento-filial entre padres e hijos, para establecer los correspondientes derechos de familia, sucesorios y de cualquier otra índole legal. Cabe mencionar que la acción de filiación argentina no prescribe, pues como se desprende del texto legal puede proponerse en cualquier tiempo, mientras que la acción de investigación de la paternidad nuestra, si prescribe en diez años desde que el hijo cumpla los dieciocho años de edad.

Es importante señalar que no se establece un atentado a los derechos del progenitor cuando la filiación es declarada judicialmente como lo es en el Código Civil ecuatoriano en su Art. 25 que no permite ejercer ningún derecho al progenitor ni siquiera el de herencia.

⁶¹ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**, Art. 254.

Finalmente respecto del análisis al Código Civil de la República Argentina, debo manifestar que no existe disposición atentatoria a los derechos del progenitor cuando la filiación es declarada judicialmente.

4.3.3.4 PERÚ.

En la República del Perú, el Código Civil fue publicado mediante Decreto Legislativo Nro. 295 del 24 de Julio de 1984, establece que como producto del vínculo parento-filial declarado judicialmente por la acción de filiación establecida en el Art. 373, que prescribe: “**Artículo 373.- Acción de filiación.-** El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos.”⁶²

En el análisis de la legislación civil peruana me referiré únicamente a la filiación declarada judicialmente, pues referente a los hijos matrimoniales o reconocidos voluntariamente tiene mucha similitud con las dos legislaciones extranjeras analizadas anteriormente, pero en lo referente a la vulneración de los derechos del progenitor cuando la filiación es declarada judicialmente, tiene igualmente una disposición atentatoria de derechos del progenitor, pues al igual que el Art. 25 del Código Civil ecuatoriano, el código de Perú establece en su Art. 412: “**Artículo 412.- Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial.-** La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento. En ningún caso confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio.”⁶³

⁶² **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**, FUENTE: <http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>, Consultado el 09/29/2012, 10H00

⁶³ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**, Art. 412.

COMENTARIO GENERAL:

Dentro del sistema chileno y colombiano en lo referente al derecho de alimentos puedo manifestar que se dan los mismos principios y objetivos, el cual es la satisfacción de las necesidades fundamentales de los niños, casi de la misma manera que se da en nuestro país, ya que existe un control local por organismos como DINAPEN, INFA, JUNTA CANTONAL, los que son de carácter administrativo, diferenciándose de la legislación Chilena por no existir un fiscalía del niño, la misma en nuestro medio se da por delitos dentro del orden general y no de los derechos del niños, niñas y adolescentes.

El derecho de alimentos es igual en los principios y la protección de los derechos y garantías por parte del Estado, en la actualidad los derechos de alimentos se extienden en cuanto a la edad, de la misma manera es diferente en cuanto a la exigibilidad de cuentas en los gastos en beneficio del niños, niñas y adolescentes en tanto que en nuestra legislación este derecho no se encuentra contemplado o regulado.

De la legislación extranjera analizada puedo concluir lo siguiente, la mayoría de países guardan estrecha similitud en la forma de determinar la filiación, he podido observar el desarrollo normativo especialmente en lo referente a establecer la igualdad entre los hijos sin considerar si su origen de filiación es matrimonial, extramatrimonial o legal como en el caso de la adopción.

En la legislación argentina, colombiana se establecen obligaciones y derechos entre padres e hijos de forma recíproca sin atentar contra los derechos de los progenitores, como lo es en el Código Civil de Perú y de Ecuador en los cuales la sentencia que

declara la filiación no permite al progenitor ejercer ni reclamar ningún derecho a sus hijos, tanto en las relaciones jurídicas de familia como sucesorias. Así mismo estas legislaciones no establecen ninguna causal de extinción de alimentos cuando se haya declarado la relación parento-filial por una presunción de hecho, por lo que según la revisión de literatura de la presente tesis, debo manifestar que la reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es de carácter urgente y necesario, ya que en nuestra legislación no contamos con una causal de extinción de alimentos, cuando se ha fijado alimentos por presunción de hecho.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1.- Materiales.

Dentro de la presente investigación he utilizado los materiales como computadores, sistemas como internet, he realizado por medio de materiales de escritorio fichas nemotécnicas y bibliográficas, de las diferentes concepciones y tratadistas sobre derecho de alimentos que me permitirán la elaboración de textos, cuadros y recopilación de la información.

De la misma forma he utilizado fotocopias, anillados, empastados para la presentación del presente proyecto, y desarrollo de tesis, que me permitirán desarrollar la sustentación de la misma, además de libros, Códigos, Leyes sobre el derecho de alimentos, la filiación y las presunciones, los mismos que me permitirán tener conceptos particulares y generales de la tesis a estudiar.

5.2.- Métodos utilizados.

En la presente investigación socio-jurídica se aplicaron los siguientes métodos:

1. Método Inductivo.

El método inductivo o también conocido como inductivismo, es aquel método científico por el cual logre obtener conclusiones generales a partir de las premisas particulares como son el derecho de alimentos, y sus formas, así mismo la seguridad jurídica garantizada a los ecuatorianos, la cual se ve afectada al haberse declarado una pensión alimenticia por la presunción de hecho.

Apliqué este método, en la determinación del nexo causal de la problemática el cual

es la inexistencia de una causal que permita solucionar la situación legal en que se haya impuesto una pensión alimenticia por la presunción de hecho, sin que haya en realidad vínculo parento-filial, y por ende produce inseguridad jurídica y pago indebido de pensiones.

Es muy importante este método para el desarrollo de la DISCUSIÓN y verificación de objetivos e hipótesis planteadas, pues con las premisas generales obtenidas tanto de la investigación teórica y empírica permite conocer en forma total la problemática, es decir su esencia jurídica, características, efectos jurídicos y la solución que se manifiesta principalmente en la Propuesta de Reforma Jurídica.

Este método científico es el más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales; la observación de los hechos para el registro de información, la clasificación y el estudio de los hechos, esta derivación inductiva que parte de los hechos permite llegar a una generalización y a una contrastación.

Una forma de llevar a cabo el método inductivo es proponer, mediante diversas observaciones de los sucesos u objetos es estado natural, una conclusión que resulte general para todos los eventos de la misma clase.

2. Método Deductivo.

Con el método Deductivo partí de las premisas conocidas con relación a la inexistencia de una causal de extinción del derecho de alimentos, cuando se hayan declarado estas por una presunción de hecho sin existir una relación de filiación. Esto quiere decir que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas, cuando las premisas resultan verdaderas y el razonamiento deductivo tiene validez.

3. Método Analítico

Con este método pude analizar minuciosamente todos los puntos a los que hago referencia en la presente tesis, es decir en forma desmembrada y analítica logre recopilar toda la información necesaria obtenida en dos de los diferente marcos de la investigación, como son el marco conceptual y marco doctrinario, para conocer así todas las formas de aplicación, como afecta y como beneficia el derecho de alimentos.

4. Método Estadístico.

El método estadístico lo utilice en el manejo de los datos cualitativos y cuantitativos de mi trabajo investigativo, es decir para comprobar la veracidad de mis objetivos planteados y la contratación de hipótesis, esto al momento de aplicar las técnicas como son la encuesta y la entrevista.

Este método estadístico cuenta con las siguientes etapas:

La recolección de la información mediante las encuestas y entrevistas.

La recopilación de información obtenida mediante la aplicación de técnicas.

La descripción de las preguntas planteadas, su gráfica y porcentaje obtenido mediante las respuestas.

Y el análisis, que lo puedo emitir al comprobar que es necesaria una incrementación al Código Orgánico de la Niñez, por existir un vacío jurídico con respecto a la extinción del derecho de alimentos, cuando se ha fijado pensión alimenticia por presunción de hecho.

5. Método Exegético

El método exegético, es un método de interpretación por el cual pude realizar un estudio de los artículos de las diferentes Leyes ecuatorianas y que son aplicables a la presente problemática, este método lo apliqué en el campo jurídico, y en tal sentido solo puede ser utilizado para estudiar o interpretar normas legales y no otras fuentes o partes del derecho

6. Método Hermenéutico.

Con este método pude lograr que la presente tesis sea de fácil comprensión e interpretación hacia las personas que estén inmersas dentro de la presente polémica, como es el tener la obligación de proporcionar alimentos a un menor, cuando entre el alimentario y el beneficiario no exista una relación de filiación, sino simplemente una presunción. Este método me permitió insertar cada uno de los elementos del texto dentro de un todo redondeado donde lo particular se entiende a partir del todo, y el todo a partir de lo particular, por lo que pude explicar las relaciones existentes entre un hecho y el contexto en el cual acontece.

7. Método Científico.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que se determine el tipo de investigación jurídica a realizar, en el presente caso me propongo realizar una investigación “socio-jurídica”, que se concreta en una investigación del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, para incrementar así una causal de extinción de alimentos

al Código Orgánico de la Niñez, cuando se haya declarado la filiación por una presunción de hecho y garantizar así la seguridad jurídica a las personas.

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis servirán para el desarrollo de la presente investigación jurídica propuesta.

5.3.- Técnicas.

5.3.1.- La Encuesta.

En la investigación de campo se aplicaron 30 encuestas dirigidas a los Abogados en libre ejercicio y conocedores de la presente problemática, con los cuales se verificó que es necesaria una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia al no existir un artículo que proteja los derechos y seguridad jurídica de los alimentantes.

5.3.2.- La Entrevista.

Esta técnica fue dirigida a cinco Profesionales del Derecho; quienes aportaron con sus conocimientos acerca del vacío legal existente.

Para realizar los formatos de las presentes técnicas, me apoye en ciertos derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en tablas, barras o centogramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y consecuentemente para establecer las conclusiones y recomendaciones

6. RESULTADOS.

6.1 Resultados de la Encuesta.

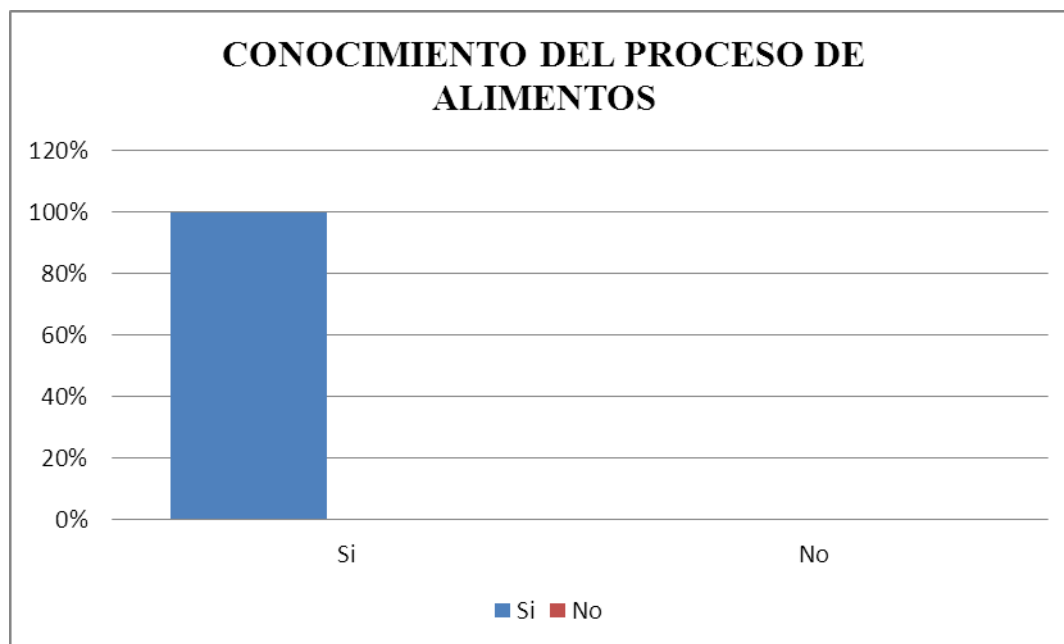
De la aplicación de la encuesta a la muestra poblacional determinada en la metodología del proyecto de tesis, se obtuvo los siguientes resultados:

PRIMERA PREGUNTA:

¿Conoce Usted cuál es el procedimiento judicial para la fijación de una pensión alimenticia?

CUADRO NRO. 1		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0 %
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Andrea Paulina González Rivera.



INTERPRETACIÓN: De la muestra poblacional seleccionada, treinta personas que representan el 100%, manifestaron que si tienen conocimiento de cuál es el procedimiento para la fijación de la pensión alimenticia, explicando al mismo de la siguiente manera:

- Es un procedimiento ágil y que pretende la protección integral del alimentario.
- Es un trámite que se propone ante el Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, quien desde la recepción de la demanda, al momento de calificarla, establece una pensión provisional hasta que se dicte la pensión definitiva mediante auto resolutorio.
- Actualmente se tramita mediante un procedimiento especial que se caracteriza por no requerir patrocinio de abogado, se efectúa mediante un formulario establecido por el Consejo de la Judicatura en el cual se debe anunciar la prueba, y la resolución se da en una Audiencia Única.
- Cuando la paternidad no se encuentra acreditada se ordena la práctica de los exámenes de secuencias de ADN.

ANÁLISIS: De las respuestas obtenidas se establece que la totalidad de encuestados conocen cual es el procedimiento para la fijación de las pensiones alimenticias por medio de un trámite especial que se resuelve en una sola Audiencia. Cabe mencionar algunos aspectos adicionales a las respuestas de los encuestados, en primer lugar el derecho de alimentos es connatural al vínculo parento-filial, y por ende es necesario establecer el indicado vínculo, esto es, en los casos que el alimentario no este reconocido legalmente y obviamente cuando no sea hijo de matrimonio.

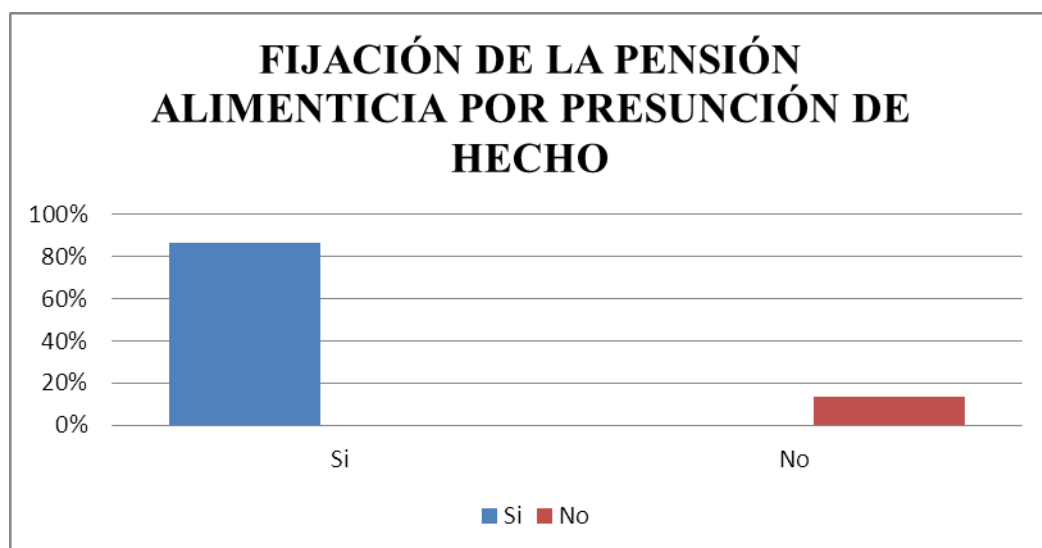
En una demanda de alimentos es necesario comprobar la solvencia económica del demandado, la necesidad de los alimentos mediante comprobantes de gastos mensuales del menor, etc.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Conoce Usted en que consiste la fijación de la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la existencia del vínculo parento-filial?

CUADRO NRO. 2		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	86,67%
No	4	13,33 %
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.
Autora: Andrea Paulina González Rivera.



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de encuestados, veinte y seis personas que equivalen al 86,67%, respondieron que si conocen en que consiste la fijación de la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la existencia del vínculo parento-filial, manifestando las siguientes razones:

- Cuando la paternidad no se encuentra acreditada se ordena por parte del Juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia la práctica del examen comparativo de las secuencias de ADN, para determinar la paternidad, en tal caso, la presunción de hecho de la paternidad se da cuando el demandado se rehúsa al examen de ADN.
- El demandado solo puede alegar insuficiencia de recursos económicos para la práctica de la prueba de ADN, en tal caso será gratuito el examen.
- La presunción de hecho es tener como cierta la paternidad, por el hecho de la negativa al examen de ADN, todo esto en función del Principio de Interés Superior del Niño.

Solo cuatro personas que representan el 13,33 % de la población encuestada, manifestaron que desconocen en que consiste la presunción de hecho.

ANÁLISIS: De los resultados obtenidos se puede observar que la mayoría de encuestados conocen en que consiste la presunción de hecho de la paternidad o parentesco, esto referente a los obligados principales y subsidiarios respectivamente.

Se presume de hecho que existe el vínculo parento-filial por la negativa del demandado al examen de ADN, que por lo general ocurre por la no comparecencia al indicado examen, si bien nuestra legislación no es clara al momento de definir lo que es la

presunción de hecho, pues el Código Civil lo que diferencia es entre Presunción de Derecho y Presunción Legal.

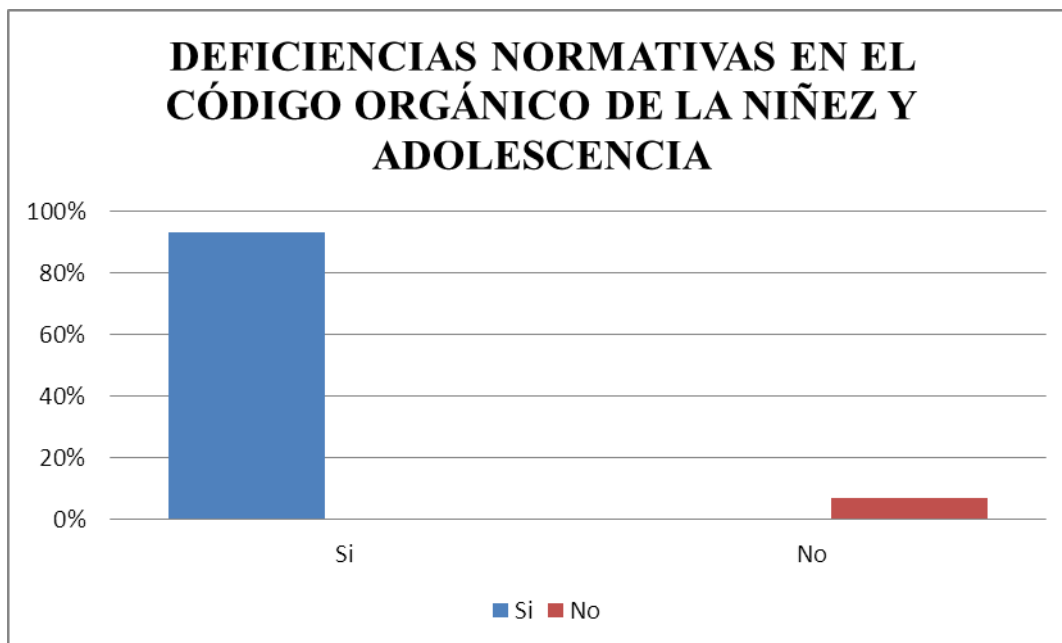
Pero del estudio doctrinario efectuado se desprende que la presunción de hecho es en otras legislaciones como la Argentina, según Guillermo Cabanellas, exista la presunción de hecho y de Derecho, la cual no admite prueba en contra.

Por ello es muy necesario determinar el alcance jurídico de la presunción de hecho que menciona el Código del Niñez y Adolescencia, por lo que para efectuar una reforma legal, es necesario cambiar la presunción de hecho (equivalente a la de Derecho) por una presunción legal que si admita prueba en contrario.

TERCERA PREGUNTA:

¿Considera Usted que existen deficiencias normativas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, referente a las causales de extinción del derecho de alimentos, en el caso de inexistencia de vínculo parento-filial, pese a que se haya fijado la pensión por la presunción de hecho?

CUADRO NRO. 3		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	28	93,33%
No	2	6,67 %
TOTAL	30	100%
Fuente: Profesionales del Derecho. Autora: Andrea Paulina González Rivera.		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad veinte y ocho personas que representan el 93,33%, respondieron que si existen deficiencias normativas en el Código de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a las causales de extinción del derecho de alimentos, en el caso de inexistencia de vínculo parento-filial, pese a que se haya fijado la pensión por la presunción de hecho, por las siguientes razones:

- Las causales de extinción del derecho de alimentos no establecen la inexistencia del vínculo parento-filial, como un motivo para instaurar un incidente de extinción de la pensión alimenticia.
- El vínculo parento debe estar determinado fehacientemente por la prueba de ADN o por las presunciones legales sobre la materia.
- Las causales de extinción del derecho de alimentos son tres: a) Muerte del Alimentario o Beneficiario, b) Muerte de todos los obligados, y c) Que desaparezcan las causas que originaron el derecho de alimentos.

Solo dos personas que equivalente al 6,67 %, respondieron que no existen deficiencias normativas en el Código de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a las causales de extinción del derecho de alimentos, en el caso de inexistencia de vínculo parento-filial, pese a que se haya fijado la pensión por la presunción de hecho, por las siguientes razones:

- La presunción de hecho es necesaria, pues el demandado tiene la obligación de comparecer al examen de ADN.
- No se puede medrar el Principio de Interés Superior del Niño.

ANÁLISIS: De los resultados obtenidos, la mayoría de los encuestados concuerdan con mi criterio, de que el Código de la Niñez y Adolescencia presenta serias deficiencias normativas, en cuanto a la presunción de hecho de la paternidad o parentesco, pues si bien se ha tomado principalmente el interés superior del niño, no se ha considerado siquiera la posibilidad de que el demandado no sea el progenitor o pariente del alimentario.

Al imponerse una presunción de hecho que es equivalente a la de derecho, no se puede probar lo contrario, por ende es improcedente un incidente para extinguir la pensión que realmente no se la debe, sin mencionar también que no se puede plantear un incidente de extinción por inexistencia del vínculo parento-filial, ya que no existe la causal en la ley.

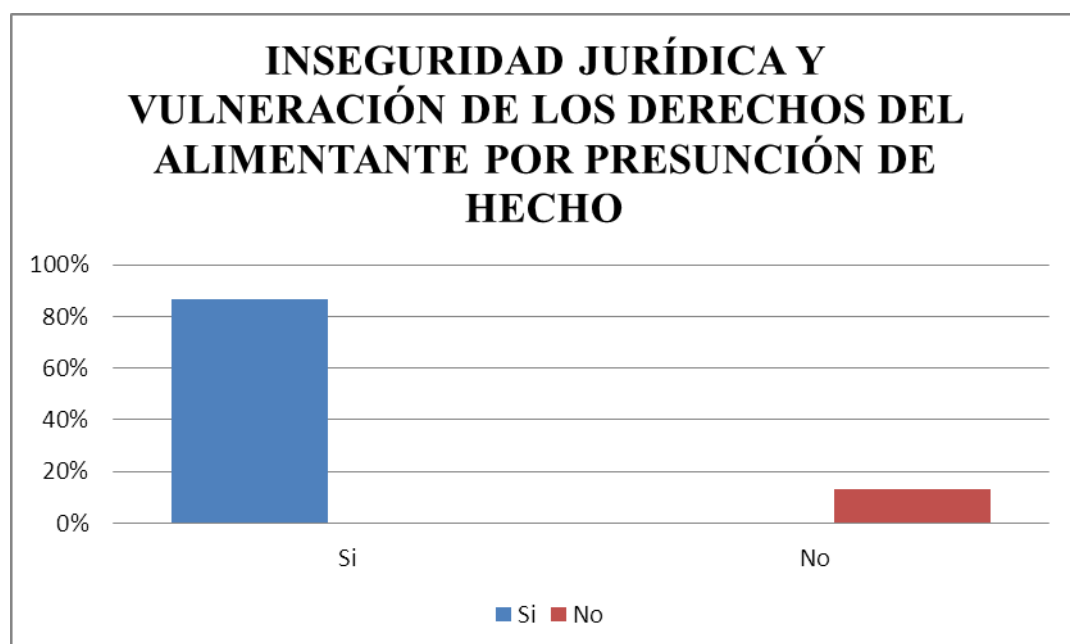
La tercera causal que determina que cuando desaparezcan las causas que originaron el derecho, se refieren a aquellas como que el alimentario haya cumplido los 21 años de

edad, o que habiendo cumplido los 18 años haya dejado de cursar estudios, o que desaparezca la discapacidad.

CUARTA PREGUNTA:

¿Considera Usted que la fijación de alimentos por presunción de hecho, produce inseguridad jurídica y vulneración de derechos al alimentante, cuando no se ha realizado la prueba de ADN?

CUADRO NRO. 4		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	86,67%
No	4	13,33 %
TOTAL	30	100%
Fuente: Profesionales del Derecho. Autora: Andrea Paulina González Rivera.		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de encuestados, veinte y seis personas que equivalen al 86,67%, que cuando no se ha efectuado la prueba de ADN se produce inseguridad jurídica y afectación de los derechos del demandado, por las siguientes razones:

-Si no existe resultado de la prueba de ADN, no existe certeza plena de la existencia del vínculo parento-filial.

- Si se declara la paternidad por la presunción de hecho, y no existe realmente la misma, provoca que el pago de las pensiones alimenticias, sea pago indebido, pues no hay el fundamento legal para el mismo, el cual es la filiación o el parentesco.
- Existe inseguridad jurídica, ya que el Código del Niñez y Adolescencia no ha previsto el trámite legal para la revisión de la pensión por inexistencia de paternidad, lo cual afecta al demandado que no tenga relación biológica con el alimentario.

Solo cuatro personas que representan el 13,33 % de la población encuestada, manifestaron que cuando no se ha efectuado la prueba de ADN, no se produce inseguridad jurídica y afectación de los derechos del demandado, por las siguientes razones:

- La no comparecencia al examen, hace presumir que si es el padre del menor.
- Es necesaria la presunción de hecho, pues sin ella no puede proseguir el trámite de alimentos.

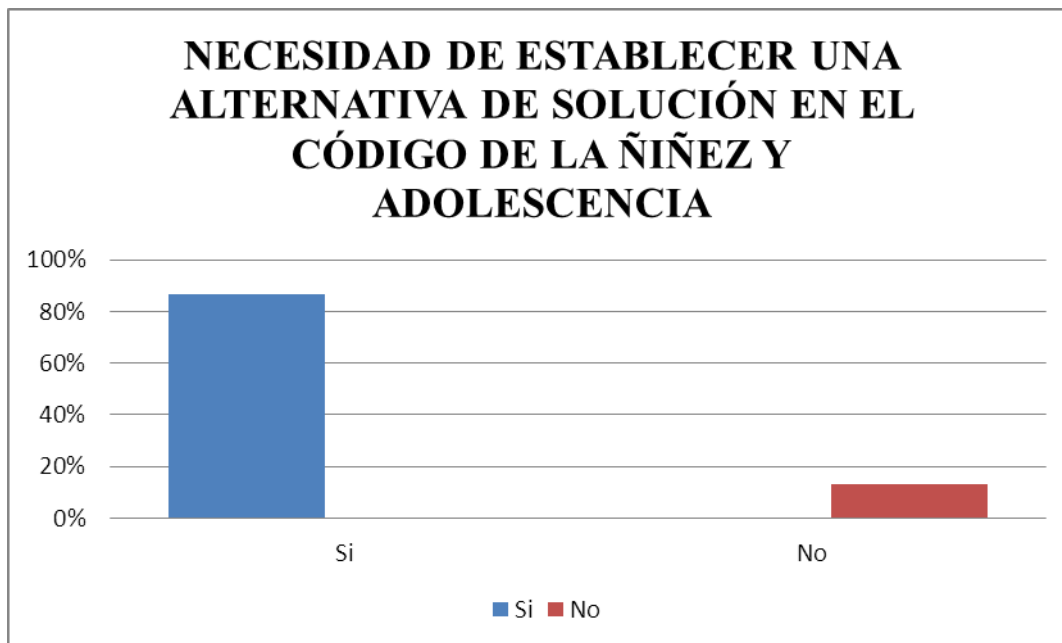
ANÁLISIS: De las respuestas obtenidas se determina que la mayoría de encuestados concuerdan con mi criterio, de que la no realización de la prueba de ADN, si puede ocasionar inseguridad jurídica al demandado, en el caso de que se haya declarado la paternidad o parentesco por la presunción de hecho.

Ahora bien es necesario analizar que si bien la presunción de hecho sirve para la prosecución del trámite, lo cual es correcto desde el punto de vista procesal, no puede por ello dar cabida a pago indebido, por lo que se debe establecer una causal de incidente de extinción por el cual se revise la fijación de la pensión, y especialmente la existencia o no del vínculo parento-filial, para lo cual se requiere necesariamente de un examen de ADN.

QUINTA PREGUNTA:

¿Cree Usted que es necesario establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia una alternativa de solución, encaminada a extinguir la obligación del pago del alimentante, cuando se hay fijado por presunción de hecho?

CUADRO NRO. 5		
Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	86,67%
No	4	13,33 %
TOTAL	30	100%
Fuente: Profesionales del Derecho. Autora: Andrea Paulina González Rivera.		



INTERPRETACIÓN: De la totalidad de encuestados, veinte y seis personas que equivalen al 86,67%, que si es necesario establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia una alternativa de solución, encaminada a extinguir la obligación del pago del alimentante, cuando se hay fijado por presunción de hecho, por las siguientes razones:

- La actual normativa no permite plantear un incidente de extinción de pensión alimenticia, por no existir filiación o parentesco.
- En el caso de que se imponga una pensión alimenticia a quien no está vinculado biológicamente al beneficiario, se produce pago indebido e inseguridad jurídica.
- Una presunción por negativa al examen de ADN debería admitir prueba en contrario

Solo cuatro personas que representan el 13,33 % de la población encuestada, manifestaron que no es necesario establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia una alternativa de solución, encaminada a extinguir la obligación del pago del alimentante, cuando se hay fijado por presunción de hecho, por las siguientes razones:

- La presunción de hecho es necesaria.
- Se debe velar por el interés superior del niño.

ANÁLISIS: La mayoría de encuestados, concuerdan con mi criterio de que es necesario establecer una reforma legal al Código de la Niñez y Adolescencia, para determinar una nueva causal de extinción de la pensión alimenticia, que solo sea aplicable cuando la filiación o parentesco hayan sido establecidos mediante la presunción de hecho, es decir no cabría tal incidente cuando exista vínculo matrimonial entre los progenitores del alimentario, ni cuando exista reconocimiento voluntario, ni cuando los resultados de ADN hubieren dado positivo en el juicio.

El incidente requiere obligatoriamente de examen de ADN.

6.2 Resultados de la Entrevista.

De la aplicación de la entrevista a cinco personas conocedoras de la problemática, se obtuvo los siguientes resultados:

**ENTREVISTA NRO. 1 APLICADA AL SEÑOR JUEZ TERCERO DE LA
FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LOJA**

PRIMERA PREGUNTA:

En su experiencia profesional, ¿cuáles serían los efectos de la presunción de hecho del vínculo parento-filial que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

RESPUESTA: El principal efecto que produce la presunción de hecho, es la determinación del vínculo parento-filial, para hacer procedente la imposición de la pensión definitiva de alimentos.

Efectivamente, una presunción de hecho es la base principal para fijar una pensión de alimentos, pero que sucede si no existe una relación de filiación entre las partes, no será que se afecta la seguridad jurídica del alimentante, y de esta forma estaríamos mal aplicando la Ley, siendo de gran importancia incrementar una medida de solución a este tipo de inconvenientes.

SEGUNDA PREGUNTA:

Dentro de su ejercicio profesional, ¿conoce Usted si se han presentado casos en los que se haya declarado la paternidad, por una presunción de hecho?

RESPUESTA: Es muy frecuente la declaratoria del vínculo parento-filial por medio de la presunción de hecho, pues existen muchos procesos en que el demandado no asiste o se niega a efectuar la prueba comparativa de las secuencias de Ácido Desoxirribonucleico.

En la gran mayoría se da la no comparecencia del demandado a la Diligencia de Prueba de ADN, ya sea por motivos económicos, y en otros casos por desconocer la existencia de una demanda de alimentos, por lo que a mi parecer no está bien que se declare la paternidad por una presunción de hecho, en la cual no contamos con los datos exactos y biológicos que solamente los puede determinar el realizarse una prueba de ADN.

TERCERA PREGUNTA:

¿Cuáles serían los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho, cuando entre el demandado y el beneficiario del juicio de alimentos no existe realmente vínculo de filiación o parentesco?

RESPUESTA: La determinación del vínculo biológico entre el alimentario y demandado es la principal razón de las pruebas de ADN, pero el Código de la Niñez y Adolescencia, en virtud de la primacía del Interés Superior del Niño, ha previsto la presunción de hecho del vínculo parento-filial, por la negativa al examen de ADN. Todo esto tiene su justificación legal, pues el demandado debe ser legalmente citado y conocer el día y hora en que debe presentarse a la indicada prueba.

Con la aplicación de nuestras leyes, siempre existirá el interés superior del niño, ya que un menor no quedará en la indefensión por la no presencia del supuesto padre, pero que sucede cuando la madre no ha encontrado los medios suficientes para citar al demandado ya sea por desconocimiento de su domicilio u otras razones, entonces cabe una presunción de hecho, pero si la madre planteó una demanda de alimentos a la persona que no es el padre biológico, estamos entonces afectando los derechos de un tercero.

CUARTA PREGUNTA:

En su criterio, ¿considera Usted qué las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, permiten o no solucionar la afectación económica al demandado que no se encuentra realmente vinculado por filiación o parentesco al beneficiario del juicio de alimentos, cuando la pensión alimenticia se ha fijado por presunción de hecho?

RESPUESTA: No existe en la legislación vigente, una causal de extinción por la inexistencia del vínculo parento-filial, pues el mismo se ha comprobado mediante el resultado de la prueba de ADN o mediante presunciones legales, las cuales también constituyen un medio probatorio, para que el juzgador fundamente su auto resolutorio.

Por esta razón, sería de gran necesidad el incrementar una alternativa de solución a la presente problemática, que no afecte los derechos de terceras personas.

QUINTA PREGUNTA:

¿Qué aspectos considera usted que se deberían tener en cuenta en una Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para establecer una causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se haya fijado la pensión por presunción de hecho?

RESPUESTA: Considero que no se debería hacer una reforma legal, la presunción de hecho es un medio probatorio que hace viable el juicio de alimentos.

La presunción de hecho es un medio probatorio, pero si el declarado padre apareciera o necesitara de una segunda prueba de ADN para constatar la paternidad, que Ley o que artículo lo ampararía? Es por esto que no se está aplicando la Ley que garantiza nuestra

Seguridad Jurídica y el efectivo uso y goce de nuestros derechos según lo manifiesta la Constitución del Ecuador.

ENTREVISTA NRO. 2 APLICADA A UN ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO

PRIMERA PREGUNTA:

En su experiencia profesional, ¿cuáles serían los efectos de la presunción de hecho del vínculo parento-filial que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

RESPUESTA: Los efectos son de variada índole, por un lado si realmente existe la relación progenitor-descendiente o el parentesco que determina la ley para el caso de alimentos, permite que el procedimiento continúe su curso normal; pero también puede dar posibilidad a que se imponga una pensión alimenticia a quien no está obligado realmente al cumplimiento de tal prestación.

Por esto considero necesario el incrementar al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, un incidente de causal de extinción de alimentos por no existir el vínculo parento-filial entre las partes, ya que su relación de filiación ha sido declarada por una presunción.

SEGUNDA PREGUNTA:

Dentro de su ejercicio profesional, ¿conoce Usted si se han presentado casos en los que se haya declarado la paternidad, por una presunción de hecho?

RESPUESTA: Si es muy frecuente la utilización de la indicada presunción, todo profesional del Derecho en ejercicio, la utiliza, en la mayoría de ocasiones en favor de la parte que representan.

Es muy común que cada profesional del derecho realice su trabajo con el fin de hacer lo mejor para la parte que contrata sus servicios, pero que sucedería cuando el padre ha sido declarado por presunción de hecho, y es este quien solicita sus servicios para que se declare la extinción de alimentos, porque él está seguro de no ser el padre biológico, que haría el Abogado en esta situación, de que Art. se ampararía? , es aquí donde surge la presente problemática de mi tesis en desarrollo.

TERCERA PREGUNTA:

¿Cuáles serían los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho, cuando entre el demandado y el beneficiario del juicio de alimentos no existe realmente vínculo de filiación o parentesco?

RESPUESTA: Si el demandado no tiene la calidad de progenitor o pariente del alimentario, se convierte en un pago indebido de pensiones, lo cual según el mismo Código de la Niñez y Adolescencia no admite reembolso de lo pagado, lo cual produce un perjuicio económico principalmente.

Teniendo en cuenta que no hay reembolso de lo pagado, ya aceptamos que existe un pago indebido de alimentos el cual afectará de toda forma al tercero involucrado, lo cual le estaría perjudicando enormemente por no existir medios de terminación de esta fijación de alimentos, sino los que determinan el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

CUARTA PREGUNTA:

En su criterio, ¿considera Usted qué las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, permiten o no solucionar la afectación económica al demandado que no se encuentra realmente vinculado por filiación o parentesco al beneficiario del juicio de alimentos, cuando la pensión alimenticia se ha fijado por presunción de hecho?

RESPUESTA: No permiten las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, solucionar este grave problema jurídico, pues como indique antes al no comparecer el demandado a la prueba se presume que es el padre y por ende el obligado, el Juez no tiene nada que ver en las circunstancias de la negativa del demandado a la prueba del ADN, la ley solo establece la salvedad de insuficiencia de recursos económicos para tal prueba.

Por no existir una causal de extinción del derecho de alimentos, cuando se ha fijado pensión alimenticia por presunción de hecho, es que veo la necesidad de incrementar una causal de extinción por dicha causa, ya que la Ley protege los derechos del menor por el principio superior del niño, pero dadas las razones de que no existan lazos de consanguinidad entre las partes se atenta la seguridad jurídica del demandado.

QUINTA PREGUNTA:

¿Qué aspectos considera usted que se deberían tener en cuenta en una Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para establecer una causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se haya fijado la pensión por presunción de hecho?

RESPUESTA: Sería necesario establecer un medio impugnatorio de la declaratoria de la paternidad por la presunción de hecho.

Efectivamente es necesario este medio de impugnación de la paternidad, pero si no contamos en nuestra legislación con una causal de extinción del derecho de alimentos por presunción de hecho, como plantear una incidente de extinción.

ENTREVISTA NRO. 3 APLICADA AL AUXILIAR JUDICIAL DEL JUZGADO PRIMERO ADJUNTO DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE LOJA

PRIMERA PREGUNTA:

En su experiencia profesional, ¿cuáles serían los efectos de la presunción de hecho del vínculo parento-filial que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

RESPUESTA: La declaratoria de la paternidad y la correspondiente imposición de la pensión.

Esa es la finalidad al declarar la existencia del vínculo parento filial entre dos personas, para que así la una se obligue con la otra, y se garantice su estabilidad económica.

Pero si no existe dicho vínculo entre el menor y el alegado padre, porque tendría que responder un tercero.

SEGUNDA PREGUNTA:

Dentro de su ejercicio profesional, ¿conoce Usted si se han presentado casos en los que se haya declarado la paternidad, por una presunción de hecho?

RESPUESTA: Si es muy frecuente para los Juzgados de la Familia declarar tal presunción de hecho por la inasistencia a la prueba de ADN principalmente.

Esto se da por el desconocimiento de la norma o por no saber si existe una demanda de alimentos planteada en contra de determinada persona.

TERCERA PREGUNTA:

¿Cuáles serían los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho, cuando entre el demandado y el beneficiario del juicio de alimentos no existe realmente vínculo de filiación o parentesco?

RESPUESTA: El perjuicio sería en lo económico, ya que se ha fijado una pensión contra alguien que no está obligado realmente a ello.

Esto produce el pago indebido de alimentos, además del perjuicio moral y psicológico, ya que no es el responsable principal por no existir entre estos una relación de filiación.

TERCERA PREGUNTA:

En su criterio, ¿considera Usted qué las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, permiten o no solucionar la afectación económica al demandado que no se encuentra realmente vinculado por filiación o parentesco al beneficiario del juicio de alimentos, cuando la pensión alimenticia se ha fijado por presunción de hecho?

RESPUESTA: No, ya que el Código de la Niñez y Adolescencia pretende el bienestar de los alimentarios, no se sacrifican sus derechos por la inasistencia o negativa del demandado al examen de ADN.

Siempre prevalecerá el Principio Superior del Niño por ser menor de edad, y al no existir la presencia del alegado padre no se lo dejará en la indefensión ni se declarará nulo dicho proceso, si no que se declarará la filiación entre estos así no se cuente con la prueba de ADN entre las partes, así el refutado padre no sea el padre biológico.

QUINTA PREGUNTA:

¿Qué aspectos considera usted que se deberían tener en cuenta en una Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para establecer una causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se haya fijado la pensión por presunción de hecho?

RESPUESTA: Considero que es necesario establecer una revisión del vínculo parento-filial, pero como un incidente del juicio principal, y además de determinarse que no hay relación filial o de parentesco entre el demandado y el alimentario, se debería establecer el reembolso en este caso.

Habría entonces forma de pedir la devolución del dinero indebidamente pagado, esto mediante un proceso de impugnación de paternidad y con un segundo señalamiento de Prueba de ADN, por lo que se podría declarar que no existen los lazos de filiación, pero no se daría fin al juicio principal de alimentos, ya que son claras las 4 causales existentes en el C.O.N., por lo que es necesario una reforma e incremento de la causal de extinción de alimentos inexistencia del vínculo parento filial entre las partes.

**ENTREVISTA NRO. 4 APLICADA A LA SEÑORA SECRETARIA DEL
JUZGADO TERCERO DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA DE LOJA**

PRIMERA PREGUNTA:

En su experiencia profesional, ¿cuáles serían los efectos de la presunción de hecho del vínculo parento-filial que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

RESPUESTA: La determinación del vínculo parento-filial y la fijación de la pensión definitiva de alimentos mediante la resolución correspondiente.

Con la presunción de hecho queremos garantizar los derechos del menor que está en indefensión, pero no garantizamos la seguridad jurídica del refutado padre, de ser el caso que este no sea el verdadero padre.

SEGUNDA PREGUNTA:

Dentro de su ejercicio profesional, ¿conoce Usted si se han presentado casos en los que se haya declarado la paternidad, por una presunción de hecho?

RESPUESTA: Es muy frecuente en los juicios que se tramitan en estas judicaturas de la familia, ya que al no presentarse el demandado se presume la paternidad, ya que es uno de los casos en que la ley invierte la carga probatoria al demandado, mediante una presunción que beneficia al alimentario.

Son muy frecuentes los casos en los que el demandado no comparece a juicio, pero en algunas circunstancias por desconocimiento del proceso instaurado en su contra, por lo

que visto de esta forma no se están respetando los derechos de las personas, garantizadas en la Constitución del Ecuador.

TERCERA PREGUNTA:

¿Cuáles serían los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho, cuando entre el demandado y el beneficiario del juicio de alimentos no existe realmente vínculo de filiación o parentesco?

RESPUESTA: Los derechos que se afectarían serían la seguridad jurídica y el patrimonio del demandado, como es conocido por todos, la ley ampara los derechos preferentes de la niñez y adolescencia por sobre el de las demás personas.

Por esta afectación hacia los derechos de las personas, es que mi propuesta de reforma se vincula a la protección y buena ejecución de la norma.

CUARTA PREGUNTA:

En su criterio, ¿considera Usted qué las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, permiten o no solucionar la afectación económica al demandado que no se encuentra realmente vinculado por filiación o parentesco al beneficiario del juicio de alimentos, cuando la pensión alimenticia se ha fijado por presunción de hecho?

RESPUESTA: La actual normativa en el Código de la Niñez y Adolescencia, no permite solucionar el problema que plantea la interrogante.

Es por esta razón que he creído conveniente el incrementar una alternativa de solución a

este tipo de inconvenientes legales, para de cierta forma contribuir a la buena aplicación de la norma.

QUINTA PREGUNTA:

¿Qué aspectos considera usted que se deberían tener en cuenta en una Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para establecer una causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se haya fijado la pensión por presunción de hecho?

RESPUESTA: Se debería establecer la facultad de realizar un nuevo examen de ADN mediante un incidente.

Efectivamente se debería establecer esta causal de extinción del derecho de alimentos, cuando el refutado padre no sea el padre biológico y se haya fijado pensión alimenticia por presunción de hecho.

ENTREVISTA NRO. 5 APLICADA AL AUXILIAR JUDICIAL DEL JUZGADO

PRIMERO DE LO CIVIL DE LOJA

PRIMERA PREGUNTA:

En su experiencia profesional, ¿cuáles serían los efectos de la presunción de hecho del vínculo parento-filial que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

RESPUESTA: A más del efecto de proteger los derechos de los alimentarios, también da cabida a que se acepten mediante resolución demandas de alimentos que son falsas, en las cuales no se ha citado personalmente al demandado, sino por la prensa, aunque

actualmente para ello por resolución del Consejo de la Judicatura del año 2010, la parte actora debe justificar el desconocimiento del domicilio y residencia.

Es esta la razón principal por la que me encamine dentro de este ámbito del derecho, porque existen en la actualidad un gran número de juicios de alimentos, pero en los que en algunos no se logra citar al demandado personalmente y se lo cita por la prensa, sabiendo todos que no es una citación en la que se garantice su comparecencia juicio y por ende a la prueba de ADN.

SEGUNDA PREGUNTA:

Dentro de su ejercicio profesional, ¿conoce Usted si se han presentado casos en los que se haya declarado la paternidad, por una presunción de hecho?

RESPUESTA: Es muy frecuente tal situación en los juzgados de la niñez, tanto así que se observan muchos casos en los que ni la parte actora concurre a la prueba de ADN, lo cual a mi criterio presupone que la demanda no es verdadera, lo cual escapa a la normativa legal.

Se conoce que en la actualidad existen muchos casos en que ni la actora comparece a la diligencia de Prueba de ADN, demostrando así que hay casos en los que la actora lo hace con el fin de molestar a cierta persona o peor aun cuando no tiene el conocimiento exacto de quien es el verdadero padre y se ven en la situación incómoda de demandar a una persona que no tiene ninguna relación con el menor.

TERCERA PREGUNTA:

¿Cuáles serían los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho, cuando entre el demandado y el beneficiario del juicio de alimentos no existe realmente vínculo de filiación o parentesco?

RESPUESTA: Serían afectados el derecho a la seguridad jurídica, lo cual se justifica con lo dispuesto en el Código Civil en la sección referente a los Alimentos que se deben por Ley, en el que se ha establecido que puede haber dolo en la obtención de alimentos.

Los derechos de las personas están garantizados en la Constitución del Ecuador, por lo se debe dar una reforma inmediata en la que se garantice la Seguridad Jurídica de los habitantes de nuestro país, al ser demandados en juicio de alimentos y paternidad.

CUARTA PREGUNTA:

En su criterio, ¿considera Usted qué las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, permiten o no solucionar la afectación económica al demandado que no se encuentra realmente vinculado por filiación o parentesco al beneficiario del juicio de alimentos, cuando la pensión alimenticia se ha fijado por presunción de hecho?

RESPUESTA: Existe un vacío legal que no permite solucionar una situación jurídica que a más de ser posible que ocurra, se da efectivamente en muchos de los casos de alimentos en el país.

Por la existencia de este vacío jurídico en nuestra norma es que he planteado esta medida de solución, gracias al incremento de una nueva causal de extinción del derecho

de alimentos, ya no se estaría violando los derechos garantizados a los ecuatorianos, cuando el refutado padre no sea el padre biológico y su filiación haya sido declarada por presunción de hecho.

QUINTA PREGUNTA:

¿Qué aspectos considera usted que se deberían tener en cuenta en una Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para establecer una causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se haya fijado la pensión por presunción de hecho?

RESPUESTA: Considero necesario establecer un procedimiento para la sanción del dolo para obtener alimentos.

El dolo debe ser castigado cuando se comprobara su existencia, ya que no se puede estar perjudicando a personas inocentes cuando existe duda sobre la paternidad.

ANÁLISIS GENERAL: De los resultados obtenidos de la aplicación de la entrevista, puedo determinar lo siguiente:

En primer lugar la presunción de hecho del vínculo parento-filial es de muy amplia utilización en los juicios de alimentos, pero a más de proteger a los alimentarios, puede producir inseguridad jurídica al demandado que no se halle obligado biológicamente a tal prestación.

De lo indicado se produce pago indebido de pensiones, del cual no hay como solicitar reembolso, debido a que el mismo Código de la Niñez y Adolescencia establece al derecho de alimentos que no admite reembolso de lo pagado.

Las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, no han previsto la situación jurídica en que el demandado no esté vinculado al alimentario, en calidad de progenitor o pariente, y produzca un pago indebido.

De todo lo indicado se puede concluir que es necesario reforma el Código de la Niñez y Adolescencia, proponiendo una alternativa de solución viable.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de Objetivos.

Una vez finalizada la investigación literaria y de campo de la presente tesis, es necesario realizar la verificación de los objetivos planteados en el proyecto, para lo cual considero lo siguiente:

OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio doctrinario y crítico del Marco Jurídico Ecuatoriano, que regula la extinción del derecho de alimentos por presunción de hecho, para determinar la necesidad de Reformas.

El objetivo general se verifica con el desarrollo de la REVISIÓN DE LITERATURA, en la cual desde un marco conceptual, doctrinario y jurídico, se analizó las diferentes categorías del problema a investigarse, determinando aspectos importantes del derecho de alimentos y la obligación alimenticia, tal como que es una obligación de origen legal, que se fundamenta en la existencia del vínculo parento-filial, que este vínculo se puede presumir de hecho, pero que no existe la facultad legal para exigir la extinción de la pensión cuando no exista realmente el indicado vínculo, por lo cual si hay necesidad de urgentes reformas al Código de la Niñez y Adolescencia.

De igual manera se justifica la necesidad de la reforma legal, mediante los resultados obtenidos en la investigación de campo.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1) Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la extinción de Derecho de alimentos y sus formas.

El presente objetivo específico se verifica con el desarrollo de la REVISIÓN DE LITERATURA, en la cual desde un marco conceptual se analizó lo que son las obligaciones en sentido general y la obligación alimenticia, las presunciones y conceptos relevantes del Derecho de Familia. Desde un marco doctrinario se estudió lo referente a las fuentes de las obligaciones; el derecho de alimentos, su naturaleza jurídica, características, beneficiario y sujetos obligados, extinción, entre otros aspectos.

Finalmente en desde un marco jurídico se analiza minuciosamente el problema jurídico, estableciéndose que no existe causal de extinción del derecho de alimentos, cuando se haya fijado la pensión alimenticia por presunción de hecho, y que el demandado no tenga realmente vínculo parento-filial con el alimentario.

2) Determinar las deficiencias normativas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, referente a las causales de extinción del derecho de alimentos.

El presente objetivo específico se verifica con los resultados obtenidos en la pregunta tercera de la encuesta, en la cual la mayoría de los encuestados, manifiestan que si existen deficiencias normativas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, referente a las causales de extinción del derecho de alimentos, en el caso de que no exista vínculo parento-filial, pese a que se lo haya declarado mediante la presunción de hecho, pues la inasistencia del demandado, puede obedecer a razones de variada índole, tales como: desconocimiento de la norma legal, calamidad doméstica o

enfermedad, que no se haya enterado de la demanda cuando se lo ha citado por la prensa.

Las circunstancias descritas, pueden conllevar a pago indebido de pensiones alimenticias.

3) Determinar los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho.

El presente objetivo se verifica con los resultados obtenidos mediante los resultados de las preguntas cuarta de la encuesta y tercera de la entrevista, en las cuales la mayoría de personas de la muestra poblacional seleccionada, manifiestan que la presunción de hecho, cuando no exista realmente el vínculo parento-filial, afecta los derechos a la seguridad jurídica del demandado, a más de los perjuicios económicos por pago indebido de pensiones.

4) Presentar una alternativa de solución, encaminada a extinguir la obligación del pago del alimentante, cuando se hay fijado por presunción de hecho.

El presente objetivo, se verifica con los resultados obtenidos en las preguntas quinta de la encuesta y entrevista, en la cual la mayoría de las personas a las cuales se les aplicó el formulario de interrogantes, manifiestan que es necesaria una reforma legal, que permita impugnar la presunción de hecho que doctrinariamente equivale a la de derecho, y establecer una nueva causal para un incidente de extinción del derecho de alimentos por la inexistencia del vínculo parento-filial.

7.2 Contratación de Hipótesis.

En la presente investigación jurídica se planteó la siguiente hipótesis:

La fijación de alimentos por presunción de hecho, produce inseguridad jurídica y vulneración de derechos al alimentante, cuando no se ha realizado la prueba de ADN.

La hipótesis se contrasta como verdadera, mediante los resultados obtenidos en la pregunta cuarta de la encuesta, en la cual la mayoría de la población investigada manifiesta que existe inseguridad jurídica ya que la presunción de hecho puede producir pago indebido de pensiones y no existe el medio legal para solucionar esta situación jurídica y social muy frecuente en nuestro medio social.

7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.

La propuesta de reforma jurídica al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se fundamenta en lo siguiente:

a.- Principios Constitucionales: La Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum y publicada en el R. O. Nro. 449 del 20 de octubre del año 2008, establece en sus Arts. 44 y 45 los derechos de los niños, niñas y adolescentes en función del Principio de su Interés Superior, a fin de que ellos puedan tener un adecuado desarrollo tanto físico, psíquico, emocional y afectivo, correspondiendo esta responsabilidad tripartita al Estado, la Sociedad y la Familia.

Si bien por principio los derechos de los niños y adolescentes gozan de primacía sobre los derechos de las demás personas, incluidas los grupos de atención prioritaria, también es cierto que todos los ciudadanos tenemos derecho a la seguridad jurídica, la cual está amparada en el Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República, que prescribe que cualquier autoridad administrativa o judicial garantizará los derechos reconocidos a los ciudadanos ecuatorianos.

De igual manera en el Art. 84 ibídem, se establecen las denominadas garantías normativas, que en otras palabras constituyen la seguridad jurídica, es decir, proporcionan la tranquilidad a los ciudadanos de que sus derechos constitucionales serán respetados y amparados.

Pese a que existe en principio la seguridad jurídica, cuando existen vacíos legales puede conllevar serios problemas sociales y jurídicos de la falta de adecuación formal y material de las normas del ordenamiento jurídico con las de la Constitución de la República del Ecuador, tal es el caso de la insuficiencia jurídica del Código de la Niñez y Adolescencia respecto de la inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se haya fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho.

b.- Efectos Jurídicos de la Presunción de Hecho.- Dentro de la legislación civil se ha determinado dos tipos de presunciones, las primeras denominadas de Derecho o *juris et de juris* que no admiten prueba en contra, y las segundas denominadas legales o *juris tantum* que si admiten prueba en contrario.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. innumerado 10 del Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo, establece que cuando no se ha determinado la filiación o parentesco entre el beneficiario del juicio de alimentos y el demandado, es obligatorio que se ordene la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), para lo cual en la práctica se fija día, fecha y hora para tal examen, y en el caso de haber negativa por parte del demandado se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco.

Ahora bien según la Doctrina las presunciones de Derecho son denominadas también “Presunciones de Hecho y de Derecho”, siendo una sola figura jurídica, y por ende la

presunción de hecho que establece el Código de la Niñez y Adolescencia no admite prueba en contrario.

c.- Afectación Económica y a la Seguridad Jurídica por Insuficiencia Jurídica del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: La presunción de hecho ha sido establecida con la finalidad de que el juicio de alimentos no tenga obstáculo por la no asistencia del demandado al examen de ADN.

Pero no se ha previsto el caso de que pese a la inasistencia o negativa del demandado, y de haberse declarado ya la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco, tal vínculo no exista.

Pues como establece el mismo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su Art. innumerado 2 del Título V Del Derecho a Alimentos, este derecho es connatural, es decir responde a un nexo biológico o de consanguinidad entre el alimentante y alimentario.

Por lo general la filiación (vínculo entre padres e hijos) es biológico pero puede ser también legal como el caso de la adopción, pero hay que aclarar que la presunción de hecho se aplica sólo en los casos en que tal vínculo de filiación o parentesco no se encuentre determinado, por ende no se aplica esta presunción en hijos concebidos dentro de matrimonio, hijos adoptivos, ni quienes han sido reconocidos voluntariamente como tales.

El derecho de alimentos así como la obligación alimenticia, tienen un origen legal que se sustenta en el vínculo de filiación o relación de parentesco, sin el cual darían lugar al denominado pago indebido de pensiones alimenticias.

La presunción de hecho, puede dar lugar a pago indebido de pensiones alimenticias, si el demandado no se encuentra connaturalmente ligado al alimentario, y ello se traduce como perjuicio económico, incluso afectación moral, si el demandado tiene vínculo matrimonial con otra persona, pues una demanda de alimentos conllevaría problemas de hogar al demandado.

La inseguridad jurídica se enfatiza al no existir norma jurídica que permita solucionar tal situación, y a más de los efectos jurídicos de la presunción de hecho que doctrinariamente no admite prueba en contrario, pues la legislación no determina sus efectos claramente, por lo que la concepción doctrinaria es necesaria.

Un incidente en el juicio de alimentos puede tener tres finalidades: aumento, disminución y extinción de la pensión de alimentos.

Es necesario determinar que el Art. innumerado 32 del Título V Del Derecho de Alimentos establece únicamente tres causales de extinción o caducidad del derecho de alimentos: a) Muerte del titular del derecho, b) Muerte de todos los obligados, c) Desaparición de las causas que originaban el derecho.

La tercera causal, se aplica cuando desaparecen las causas que originaban el derecho, como que el alimentario cumpla la edad de 21 años, o si deja de cursar estudios, o que desaparezca la discapacidad.

Como se puede ver no existe causal ni disposición que establezca el mecanismo legal para solucionar el problema jurídico social de la inexistencia de vínculo parento-filial cuando se ha fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho.

d.- Aspectos a Reformar: Una reforma jurídica que permita brindar una solución al problema jurídico en cuestión, se debe basar en los siguientes puntos:

Primeramente es necesario efectuar un cambio de la presunción de hecho (similar a la de Derecho) por una presunción legal que admita prueba en contrario.

Segundo sería determinar el trámite para efectuar la solución, el cual sería un incidente de extinción de la pensión alimenticia por la inexistencia de vínculo parento-filial, para lo cual se debe implementar una causal más de extinción o caducidad del derecho de alimentos.

El Código de la Niñez y Adolescencia, ha previsto el mismo trámite especial del juicio principal para los incidentes, pero debe determinarse que situaciones debe tener en particular este incidente de extinción de la pensión alimenticia, tal como que es obligatoria la realización de la prueba de ADN estableciéndose que se puede llamar a la misma hasta dos ocasiones.

Si el actor del incidente no asistiera al examen nuevamente, pese a haber alegado inexistencia del vínculo de filiación, se debe establecer el abandono del incidente y con condena en costas a la otra parte.

Así mismo debe proveerse el caso que no se presente a la prueba el alimentario y el progenitor o representante legal a su cargo, para lo cual se debe establecer que el incidente sea aceptado, y se extinga la pensión alimenticia, dando derecho a solicitar el reembolso de lo pagado indebidamente, por lo que se requiere reformar el artículo que define al derecho de alimentos para que esto sea factible.

8. CONCLUSIONES.

Una vez finalizada la presente investigación jurídica, puedo concluir lo siguiente:

- Los derechos de los niños, niñas y adolescentes por disposición constitucional son de atención inmediata y prioritaria en función del Principio de Interés Superior del Niño y estarán sobre los derechos de las demás personas, incluso de aquellas comprendidas en los grupos de atención prioritaria.
- El derecho de alimentos es connatural al vínculo de filiación o relación de parentesco, y el mismo es exigible en vía judicial ante los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, cuando está determinado por el matrimonio de los padres de alimentario, reconocimiento voluntario o adopción, y cuando no se encuentra determinado es necesario y obligatorio el examen de ADN.
- Todos los ciudadanos tenemos derecho a la seguridad jurídica según el Art. 76 numeral 1 y Art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador, por el cual se garantiza que los derechos constitucionales no pueden ser menoscabados por parte de las autoridades públicas o judiciales, y ni siquiera por los cuerpos legales, pues ellos deben adecuarse formal y materialmente a la Constitución de la República.
- La presunción de hecho se ha establecido en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para evitar obstaculizar el trámite normal del juicio de alimentos, cuando el demandado no asista o se niegue a la prueba de ADN.

- La presunción de hecho puede producir inseguridad jurídica, perjuicios económicos y pago indebido de pensiones, cuando pese a que se haya fijado la pensión alimenticia por presunción, no exista en realidad el vínculo connatural de filiación o relación de parentesco.
- No existe norma jurídica en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para brindar una solución a la inseguridad jurídica, perjuicios económicos y pago indebido de pensiones, cuando se haya fijado la pensión alimenticia por presunción de hecho, y no exista en realidad el vínculo connatural de filiación o relación de parentesco.
- Lo indicado en el ordinal anterior, se traduce como insuficiencia jurídica del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que es necesario reformar este cuerpo normativo permitiendo regular adecuadamente el mecanismo legal para que se realice el examen de ADN, y en caso de que no exista el vínculo parento-filial, se declare extinguida la pensión alimenticia.

9. RECOMENDACIONES.

Como alternativas de solución a la problemática investigada, puedo recomendar lo siguiente:

- A la Asamblea Nacional, expedir las reformas legales necesarias tendientes a efectivizar la normativa del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, especialmente en lo referente al derecho de alimentos, en función de su origen legal y fundamento connatural en el vínculo parento-filial, con el objeto de evitar afectaciones a terceras personas por vacíos normativos o insuficiencia de la actual regulación legal.
- A las Instituciones del Sistema Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia, que expidan las políticas públicas y reglamentos necesarios para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescente, en un marco de igualdad, respeto, y solidaridad con el Estado, la Sociedad y la Familia.
- A los Jueces en general, en someter a control concreto de la constitucionalidad de una determinada norma que pudiera estar vulnerado los derechos de alguna de las partes procesales.
- A los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, que se procure la comparecencia de las partes a la prueba de ADN, tanto de la parte actora como demandada de conformidad a las disposiciones legales vigentes.
- A las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, que realicen varios seminarios o conversatorios acerca de los derechos de los niños, niñas y

adolescentes, respecto de sus relaciones con el Estado, la Sociedad y la Familia, a fin de cultivar una cultura social de respeto a los derechos recíprocos de los integrantes del núcleo familiar.

- A los ciudadanos afectados en sus derechos constitucionales por falta o insuficiencia de las normas legales, a que planteen las acciones de protección de derechos ante cualquier juez de primera instancia, o las correspondientes acciones de inconstitucionalidad según lo previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica.

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

- **Que**, la Constitución de la República del Ecuador en sus Arts. 44 y 45 establece los derechos de los niños, niñas y adolescentes en función del Principio de su Interés Superior, en un marco de adecuado desarrollo físico, psíquico, emocional y afectivo, correspondiendo esta responsabilidad tripartita al Estado, la Sociedad y la Familia.
- **Que**, la Constitución de la República en su Art. en el Art. 76 numeral 1 de la prescribe que cualquier autoridad administrativa o judicial garantizará los derechos reconocidos a los ciudadanos ecuatorianos, y de igual manera en el Art. 84 ibídem, se establecen las denominadas garantías normativas, por lo cual toda norma del ordenamiento jurídico se debe adecuar formal y materialmente a la Constitución de la República, en especial al amparo y derechos de los ecuatorianos.
- **Que**, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en su Art. innumerado 2 del Título V Del Derecho a Alimentos, determina que el derecho a alimentos es connatural, es decir responde a un nexo biológico o de consanguinidad entre el alimentante y alimentario.
- **Que**, el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. innumerado 10 del Título V Del Derecho a Alimentos, establece que cuando no se ha determinado la filiación o parentesco entre el beneficiario del juicio de

alimentos y el demandado, es obligatorio que se ordene la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), para lo cual en la práctica se fija día, fecha y hora para tal examen, y en el caso de haber negativa por parte del demandado se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco.

- **Que**, la presunción de hecho al tener similitud con la presunción de derecho según la Doctrina, no permite que se admita prueba en contrario.
- **Que**, en el Código de la Niñez y Adolescencia, no existe disposición legal que sea aplicable al caso de inexistencia del vínculo parento-filial, pese a que se haya fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco.
- **Que**, el vacío legal indicado en el considerando anterior, produce inseguridad jurídica, pago indebido de pensiones alimenticias y serios perjuicios al demandado que no se encuentre vinculado connaturalmente con el alimentario.
- **Que**, es necesario implementar una causal más de extinción o caducidad del derecho de alimentos, regulando el procedimiento adecuado para ello, y con las reformas legales que hagan viable un incidente de extinción de la pensión alimenticia por la inexistencia del vínculo parento-filial.

La Asamblea Nacional en uso de sus facultades establecidas en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA AL TÍTULO V DEL DERECHO A ALIMENTOS
DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA**

ART. 1. En el literal a) del Art. innumerado 10 elimínese el texto que dice: “*de hecho*”.

ART. 2. – Al final del literal a) del Art. innumerado 10 agréguese el siguiente inciso:

“La presunción de filiación o relación de parentesco admitirá prueba en contrario, lo cual será admitido por el Juez/a de la Familia únicamente en incidente de extinción de la pensión alimenticia con sujeción a lo previsto en este título. Toda alegación que impugne la indicada presunción legal no será oída en la tramitación del juicio principal.”

ART. 3.- Agréguese lo siguiente al Art. innumerado 32:

4. *Por inexistencia del vínculo parento-filial, únicamente cuando se haya fijado la pensión alimenticia por la presunción legal de la filiación o relación de parentesco mediante auto resolutorio.*

En los incidentes de extinción de pensión alimenticia por la causal cuarta de este artículo, se procederá de acuerdo a lo previsto para el juicio principal y además por las siguientes reglas:

- a) *El Juez/a de la Familia ordenará la práctica de un examen comparativo de las secuencias de ADN;*

- b) *Se convocará a las partes procesales hasta por dos ocasiones al examen de ADN;*
- c) *En caso de inasistencia del actor/a del incidente al segundo señalamiento para el examen de ADN, se entenderá abandonado el incidente y se lo condenará en costas procesales.*
- d) *En caso de inasistencia del demandado/a en el incidente al segundo señalamiento para el examen de ADN, se aceptará el incidente declarando extinguida la pensión alimenticia, sin perjuicio de las acciones de reembolso de lo pagado indebidamente que se sustanciara ante un Juez/a de la Familia de acuerdo al trámite Contencioso General.*
- e) *Se procederá de igual manera a lo dispuesto en el literal anterior, si los resultados del examen de ADN, resultan negativos o descartan el vínculo parento-filial.*
- f) *Si los resultados del examen de ADN, resultan positivos o confirman el vínculo parento-filial, se desechará el incidente y se condenará en costas al actor/a.*

El auto resolutorio se dictará en la Audiencia Única.

Solo en el caso del literal e) se dictará sentencia la cual causará ejecutoria.”

ART. 4.- Agréguese el siguiente inciso al Art. innumerado 2:

“Habrá derecho a reembolso de lo pagado indebidamente por concepto de pensiones alimenticias, siempre y cuando exista auto resolutorio o sentencia

ejecutoriada en el incidente de extinción de la pensión alimenticia por la causal cuarta del Art. innumerado 32 de este título.”

ART. 5.- Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente reforma.

ART. 6.- La presente reforma entrará en vigencia desde su promulgación en el Registro Oficial.

Es dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los... días...del mes de...del año...

.....

(f) PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

.....

(f) SECRETARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

10. BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ ALESSANDRI Arturo, **DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, Ediciones LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia, Año de Publicación 1983.
- ❖ BOSSERT Gustavo-ZANNONI Eduardo, **MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA**, 3era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 1991, Buenos Aires-Argentina.
- ❖ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Editorial HELIESTA, Tomo III N-R, Buenos Aires-Argentina 1976.
- ❖ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**, FUENTE: <http://www.chubut.gov.ar/policia/documentos/Codigo%20Civil%20de%20la%20Republica%20Argentina.pdf>, Consultado el 09/29/2012, 10H00.
- ❖ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**, FUENTE: http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf, Consultado el 09/29/2012 10H00.
- ❖ **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**, FUENTE: <http://www.jafbase.fr/DocAmeriques/Perou/codecivil.PDF>, Consultado el 09/29/2012, 10H00
- ❖ **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2012, Quito-Ecuador.
- ❖ **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE

ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Octubre del 2010, Quito-Ecuador.

- ❖ **CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE CHILE**, FUENTE: <http://ebookbrowse.com/codigo-ninez-y-adolescencia-pdf-d88514074>, Consultado el 09/29/2012 10H00.
- ❖ **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LEYES CONEXAS**, Ediciones Legales (EDLE S.A.), Actualizada a Marzo del 2010, Impresión Corporación MYL, Quito-Ecuador.
- ❖ **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA**, Editorial BIBLIOGRÁFICA ARGENTINA LAVALLE, Tomo 1, 3era Edición, Argentina, Año de Publicación 1954.
- ❖ FUEYO Fernando, **DERECHO CIVIL**, Tomo VI: Derecho de Familia, 4ta Edición, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, Año de Publicación 1998.
- ❖ LARREA HOLGUIN Juan, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL DEL ECUADOR**. Corporación de Estudios y Publicaciones, Año de Publicación 1968, Quito-Ecuador..
- ❖ LARREA HOLGUÍN Juan, **DICCIONARIO DEL DERECHO CIVIL**, 1ra Edición, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2006..
- ❖ **LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA**, FUENTE: http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2006/Ley_1098.pdf, Consultado el 09/29/2012 10H00.

- ❖ MENDOZA GARCÍA Luis y otro, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 1era Edición, Editorial LIPAE, Quito-Ecuador.
- ❖ PARRAGUEZ RUIZ Luis, **MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA**, 1era Edición, Vol. 1, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Año de Publicación 2005, Loja-Ecuador.
- ❖ PETIT Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ALBATROS, Buenos Aires-Argentina 1977.
- ❖ PLANIOL Márcele y RIPERT Georges, **TRATADO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL**, 1era Edición, Tomo II, La Habana-Cuba, Año de Publicación 1964.
- ❖ PLANIOL Márcele, **TRATADO DEL DERECHO CIVIL**, tomo II, La Habana, Editorial Herder S.A., 1946.
- ❖ RABINOVICH-BERKMAN Ricardo, **DERECHO ROMANO**, 1era Edición, Editorial ASTREA, Año de Publicación 2001, Buenos Aires-Argentina.
- ❖ RAMÍREZ GRONDA Juan, **DICCIONARIO JURÍDICO**, 8va Edición, Vol. 6 de la Colección Diccionarios, Editorial CLARIDAD, Buenos Aires-Argentina 1976.
- ❖ SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN Y RÉGIMEN DE LOS INCAPACES**, Tomo II, 3era Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1999, Bogotá-Colombia.

- ❖ SUÁREZ FRANCO Roberto, **DERECHO DE FAMILIA: RÉGIMEN DE PERSONAS**, Tomo I, 7ma Edición, Editorial TEMIS, Año de Publicación 1998, Bogotá-Colombia.

ANEXOS



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TEMA: “INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”

**Proyecto de Tesis previa a la obtención
del título de Abogada**

POSTULANTE: Andrea Paulina González Rivera.

Loja-Ecuador

2012

PROYECTO DE TESIS

1.- TEMA:

“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTOFILIAL CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”

2.- PROBLEMÁTICA.

“En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no se ha establecido dentro de las causales de extinción del derecho de alimentos a la inexistencia del vínculo parento-filial, lo cual produce inseguridad jurídica y pago indebido de pensiones alimenticias, cuando se ha fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco.”

3.- JUSTIFICACIÓN.

La presente problemática referente a *“En el Artículo innumerado 32 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no se ha determinado dentro de las causales de extinción del derecho de alimentos, a la inexistencia del vínculo parento-filial, lo cual produce inseguridad jurídica y pago indebido de pensiones alimenticias, cuando se ha fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho, por lo que he considerado los siguientes aspectos:*

TRASCENDENCIA SOCIAL.-En la realidad procesal del Ecuador, es evidente que se han incrementado el número de causas de alimentos en todas las judicaturas del país, lo cual no solo cumple con la finalidad de proteger a los niños, niñas y adolescentes, procurándoles lo necesario para su desarrollo integral, siendo también necesario determinar los efectos negativos que producen los vacíos normativos.

Este es punto de donde parte la problemática a investigar, en muchos de los casos se plantean demandas de alimentos falsas, y que por cualquier circunstancia llegan a imponer una pensión alimenticia, a personas que no están relacionadas por filiación o parentesco al alimentario o beneficiario de la acción de alimentos, principalmente por la presunción de hechos del vínculo parento-filial por la negativa o inasistencia a la prueba de ADN.

Como ya indique en la problemática pueden ocurrir muchas posibilidades por las cuales el demandado no comparezca al examen de ADN, y por no existir una normatividad específica no se pueda exigir la extinción de una pensión alimenticia a la cual verdaderamente no se encuentra obligado.

TRASCENDENCIA CIENTÍFICO-JURÍDICA.-La presente problemática, es de vital importancia jurídica, pues no se puede plantear un incidente de extinción de pensión alimenticia, por inexistencia del vínculo parento-filial que se presume de hecho, si no existe esta causal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Como indique en la problemática, plantear un incidente por esta causa con la actual normativa resulta improcedente jurídicamente, por lo que se requiere una urgente reforma al respecto.

TRASCENDENCIA ACADÉMICA.- El presente proyecto de investigación jurídica del nivel de pre-grado, es un requisito previo a la obtención del título de abogado y fuente de mi preparación profesional.

FACTIBILIDAD.- El presente proyecto de tesis es de factible investigación, debido a que existen las diferentes fuentes de acopio de información, tanto teórica (Libros, Revistas e Internet) como empírica.

4.- OBJETIVOS.

4.1.- Objetivo General:

Realizar un estudio doctrinario y crítico del Marco Jurídico Ecuatoriano, que regula la extinción del derecho de alimentos por presunción de hecho, para determinar la necesidad de Reformas.

4.2.- Objetivos Específicos:

- 1) Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la extinción de Derecho de alimentos y sus formas.
- 2) Determinar las deficiencias normativas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, referente a las causales de extinción del derecho de alimentos.
- 3) Determinar los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho.
- 4) Presentar una alternativa de solución, encaminada a extinguir la obligación del pago del alimentante, cuando se hay fijado por presunción de hecho.

5.- HIPÓTESIS:

La fijación de alimentos por presunción de hecho, produce inseguridad jurídica y vulneración de derechos al alimentante, cuando no se ha realizado la prueba de ADN.

6.- MARCO TEÓRICO.

La presente problemática referente a *“En el Artículo innumerado 32 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no se ha establecido dentro de las causales de extinción del derecho de alimentos a la inexistencia del vínculo parento-filial, lo cual produce inseguridad jurídica y pago indebido de pensiones alimenticias, cuando se ha fijado la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco establecida en el Artículo innumerado 10 literal a) de la indicada Ley Reformatoria.”*, para ser comprendida es necesario analizar los siguientes aspectos:

En primer lugar hay que entender el concepto de obligación para lo cual citaré a Guillermo Cabanellas que en su DICCIONARIO DE DERECHO USUAL manifiesta: *“Derecho y obligación, términos a la vez diferentes y complementarios, resumen en sí todas las relaciones y aspectos jurídicos; de ahí la complejidad de su concepto y la dificultad de una exposición adecuada, y más aún en un espacio reducido. La etimología orienta bastante en la noción de esta voz de origen latino: de ob, delante o por causa de, y ligare, atar, sujetar, de donde proviene el sentido material de ligadura; y el metafórico, y ya jurídico, de nexo o vínculo moral.”*⁶⁴

Del texto citado puedo determinar que una obligación es un vínculo o nexo jurídico entre dos o más personas, que imponen una prestación de dar o hacer algo, o bien una abstención de realizar algo.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

⁶⁴ CABANELLAS Guillermo, **DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Editorial HELIASTA, Tomo III N-R, Buenos Aires-Argentina 1976, Pág. 73.

El Código Civil Ecuatoriano en su libro IV, Título I, Art 1453, nos manifiesta que “ Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia” .⁶⁵

Para lo que he considerado necesario el estudio acerca de:

a.- Naturaleza Jurídica del Derecho de Alimentos: Los niños, niñas y las y los adolescentes, gozan por disposición del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador, de prioridad ante cualquiera de los otros grupos de atención prioritaria, por el denominado Principio de Interés Superior del Niño.

De lo indicado se desprenden muchas de las características de los derechos de los niños y adolescentes, en especial del derecho de alimentos que según el Artículo innumerado 3 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es un derecho intransferible (por acto entre vivos), intransmisible (por causa de muerte), irrenunciable, imprescriptible, inembargable, y no admite compensación ni reembolso de lo pagado.

La naturaleza del derecho de alimentos es connatural al vínculo parento-filial, es decir viene estrechamente ligado a lo que es la paternidad, maternidad o parentesco,

⁶⁵**CODIGO CIVIL ECUATORIANO**, Editorial COORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Julio 2012, Quito-Ecuador, Pág. 410.

y es ello el fundamento de la obligación alimenticia. Es necesario también determinar que la filiación puede ser natural (consanguinidad) o legal (adopción).

b.- Efectos Jurídicos de la Presunción de Hecho de la Filiación o Relación de Parentesco: De conformidad a lo establecido por el Artículo innumerado 8 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se debe la pensión alimenticia desde el momento que se propone la demanda, por ello según el trámite especial para la fijación de alimentos previsto en esta ley reformativa, establece que una vez presentada la demanda en el auto de aceptación a trámite se fija ya una pensión provisional que debe cancelar el demandado hasta que se fije la pensión alimenticia definitiva.

Este procedimiento tiene la siguiente estructura de sustanciación: Demanda, Auto de Aceptación a Trámite, Citación, Audiencia Única y Auto Resolutorio. Siendo susceptible de recurso de apelación y de casación, puesto que el Artículo innumerado 45 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece como norma supletoria al trámite Contencioso General, que establece el recurso de casación para el auto resolutorio de segunda instancia, en el Art. 281 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Ahora bien descrito de forma general el trámite para la fijación de alimentos, es necesario establecer la parte principal de la problemática, que se produce cuando se ha propuesto una demanda de alimentos sin que esté determinada la filiación o parentesco entre el alimentario y el o los presuntos obligados a tal prestación.

Cuando ello ocurre, es indispensable la realización del Examen o Prueba de ADN, para determinar la filiación y por ende establecer la pensión alimenticia definitiva.

El problema jurídico surge concretamente, cuando existe negativa o inasistencia a la prueba de ADN por parte del o los demandados (obligado principal y obligados subsidiarios), para lo cual el Artículo innumerado 10 literal a) de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ha establecido una presunción de hecho de la filiación o de la relación de parentesco, para lo cual se dicta una pensión provisional de alimentos hasta que se dicte la resolución definitiva y terminé este procedimiento de alimentos (aunque según el trámite la pensión provisional se fija desde la aceptación a trámite de la demandada).

Esta norma es muy clara, que de practicarse la prueba de ADN y de demostrarse la filiación se dicta la pensión definitiva, y además se ordena la inscripción en el Registro Civil.

¿Pero qué sucede si no existe en realidad el vínculo parento-filial, y la pensión alimenticia es fijada por la presunción de hecho a la que me he referido en líneas anteriores?

c.- Inseguridad Jurídica y Pago Indebido de Pensiones Alimenticias: No se ha establecido la normatividad para proceder en el caso en que no exista el vínculo parento-filial, y por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco se ha fijado una pensión alimenticia.

Se debe considerar algunos efectos y posibilidades que se pueden dar en la tramitación de los juicios de alimentos:

- Puede ocurrir que la actora solicite que al demandado se lo cite por la prensa de conformidad al Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, previamente justificando

que se han efectuado las diligencias necesarias para la determinación del domicilio del demandado, conforme lo establece la resolución de la Corte Constitucional publicada en el Suplemento del R. O. Nro. 288 del lunes 2 de julio del 2010, y que, por cualquier circunstancia el demandado no se entere de que tiene que comparecer a juicio y concurrir a la prueba de ADN.

- A más de lo indicado, puede ocurrir que la demanda sea falsa, que el alimentario no sea hijo o pariente del demandado, por lo que es vital que se realice la prueba de ADN para determinar si existe o no el vínculo parento-filial.

- Que el demandado no asista a la prueba de ADN por cualquier otro motivo, tal como el desconocimiento de la normativa.

Si bien es cierto, la ley se presume conocida por todos, pero si se fija una pensión alimenticia a una persona que no está vinculada al alimentario o beneficiario de la acción de alimentos, se convierte en pago indebido y se está afectando la seguridad jurídica, que es un derecho constitucional reconocido a todos los ciudadanos.

d.- Imposibilidad procesal de plantear un incidente de extinción de pensión alimenticia, por causa de inexistencia del vínculo parento-filial: La mencionada inseguridad jurídica que produce la actual normativa en materia de alimentos, se enfatiza por las siguientes razones:

- El auto resolutorio que fija la pensión de alimentos según el Artículo innumerado 42 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, es susceptible de incidentes de rebaja, alza o extinción de la pensión alimenticia, los mismos que se sustancian de acuerdo al mismo trámite especial del juicio principal.

- El Art. 32 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece únicamente tres causales de extinción del derecho de alimentos, siendo la primera la muerte del titular del derecho, la segunda muerte de todos los obligados al pago, y la tercera por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.

La tercera causal es muy explícita al establecer la desaparición de las circunstancias que generaban el derecho, que según el Artículo innumerado 4 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, son: el ser niños, niñas y adolescentes que no deben estar emancipados voluntariamente; o de ser adultos existe el derecho a alimentos hasta los 21 años de edad, siempre que cursen estudios de cualquier nivel; y personas de cualquier edad con discapacidad física o mental determinada por el CONADIS.

Por ende la desaparición de estas causas serían: que los adolescentes sean emancipados voluntariamente, que los adultos hayan cumplido la edad de 21 años o que hayan dejado de cursar los estudios, o que desaparezca la discapacidad.

No se ha establecido que de haber desaparecido el vínculo parento-filial se extingue el derecho, pues este vínculo existe o no, y por ende también el fundamento del pago de alimentos existe o no, es ilógico manifestar que tal vínculo desaparece.

- Con la actual normativa surge un inconveniente para exigir la extinción por no existir vínculo de filiación o parentesco, pues, no se puede plantear en la demanda que ha desaparecido el vínculo parento-filial, que se presume de hecho y por el cual ya se ha impuesto el pago de alimentos.

- La normativa es concreta, la extinción solo se puede pedir por cualquiera de estas tres causales, y la inexistencia del vínculo parento-filial no se adecua dentro de las mismas, como para hacer procedente un incidente por esta causa.

- Es más, para probar la inexistencia del vínculo parento-filial, sería necesario previo a demandar el incidente, que se haya efectuado en centros privados la prueba de ADN, lo cual es también muy difícil, pues se requiere el consentimiento del progenitor o persona bajo cuyo cuidado se halle el alimentario.

La única forma de proceder sería en el caso de que se implemente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, una causal más de extinción del derecho de alimentos, que sea por la inexistencia del vínculo parento filial cuando la pensión se ha fijado por la presunción de hecho, ya que de esta forma, se puede plantear en la demandada que no existe la filiación o parentesco, que la misma no ha sido comprobada científicamente por las pruebas de ADN, y que la pensión impuesta produce un pago indebido y perjudicial.

Una reforma de este tipo, es necesaria, ya que llenaría un vacío legal, y ampararía la seguridad jurídica, puesto que si se alega la inexistencia del vínculo parento-filial, se deberá esto probar en el juicio, para lo cual se requerirá necesariamente la práctica del examen de ADN.

Por todo esto, sabemos que la obligación alimenticia tiene su origen en la ley, siendo así que el Código de la Niñez y Adolescencia en vigencia y con las últimas reformas al Título V Del Derecho a Alimentos del Libro Segundo lo establece en su Art. 2... (127): *“El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la*

garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios que incluye:

- 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*
- 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*
- 3. Educación;*
- 4. Cuidado;*
- 5. Vestuario adecuado;*
- 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;*
- 7. Transporte;*
- 8. Cultura, Recreación y Deportes;*
- 9. Rehabilitación y ayudas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.*⁶⁶

En el Código Civil Ecuatoriano en el Título XI, nos habla **DE LOS DERECHOS Y**

⁶⁶ **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Julio del 2012, Quito-Ecuador, Pág. 32.

OBLIGACIONES ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS, y en el cual su Art. 268 manifiesta que “Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.⁶⁷

Determinando así que la obligación de alimentos nace de la ley y su fundamento es el vínculo connatural o consanguíneo, que determina la filiación del sujeto obligado a la prestación alimenticia y el alimentario o sujeto beneficiario de la prestación.

La determinación del vínculo parento-filial se realiza a través de las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) que tienen una certeza del 99,99% del resultado de parentesco.

Cuando se inicia un juicio de alimentos con el actual procedimiento al momento de la calificación de la demanda se ordena la citación y se fija la pensión provisional de acuerdo a una tabla de valores que se reajusta cada año de acuerdo a las variaciones salariales, así lo establece el Art... 9 (134) del Código de la Niñez y Adolescencia: *“Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base a los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.*

Cuando la filiación no ha sido establecida, o en el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos el Juez/a ordenará en la providencia de calificación

⁶⁷Ley. Cit., **CODIGO CIVIL ECUATORIANO**, Editorial COORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Julio 2012, Quito-Ecuador, Pág. 202.

de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos.”⁶⁸

Como se puede determinar, existen demandas de alimentos en las cuales la filiación está justificada, tal es el caso de los hijos nacidos dentro de matrimonio, por reconocimiento voluntario, o por adopción.

La problemática surge cuando la filiación no está determinada de las formas indicadas en el párrafo anterior, y por lo cual el Juez ordenará que se practiquen las pruebas de ADN.

Dentro de los resultados de las pruebas de ADN, se han considerado las siguientes posibilidades en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que en el Artículo Innumerado 10 de la Ley Reformatoria al Título V del Libro Segundo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece:

“Art. 10.- Obligación del presunto progenitor.- El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente establecida, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes

⁶⁸Ley Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 33 y 34

consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia se fijará la pensión provisional, la cual será exigible desde la presentación de la demanda. ...”⁶⁹

Como se puede determinar la presunción de hecho se aplica cuando existe negativa a la realización del examen de ADN, por lo cual el legislador ha establecido esta presunción del vínculo parento-filial para proteger los derechos del alimentario.

Pero en la normativa se ha olvidado los efectos negativos que puede producir a terceras personas, tal como es el caso de que la demanda sea injustificada o infundada, o que pese a la negativa o inasistencia del demandado a la prueba de ADN, no exista en realidad el fundamento de la obligación alimenticia que es el vínculo parento-filial, produciendo inseguridad jurídica y pago indebido.

A más de esto no se ha previsto la forma de solucionar una situación de este tipo que puede llegar a producirse con frecuencia en el país, y ello radica estrictamente en la falta de norma explícita al respecto.

De lo indicado es necesario también, citar las causales de extinción del derecho de alimentos:

“Art. 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,*

⁶⁹Ley Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 34.

3. *Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta ley.*⁷⁰

Como se puede observar, no existe una causal para plantear un incidente de extinción de la pensión alimenticia, cuando en el juicio principal se imponga la prestación de alimentos, por presumirse de hecho la filiación o la relación de parentesco, pues, no es lo mismo que desaparezcan las circunstancias que generaban el derecho de alimentos (niños, niñas, adolescentes no emancipados; adultos que no han cumplido 21 y que cursen estudios, o discapacidad física o mental). La inexistencia del vínculo parento filial establece ilegitimidad del pago de las pensiones y afectación al demandado.

Inclusive el Código Civil establece que en el pago indebido de alimentos debe haber devolución, así el Art. 356 establece: *“En caso de dolo para obtener alimentos, están obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios, todos los que han tomado parte en el dolo.”*⁷¹

Todo lo indicado, demuestra la necesidad de implementar una cuarta causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parento-filial, cuando se ha dictado pensión de alimentos por la presunción de hecho de la filiación o relación de parentesco.

⁷⁰Ley Cit., **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Pág. 37.

⁷¹**CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2012, Quito-Ecuador, Pág. 66.

7.- METODOLOGÍA.

a.- Métodos.

En el desarrollo del presente proyecto de tesis he considerado la utilización principalmente del Método Científico y otros que me permitirán lograr los objetivos propuestos en el mismo.

Método Científico, en el que hay que distinguir las siguientes etapas:

- **Observación:** Que consiste en la indagación de todos los aspectos relacionados a la vulneración de los derechos del alimentante, cuando se haya fijado una pensión alimenticia sin el vínculo parento filial, lo cual me ayudará principalmente en lo que es el acopio de información teórica y empírica.
- **Análisis:** Consiste en el estudio detallado e íntegro de toda la información recopilada en la fase de observación; lo que me permitirá desarrollar los contenidos principales del informe final de la tesis.
- **Síntesis:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual permitirá realizar las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Método Inductivo: El método inductivo que consiste en el análisis de los casos en que se haya fijado pensión alimenticia por presunción de hecho y su proliferación que crece geoméricamente.

Método Deductivo: El método Deductivo es el que parte de las premisas conocidas respecto del derecho de alimentos y sus formas.

Método Hermenéutico.- Este método lo tomaré en cuenta, para lograr que el presente trabajo sea de fácil comprensión e interpretación, en especial a las personas que estén inmersas dentro de esta polémica como es el derecho de alimentos sin una relación de filiación. El método hermenéutico buscará insertar cada uno de los elementos del texto dentro de un todo redondeado donde lo particular se entiende a partir del todo, y el todo a partir de lo particular. Por lo que pretendo explicar las relaciones existentes entre un hecho y el contexto en el cual acontece.

b.- Procedimientos y Técnicas.

Las técnicas que utilizaré son las siguientes: para el acopio teórico el Fichero Bibliográfico; y, para la recopilación empírica emplearé la **Encuesta** y la **Entrevista**, aplicadas en un número de 30 y 5 respectivamente, a Funcionarios Judiciales, profesionales del Derecho, Docentes Universitarios y personas conocedoras del tema.

c.- Esquema Provisional del Informe Final.

Para el desarrollo de la presente investigación, partiré principalmente desde una introducción, seguida por recolección y revisión de Literatura, la cual contendrá un Marco Conceptual, Doctrinario y Jurídico, acorde a la problemática en estudio y la que estará acompañada de una discusión para verificar y contrastar los objetivos e hipótesis, para finalmente así emitir las conclusiones y recomendaciones respectivas a mas una propuesta de reforma.

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

En la presente tesis para una correcta ejecución del presente proyecto, he decidido realizar el siguiente presupuesto, para lo cual considero principalmente los siguientes aspectos:

Recursos Humanos.

Postulante: Andrea Paulina González Rivera.

Director de Tesis: Por designarse.

Recursos Bibliográficos.

Dentro de los recursos bibliográficos cuento con las suficientes fuentes de información, tales como: Libros, revistas, folletos y periódicos.

Como fuente complementaria de consulta esta el Internet.

Recursos Materiales.

En lo referente a los recursos materiales tenemos a nuestra disposición los suficientes insumos de oficina tales como: papel, esferográficos, copias Xerox, computadora, memoria extraíble, etc.

He previsto el presupuesto económico de la siguiente forma:

Impresión	\$ 500
Copias Xerox	\$ 90

Internet	\$ 90
Papel	\$ 90
Imprevistos	\$ 300
Memoria Extraíble	\$ 30
Total	\$ 1100

Financiamiento: La financiación del presente trabajo de investigación se realizará con recursos propios dela postulante.

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- **ALESSANDRI Arturo, DERECHO CIVIL: TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES**, 1era Edición, Editorial EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL, Bogotá-Colombia 1983.
- **CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL**, 9na Edición, Editorial HELIASTA, Tomo I-IV, Buenos Aires-Argentina 1976.
- **CÓDIGO CIVIL, LEGISLACIÓN CONEXA, CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Actualizado a Abril del 2012, Quito-Ecuador.
- **CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, LEGISLACIÓN CONEXA Y CONCORDANCIAS**, Editorial CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Julio del 2012, Quito-Ecuador.
- **CODIGO CIVIL ECUATORIANO**, Editorial COORPORACIÓN De ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Serie Profesional, Actualizado a Julio 2012, Quito-Ecuador



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Postulante: Andrea Paulina González Rivera.

Con la finalidad de realizar un correcto desarrollo de mi tesis previa a la obtención del título de Abogada, la misma que se intitula: **“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”**, de la manera más respetuosa le solicito contestar el siguiente interrogatorio:

ENCUESTA

1.- ¿Conoce Usted cuál es el procedimiento judicial para la fijación de una pensión alimenticia?

Si...

No...

Explique:

.....
.....

2.- ¿Conoce Usted en que consiste la fijación de la pensión alimenticia por la presunción de hecho de la existencia del vínculo parento-filial?

Si...

No...

Explique:

.....
.....

3.- ¿Considera Usted que existen deficiencias normativas del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, referente a las causales de extinción del derecho de alimentos, en el caso de inexistencia de vínculo parento-filial, pese a que se haya fijado la pensión por la presunción de hecho?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....

4.- ¿Considera Usted que la fijación de alimentos por presunción de hecho, produce inseguridad jurídica y vulneración de derechos al alimentante, cuando no se ha realizado la prueba de ADN?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....

5.- ¿Cree Usted que es necesario establecer en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia una alternativa de solución, encaminada a extinguir la obligación del pago del alimentante, cuando se hay fijado por presunción de hecho?

Si...

No...

¿Por qué?:

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Postulante: Andrea Paulina González Rivera.

Con la finalidad de realizar un correcto desarrollo de mi tesis previa a la obtención del título de Abogada, la misma que se intitula: **“INSUFICIENCIA JURIDICA EN EL CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, POR LA INEXISTENCIA DEL VINCULO PARENTO-FILIAL, CUANDO SE HA FIJADO PENSION ALIMENTICIA POR LA PRESUNCION DE HECHO”**, de la manera más respetuosa le solicito contestar el siguiente interrogatorio:

ENTREVISTA

1.- En su experiencia profesional, ¿cuáles serían los efectos de la presunción de hecho del vínculo parento-filial que establece el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia?

.....
.....

2.- Dentro de su ejercicio profesional, ¿conoce Usted si se han presentado casos en los que se haya declarado la paternidad, por una presunción de hecho?

.....
.....

3.- ¿Cuáles serían los derechos afectados, por la imposición de una pensión alimenticia por presunción de hecho, cuando entre el demandado y el beneficiario del juicio de alimentos no existe realmente vínculo de filiación o parentesco?

.....
.....

4.- En su criterio, ¿considera Usted qué las actuales causales de extinción del derecho de alimentos, permiten o no solucionar la afectación económica al demandado que no se encuentra realmente vinculado por filiación o parentesco al beneficiario del juicio de alimentos, cuando la pensión alimenticia se ha fijado por presunción de hecho?

.....
.....

5.- ¿Qué aspectos considera usted que se deberían tener en cuenta en una Propuesta de Reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para establecer una causal de extinción del derecho de alimentos por inexistencia del vínculo parentofilial, cuando se haya fijado la pensión por presunción de hecho?

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ÍNDICE

	Pág.
CARATULA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
AGRADECIMIENTO	IV
DEDICATORIA	V
TABLA DE CONTENIDOS	VI
1. TÍTULO.	1
2. RESUMEN.	2
Abstract.	4
3. INTRODUCCIÓN.	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.	8
4.1.- MARCO CONCEPTUAL.	9
4.1.1.- Conceptos dentro del Derecho de Familia.	9
4.1.1.1.- El Derecho de Familia.	9
4.1.1.2.- La Familia.	10
4.1.1.3.- La Patria Potestad.	12
4.1.2.- Concepto de Obligación en General y de Obligación Alimenticia.	13
4.1.2.1.- La Obligación.	13
4.1.2.2.- La Obligación Alimenticia.	14
4.1.3.- La Filiación.	15
4.1.4.- La Presunción.	19

4.1.4.1.- Presunción de Hecho y de Derecho.	20
4.1.4.2.- Presunción Legal.	21
4.2.- MARCO DOCTRINARIO.	23
4.2.1.- Las Fuentes de las Obligaciones.	23
4.2.2.- El Derecho de Alimentos.	27
4.2.2.1.- Naturaleza y Características de los Alimentos.	28
4.2.2.2.- Exigibilidad y forma de cumplimiento.	31
4.2.2.3.- Clasificación de los Alimentos.	31
4.2.2.4.- Obligados a la Prestación Alimenticia.	32
4.2.2.5.- La Seguridad Jurídica	33
4.2.2.6.- Beneficiario o Alimentario	34
4.2.2.7.- Extinción del Derecho de alimentos	36
4.2.3.- El vínculo de parento-filial como fundamento del Derecho de Alimentos.	37
4.2.3.1.- Origen de la Figura de la Filiación en el Derecho Romano.	37
4.2.3.2.- Características de la Filiación y formas de establecimiento.	43
4.3.- MARCO JURÍDICO.	51
4.3.1.- Constitución de la República del Ecuador.	51
4.3.2.- Código de la Niñez y Adolescencia.	55
4.3.2.1 La Presunción de Hecho del vínculo Parento-Filial.	66
4.3.2.1 Imposibilidad procesal de plantear un incidente de extinción de pensión alimenticia, por causa de inexistencia del vínculo parento-filial.	68
4.3.3.- Derecho Comparado.	73
4.3.3.1 Chile.	74
4.3.3.2 Colombia.	76

4.3.3.3 Argentina.	78
4.3.3.4 Perú.	82
5. MATERIALES Y MÉTODOS.	85
5.1.- Materiales.	85
5.2.- Métodos utilizados.	85
5.3.- Técnicas	89
6. RESULTADOS.	90
6.1 Resultados de la Encuesta.	90
6.2 Resultados de la Entrevista.	101
7. DISCUSIÓN.	118
7.1 Verificación de Objetivos.	118
7.2 Contrastación de Hipótesis.	120
7.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma Jurídica.	121
8. CONCLUSIONES	126
9. RECOMENDACIONES	128
9.1. Propuesta de Reforma Jurídica	130
10. BIBLIOGRAFÍA.	135
ANEXOS	139
ÍNDICE	