UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO

"VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADA EN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"

TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADA

AUTORA:

YADIRA SESIVEL SANCHEZ MURILLO

DIRECTOR:

Dr. SEBASTIAN DIAZ PAEZ MG.SC.

LOJA-ECUADOR.

2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Sebastián Díaz Paez Mg. Sc., Catedrático de la Universidad Nacional de Loja, en la Modalidad de Estudios a Distancia y Director de la presente Tesis de Abogado:

CERTIFICA

Que el presente trabajo de investigación de la tesis de Abogado titulada **"VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADA EN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"**, realizada por la postulante Yadira Sesivel Sánchez Murillo, previa a la obtención del título de Abogada la he dirigido revisado de acuerdo a las exigencias reglamentarias de la Universidad nacional de Loja, por lo tanto autorizo su presentación y sustentación.

.....

DR. SEBASTIÁN DÍAZ PAEZ Mg, Sc.

DIRECTOR

AUTORIA

Yo, Yadira Sesivel Sánchez Murillo, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual

Firma: _____

Cédula: 0704197896

Fecha: 29 de Julio del 2013

Autor: Yadira Sesivel Sánchez Murillo

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Yadira Sesivel Sánchez Murillo, declaro ser autor de la tesis Titulada **"VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADA EN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"**. Como requisito para optar al título de ***Abogada***; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de su visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de Información de país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

Para constancia de esta autorización en la ciudad de Loja a los 29 días del mes de Julio del dos mil trece, firma el autor.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Firma:_____

Autor: Yadira Sesivel Sánchez Murillo

Cedula: 0704197896

Dirección: Riobamba. Pichincha 18-43 y Villarroel.

Correo Electrónico: yadisesi81@hotmail.com

Teléfono: 0991461591

Director de Tesis: Dr. Mg. Sc. Sebastián Díaz Paez

Tribunal de Grado:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg, Sc.

Dr. Igor Vivanco Muller Mg, Sc.

Dr. Mario Chacha Vásquez Mg, Sc

AGRADECIMIENTO

En primer lugar a Dios por haberme guiado por el camino de la felicidad hasta ahora; en segundo lugar a cada uno de los que son parte de mi familia mis padres, que ha sido un pilar fundamental en mi vida que han estado en las buenas y las malas apoyándome a seguir adelante, a mi c[cónyuge y a mis hijos por estar pendiente siempre dentro de mi proceso de superación.

A mis hermanos y a toda mi familia, por siempre haberme dado su fuerza y apoyo incondicional que me han ayudado y llevado hasta donde estoy ahora. Por último a mi director de tesis quién me ayudó en todo momento, Dr. Sebastián Díaz Páez

Yadira Sesivel Sánchez Murillo

DEDICATORIA

La concepción de este proyecto está dedicada a mis padres, pilar fundamental en mi vida. Sin ellos, jamás hubiese podido conseguir lo que hasta ahora. Su tenacidad y lucha insaciable han hecho de ellos el gran ejemplo a seguir y destacar, no solo para mí, sino para mis hermanos y familia en general. También dedico este proyecto a mi cónyuge y a mis hijos. Ello representó gran esfuerzo y tesón en momentos de decline y cansancio. A ellos este proyecto, puesto que sin su apoyo, no hubiese sido posible.

Finalmente dedico esta tesis a mis docentes, quienes con sus conocimientos y un amplio sentido humanista, contribuyeron enormemente en mi formación como profesional.

Yadira Sesivel Sánchez Murillo

TABLA DE CONTENIDOS

1. **TITULO.**
2. **RESUMEN.**

   ABSTRAC.
3. **INTRODUCCION**.
4. **REVISION DE LITERATURA**

   4.1. MARCO CONCEPTUAL

   4.1.1 Los alimentos

   4.1.2 Menor de Edad

   4.1.3 Pensión Alimenticia

   4.1.4 Pensión Provisional de alimentos

   4.1.5 Vulneración de derechos

   4.1.6 Derecho a la defensa

   4.1.7 El Código de la Niñez y la Adolescencia

   4.2. MARCO DOCTRINARIO

   4.2.1 El derecho de alimentos

   4.2.2 Naturaleza y características del Derecho a alimentos

   4.2.3 El juicio como mecanismo para resolver los conflictos legales y la traba de la Litis

   4.2.4 La citación y sus efectos jurídicos

   4.2.5 El derecho a la defensa como garantía del debido proceso

   4.2.6 Principios fundamentales que comprende el derecho de defensa

   4.3. MARCO JURÍDICO

   4.3.1 La Constitución de la República del Ecuador

4.3.2 Código de Procedimiento Civil

4.3.3 Código de la Niñez y la Adolescencia

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1 Legislacion Peruana

4.4.2 Legislacion Argentina

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales

5.2. Métodos

6. RESULTADOS

6.1. Resultado de aplicación de encuestas

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 Propuesta de reforma legal

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEX0S

1. TÍTULO

“VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADAEN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICODE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”

2. RESUMEN

La presente tesis comprende un estudio pormenorizado sobre la problemática de investigación que se ocasiona en razón de la vulneración de la norma constitucional, en especial del derecho a la defensa; puesto que este derecho constituye un elemento indispensable dentro de un proceso judicial, ya que permite al demandado estar presente en todas las diligencias propias de un juicio, con la finalidad de poder contradecir y ser escuchado en igualdad de condiciones, caso contrario estaremos afectando este principio Constitucional.

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 7, reconoce el derecho de las personas a la defensa; y en los literales a) y c) establece que nadie puede ser privado de su legitimo derecho a la defensa, así como el derecho a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, derechos constitucionales que son violados en el procedimiento establecido en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134) que establece que en el auto de aceptación a trámite se fijara la pensión provisional a favor del alimentante, sin contarse con la participación del demandado a fin de que pueda realizar su defensa en orden a precautelar sus derechos; por lo que muchas mujeres en el mejor de los casos se quedan con la pensión provisional alimenticia fijada, dejando acumular las mismas por un tiempo determinado a efecto de hacer efectiva la misma con una orden de apremio personal; en esas circunstancias se produce la violación del legítimo derecho a la defensa del

demandado, produciendo el efecto de inconstitucionalidad de la norma por cuanto viola derechos fundamentales de las personas.

ABSTRACT

This thesis includes a detailed study on the problems of research results due to the violation of the constitutional provision, in particular the right to a defense as this law is an indispensable element in a prosecution, as it allows the defendant to be present at all trial proceedings themselves, in order to counter and be heard on equal terms, otherwise we will be affecting this constitutional principle.

In this regard the Constitution of the Republic of Ecuador in article 76 paragraph 7, recognizes the right of the people to the defense, and in items a) and c) provides that no person may be deprived of their legitimate right to defense and the right to be heard in a timely equal, constitutional rights are violated in the procedure established by the reforms to the Code of Children and Adolescents in Ecuador in their numbered article 9 (134) which states that the admissible self acceptance provisional pension was fixed in favor of the obligor, not counting with the participation of the defendant in order to carry out its defense in order to forewarn their rights so many women in the best remain food with fixed provisional pension, leaving them accumulate for a certain time in order to give effect to the same order of urgency with a staff, in these circumstances there is a violation of the legitimate right of defense of the defendant, producing the effect of unconstitutionality since the standard violates people's fundamental rights.

3. INTRODUCCIÓN

Para para poder obtener el beneficio de la Ley con la fijación de la pensión alimenticia provisional se requiere de un procedimiento judicial, que se da inicio con el escrito de demanda propuesto por el actor (a), la cual contiene la pretensión que engloba su reclamación, al respecto el Dr. Rubén Morán Sarmiento nos dice: "La demanda o petición con que se inicia todo procedimiento, se somete en primer lugar al sorteo previsto en el Reglamento respectivo. Superado el sorteo, el Juez asignado con la competencia dictará el auto de calificación. Auto que debe referirse en primer lugar a la admisibilidad o no de la petición, por reunir o no los requisitos de ley…; y finalmente deberá disponer que se cite al requerido con la petición para que este pueda ejercer su defensa[1]", por lo tanto el acto de citación se constituye en el elemento esencial de todo proceso judicial, puesto que una vez que tiene lugar se traba la litis, dando lugar a que el demandado pueda ejercer su legitimo derecho a la defensa, derecho elemental consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 7, reconoce el derecho de las personas a la defensa; y en los literales a) y c) establece que nadie puede ser privado de su legítimo derecho a la defensa, así como el derecho a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones.

[1] MORAN SARMIENTO, Rubén Elías, DERECHO PROCESAL CIVIL PRÁCTICO, Editorial Edilex S.A., Guayaquil Ecuador 2008, pág. 18.

Con base en las inquietudes anotadas es que he optado por desarrollar mi tesis de abogado con el tema: “VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADAEN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICODE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”. Los contenidos teóricos y de campo inherentes al presente estudio han sido estructurados de la siguiente manera:

Primeramente se presentan los aspectos formales de la tesis, como son las páginas preliminares que comprenden la carátula, certificación, autoría, agradecimiento, dedicatoria, sumario de tesis, resumen de la tesis e introducción. Luego se presenta el capítulo de revisión de literatura, donde se elabora en primer lugar el marco conceptual, donde se define el significado de alimentos, menor de edad, pensión alimenticia, pensión provisional de alimentos, vulneración de derechos, derecho a la defensa y Código de la Niñez y la Adolescencia. A continuación, en el marco doctrinario, me refiero al derecho de alimentos, naturaleza y características, el juicio como mecanismo para resolver los conflictos legales y la traba de la Litis, la citación y sus efectos jurídicos, el derecho a la defensa como garantía del debido proceso y principios fundamentales que comprende el derecho de defensa. Esta fase se complementa con el desarrollo del marco jurídico, que comprende las principales incidencias del derecho constitucional y derecho positivo civil y de menores, así como el derecho comparado en lo que concierne a la fijación provisional de la pensión alimenticia y el derecho a la defensa.

Luego procedo a elaborar los materiales y métodos utilizados en el presente estudio, y a continuación presento los resultados obtenidos de la aplicación de las encuestas, conforme a las previsiones que oportunamente se observaron en el Proyecto de Investigación. Además, con base en el estudio teórico y el trabajo de campo realizado se procede a la discusión de resultados a través de la correspondiente verificación de objetivos y contrastación de hipótesis.

Finalmente, he procedido a elaborar las conclusiones y recomendaciones a las que se ha podido llegar a través del presente proceso investigativo. Lo más importante, se estructura el Proyecto de Reforma al Código de Trabajo que constituye una propuesta legislativa para promover la aplicación de la pensión provisional de alimentos y el derecho a la defensa.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 LOS ALIMENTOS

El diccionario jurídico de Anbar, define a los alimentos: “La prestación en dinero o en especie que una persona indigente puede reclamar de otra, entre las señaladas por la ley, para su mantenimiento y subsistencia. Es, pues, todo aquello que, por determinación de la ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para los fines indicados”[2].

De forma general de acuerdo a la definición anotada puedo decir que se denomina alimento a cualquier sustancia sólida o líquida que ingieren los seres vivos con el objetivo de regular su metabolismo y mantener sus funciones fisiológicas como ser la de la temperatura corporal, es decir, los seres humanos necesitamos sí o sí alimentos para reponer la materia viva que gastamos como consecuencia de la actividad del organismo y porque necesitamos producir nuevas sustancias que contribuyan al desarrollo de nuevos tejidos que ayuden directamente a nuestro crecimiento.

Pero además de esta razón estrictamente física y de supervivencia de cualquier especie, existe una razón psicológica que también está presente a la hora de alimentarnos, ya que normalmente la comida nos proveerá una

[2] ANBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 3, Cuenca Ecuador, 2001, pág. 3.

sensación de gratificación y satisfacción una vez concretada. Es muy común que una persona que no comió por largas horas o que no lo hizo cuando el organismo se lo pidió, observe una conducta antipática y despliegue mal humor.

Por lo tanto debemos entender que los alimentos comprenden lo necesario para atender a la subsistencia, en ellos están comprendidos también la habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentado, y su cuantía ha de ser proporcionada a la condición económica del alimentado; cuando hay desacuerdo, corresponde al juez su fijación. Es requisito para la obtención de alimentos que quien ha de recibirlos acredite que le faltan medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo.

4.1.2 MENOR DE EDAD

El diccionario jurídico de Anbar manifiesta: “Dícese de las personas que no han alcanzado la edad de 18 años. Para el menor de edad existe una serie de de restricciones en el ámbito civil, que dan lugar a la tutela, curaduría, patria potestad, etc. La condición del menor de edad, por otro lado, es amparada por preceptos especiales en el campo penal, laboral, social e incluso familiar, por lo

que fue necesaria la expedición de un Código de Menores que proteja sus derechos”[3].

De lo anotado se puede determinar, que el estado de menor de edad trae aparejado una serie de límites a los derechos y a las responsabilidades de la persona; para evitar que el mismo realice actividades o tome decisiones para las cuales todavía no se encuentra preparado, o en su defecto, para que un adulto no abuse de los beneficios que a veces la ley depara a los menores de edad es que la ley establece limitaciones en cuanto a capacidades, derechos y obligaciones de acuerdo a la edad que observe el individuo**.**

Está probado que un chico antes de cumplir los 18 años no presenta una total madurez para trabajar, casarse o llevar adelante un hogar, hasta esa edad, lo ideal para que eldesarrollo de ese individuo sea conforme y positivo es que se encuentre en la escuela estudiando, con tiempo para poder divertirse con sus amigos y viviendo en familia con sus padres o en su defecto con aquellos adultos mayores que sean sus responsables.

Pero claro, a veces, no todas las realidades resultan ser así y algunos niños/as antes de llegar a la mayoría de edad que establece la ley de su país se encuentran trabajando para subsistir o para ayudar a sus familias. Los gobiernos, sobre quienes cae la responsabilidad directa de esta situación, deberían, a través de diferentes políticas, conseguir que cada vez sean menos

[3]ANBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca Ecuador 2001.

los niños que antes de la mayoría de edad tengan que trabajar como consecuencia de la necesidad.

4.1.3. PENSIÓN ALIMENTICIA

Cabanellas al referirse a la pensión alimenticia la define como: "Cantidad que, por disposición convencional, testamentaria, legal o judicial, ha de pasar una persona a otro, o a su representante legal, a fin de que pueda alimentarse y cumplir otros fines esenciales de la existencia o especialmente dispuestos[4]".

En el derecho de familia se ampara la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselos solo. Dicha obligación recae normalmente en un familiar próximo (por ejemplo, los padres respecto de los hijos, o viceversa; aunque también puede ser otro familiar directo).

Cuando un juez, mediante sentencia, obliga al pago de cantidades mensuales por este motivo, se le denomina pensión alimenticia. Por ejemplo, ése es el caso de la pensión que un progenitor debe pagar al otro que convive con los hijos, por concepto de manutención de los mismos, ya sea durante su separación o tras el divorcio, o simplemente porque los progenitores no

[4]CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aíres-Argentina 2000, pág. 44.

conviven juntos (por ejemplo, hijos extramatrimoniales de padres que nunca han convivido).

4.1.4 PENSIÓN PROVISIONAL DE ALIMENTOS

En relación a la pensión provisional,Denise Sánchez dice: “es la que se establece mientras se ventilaba la obligación de dar alimentos, podrá el juez ordenar, según las circunstancias, que se dieran provisionalmente, desde que en la secuela del juicio hubiera fundamento razonable, sin perjuicio de restitución, si la persona de quien se demandaban obtenía sentencia absolutoria[5]”.

Con base en ese precepto se puede determinar que la pensión provisional es el estipendio en dinero que los jueces pueden fijar, a su prudente arbitrio en forma provisional; pero el problema surge por la expresión desde que en la secuela del juicio haya fundamento razonable, cuando se establece este fundamento, puesto que de acuerdo a nuestro legislación la misma se fija al momento de dictar el auto de aceptación a tramite, incluso sin permitirle al demandado ejercer su legitimo derecho a la defensa. Hay jueces que estiman que la pensión provisional no puede fijarse con la sola presentación de la demanda sino hasta que se hubiera contestado ésta, por que hasta ese entonces podía hablarse propiamente de juicio.

[5]SÁNCHEZ, Denise, Curso de Derecho Civil, Editorial Lexus, Guatemala 2009, pág. 39.

4.1.5 VULNERACIÓN DE DERECHOS

Carlos Bernal Pulido señala: “que la vulneración de un derecho fundamental es un caso especial de daño. Con toda exactitud, es un daño a un derecho fundamental[6]”.

Por consiguiente puedo decir que la vulneración es una lesión que se inflige al derecho fundamental, es antijurídica y genera la obligación de resarcir el daño, es decir, pone en funcionamiento los mecanismos jurídicos que institucionalizan la justicia correctiva, es decir, los mecanismos que imponen la obligación de restituir al cosas al estado primigenio, aquel que existía antes del acaecimiento de la vulneración.

Como consecuencia, puedo sostener que la vulneración a los derechos fundamentales debe considerarse como un caso especial de daño, es decir, como un daño a los derechos fundamentales. La sinonimia entre los conceptos de daño y de vulneración se revela si se considera con detenimiento estos conceptos. La doctrina tradicional del derecho privado ha sostenido que el daño es la lesión de un derecho. Por su parte, en el derecho público se han utilizado varios conceptos para aludir al menoscabo de los derechos fundamentales.

[6]BERNAL PULIDO, Carlos, El Derecho de los Derechos, Universidad Externado de Colombia 2007, pág. 70.

La vulneración es también la lesión de un derecho, en este caso, de un derecho fundamental. El acto que la origina es inconstitucional. En segundo lugar aparece la afectación o la intervención en un derecho fundamental. La afectación de un derecho es un efecto negativo de tipo jurídico (por ejemplo, la supresión de una posición jurídica) o fáctico (por ejemplo, dificultar el ejercicio de un derecho) que un acto o un hecho producen. Mientras la vulneración tiene un carácter definitivo, la afectación tiene una naturaleza prima facie. Cuando existe una afectación, todavía no se ha determinado si el acto que la produce es constitucional o inconstitucional. En tercer lugar, aparece el concepto de amenaza de los derechos fundamentales que también se menciona en la Constitución de la Republica. La amenaza es la puesta en peligro de un derecho fundamental; es un daño en potencia, que todavía no se ha producido pero que es posible y previsible. La inminencia no es un elemento conceptual de la amenaza pero sí es una buena razón para la protección del derecho fundamental amenazado. Finalmente aparece el concepto de restricción. La restricción es una afectación de un derecho fundamental que en definitiva es legítima, por cuanto se ajusta a las exigencias impuestas por el derecho constitucional, sobre todo, aquellas que derivan del principio de proporcionalidad

4.1.6 DERECHO A LA DEFENSA

Según el eminente jurista español Ángel Ossorio, el derecho a la defensa es: “un derecho predicable de todos los órdenes jurisdiccionales, y se aplica en

cualquiera de las fases del procedimiento penal (sumario, intermedia y juicio oral) y civil (alegaciones, prueba y conclusiones). La finalidad de este derecho es asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas, principios que imponen a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes (demandante/demandado y acusación/defensa), e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión prohibida por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[7]".

Del análisis de la definición de Ossorio, puedo determinar que el derecho a la defensa es el arma con que cuenta el demandado para poder hacer valer sus alegaciones en orden a la defensa de sus derechos dentro de un proceso sea penal o civil, caso contrario estaremos en un estado de indefensión, que se produce cuando la infracción de una norma procesal provoca una limitación real del derecho a la defensa, originando un perjuicio irreversible para alguna de las partes. Se produce una vulneración de este derecho cuando se priva al justiciable de medios de defensa efectivos, dentro de los medios que la ley procesal prevé.

El derecho de defensa tiene un contenido complejo; su respeto exige un conocimiento suficiente y oportuno de lo que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

[7]OSSORIO, Ángel, El Epistolario Jurídico, Barcelona España 1997, pág. 69.

4.1.7. EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Para Ruy Díaz: “Este Código establece y regula los derechos, garantías y deberes del niño y del adolescente, conforme a lo dispuesto en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos aprobados y ratificados por el país, y las leyes[8]”.

De conformidad con la definición anotada queda claro que todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

[8]DIAZ, Ruy, Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires Argentina, 2006, pág. 22.

Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en sus normar, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo dispuesto en dicho marco legal.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 EL DERECHO DE ALIMENTOS

La prestación de alimentos es una obligación consustancial de los progenitores y, a su vez; representa un derecho intrínseco del niño, niña y adolescente. Como lo manifiesta el doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia "El derecho de alimentos no se refiere exclusivamente a satisfacer la necesidad fisiológica primarias a través de la comida y bebida diaria o subsistencia, sino que además, comprende la satisfacción de la habitación, educación, vestuario, asistencia médica, recreación y distracción. Por ello en mi opinión debería sustituirse el término de "derecho a alimentos. Por el de derecho de subsistencia porque únicamente satisfaciendo estos elementos, el niño, niña y adolescente pueden desarrollarse al menos en el campo material"[9]

La opinión de Albán Escobar que el término de derecho de alimentos debe ser sustituido por derecho de subsistencia, va dirigido a que esta terminología de los elementos que lo compone como: alimentos, habitación, educación, vestuarios, asistencia médica, recreación y distracción son necesidades primordiales para satisfacer el crecimiento y desarrollo del niño, niña y adolescente desde el punto de vista fisiológico e intelectual, no así obtener un crecimiento y madurez emocional.

[9] ALBÁN ESCOBAR, Fernando, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Cámara ecuatoriana del libro-Núcleo Pichincha, Quito-Ecuador, 2003, p. 147.

El Art. Innumerado 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.0. No. 463, del 28 de julio del 2009, preceptúa: “El presente Título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.”[10]

La obligación de la prestación de alimentos se determina de las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

La Constitución de la República del Ecuador prescribe que es deber del Estado, la sociedad y la familia promover de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, además asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; además establece el principio del interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Esta disposición legal no especifica una atención como política de Estado, sino que va más allá, que su atención será compartida entre el Estada, 'la sociedad y la familia, esto con la finalidad de asegurar el pleno ejercicio de sus derechos.

[10]CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Art. 1

En cuanto a la naturaleza y principios de las políticas, la legislación establece en señalar el carácter obligatorio de las políticas, esta característica se encuentra plenamente recogida por nuestra Constitución.

Por otro lado la norma Constitucional garantiza entre otras cosas, la atención a menores de seis años, en relación a su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos; garantías que están en relación con los artículos 351, 352 y 355 del Código Civil, Ley Supletoria; con los artículos l, 11 y 18 del Código de la Niñez y Adolescencia, en especial con el inciso segundo del 26 de la constitución de la Republica del Ecuador, que establece el derecho de los menores a una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, a vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos, en suma el derecho a una vida digna.

El doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia da una definición del derecho de alimentos señalando que es "La facultad que concede la ley a los menores de edad y demás personas adultas que por sí mismas no pueden sostenerse económicamente para recibir una cantidad determinada de dinero mensual fijada por el Juez en alimentos y bebidas, vestuario, educación habitación, asistencia médica y recreación"[11]

[11]ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Obra Citada, pág. 147

De esta opinión de Albán Escobar, se entiende como derecho de alimentos como él mismo lo definió derecho de subsistencia del menor, como una institución de verdadera importancia para el desarrollo intelectual y físico del menor.

La definición de Albán Escobar se compara con la de Víctor Hugo Vallas citado por Juan Larrea Holguín en su Derecho Civil del Ecuador, quien sostiene que "la palabra alimentos tiene en derecho un sentido técnico, pues comprende no solo la nutrición, sino todo lo necesario para la vida, como el vestido y la alimentación, debiendo agregarse los gastos accidentales, que son los de enfermedad"[12]. Para Cabanellas define la prestación de alimentos como la "Obligación impuesta por la ley a ciertos parientes de una o varias personas, a las cuales ha de proporcionar lo necesario para su subsistencia, vestido y habitación, además de 1o preciso para la asistencia médica y farmacéutica, de acuerdo con las condiciones de quien la recibe y los medios de quien la debe. No admite compensación con otras obligaciones, ni puede constituir objeto de transacción. No cabe renunciar este derecho, ni cederlo por actos entre vivas, ni constituir derechos a favor de terceros, ni ser embargada la suma en que consista"[13]. Para Mariana Argudo Chelín en su obra Derecho de Menores manifiesta que "Los alimentos comprenden la manutención, el vestuario, la vivienda, las medicinas y la educación; esto es, todo aquello que salvaguarda

[12]LARREA HOLGUIN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Corporación de estudios y publicaciones, Quito Ecuador, 2006, pág.369.
[13]CABANELLLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Pág. 384.

la existencia física y moral del menor, pues la educación comprende un proceso formativo que implica un desembolso económico”[14].

Ensayando una definición debo manifestar que el derecho de alimentos, es la prestación que determinadas personas, económicamente solventes, han de posibilitar económicamente a sus parientes para que puedan subsistir a las necesidades más importantes para su congrua alimentación. Los alimentos son indispensables para el sustento, habitación; vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación mientras sea menor de edad y aun después, hasta la edad de veintiún años si se encuentra cursando estudios superiores que le impiden o dificulten realizar alguna actividad.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo, ayuda prenatal y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. Esta prestación de alimentos es la expresión jurídica de un deber moral, la obligación de ayudar a las personas íntimamente vinculadas por los lazos de parentesco o a quienes se debe una especial gratitud.

Esta obligación de acuerdo al Art. 129 del Código de la Niñez y Adolescencia, los progenitores y más personas allí indicadas, por la sola existencia de esta condición jurídica tiene la obligación de prestar alimentos a los niños, niñas y adolescentes.

[14]ARGUDO CHELÍN, Mariana: Derecho de Menores, Segunda Edición, Ediciones ILDIS, Guayaquil-Ecuador, 2001, pág. 39.

4.2.2 NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A ALIMENTOS

El doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia señala que "El derecho a recibir alimentos es de orden público; pero restringida a la naturaleza pública, familiar. Tal es esta aseveración que el legislador como características esenciales de ese derecho considera como un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación. El derecho de alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia. Así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar"[15].

Al hablar de las características de la prestación de alimentos debo manifestar que son derechos personales que se los llama sociales y entre estos está indudablemente el derecho de alimentos, que tiene que ver con la supervivencia misma de las personas que busca en primer término una prestación urgente y oportuna, capaz que el beneficiario pueda en su momento aprovechar tal prestación para el cumplimiento, en lo posible, de sus básicas y fundamentales necesidades de supervivencia.

La prestación de alimentos incumbe corresponsables tripartitos de bienestar y desarrollo integral de niños; niñas y adolescentes por lo cual quien deba prestar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto a1 apremio personal y de

[15] ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Obra Citada, pág. 149

medidas reales. Este derecho de alimentos por ser intrínseco a todo niño, niña o adolescente prevalece sobre otro derecho; cualquiera sea su naturaleza.

La Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. No. 463, del 2-8 de julio del 2009, en su artículo 10, prescribe la obligación del presunto progenitor en la que "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, establecido de acuerdo a 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, lo cual será exigible desde la prestación de la demanda"[16]

Esta disposición señala que el Juez debe fijar la pensión de alimentos cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente, establecido de acuerdo a las siguientes reglas:

Pues se concede una importancia judicial al examen de ADN con mucha razón, ya que según los datos ofrecidos por los expertos en genética, a través de este examen existe el 99.9999 por ciento de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. Con el fin de evitar un segundo largo y

[16]CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, septiembre - 2009, Art. 10

tortuoso juicio sobre la declaración judicial de paternidad o maternidad, la ley determina que el Juez que al momento de fijar el monto de la pensión alimenticia simultáneamente debe declarar la paternidad o maternidad ordenando se inscriba en el Registro Civil.

Pero en esta regla, me parece en cierto sentido acertado, porque en muchos casos con el propósito de eludir responsabilidades, el o la progenitora se niega a realizar el examen de ADN, anteponen un sinnúmero de excusas. Por lo tanto, si luego de requerirle, la práctica de este examen, si ha existido negativa por parte del demandado se presumirá la paternidad o maternidad del requerido.

La prestación de alimentos es la consecuencia de la relación de parientes y de filiación porque no solo los progenitores están obligados a proporcionarla sino también le están obligados los hermanos, abuelos y tíos. También de esta definición se anota las siguientes características:

Es intransferible, es decir que el derecho de alimentos no puede ser sujeto de enajenación, ni a título oneroso, ni a título gratuito por ser personalísimo cuyo interés es además de orden público familiar.

Es intransmisible, el derecho de alimentos no es susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte, ya que por ser de naturaleza pública familiar y ser un derecho personalísimo con la muerte del titular se extingue este derecho. El Art. 362 del Código Civil prescribe que: “El derecho de pedir

alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”[17].

Es irrenunciable, es decir queda merced a este principio que el niño, niña o adolescente renuncie al derecho a alimentos. Los progenitores, tutores, parientes o terceras personas bajo las causas se halle su cuidado, no deben ni pueden renunciar a este derecho. Cualquier estipulación que signifique renuncia se tendrá por no existente o será de nulidad absoluta.

La Ley prohíbe que exista renuncia al derecho de los alimentos, que en muchos de los casos se puede llegar en un momento determinado es a un acuerdo sobre el monto y la forma en que se darán los alimentos, la misma que debe ser aprobada por la autoridad competente.

Es imprescriptible, esto es, que el derecho a pedir alimentos no se lo pierde por prescripción. La prestación de alimentos por ser de naturaleza pública - familiar no está sujeta al decurrir de un período de tiempo determinado para que se extinga. No se debe confundir la prescripción de la pensión de alimentos que anteriormente haya sido fijada en cuyo caso si será sujeta de prescripción conforme lo veremos más adelante.

No admite compensación; Juan Larrea Holguín con su criterio jurídico y después de haber señalado el Art. 362 del Código Civil, realiza el siguiente

[17]CÓDIGO CIVIL: legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2006, Art. 362.

análisis: “Que los alimentos no pueden transferirse ni por acto entre vivos, ni por herencia; al siguiente esto es, el Art. 381 (363), ibídem sostiene que prohíbe la compensación, que por regla general puede extinguir obligaciones; y de esta prohibición deriva también del carácter incomerciable de los alimentos”[18].

Con esto considero que, no podrán compensarse el derecho de alimentos en general, entre otras obligaciones porque no constituye una obligación ni liquida, ni pura, ni de plazo vencido, sino precisamente lo contrario, que debe determinarse su monto, porque se determina las circunstancias económicas de las partes litigantes.

El derecho a alimentos no se extingue a través de la compensación. La compensación como una forma de extinguir la obligación, según el Art. 1583 del Código Civil está prohibida por la naturaleza jurídica y carácter de este derecho. La existencia de la deuda recíproca entre alimentante y alimentado, no es condición permitida para renunciar a pedir alimentos. La compensación no es sino la extinción de la deuda con otra, entre dos personas que se deben en forma recíproca.

No se admite reembolso de lo pagado, cuando se haya fijado una pensión alimenticia provisional y posteriormente se lo deje sin efecto aún por orden judicial o voluntariamente, el alimentado no está obligado a devolver el dinero

[18]LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Quinta edición, p.436.

recibido por este concepto. Es decir no está permitido ni cobro por parte del alimentante ni pago de lo recibido por el alimentado.

Sin embargo, según lo dispuesto en el Art. Innumerado 3 del Título V, del Libro I de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuando las pensiones alimenticias se hayan convertido en una deuda por falta de pago 0 no se hayan ejecutado las acciones que permiten el referido Código, tales deudas alimentarias sí podrán ser compensadas, trasmitidas activa o pasivamente a los herederos y hasta prescribir. El Art. 2415 del Código Civil en cuanto se refiere al tiempo para la prescripción extintiva dice que: "Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias"[19] . La acción ejecutiva se convierte en ordinaria en el lapso de cinco años; en cuyo caso se preceptúa solamente otros cinco para ser exigible por la vía judicial luego se convierte en una obligación natural.

La regla general es que el derecho de alimentos no tiene el carácter de transferencia, ni pagarse por compensaciones. Este último término significa que dos personas son deudoras una de otra y que no opera la extinción de la obligación de pagar alimentos que se compensan la deuda las dos partes. Pero existe una excepción a pagar por compensación, en caso de falta de pago, es decir que el alimentante no ha pagado las pensiones alimenticias que le corresponden al alimentado o puede ser el caso que esta persona se lo ha demandado por alimentos, pero que no se le ha seguido las acciones judiciales para el cobro de dichas pensiones, siempre que el alimentado le deba también

[19]CÓDIGO CIVIL: Obra Citada, Art. 2415 inciso 1

al obligado, en estos casos la ley permite que el obligado como el beneficiario se compensen y extinguen la obligación. Y una forma de extinguir el pago de derecho de alimentos se da por prescripción es decir que haber transcurrido el tiempo de pagar alimentos y no se lo ha hecho como es por falta de pago o que no se le ha seguido las acciones pertinentes para el cobro de alimentos.

4.2.3 EL JUICIO COMO MECANISMO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS LEGALES Y LA TRABA DE LA LITIS

A decir de Enrique Coello García: "El juicio es una controversia jurídica y actual entre partes, y sometido al conocimiento de un tribunal de justicia.

La persona contra quien se haya efectuado un reclamo, puede aceptarlo, o ejercer un derecho irrenunciable a la defensa, esto es, a impugnar las pretensiones del actor y a alegar a su favor todo lo que, a su juicio, pueda interrumpir transitoriamente o destruir las pretensiones del demandante.

En consecuencia, al contestar la demanda el reo puede, o interrumpir excepciones dilatorias que tiendan a a demorar la resolución de la litis, o excepciones perentorias que tengan por objeto destruir definitivamente las pretensiones del actor[20]".

[20]COELLO GARCÍA, Enrique, Sistema Procesal Civil volumen III, Universidad Técnica Particular de Loja, 2001, pág. 190.

Esto presupone la existencia de una controversia o conflicto de interés, es decir, la sustentación de derechos e intereses contradictorios o contrapuestos a lo defendido por la parte contraria, y que la perjudican.

El juicio constituye el contenido material o de fondo del proceso, el cual va a ser resuelto por el órgano jurisdiccional a través de un procedimiento.

Por norma general, el Juez se encargará de discernir cuál de las dos partes se fundamenta con mayor base en el estado de derecho que ampara al país en el cual se ha desarrollado la actividad que ha puesto en conflicto a dos o más personas.

En el ámbito moral, el juicio trata de discernir y resolver un conflicto, siempre tendiendo a propugnar lo bueno y condenar lo malo, desde una postura razonable.

Cuando el demandado da contestación a la demanda, queda así trabado el juicio sobre las cuestiones de hecho y de derecho que se hayan de debatir.

Al respecto el Dr. Rubén Morán Sarmiento nos dice: “La demanda o petición con que se inicia todo procedimiento, se somete en primer lugar al sorteo

previsto en el Reglamento respectivo. Superado el sorteo, el Juez asignado con la competencia dictará el auto de calificación. Auto que debe referirse en primer lugar a la admisibilidad o no de la petición, por reunir o no los requisitos de ley…; y finalmente deberá disponer que se cite al requerido con la petición para que este pueda ejercer su defensa[21]", por lo tanto el acto de citación se constituye en el elemento esencial de todo proceso judicial, puesto que una vez que tiene lugar se traba la litis, dando lugar a que el demandado pueda ejercer su legitimo derecho a la defensa, derecho elemental consagrado en la Constitución de la República del Ecuador

4.2.4 LA CITACIÓN Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

Juan Morales Godo, al referirse a la citación y sus efectos jurídicos, dice: "En primer lugar es necesario partir delconcepto de citación, al respecto debo indicar que se trata de un acto formal emanado del Juez de la causa, por el cual se ordena a una persona a comparecer ante él, en un lapso de tiempo determinado, con un objeto específico, del cual se le da conocimiento (contestación de la demanda, por ejemplo). Rango Constitucional: Nuestra Constitución, prevé el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso, se trata de una norma que consagra el derecho para todos, de acceder a los Órganos de la Administración de Justicia para la defensa de nuestros intereses, siendo "inviolable en todo estado y grado del proceso". Rango Legal: En nuestro

[21]MORAN SARMIENTO, Rubén Elías, DERECHO PROCESAL CIVIL PRACTICO, Editorial Edilex S.A., Guayaquil Ecuador 2008, pág. 18.

Código de Procedimiento Civil, se establece, que la citación "es formalidad necesaria para la validez del juicio". De lo anterior, se colige que no puede darse curso a un proceso judicial, sin previamente haber agotado la citación del demandado, para ponerlo en conocimiento de las pretensiones del demandante[22]".

Del análisis de lo referido por Juan Morales Godo, se puede destacar las siguientes características de este acto procesal:

La citación del demandado interesa al orden público, por ello, su inexistencia, vicia de nulidad todo lo actuado y el Juez de oficio podrá ordenar la reposición de la causa para corregir el proceso. Está revestida de formalidades, pero ellas están siempre en beneficio del demandado, (son de interés privado), por lo que éste podrá renunciar al cumplimiento de las mismas, en forma tácita o expresa, tal es el caso cuando comparece al juicio aún antes de iniciar los trámites de citación o cuando convalida lo actuado con su presencia sin oponerse a lo practicado.

La compulsa, es otra de las características de la citación y esta prevista en el Código de Procedimiento Civil; y, constituye la copia fiel y exacta de la

[22] MORALES GODO, Juan, Efectos de la Interposición de la Demanda, en Revista: Gaceta Jurídica. Tomo 64-B. 1999. p. 16.

demanda, debidamente certificada, que permite al demandado conocer las pretensiones del demandado.

Finalmente El Emplazamiento es otra de las características de la citación y esta previsto en el Código de Procedimiento Civil; y, se constituye en un lapso procesal, que no implica que el demandado firme o se le de por citado, sino que una vez citado el demandado debe comparecer a los efectos que se refiere la citación. El plazo opera en beneficio del demandado, por lo cual también podrá renunciar a éste.

Efectos de la Citación:

La Doctrina a considerado los siguientes efectos que surge como consecuencia de la citación, que me he permitido resumirlos:

Efectos Procesales: Inicia el juicio, Pone al demandado a derecho, no habrá necesidad de nueva citación para ningún otro acto del proceso, salvo disposición especial en contrario.

Obliga a la Contestación, Determina la Prevención (conexidad con otra causa) pues el asunto lo conocerá el Tribunal que primero haya prevenido, citado.

Determina la Litispendencia, pues cuando una misma causa ha sido planteada ante dos autoridades judiciales igualmente competentes, se declarará la litispendencia en aquella causa en la cual se ha citado posteriormente, produciendo su extinción y archivo del expediente.

Efectos Sustanciales:

Interrumpe la Prescripción, Pone fin a la Buena Fe del Poseedor, pues éste deberá restituir los frutos (si resulta ser perdidoso) que haya percibido luego de ser notificado de la demanda.

Coloca en Mora al Deudor, cuando no hay plazo en una obligación de dar o hacer, el deudor queda constituido en mora por su requerimiento.

Como ha quedado expuesto, es de vital importancia la institución de la Citación en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que los Abogados en Ejercicio, deben tener especial cuidado en su práctica con la finalidad de evitar reposiciones inútiles que solo van en contra de los intereses de sus clientes.

4.2.5. EL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Por derecho de defensa, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la

instrucción y a lo largo de todo el proceso a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

La vigencia del principio supone, como lo señala Moreno Catena, "el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable[23]".

Por lo tanto debemos entender que los Derechos Fundamentales como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho. En la estructura normativa, los Derechos Fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia

[23]MORENO CATENA, Víctor, Esquemas de Derecho Procesal Penal 2da. Edición, Editorial Artes Graficas, Valencia España 2011.

sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

Así derechos fundamentales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, libertad, debido proceso, liberad de pensamiento, participación, intimidad y los derechos económico – sociales son la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias. Los derechos fundamentales son la expresión de un ordenamiento libre ya realizado y al mismo tiempo son el presupuesto para que este se reconstruya continuamente a través del ejercicio individual de las libertades por parte de todos.

Estos derechos fundamentales tienen un rango que podríamos denominar como bien jurídico constitucional; así, se configuran en el fondo legitimador de los cuerpos legales nacionales y supranacionales, siendo la dignidad humana, mas allá de derecho fundamental, su razón de ser, limite y fin.

Dentro de este panorama principista, de los derechos fundamentales, tenemos la presencia gravitante del derecho al debido proceso como parte integrante de los mismos.

4.2.6 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE COMPRENDE EL DERECHO DE DEFENSA

El Derecho de Defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de Contradicción, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el Acusatorio, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad.

A.- El Principio de Contradicción

Este principio se construye, en concepto de Vicente Gimeno Sendra, "sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho ha ser oído con carácter previo a la condena[24]".

La contradicción exige: 1.- la imputación; 2. la intimación; y, 3. el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida

[24]GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid-España, 2007, cit., p.56.

por el procesado – que es lo que se denomina intimación-, quien además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que nadie sea condenado, sin ser oído y vencido en juicio.

En primer lugar el derecho a la defensa implica, a ser oído lo que constituye una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no sólo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. En segundo lugar, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en tercer lugar, que este principio se extiende: 1. al respeto a la integridad corporal del imputado: 2. al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o amenazas o promesas previas); 3., A la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, 4.Al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto a las del acusador.

En conclusión, como postula de la Oliva Santos, el derecho de audiencia “trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno”. Su violación se presenta, al decir del mismo autor, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que sólo permitan una

actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión[25]".

Contemporáneamente el principio de contradicción tiene una proyección inusitada y ha sido objeto de una profunda evolución, al punto que se le concibe como base de un nuevo modelo de proceso penal, que superaría la clásica confrontación entre los modelos impositivos y acusatorios. Se le entiende conectado a la inmediación, de la que deriva la actividad valorativa y consiguiente resolución judicial, y al principio de igualdad de armas, en cuanto implica la atribución a éstas de derechos y deberes procesales, a fin de prepararlas para la contienda judicial; y sus manifestaciones clásicas se ha realizado a través del principio de audiencias y el de defensa.

El inc. 2do. Del Art. 2 de la Constitución determina como derecho inalienable de toda persona a la igualdad ante la ley sin que sea discriminada por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier índole. Está disposición por su conceptualización genérica está tan alejada del Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se aprecia con precisión: a ser oído públicamente con justicia e igualdad por un Tribunal independiente e imparcial.

[25]OLIVA SANTOS, Andrés, Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas, Tribunales de Justicia, Madrid, Nº 8, agosto-septiembre de 2003, pág. 120.

En tiempos como los de hoy de cambios y dinamismos civilizados es de esperar que el estado de derecho como garantía para las libertades de los ciudadanos sin la intervención autoritaria del Estado que vulnere los derechos inviolables de la persona, administre una autentica justicia basado en los principios de la legalidad.

B. El principio acusatorio.

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal .Al respecto, apunta Baumann, "se entiende por principio acusatorio aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos –continúa explicando- una persecución de oficio del delito (Art.2 CPP de 1940 Y Art.1° del Nuevo Código Procesal Penal), pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés. Está división, en primer lugar, impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria –investigación y acusación- se encuentra en el Ministerio Público (Art. 159° inciso 4 y 5, y 61 del Nuevo Código Procesal penal), que por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propia Ley Orgánica; y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común[26]".

[26]BAUMANN, Jürgen, Derecho Procesal Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina 2008, pág. 68.

José María Asencio Mellado, señala “que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima neprocedatiudex ex officio.

b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la prohibición de la identidad entre instructor y decisor.

c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano jurisdiccional es de carácter temático, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo en toda su extensión. El Juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de permanecer inmutables, sino a la calificación jurídico – penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado[27]”.

[27]ASENCIO MELLADO, José María, Estudios de Derecho Procesal Civil, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2010, .p. 299.

Desde mi punto de vista puedo decir que una cuarta nota esencial del principio acusatorio, es la prohibición de la “reformatio in peius” o reforma peyorativa, .El Juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El Juez ad quem está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa.

Sobre el particular, Chiovenda sostiene “que si el apelante recurre es porque se ve agraviado en su derecho y, por esa misma razón, si el apelado no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el juez; eso quiere decir que la sentencia para el apelado es correcta y debe quedar tal como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado por su inactividad procesal; si no ha querido impugnarla es porque consideraba que no le era perjudicial, de ahí que la sentencia dictada en segunda instancia no pueda concederse más de lo que le dio la sentencia de primera instancia ,o , dicho en otras palabras, no cabe empeorar la situación del apelante si es éste el único que recurre[28]”.

De manera general puedo decir que, el derecho a la defensa es la oportunidad que tiene todo ser humano de manera universal para comprobar su inocencia

[28]CHIOVENDA, José, Curso de Derecho Procesal, Editorial Reus, Madrid España, 2005, pág. 130.

ante cualquier situación que le asigna el matiz de una supuesta culpabilidad. La defensa es el momento de establecer criterios y verdades ante una imparcialidad humana.

Para que una persona ejecute el derecho a la defensa debe existir una acusación seria y contundente de tal manera que los caminos establecidos para este fin se activen. Si no hay acusación posible entonces el derecho a la defensa no existe, pues, no puede defenderse quién no ha sido acusado.

Cuando las acusaciones se dan en los pasillos, en las oficinas o en las bocas de un fulano o un mengano sin nombre a eso no se le llama acusación, se le denomina “chisme”, comentario mal sano que conlleva la fuerte intención de derribar y apartar del camino a quien no se puede eliminar tan fácilmente.

La finalidad de este derecho es asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas, principios que imponen a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios en la posición procesal de ambas partes (demandante/demandado y acusación/defensa), e impedir que las limitaciones de alguna de las partes puedan desembocar en una situación de indefensión prohibida por la Constitución.

La indefensión se produce cuando la infracción de una norma procesal provoca una limitación real del derecho a la defensa, originando un perjuicio irreversible para alguna de las partes. Se produce una vulneración de este derecho cuando se priva al justiciable de medios de defensa efectivos, dentro de los medios que la ley procesal prevé.

El derecho de defensa tiene un contenido complejo; su respeto exige un conocimiento suficiente y oportuno de lo que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En nuestro marco Constitucional dentro del articulo Art. 75 se establece: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley[29]”.

Por lo tanto, la norma constitucional consagra el derecho a la defensa, por medio de los mecanismos legales que establece nuestro ordenamiento jurídico, sin que en ningún caso se pueda dejar en la indefensión a una persona, puesto que en el caso de las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, en la fijación de la pensión alimenticia provisional, una de las partes se ve limitada o despojada por el órgano jurisdiccional de los medios de defensa que le corresponden en el desarrollo del proceso; cuyas consecuencias pueden suponer la imposibilidad de hacer valer un derecho o la alteración injustificada de la igualdad de armas entre las partes, otorgando a una de ellas ventajas procesales arbitrarias, puesto que previo a la citación del demandado se la regula en el auto de aceptación a tramite, sin permitir que el demandado pueda aportar las pruebas de descargo en orden a la defensa de sus derechos, puesto que la parte actora puede dejar abandonado el juicio por un tiempo hasta que se acumule la pensión provisional fijada hasta obtener la

[29]CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011.

liquidación y poder cubrir su pago por medio de una orden de apremio personal.

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar elcumplimiento de las normas y los derechos de las partes**…**

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

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones…[30]”.

La norma constitucional le atribuye el rango de garantía básica al debido proceso, siendo deber de toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas legales y los derechos de las partes, en el caso que nos ocupa del demandado; puesto que conforme lo manifiesta en forma clara la norma invocada en el literal a), nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, como si ocurre en el caso de la fijación de la pensión alimenticia provisional contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, que se ve limitado

[30]IBIDEM

el derecho a la defensa del demandado en la primera fase del procedimiento, puesto la contienda lugar tiene lugar desde el momento de la citación, que es el acto procesal por el cual se hace conocer al demandado sobre las pretensiones legales del actor, a efecto de que pueda contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, así como también para que pueda ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones con la contraparte.

4.3.2 CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

La norma procesal civil, en relación a las controversias de orden legal, dentro del Art. 57, manifiesta: ”JUICIO es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces[31]”.

Por lo tanto el Código de Procedimiento Civil, le da la categoría de juicio a las controversias legales que se suscitan entre el actor y el demandado, cuya decisión esta a cargo del juez cuya competencia se ha radicado, como en el caso de las reclamaciones alimenticias, cuya reclamación se la realiza por intermedio del Juez de la Familia, Niñez y la Adolescencia para que luego de la demostración mediante los mecanismos de prueba de las pretensiones de la actora y de las excepciones del demandado el Juez se pronuncie en forma legal mediante un Auto Resolutorio, pero permitiéndole en todo momento el derecho a la defensa al demandado.

[31]CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011.

En el Art. 66 nos da la definición de demanda a la cual se la concibe: “Es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo[32]”.

Determinando que la demanda es el documento en el cual esta plasmado la reclamación o pretensión del actor (a) que ha de ser materia del fallo paro lo cual debe reunir los requisitos de forma establecidos en el articulo 67 IBIDEM, en el caso de los alimentos la reclamación esta contenida en la pensión alimenticia que reclama la actora y sobre la cual deberá pronunciarse el Juez, en base a la valoración de las pruebas aportadas por las partes y luego del agotarse el procedimiento establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

En la primera parte del Art. 73, nos habla de la Citación y manifiesta: “es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos”**.**

Por consiguiente la citación tiene por finalidad hacer conocer al demandado que contra él se ha instaurado un proceso legal, determinándose el contenido de la demanda, a efecto de que este tenga conocimiento de la misma y pueda comparecer a juicio en defensa de sus derechos

[32] IBIDEM

Dentro del Art. 97 se determinan los efectos de la citación que no son otros que estos: “Son efectos de la citación:

1.- Dar prevención en el juicio al juez que mande hacerla;

2.- Interrumpir la prescripción;

3.- Obligar al citado a comparecer ante el juez para deducir excepciones;

4.- Constituir al demandado poseedor de mala fe, e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en el Código Civil; y,

5.- Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código[33]”.

Como se puede determinar uno de los efectos de la citación, esta determinado en el hecho de que con este acto procesal se obliga al citado o demandado a comparecer ante el juez con la finalidad de deducir excepciones en orden a la defensa de sus intereses; es por ello que la misma procede una vez aceptada a tramite la demanda y antes de realizar cualquier otra actuación judicial.

4.3.3 CODIGO DE LA NINEZ Y LA ADOLESCENCIA

La norma legal contenida en el Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 8 publicadas en el Registro Oficial Nro. 643 de fecha martes 28 de Julio de 2009 SUPLEMENTO, manifiesta: “Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- Lapensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del

[33] IBIDEM

correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara[34]".

La norma contenida en las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, establece la obligación de pagar los alimentos, los cuales son exigibles desde la presentación de la demanda, esto es desde que se fija la pensión provisional al momento de calificar y aceptar a tramite la misma, esto es antes de citarse al demandado para que pueda enterarse de la pretensión legal de la actora y pueda comparecer a juicio proponiendo excepciones.

En el articulo Innumerado 9, establece: "Fijación provisional de la pensión de alimentos.- 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 en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la 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 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[35]".

[34]Registro Oficial Nro. 643 de fecha martes 28 de Julio de 2009 SUPLEMENTO.
[35] IIBIDEM.

Dentro de la norma invocada se establece la obligación de fijarla pensión provisional de alimentos, la cual tiene que ser regulada por el juez con la calificación de la demanda en base a la tabla de pensiones alimenticias mínimas, por lo que se puede entrever que en dicho estado procesal aun no se ha dado a conocer al demandado de la pretensión de la actora por medio de la citación a efecto de que pueda comparecer a juicio proponiendo excepciones, lo que atenta contra su legitimo derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la Republica del Ecuador, que entre unos de los principios del debido proceso determina el derecho a ser escuchado en forma oportuna en igualdad de condiciones.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 LEGISLACION PERUANA

La Ley 28439 publicada el 28 de Diciembre del año 2004 que regula el proceso de alimentos en el Perú, simplifica las reglas del proceso, puesto que establece un tramite especial, con la finalidad de proteger el derecho de los menores y no vulnerar el legitimo derecho a la defensa y al debido proceso del demandado, cuyo procedimiento me permito detallar a continuación:

1.- “El Juez al recibir la demanda, deberá admitirla y notificar al demandado para que dentro del termino de cinco días cumpla con contestar la bajo apercibimiento de seguírsele el juicio en rebeldía, transcurridos los cinco días sin que el demandado haya contestado el juez tiene la obligación al cumplirse dicho tramite resolver haciendo efectivo el apercibimiento es decir dar por contestada la demanda en rebeldía y citar a la audiencia deconciliación pruebas y sentencia, y el juez deberá emitir la sentencia.

2.- En caso que el demandado haya contestado la demanda en el plazo señalado el juez deberá tener en cuenta que dicha contestación para admitirse debe adjuntarse a esta la declaración de ingresos económicos del demandado sin la cual no podrá admitirse el escrito de contestación del demandado dándosele un plazo de tres días para que subsane tal error, y una vez hecho o vencido el plazo se declara la rebeldía del demandado y señala fecha para la audiencia de saneamiento conciliación, pruebas y sentencia.

3.- iniciada la audiencia el demandado puede promover tachas excepciones, o defensas previas,que serán absueltas por el demandante en el mismo acto de audiencia, seguidamente se actuaran los medios probatorios. No se admitiráreconvención.

4.- Concluida su actuación si el juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas declarara saneado el proceso y seguidamente invocara a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliadoramente. Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente se dejara constancia en el acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia.

5.- Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo y enviara a la municipalidad que corresponda copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso.

Si el demandado no concurre a la audiencia única a pesar de haber sido debidamente emplazado el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a las pruebas actuadas.

6.- Cualquiera de las partes puede apelar de la sentencia si no se encuentra conforme, concedida la apelación es elevada a la instancia superior que es un Juzgado de primera instancia o de familia.

7.- Expedida la sentencia por la segunda instancia, el expediente vuelve al juzgado de origen para su ejecución[36]".

Otro punto interesante de la Ley 28439 es que si el obligado luego de haber sido notificado para la ejecución de la sentencia firme no cumple con el pago de los alimentos, el juez a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al fiscal provincial de turno a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

Esta modificación permite que las sentencias de alimentos, sustituya al tramite de interposición de denuncia penal por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Ahora no, solo es necesario que se solicite al juzgador que ha tenido conocimiento y sentenciado el juicio de alimentos que cumpla con lo ordenado por ley es decir de oficio remitir copia certificada de la liquidación de las pensiones al Fiscal de turno quien formulara la denuncia por ante el Juez Penal de Turno.

En conclusión como se puede determinar del análisis de las normas de procedimiento contenidas en La Ley 28439, sin dejar a un lado el derecho prioritario de los menores y adolescentes a los alimentos los mismos que son

[36]LA LEY 28439, publicada el 28 de Diciembre del año 2004 que regula el proceso de alimentos en el Perú.

de prevalencia al igual que en nuestro país, no se deja de lado el derecho del demandado a ser escuchado en igualdad de condiciones y a su legitimo derecho a la defensa, puesto que el procedimiento tiene vigencia legal a partir de la notificación al demandado, lo que se denomina en nuestro ordenamiento legal la citación, concediéndole el termino de cinco días para que pueda contestar la demanda, bajo apercibimiento de seguirse el juicio en rebeldía; por lo tanto todo gira alrededor de la igualdad de derechos a ser escuchados en forma oportuna que tienen las partes procesales.

4.4.2 LEGISLACION ARGENTINA

En la legislación Argentina aún no se ha preceptuado un ordenamiento procesal específico en materia de alimentos de menores en el ámbito nacional, rigen el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y las normas de procedimiento establecidas por el Código Civil.

El juicio de alimentos se trata de un típico proceso de familia, cuyo objeto no es otro que el de satisfacer del modo más rápido y eficaz posible el requerimiento alimentario formulado por quien acude a la jurisdicción reclamando una prestación de tal naturaleza, cuyo procedimiento lo voy a detallar a continuación:

C) REQUISITOS DE LA DEMANDA

Si bien la demanda de alimentos debe reunir ciertos requisitos propios, los cuales se encuentran esencialmente contenidos en el art. 638 CPCCN., debe

también cumplir con los recaudos previstos en el art. 330 y concs. del citado cuerpo legal.

Por ello deberá ser efectuada por escrito y contener:

- el nombre y domicilio (real y constituido el demandante);

- el nombre y domicilio (real) del demandado;

- la cosa demandada, designándola con exactitud;

- los hechos en que se funde, explicados claramente;

- el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias; y

- la petición, en términos claros y positivos.

En cuanto a los recaudos específicos previstos para la demanda de alimentos, el art. 638 CPCCN dispone que:

“La parte que promoviere juicio de alimentos deberá en un mismo escrito:

1) Acreditar el título en cuya virtud los solicita

2) Denunciar siquiera, aproximadamente, el caudal de quien debe suministrarlos;

3) Acompañar toda la documentación que tuviere en su poder y que haga a su derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 333 y 4) ofrecer la prueba de que intente valerse.”:

Si se ofreciere prueba testimonial, los testigos declararán en primera audiencia[37]".

Asimismo, y sin perjuicio de que la citada norma no lo menciona expresamente, la demanda de alimentos deberá contener la estimación aproximada del monto que se reclama en concepto de cuota y la discriminación de los rubros que componen esa cuota que se solicita.

En este sentido, cabe señalar que como no siempre puede estimarse con exactitud la suma de dinero que se pretende -por desconocerse, por ejemplo, los reales ingresos del accionado, la naturaleza de los mismos o la de las actividades que realiza-, resulta admisible la indicación en la demanda de una cantidad sujeta al resultado de la prueba, o el reclamo de un porcentaje de las entradas o haberes del alimentante.

Es, asimismo, aplicable a la demanda por alimentos lo dispuesto en el art. 331 CPCCN en cuanto a que el peticionario podrá modificarla con anterioridad a que ésta sea notificada.

Podrá requerirse en la demanda la fijación de alimentos provisorios, los cuales regirán mientras dure la tramitación del proceso.

[37] CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Argentina 2010.

Asimismo, puede solicitar el actor la fijación de una suma en concepto de litisexpensas, que el accionado deberá abonarle a los fines de hacer frente a los gastos que importe el desarrollo del juicio.

En orden a lo normado en el art. 56 CPCCN, quien demande por alimentos debe necesariamente contar con patrocinio letrado, a consecuencia de lo cual si dicha presentación careciera de firma de letrado se la tendrá por no efectuada y será devuelta al presentante, si dentro del segundo día de notificada por ministerio de la ley la providencia que exija el cumplimiento de dicho recaudo el mismo no fuese cumplido.

En virtud de lo dispuesto en el art. 337 CPCCN, los jueces podrán rechazar in limine aquellas demandas por alimentos que manifiestamente no se ajustaren a los recaudos contemplados en los arts. 330, 638 y concs IBIDEM.

D) CITACIÓN DEL DEMANDADO

En la legislación procesal de la Capital Federal (hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires), con anterioridad a la sanción de la ley 14237 (ALJA 1853-1958-1-553) el proceso de alimentos no preveía la intervención del alimentante sino que tramitaba inaudita parte, generándose así una desigualdad entre el reclamante y el obligado.

La evolución de la legislación procesal hizo luego que se reconociera calidad de parte al demandado en el juicio de alimentos y su derecho a participar en el proceso, todo esto con ciertos alcances.

La mencionada ley 14237 estableció la fijación de una audiencia con la finalidad de oír a las partes y procurar que llegaran a una solución.

Actualmente, de conformidad con lo previsto en el art. 639 CPCCN., dentro de los diez días de presentada la demanda de alimentos, y sin perjuicio de ordenar la producción de las medidas probatorias solicitadas, el juez señalará una audiencia a la cual deberán comparecer las partes personalmente y el representante del Ministerio Pupilar, si correspondiere.

Si bien el Código Procesal no prevé que el juez corra traslado de la demanda al alimentante, corresponde citarlo a la referida audiencia, y dicha citación constituye, en general, el primer conocimiento que tiene el accionado del contenido de la demanda de alimentos promovida en su contra. Es decir que se hace conocer la demanda a la parte contraria, con lo cual se procura resguardar su derecho de defensa en juicio.

En consecuencia, dicha notificación deberá efectuarse en su domicilio real, con adjunción de copia de dicha demanda y de la documental acompañada por el actor y con la debida antelación de tres días que previene el art. 125 inc. 2 CPCCN, pues de lo contrario se dificultaría al alimentante el conocimiento de la pretensión deducida y la adecuada preparación de sus defensas y pruebas.

Si bien se ha sostenido que como en el juicio de alimentos no se corre traslado de la demanda sino que se cita al demandado no sería de aplicación a la notificación que se le cursa lo previsto en el art. 339 CPCCN, hay autores que consideran que el oficial notificador, en caso de no hallar al demandado, deberá dejar el aviso del art. 339 CPCCN., lo cual sólo podría ocasionar una demora de un día en la notificación de la audiencia, pero posibilitaría que el accionado tenga conocimiento personal de la demanda promovida en su contra.

Toda vez que el art. 640 CPCCN prevé como consecuencia de la incomparecencia injustificada del demandado a la mencionada audiencia del art. 639 CPCCN la aplicación de una multa a favor de la otra parte y la fijación de una segunda audiencia (a los mismos fines que la anterior), bajo apercibimiento de establecerse la cuota alimentaria de acuerdo con las pretensiones de la parte actora y lo que resulte del expediente, no corresponde en el juicio de alimentos la declaración de rebeldía del demandado que hubiese sido debidamente notificado de la citación.

Cuando el accionado fuere incierto o se desconociese su domicilio sería procedente su citación mediante edictos, de conformidad con las reglas generales que rigen en materia de notificaciones judiciales.

E) INTERVENCIÓN DEL DEMANDADO

El tema se centra en torno a la interpretación que debe darse al art. 643 CPCCN., el cual dispone que:

“En la audiencia prevista en el art. 639, el demandado, para demostrar la falta de título o derecho de quien pretende los alimentos, así como la situación patrimonial propia o la de la parte actora, sólo podrá:

“1) acompañar prueba instrumental;

“2) solicitar informes cuyo diligenciamiento no podrá postergar, en ningún caso, el plazo fijado en el art. 644;

“3) El juez al sentenciar, valorará las pruebas para determinar el monto de la pensión, o para denegarla, en su caso”.

Del texto de la norma transcripta resulta que la misma no contempla como facultad del demandado la de oponer defensas y contestar demanda y limita a la documental e informativa las pruebas que puede ofrecer.

La interpretación literal del citado artículo convertiría “al demandado en juicio de alimentos en el más indefenso de los litigantes”, vulnerándose así el principio procesal de bilateralidad.

A consecuencia de ello, se ha verificado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia una interpretación correctora de la referida norma en resguardo del derecho a ser oído que tiene el alimentante, pero sin desmedro de la naturaleza y celeridad del proceso.

En este orden de ideas, analizaremos el alcance de la intervención del demandado en el juicio:

a) Defensas

La normativa que regula el juicio de alimentos no contempla la oposición de excepciones de previo y especial pronunciamiento, las cuales resultan inadmisibles.

Sin embargo, la jurisprudencia tiene dicho que todo género de excepciones pueden ser planteadas en el juicio de alimentos.

En consecuencia, el demandado podrá oponer como defensas, que se resolverán con el dictado de la sentencia: la de incompetencia (que en caso de

prosperar implicaría la remisión del expediente al tribunal competente si es en jurisdicción nacional, o su archivo si correspondiere a otra jurisdicción); la de falta de personería (por carecer el demandante de capacidad para intervenir por sí en el proceso o por adolecer el apoderado de representación suficiente); la de falta de legitimación activa (por no existir el vínculo de parentesco o matrimonial invocado por el actor o pasiva (por existir otros parientes de obligación alimentaria preferente); la de litispendencia (si encontrándose pendiente un juicio de alimentos entre las mismas partes la actora inicia otro con igual finalidad); y, asimismo, la excepción de cosa juzgada (cuando la demanda resulta ser una reproducción de otra idéntica, fundada en las mismas causas, que hubiese sido desestimada).

Las defensas que importen invocar una compensación o una transacción sobre el derecho a los alimentos no resultan admisibles conforme a los términos del art. 374 CCiv.; como así tampoco la excepción de arraigo, de acuerdo con los términos de la Convención sobre Procedimiento Civil de La Haya -ley 23502, ni las que resulten manifiestamente incompatibles con la sumariedad del trámite.

Puede también el demandado oponer la defensa de defecto legal en el modo de proponer la demanda, prevista en el art. 347, inc. 5 CPCCN la cual se sustanciará y resolverá antes de la audiencia del art. 639. Si hubiere sido opuesta en dicha oportunidad, el juez fijará un plazo para que el actor aclare los aspectos imprecisos y citará a una nueva audiencia a los mismos fines.

De las defensas esgrimidas por el accionado corresponde correr traslado por cinco días al actor, quien al contestarlo podrá ofrecer las pruebas respectivas.

b) Oposición a la pretensión

Los Tribunales tienen dicho que si bien en materia de alimentos el Código Procesal no contempla la contestación propiamente dicha de la demanda, permite al demandado la posibilidad de ofrecer determinadas pruebas sobre las que naturalmente podrá introducir alguna argumentación controversial oponiendo defensas, pues si la ley le permite ofrecer prueba es obvio que también autoriza la alegación de los hechos y el derecho que dicha prueba está dirigida a demostrar.

Es decir que si bien no se trata de una contestación de demanda, resulta semejante a ella en cuanto a que contendrá una serie de alegaciones que implicarán un responde a las pretensiones del accionante.

El demandado podrá efectuar la presentación oponiéndose a la pretensión del actor y ofreciendo sus pruebas, con anterioridad a la celebración de la audiencia del art. 639 CPCCN el mismo día en que se celebre dicha audiencia, o en la misma audiencia.

Asimismo, y reiterando que las únicas consecuencias previstas por el art. 640 CPCCN para la incomparecencia injustificada del alimentante a la audiencia del art. 639 son la multa a favor del actor y la fijación de una nueva audiencia a los mismos fines bajo apercibimiento de establecerse la cuota de acuerdo con las pretensiones del reclamante y lo que resulte del expediente, el término para la eventual contestación del demandado y el ofrecimiento de su prueba se extiende en este supuesto, y también en los de incomparecencia justificada del demandado a la audiencia referida, hasta la celebración de la prevista en el art. 640.

En oposición a la pretensión del actor, el demandado podrá cuestionar todos los requisitos intrínsecos que dan sustento a la obligación alimentaria. En este sentido, podrá impugnar el derecho en el que se funda el actor para pedir la pensión alimentaria, sin perjuicio de señalar que no cabe la introducción de pretensiones reconvencionales que se refieran, por ejemplo, a la impugnación de la paternidad o de la maternidad, o a la validez del matrimonio; invocar la falta de necesidad del alimentado demostrando que cuenta con recursos para su subsistencia; verificar su propio caudal económico; y comprobar la equivalencia de sus recursos con los del reclamante -ya sea para solicitar el rechazo de la pretensión o la graduación del monto de la cuota por parte del juez.

c) Prueba

Es dable señalar que los mismos argumentos utilizados para posibilitar al demandado en juicio de alimentos oponerse a la pretensión del actor son aplicables para admitir que ofrezca no sólo las pruebas indicadas en el art. 643 CPCCN (documental e informativa) sino también otros medios probatorios, en la medida en que no impliquen dilatar indebidamente el proceso y siempre y cuando se ofrezcan antes de la audiencia del art. 639 CPCCN., durante la misma o en la que se celebre en su remplazo, y que se produzcan como máximo dentro de los cinco días posteriores a la producción de la prueba de la parte actora.

En virtud de lo antedicho, además de las pruebas expresamente mencionadas en el art. 643 CPCCN el demandado podrá acreditar por otros medios probatorios “cualquiera de las cuestiones susceptibles de debatirse en el juicio de alimentos”, pues en caso contrario la aplicación estricta de la referida norma afectaría el derecho constitucional de defensa del accionado.

Es decir que mientras la prueba ofrecida por el accionado no demore el plazo para dictar la sentencia ni dilate innecesariamente el trámite de la causa, debe reconocérsele la misma amplitud probatoria que al peticionario de los alimentos.

COMENTARIO GENERAL

Como se pudo determinar del análisis de las normas de procedimiento en relación a los juicios de alimentos, tanto en la legislación peruana como en la argentina, se tiene particular cuidado de respetar el legitimo derecho a la defensa del demandado, es por ello que la pensión alimenticia que se fijara en beneficio del reclamante, tiene lugar luego de citar con la demandada al demandado a efecto de que pueda aportar en el juicio con prueba a su favor; y, pueda ejercer su derecho a defenderse en igualdad de condiciones con el actor (a) del proceso de alimentos, situación que no se da en el procedimiento establecido en las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia de nuestro país que en la forma como ha sido concebido viola el mas elemental derecho del demandado, la defensa puesto que la pensión alimenticia provisional se la fija al momento de dictar el auto de aceptación a tramite.

5 MATERIALES Y MÉTODOS

5.1.- Materiales Utilizados.

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis; como lo fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador, Instrumento Andino de Migración Laboral, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, Código del Trabajo; Diccionarios Jurídicos como: Ossorio, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas, Enciclopedia Jurídica, Diccionario Jurídico Elemental, de Cabanellas, Guillermo, para constitución del marco doctrinario y conceptual, el internet que permitió el avance de la legislación comparada en la dirección como: www.sítiosjurídicos.com, de igual manera pude utilizar material de oficina como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, impresoras, y fichas bibliográficas y nemotécnicas elaboradas; todo este material, me ha servido de mucho para estructurar el informe final de Tesis así como a entender mucho más a fondo mi problemática investigada como; la realidad de las leyes en nuestro sistema ecuatoriano.

El presente proceso investigativo se dirige a la observación pormenorizada de la problemática jurídica laboral relacionada con las insuficiencias normativas del Código del Trabajo en materia de protección de los trabajadores nacionales frente a la explotación de los derechos del trabajador extranjero.

Luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja.

5.2. Métodos.

Para desarrollar el presente trabajo de investigación, apliqué el método científico, que me permitió contar con elementos confiables para aportar con datos de interés y fundamentados, tanto en la elaboración de criterios como en la propuesta de reforma que planteo. De igual manera apliqué los métodos inductivo deductivo, el analítico sintético que me permitieron formular criterios en base a información obtenida de la revisión literaria y la investigación de campo; datos que fueron sistematizados para el análisis pertinente. La investigación fue de tipo bibliográfico, documental y de campo. Apliqué como técnicas de investigación las siguientes: la observación, que a lo largo del proceso investigativo constituyó una técnica que posibilitó el acercamiento directo al problema investigado, tomando contacto con los protagonistas del mismo; se elaboraron fichas bibliográficas, fichas mnemotécnicas, fichas de transcripción, documentales, mediante las cuales recolecté los elementos teórico doctrinarios que permitieron ilustrarme respecto a la temática planteada; se aplicaron cuarenta encuestas a profesionales del Derecho, Abogados en libre ejercicio.

Los datos recopilados fueron ordenados sistemáticamente para el análisis pertinente que en el próximo punto detallaré.

5.3. Técnicas.

Dada la naturaleza teórica y fáctica de la presente investigación, se requirió de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de fichas nemotécnicas y bibliográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos en el desarrollo del discurso de este trabajo.

Se aplicó también la técnica de la observación del problema en el ámbito de la realidad social del Ecuador, lo que permitió obtener algunos elementos de juicio con respecto a la observación práctica de los derechos constitucionales y legales de todas las personas.

Para la recolección de datos del campo de investigación, se utilizó la técnica de la encuesta, cuyas preguntas se orientaron en función de los criterios requeridos para la contrastación de la hipótesis propuesta y la verificación de los objetivos oportunamente planteados en el Proyecto de Tesis. El formulario de encuesta, oportunamente evaluado y aprobado por el señor Director de la presente tesis, fue aplicado a una población de treinta personas trabajadoras, que incluyó a juristas, jueces del trabajo y abogados con versación preferente en Derecho Laboral, todos ellos relacionados con el Distrito Judicial de Loja.

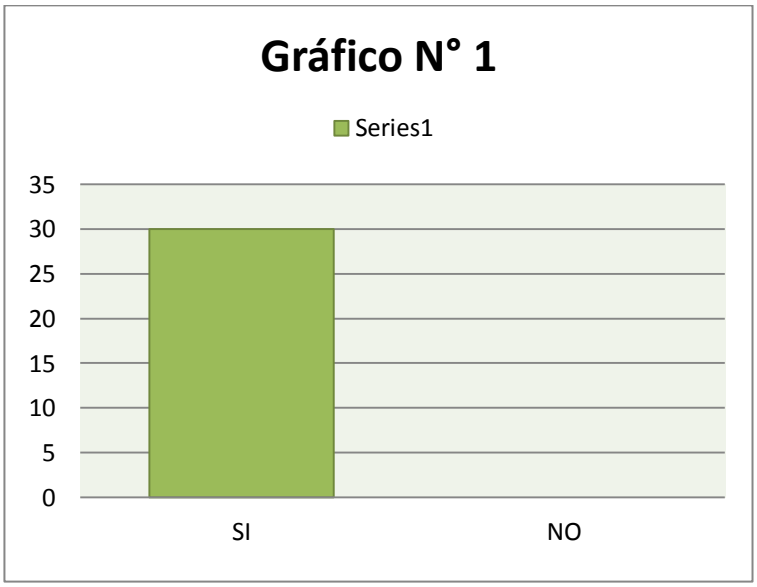
En cuanto a la metodología de presentación del informe final, ésta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación científica, así como también en el marco de lo que dispone el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

6 RESULTADOS

6.1. RESULTADOS OBTENIDOS A TRAVES DE LAS ENCUESTAS

1. Considera Usted, que la citación es la garantía del derecho del demandado para poder comparecer a juicio y para ser escuchado en forma oportuna?

CUADRO N° 1		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%
Autora: Yadira Sánchez Murillo		
Fuente: Abogados en libre ejercicio		



INTERPRETACIÓN

En la primera pregunta de un universo de treinta profesionales encuestados, treinta que equivale al 100% señalaron que la citación es la garantía del

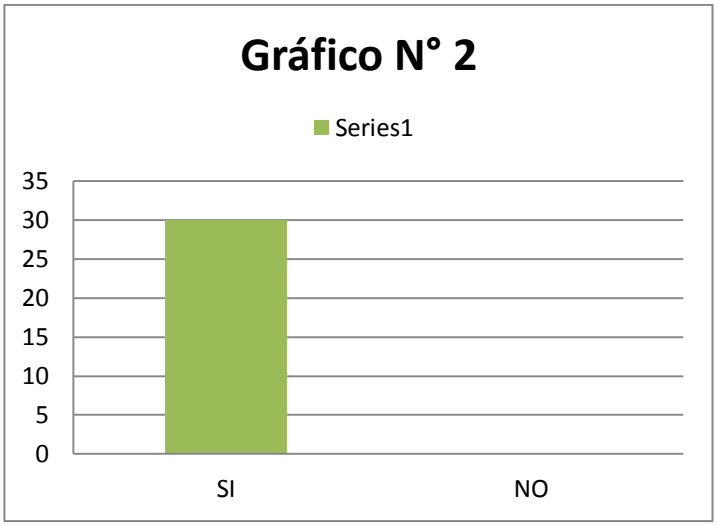
derecho del demandado para poder comparecer a juicio y para ser escuchado en forma oportuna dentro de un proceso, por lo tanto toda actuación judicial debe ser posterior a la citación.

ANÁLISIS

El universo mayoritario de los profesionales encuestados coinciden plenamente que la citación es la garantía del derecho del demandado, que le permite enterarse que contra él se ha instaurado un proceso judicial, con la finalidad de que pueda comparecer a juicio hacer valer sus derechos, por lo tanto toda actuación judicial que implique el establecimiento de obligaciones debe dictarse posterior a la citación con la demanda.

2. **Cree Usted, que la actuación de toda diligencia judicial que comprometa derechos del demandado, debe ser efectuada luego de ser citado en forma legal el accionado?**

CUADRO N° 2		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	30	100
NO	0	0
TOTAL	30	100
Autora: Yadira Sánchez Murillo		
Fuente: Abogados en libre ejercicio		



INTERPRETACIÓN

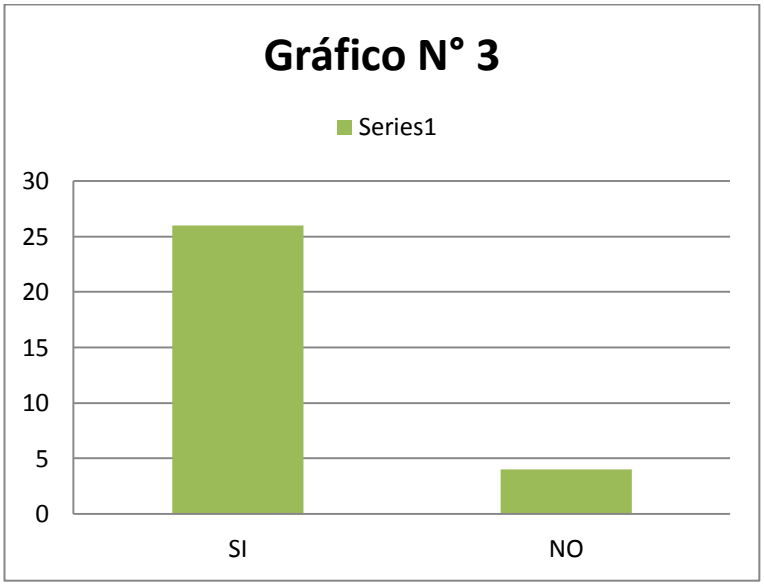
En relación a esta interrogante de un universo de treinta profesionales encuestados, treinta que equivale al 100% señalaron que la actuación de toda diligencia judicial que comprometa derechos del demandado, debe ser efectuada luego de ser citado en forma legal el accionado.

ANÁLISIS

El universo mayoritario de los profesionales encuestados coinciden plenamente que la citación es la garantía del derecho del demandado, por lo tanto toda diligencia judicial que comprometa derechos del demandado, debe ser efectuada luego de ser citado en forma legal el accionado, a efecto de no comprometer su legítimo derecho a la defensa.

3. **Estima Usted, que toda actuación judicial que implique obligación para el demandado como el caso de los alimentos, debe ser regulada posterior de la citación al accionado?**

CUADRO N° 3		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	26	87
NO	4	13
TOTAL	30	100
Autora: Yadira Sánchez Murillo		
Fuente: Abogados en libre ejercicio		



INTERPRETACIÓN

En relación a esta interrogante de un universo de treinta profesionales encuestados, veintiséis que equivale al 87% señalaron que la actuación de toda diligencia judicial que comprometa derechos del demandado como en el caso de los alimentos, deben ser regulados posterior a la citación del

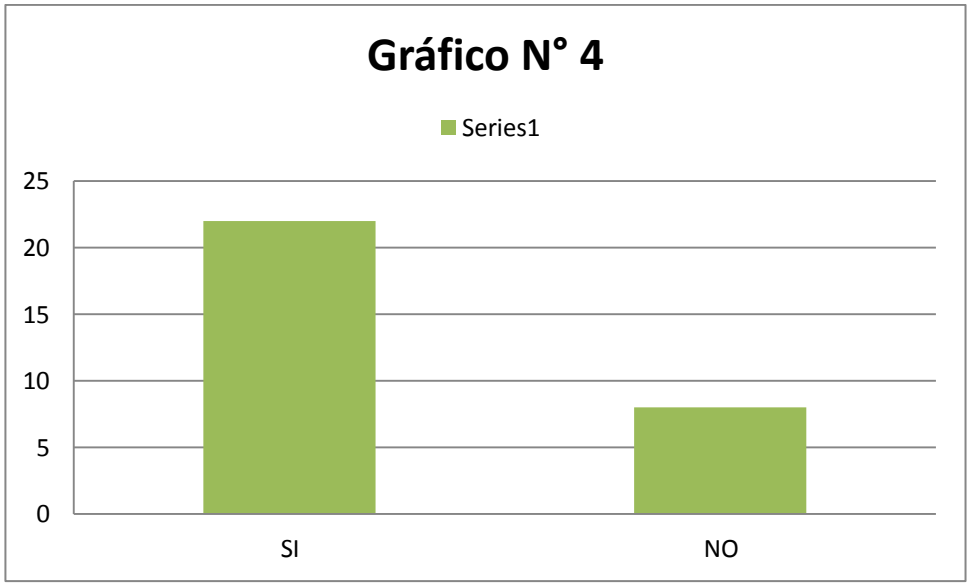
demandado; mientras que cuatro profesionales que representa el 13% manifestaron que si bien se debe actuar toda diligencia judicial posterior a la citación al demandado, pero la fijación de la pensión alimenticia provisional no implica una actuación judicial.

ANÁLISIS

El universo mayoritario de los profesionales encuestados coinciden plenamente que toda diligencia judicial debe ser actuada posterior a la citación con la demanda al demandado, como en el caso de la fijación de la pensión alimenticia provisional, caso contrario se esta vulnerando su legitimo derecho a ser escuchado en forma oportuna y en igualdad de condiciones.

4. **Considera Usted que la norma establecida en las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, que fija la pensión provisional de alimentos al momento de calificar la demanda, viola el derecho a la defensa del demandado?**

CUADRO N° 4		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	22	73
NO	8	27
TOTAL	30	100
Autora: Yadira Sánchez Murillo		
Fuente: Abogados en libre ejercicio		



INTERPRETACIÓN

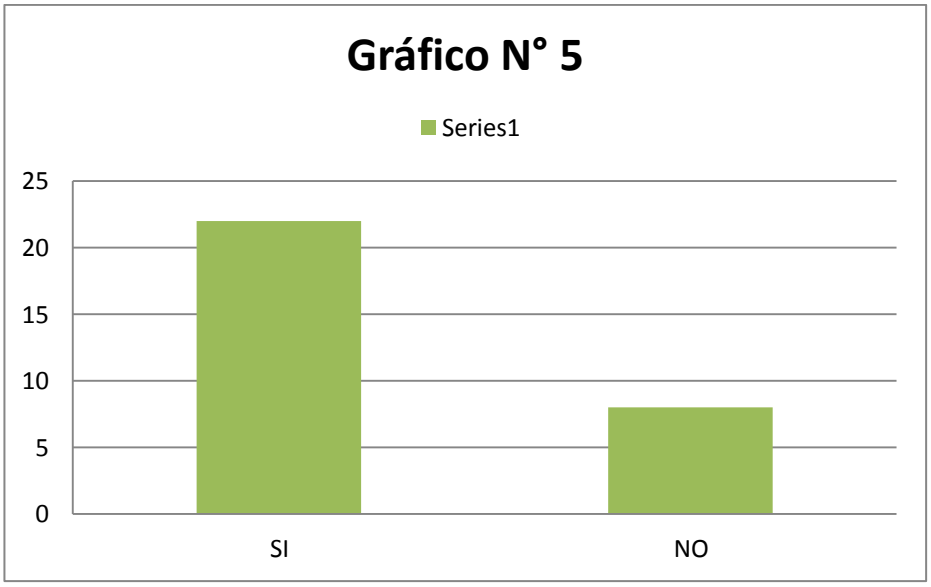
En relación a esta interrogante de un universo de treinta profesionales encuestados, veintidós que equivale al 73% señalaron que la norma establecida en las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, que fija la pensión provisional de alimentos al momento de calificar la demanda, viola el derecho a la defensa del demandado; mientas que ocho profesionales que equivale al 27% manifestaron que no se viola el derecho a la defensa, puesto que se trata de la fijación de la pensión provisional en base a la tabla de fijación de pensiones alimenticia, la cual puede ser aumentada de acuerdo a las constancias procesales, por lo tanto se esta protegiendo el derecho de los menores.

ANÁLISIS

El universo mayoritario de los profesionales encuestados coinciden plenamente que la norma establecida en las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, que fija la pensión provisional de alimentos al momento de calificar la demanda, viola el derecho a la defensa del demandado, ya que se conculca su derecho a ser escuchado en forma oportuna y en igualdad de condiciones.

5. **Estima Usted que se hace necesario introducir una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional de alimentos?**

CUADRO N° 5		
INDICADORES	**FRECUENCIA**	**PORCENTAJE**
SI	22	73
NO	8	27
TOTAL	30	100
Autora: Yadira Sánchez Murillo		
Fuente: Abogados en libre ejercicio		



INTERPRETACIÓN

En relación a esta interrogante de un universo de treinta profesionales encuestados, veintidós que equivale al 73 % señalaron que se hace necesario introducir una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional de alimentos, a efecto de no vulnerar el legitimo derecho del demandado; mientras que ocho que equivale al 27% manifestaron, que no es necesario introducir una reforma a dicho cuerpo legal, por cuanto no existe violación de derechos.

ANÁLISIS

El universo mayoritario de los profesionales encuestados coinciden plenamente que se hace necesario introducir una reforma al Código de la

Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional de alimentos, a efecto de no vulnerar el legitimo derecho del demandado, a ser escuchado en forma oportuna y en igualdad de condiciones.

7 DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

El objetivo general planteado al inicio de la investigación que lo enuncio a continuación:

“Realizar un estudio jurídico, doctrinario y de campo del Código de la Niñez y la Adolescencia, en relación al derecho a la defensa que tiene el demandado al momento de la fijación de la pensión alimenticia provisional”

Ha sido demostrado en su totalidad, puesto que del análisis doctrinario se ha establecido que el derecho a la defensa constituye un elemento indispensable dentro de un proceso judicial, puesto que permite al demandado estar presente en todas las diligencias propias de un juicio, con la finalidad de poder contradecir y ser escuchado en igualdad de condiciones, caso contrario estaremos afectando este principio Constitucional, en especial en la fijación de la pensión alimenticia provisional, lo que ha sido completado con el análisis jurídico de ;la norma comenzando por la Constitución de la Republica del Ecuador y la investigación de campo, con las respuestas a las interrogantes 1, 2, 3 y 4 de la encuesta.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los tres objetivos específicos contenidos en el proyecto de investigación, así determinados:

“Demostrar que la norma contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134), en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional, viola el legítimo derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la República del Ecuador”

Este objetivo ha sido despejado en forma positiva, puesto que del análisis jurídico de la norma, en especial de la Constitución de la Republica del Ecuador se ha determinado que el derecho a la defensa constituye la base fundamental de todo proceso judicial, lo que ha sido violentado con el tramite establecido en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, lo que ha sido corroborado con las respuestas a las preguntas 4 y 5 de la encuesta.

“Determinar que la fijación provisional de la pensión alimenticia dentro del auto de aceptación a trámite, deja en la indefensión al demandado, violando la norma constitucional que determina que las personas tenemos derechos a ser escuchados en tiempo oportuno en igualdad de condiciones”

Del análisis del marco jurídico se pudo determinar que la fijación de la pensión alimenticia provisional en el auto de aceptación a tramite, deja en la indefensión al demandado, puesto que se le priva de su legitimo derecho a ser escichado en

forma oportuna y en igualdad de condiciones, lo que ha sido confirmado con las respuestas a las preguntas 3 y 4 de la encuesta.

“Sugerir un proyecto de reforma al artículo innumerado 9 (134), del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional”

Este objetivo se verifica en base al análisis de jurídico de la ley, así como del trabajo de campo en relación a la pregunta 5 de la encuesta, en donde se deja entrever la necesidad de reformar el artículo innumerado 9 (134), del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional, a efecto de no violentar el legitimo derecho a la defensa que tiene el demandado y a ser escuchado en forma oportuna en igualdad de condiciones.

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Como hipótesis determine la siguiente:

“El legítimo derecho a la defensa en inherente a la persona, ya que nadie puede ser privado de este elemental derecho, así como a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, cuyo principio se ve afectado en el procedimiento establecido en las reformas al Código

Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134), que establece fijación de la pensión alimenticia provisional en el auto de aceptación a trámite, dejando en la indefensión al demandado”*.*

Para efecto de esta investigación procedí a su interpretación lógica, determinando una contrastación clara y uniforme, con ello puse en pie el criterio hipotético del cual he partido acerca de las definiciones del problema, que se derivan de los recursos jurídicos que se encuentran en vigencia que han permitido el desarrollo de este fenómeno jurídico.

Todo ello me ha permitido despejar en forma positiva la hipótesis, puesto que de la investigación de campo se ha logrado establecer que existe violación del legitimo derecho a la defensa y a ser escuchado en forma oportuna en igualdad de condiciones el demandado, en la fijación de la pensión alimenticia provisional al momento de dictar el auto de aceptación a tramite, tomando en consideración que toda actuación judicial que comprometa los derechos del accionado debe ser actuada posterior a la citación del demandado.

En conclusión, estos son los fundamentos en los que he basado la propuesta de reformas que he planteado más adelante: y, que estoy segura coadyuvara en forma positiva a la solución del problema materia de la presente investigación.

7.3 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA REFORMA LEGAL

El Derecho por excelencia es un instrumento de seguridad jurídica. Por lo tanto es el que encausa a los gobernantes y gobernados a respetar sus derechos, deberes y obligaciones. De ahí que podemos concluir diciendo de que mientras más segura jurídicamente es un estado, la población se convierte automáticamente en una sociedad más justa y equilibrada.

La seguridad jurídica constituye un principio a cuyo respeto aspira toda sociedad, por ello la certeza, la vigilancia plena y efectiva de las normas legales son condiciones indispensables para la seguridad jurídica.

Seguridad que en términos de la fijación de la pensión alimenticia provisional, así contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134), viola el legítimo derecho a la defensa que tenemos las personas y a ser escuchados en forma oportuna en igualdad de condiciones, que son violentados con la aplicación de la norma legal antes invocada.

La protección a través de leyes adecuadas a los derechos de las personas es deber primordial del Estado ecuatoriano, pero esto ha sido descuidado, a través de la aplicación de normas contradictorias como la contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su

artículo innumerado 9 (134), en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional al momento de dictar el auto de aceptación a tramite.

Por eso es importante conforme lo manifiestan los encuestados emprender en una reforma al artículo 5 del Título V, Capitulo I del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia puesto que establece el pago subsidiarios de los alimentos a los menores de edad hasta los veintiún**,** que según dichos criterios se viola derechos de terceras personas y se contrapone a la norma contenida en el artículo 349 del Código Civil que establece la subrogación o prelación en el pago de las pensiones alimenticias a falta de los progenitores; a esta conclusión también nos ha permitido arribar el análisis de la norma legal contenida en el cuerpo legal antes referido, a efecto de proteger los derechos de las personas a la seguridad jurídica.

Por esto y otras razones de carácter constitucional y legal, mi propuesta es de que se debe reformar en el menor tiempo posible la norma contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134), en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional de alimentos, en lo posible asimilando las innovaciones que se encuentran en la Legislación Comparada, esto es respetando el derecho a la defensa y a ser escuchado en forma oportuna en igualdad de condiciones.

8 CONCLUSIONES

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que si bien la norma Constitucional establece que nadie puede ser privado de su legitimo derecho a la defensa, así como el derecho a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, dicho principio se violenta en la practica, como el hecho de la fijación de la pensión alimenticia provisional contenida en el Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Que la violación de los derechos de las personas constituye una limitante para la aplicación de la norma legal, puesto que trae consigo la anulabilidad de la misma.
- Que al establecerse en el auto de aceptación a trámite la pensión provisional a favor del alimentante, sin contarse con la participación del demandado a fin de que pueda realizar su defensa en orden a precautelar sus derechos, se están violentado su derecho a ser escuchado en forma oportuna y en igualdad de condiciones.
- Que el derecho a la defensa constituye un elemento indispensable dentro de un proceso judicial, puesto que permite al demandado estar presente en todas las diligencias propias de un juicio, con la finalidad de poder contradecir y ser escuchado en igualdad de condiciones.
- Que se hace necesario reformar la norma contenida en el artículo innumerado 9 (134) del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia a efecto de que no se viole el derecho a la defensa del demandado.

9 RECOMENDACIONES

Como producto de la investigación podemos establecer las siguientes:

- Que la Asamblea Nacional proceda a reformar la norma contenida en el artículo innumerado 9 (134) del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, a efecto de que corregir la violación de la norma Constitucional.
- Que es necesario que los operadores de Justicia tomen como base la norma Constitucional, puesto que siendo el andamiaje del sistema legal ecuatoriano, no se puede ponderar los derechos de las personas, con la finalidad de darles prioridad a unos derechos en perjuicio de otros.
- Que los organismos encargados de velar por los derechos de los ciudadanos, hagan conciencia que es deber fundamental el respeto del derecho de las personas por sobre todas las cosas, sin menoscabo del derecho de los demás.
- Que las Universidades del país, por intermedio de sus Facultades de Derecho incluyan en sus pensum de estudios el análisis de la norma Constitucional en relación a la igualdad de derechos de las personas, con el correspondiente derecho comparado a efecto de que los futuros abogados de la república obtengan un manejo claro y eficiente de estos preceptos jurídicos.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

QUE, es necesario adecuar el marco jurídico a las actuales condiciones de la vida social y política de nuestro país.

QUE, la actual legislación relacionada con la fijación provisional de la pensión alimenticia, en particular las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134) que establece que en el auto de aceptación a trámite se fijara la pensión provisional a favor del alimentante, viola el legitimo derecho a la defensa.

QUE, es necesario reformar el artículo innumerado 9 (134), del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 120, numeral 6, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

Derogase el artículo innumerado 9 (134) y en su lugar agréguese los siguientes innumerados:

Articulo innumerado (1).- **Fijación de la pensión provisional de alimentos**: Presentada la demanda de alimentos, el juez procederá a calificarla y si no cumple con los requisitos establecidos en la ley, mandara aclarar o completar dentro del termino de tres días, en caso de no darse cumplimiento se procederá a su archivo, pero de darse cumplimiento será aceptada a tramite, empezando por mandar a citar al demandado para que en el termino de tres días propongan las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido, así como también presente o anuncie los justificativos relacionados con su defensa.

Con cuyos recaudos el Juez procederá a fijar la pensión alimenticia provisional.

Articulo innumerado (2).- **Audiencia única:** En el término de quince días posteriores a la citación con la demanda, se convocara a una audiencia oral contradictoria de prueba definitiva, a efecto de que las partes puedan justificar los fundamentos de sus acervos, debiendo el demandado anunciar su prueba hasta tres días antes de la fecha indicada para la audiencia; concluida la misma se procederá a dictar sentencia en el mismo acto estableciendo el monto definitivo de la pensión alimenticia que deberá cubrir el demandado.

Articulo Final: La presente Ley Reformatoria al Código Orgánica de la Niñez y la Adolescencia, entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, a los……..días del mes de……. del año……..

EL PRESIDENTE EL SECRETARIO

10 BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN ESCOBAR, Fernando, Derecho de la Niñez y Adolescencia, Cámara ecuatoriana del libro-Núcleo Pichincha, Quito-Ecuador, 2003.
- ANBAR, Diccionario Jurídico con Legislación Ecuatoriana, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 3, Cuenca Ecuador, 2005.
- ARGUDO CHELÍN, Mariana: Derecho de Menores, Segunda Edición, Ediciones ILDIS, Guayaquil-Ecuador, 2001.
- ASENCIO MELLADO, José María, Estudios de Derecho Procesal Civil, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2010.
- BAUMANN, Jürgen, Derecho Procesal Penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos, El Derecho de los Derechos, Universidad Externado de Colombia 2007.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aíres-Argentina 2000.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, septiembre – 2011.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2011.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, Argentina 2010.

- COELLO GARCÍA, Enrique, Sistema Procesal Civil volumen III, Universidad Técnica Particular de Loja, 2001.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2011.
- CHIOVENDA, José, Curso de Derecho Procesal, Editorial Reus, Madrid España, 2005.
- DIAZ, Ruy, Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires Argentina, 2006.
- GIMENO SENDRA, Vicente, Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid-España, 2007.
- LA LEY 28439, publicada el 28 de Diciembre del año 2004 que regula el proceso de alimentos en el Perú.
- LARREA HOLGUIN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Corporación de estudios y publicaciones, Quito Ecuador, 2006.
- MORAN SARMIENTO, Rubén Elías, DERECHO PROCESAL CIVIL PRACTICO, Editorial Edilex S.A., Guayaquil Ecuador 2008.
- MORALES GODO, Juan, Efectos de la Interposición de la Demanda, en Revista: Gaceta Jurídica. Tomo 64-B. 1999.
- MORENO CATENA, Víctor, Esquemas de Derecho Procesal Penal 2da. Edición, Editorial Artes Graficas, Valencia España 2011.
- OLIVA SANTOS, Andrés, Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas, Tribunales de Justicia, Madrid, Nº 8, agosto-septiembre de 2003.
- OSSORIO, Ángel, El Epistolario Jurídico, Barcelona España 1997.

- Registro Oficial Nro. 643 de fecha martes 28 de Julio de 2009 SUPLEMENTO.
- SÁNCHEZ, Denise, Curso de Derecho Civil, Editorial Lexus, Guatemala 2009.

11 ANEXOS

11.1 Cuestionario de encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, solicito a Usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente entrevista técnica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo de Tesis de Abogada titulada: **"VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADA EN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA"**

1.- Considera Usted, que la citación es la garantía del derecho del demandado para poder comparecer a juicio y para ser escuchado en forma oportuna?

SI ( ) NO ( )

PORQUE

……
……
……..

2.- Cree Usted, que la actuación de toda diligencia judicial que comprometa derechos del demandado, debe ser efectuada luego de ser citado en forma legal el accionado?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……
……
……
…….

3.- Estima Usted, que toda actuación judicial que implique obligación para el demandado como los alimentos, debe ser regulada posterior de la citación al accionado?

SI ( ) NO ( )

PORQUE……
……
……
……..

4.- Considera Usted que la norma establecida en las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, que fija la pensión provisional de alimentos al momento de calificar la demanda, viola el derecho a la defensa del demandado?

SI ( ) NO ( )

PORQUE
……
……
……
……

5.- Estima Usted que se hace introducir una reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia en el articulo Innumerado 9, en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional de alimentos?

SI ( ) NO ( )

PORQUE
……
……
……

GRACIAS

11.2 Proyecto

1. TEMA:

“VULNERACION DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LA FIJACION DE LA PENSION PROVISIONAL DE ALIMENTOS, DETERMINADA EN LAS REFORMAS AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”

2. PROBLEMATICA

El derecho a la defensa constituye un elemento indispensable dentro de un proceso judicial, puesto que permite al demandado estar presente en todas las diligencias propias de un juicio, con la finalidad de poder contradecir y ser escuchado en igualdad de condiciones, caso contrario estaremos afectando este principio Constitucional.

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 numeral 7, reconoce el derecho de las personas a la defensa; y en los literales a) y c) establece que nadie puede ser privado de su legitimo derecho a la defensa, así como el derecho a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, derechos constitucionales que son violados en el procedimiento establecido en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134) que establece que

en el auto de aceptación a trámite se fijara la pensión provisional a favor del alimentante, sin contarse con la participación del demandado a fin de que pueda realizar su defensa en orden a precautelar sus derechos; por lo que muchas mujeres en el mejor de los casos se quedan con la pensión provisional alimenticia fijada, dejando acumular las mismas por un tiempo determinado a efecto de hacer efectiva la misma con una orden de apremio personal; en esas circunstancias se produce la violación del legítimo derecho a la defensa del demandado, produciendo el efecto de inconstitucionalidad de la norma por cuanto viola derechos fundamentales de las personas, por lo que es necesario proponer las reformas respectivas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia.

3. JUSTIFICACION

(Justificación Académica)

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente dentro del Área del derecho del Constitucional; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a las materias de derecho constitucional, para poder optar por el grado de Abogada en Jurisprudencia.

(Justificación Socio-Jurídica)

Por otra parte, se propone demostrar la necesidad de la tutela efectiva del Estado en la protección de bienes jurídicos fundamentales de las personas

entre ellos el legitimo derecho a la defensa, así como el derecho a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, que se ven afectadospor el procedimiento establecido en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134) ,cuya protección le corresponde al Estado a través de la exigibilidad de la ley.

Se deduce por tanto que la problemática tiene importancia y trascendencia social - jurídica para ser investigada, en procura de alternativas de carácter legal, que las prevengan y controlen sus manifestaciones de incumplimiento.

(Dentro del Campo Académico)

Como estudiante de la Carrera de Derecho, de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, estimo que la investigación científica y formativa, constituye una labor fundamental para ofrecer a la sociedad soluciones, alternativas a las diversas problemáticas de la realidad social me he permitido en indagar el tema planteado y conllevar a soluciones para la protección de los derechos de las personas.

En lo que se relaciona a la importancia y actualidad del tema de investigación debo decir que se trata de un problema de profunda actualidad pues hablar del derecho a la defensa y de la prevalencia de los derechos de los menores, significa abordar un tema polémico, que enfrenta criterios a favor y en contra, por la violación de un elemental principio del debido proceso, como es el

legítimo derecho a la defensa; y, por otro el derecho que tienen los menores a que se les brinde los recursos necesarios para su subsistencia.

En cuanto a la factibilidad de realización de este proyecto investigativo, debo manifestar que es ejecutable, en cuanto a cumplir con los requisitos ya que cuento con los recursos humanos, materiales, económicos y con la disponibilidad de tiempo para realizar estudios de campo y el acopio de la información que me permitirá abordar y profundizar el problema de la presente investigación

Por las consideraciones antes mencionadas, y en virtud de que se está violando los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, en lo que respecta al legítimo derecho a la defensa, ya que nadie puede ser privado de este elemental derecho, así como a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, considero necesario realizar un profundo trabajo investigativo científico que conlleve no solo a realizar un análisis de la realidad latente, sino también a encontrar soluciones al mismo a través de la incorporación de normas claras en la regulación de la pensión alimenticia provisional.

La presente investigación servirá para brindar un aporte a la colectividad y contribuirá para acoplar nuestros cuerpos legales a los cambios y transformaciones que sufre la sociedad dentro del constante proceso dialectico por el que atraviesa.

4. OBJETIVOS:

4.1. Objetivo General:

Realizar un estudio jurídico, doctrinario y de campo del Código de la Niñez y la Adolescencia, en relación al derecho a la defensa que tiene el demandado al momento de la fijación de la pensión alimenticia provisional.

4.2. Objetivos Específicos:

- Demostrar que la norma contenida en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134), en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional, viola el legítimo derecho a la defensa consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

- Determinar que la fijación provisional de la pensión alimenticia dentro del auto de aceptación a trámite, deja en la indefensión al demandado, violando la norma constitucional que determina que las personas tenemos derechos a ser escuchados en tiempo oportuno en igualdad de condiciones.

- Sugerir un proyecto de reforma al artículo innumerado 9 (134), del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en relación a la fijación de la pensión alimenticia provisional.

4.3 HIPOTESIS

El legítimo derecho a la defensa en inherente a la persona, ya que nadie puede ser privado de este elemental derecho, así como a ser escuchado en el momento oportuno en igualdad de condiciones, cuyo principio se ve afectado en el procedimiento establecido en las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134), que establece fijación de la pensión alimenticia provisional en el auto de aceptación a trámite, dejando en la indefensión al demandado.

5. MARCO TEORICO

Para entender mejor el tema materia de la presente investigación voy a iniciar con algunas definiciones que engloban el tema central de la problemática, al respecto el diccionario jurídico de ANBAR, define a los alimentos como: "La prestación en dinero o en especie que una persona indigente puede reclamar de otra, entre las señaladas por la Ley, para su mantenimiento y subsistencia. Es, pues todo aquello que, por determinación judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para los fines indicados…[38]"

Por lo tanto debemos entender que los alimentos comprenden la habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentado.

[38]ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 1, Cuenca Ecuador

Asimismo ANBAR al referirse a la pensión alimenticia manifiesta: “La pensión alimenticia es el monto periódico en dinero, en especies u en otra forma, quedebe ser pagado por el padre de los hijos/as, y/o por la madre (cuando trabaja remuneradamente), en todos aquellos casos en que existe conflicto entre los padres y se requiere regular la manutención”[39].

Entendido el monto periódico como la retribución en dinero u especies que debe ser sufragado por la persona que de conformidad con la Ley está obligado a realizarla en forma mensual, cuyo monto será fijado por el Juez de la Niñez y la Adolescencia en forma proporcionada y de acuerdo a la condición económica del alimentante.

El diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas de la Torre, al referirse al término alimentista nos dice que también se lo conoce como alimentario y lo define como “la persona que recibe los alimentos”; mientras que al referirse al alimentante nos dice que es la persona:”Quien alimenta[40]”.

[39]ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 3, Cuenca Ecuador.

[40] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta S.R.L., Bs. As. Argentina.

Una de estas voces, o ambas indistintamente, parecen adecuadas para contraponerlas a las de alimentista y alimentario en el sentido jurídico.

Borda define el derecho de alimentos y dice: “Consiste en el derecho de los hijo/as de ser mantenidos económicamente por su padre y/o madre de acuerdo a su posición social.

Aunque por su nombre pareciera que este derecho sólo comprende la alimentación, es importante saber que además incluye todo lo necesario para que el hijo o hija pueda subsistir, como vestuario, vivienda, educación, recreación, salud, etc”[41].

Al analizar el derecho a los alimentos se establece que ambos padres deberán contribuir a la manutención económica de los hijos/as. Sin embargo, en el caso que la madre no trabaje remuneradamente (ama de casa), no tiene la obligación de dar estos alimentos, y sólo deberá hacerlo el padre.

Es importante considerar el aporte que realiza la madre por medio de las labores que hace en la casa, todas ellas contribuyen a la manutención de los niños/as aunque la madre no trabaje remuneradamente.

[41]BORDA Guillermo, MANUAL DE DERECHO DE LA FAMILIA, Editorial Emilio Perrot, Decima Edición actualizada, Buenos Aíres – Argentina

Guillermo Cabanellas de la Torre, define a los obligados como “La familia que uno mantiene, Más especialmente, la constituida por la mujer, los hijos otros parientes a cargo del cabeza de la familia[42]”

De lo anotado podemos entender que la obligación está dirigida hacia la prestación o verificación de un bien. De este se colige que la obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo, por lo tanto tiene como sustento siempre un beneficio al que corresponde el obligado.

Anbar define al Derecho a la Defensa: “Derecho de recurrir a los tribunales para la solución de un litigio u oponerse a cualquier pretensión aducida en juicio por la contraria. En los sistemas democráticos, este derecho está consagrado en las normas constitucionales, sea de forma expresa o implícita, como el más amplio derecho de petición y completado por el principio de igualdad ante la Ley[43]”

[42] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta S.R.L., Bs. As. Argentina.
[43]ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 1, Cuenca Ecuador

Por lo tanto debemos entender que derecho a la defensa, es el acto de oponerse a la pretensión del actor, por medio de los mecanismos legales que franquea la Ley.

La Doctrina determina en relación a los alimentos y a la obligación de suministrarlos, El Dr. Guillermo Ojeda Martínez, dice "que este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira el orden público familiar y es intransferible[44]" por lo tanto podemos decir que la obligación alimenticia nace por el vínculo de la sangre; por consiguiente el padre y la madre tienen la obligación natural, moral y legal de alimentar a sus hijos. El concepto alimentos incluye todo lo que es necesario para la subsistencia: alimento, vivienda, ropa, atención médica y educación. En un caso sobre fijación de pensión alimenticia, los honorarios de abogado se consideran parte de los alimentos.

La persona obligada a proveer alimentos es el alimentante. La persona con derecho a recibir los alimentos es el alimentista.

Por lo tanto, la obligación alimentaria proviene o tiene su origen en un deber ético, el cual con posterioridad fue acogido por el derecho y se eleva a la categoría de interés social y orden público, por lo que esa obligación jurídica, al no cumplirse, tendrá una sanción que será la condena al pago de una pensión

[44] OJEDA MARTINEZ, Cristóbal, ESTUDIO CRITICO SOBRE LOS DERECHOS Y GARANTIAS DE LA NIÑE4Z Y LA ADOLESCENCIA, Editorial Jurídica, Quito Ecuador 2008.

alimenticia fijada por el juzgador, tomando en cuenta el referido principio de proporcionalidad.

Dentro del espíritu de equidad de la ley que debe prevalecer en el juzgador, es importante contar con fórmulas que permitan establecer parámetros para fijar o cuantificar el pago de alimentos por parte de la persona que se encuentra obligada a proporcionales a sus acreedores alimentarios. Los alimentos deben ser proporcionados de acuerdo con las posibilidades de quien debe darlos y de las necesidades de quien debe recibirlos. Este precepto legal establece el principio de proporcionalidad que debe existir para fijar el monto de una pensión alimenticia, con base en un equilibrio entre los recursos del deudor y las correlativas necesidades del acreedor alimentista, con el fin de determinar en forma justa y equitativa una condena de alimentos, por lo que el juzgador debe tomar en cuenta no sólo los bienes y las posibilidades económicas con que cuenta el deudor, sino también las necesidades de los acreedores con el propósito de que estas necesidades sean cubiertas en sus aspectos biológico, intelectual y social.

Es precisamente a estos aspectos fundamentales a los cuales debe atender ese principio de proporcionalidad cuya observancia es obligatoria en toda controversia de carácter alimentario.

Pero para poder obtener el beneficio de la Ley con la fijación de la pensión alimenticia provisional se requiere de un procedimiento judicial, que se da inicio con el escrito de demanda propuesto por el actor (a), la cual contiene la pretensión que engloba su reclamación, al respecto el Dr. Rubén Morán Sarmiento nos dice: "La demanda o petición con que se inicia todo procedimiento, se somete en primer lugar al sorteo previsto en el Reglamento respectivo. Superado el sorteo, el Juez asignado con la competencia dictará el auto de calificación. Auto que debe referirse en primer lugar a la admisibilidad o no de la petición, por reunir o no los requisitos de ley…; y finalmente deberá disponer que se cite al requerido con la petición para que este pueda ejercer su defensa[45]", por lo tanto el acto de citación se constituye en el elemento esencial de todo proceso judicial, puesto que una vez que tiene lugar se traba la litis, dando lugar a que el demandado pueda ejercer su legitimo derecho a la defensa, derecho elemental consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

Nuestro marco jurídico comenzando por la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 83, numeral 16, establece: "Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten[46]", por lo tanto la obligación a suministrar

[45] MORAN SARMIENTO, Rubén Elias, DERECHO PROCESAL CIVIL PRACTICO, Editorial Edilex S.A., Guayaquil Ecuador 2008.
[46] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2009

alimentos esta en relación a los padres e hijos y viceversa, así como también esté en relación al vinculo de la sangre, por lo tanto la obligación de prestar alimentos se pude subrogar de acuerdo a la escala de parentesco que consta en el Libro XVI del Código Civil.

De igual manera nuestro marco constitucional al referirse al derecho a la defensa, en el artículo76 numeral 7 establece: "El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones"[47].

Por lo tanto el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad.

[47] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2009

El derecho de defensa, reconocido como derecho fundamental exige un presupuesto básico: la audiencia del imputado, la contradicción procesal, con objeto de articular su adecuada intervención en el proceso, para lo que es requisito imprescindible conocer la acusación formulada contra él.

El titular del derecho de defensa, derecho fundamental e inalienable, es el propio imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo como por su defensor técnico, y a tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un Abogado.

Las reformas al Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador en su artículo innumerado 9 (134) establece: "en el auto de aceptación a trámite se fijara la pensión provisional a favor del alimentante[48]", por lo tanto dentro del proceso establecido en las reformas a este marco legal, se violenta el legitimo derecho a la defensa, tomando en consideración que dentro del auto de aceptación a trámite se fija la pensión provisional a favor del alimentante, sin darle a conocer mediante la citación al demandado la pretensión de la actora, a efecto de que pueda ejercer su legitimo derecho a la defensa.

[48] CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Quito Ecuador 2011

6. METODOLOGIA

La investigación a realizarse es de tipo bibliográfica y de campo, para ello utilizare el método científico y sus derivaciones, con la finalidad de descubrir la verdad o confirmarla de ser el caso.

Como derivaciones del método general científico utilizaré los siguientes:

6.1 Métodos

Método Deductivo e Inductivo

El primero permite hacer un estudio de los diversos temas desde asuntos generales a los particulares y el segundo desde ideas particulares permite llegar a razonamientos generales.

Método Histórico – Comparado.

Este método permite el estudio de la evolución del Derecho y realizar especialmente un análisis de la obligación de la prestación de alimentos en relación al pago subsidiario de la misma.

Método Descriptivo.

Este método permitirá hacer una observación del problema planteado, para realizar una síntesis actualizada, con la finalidad de cumplir con los objetivos y comprobar la hipótesis.

6.2. Técnicas e instrumentos

Dentro de las técnicas de investigación, el fichaje utilizando las nemotécnicas y bibliográficas para especificar los datos de los textos consultados; haré uso de otros mecanismos como la encuesta. Aplicaré a treinta Abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Loja.

En el desarrollo del trabajo de investigación y la aplicación de los métodos antes referidos, se cumplirán fases:

Fase de recolección.- Durante esta fase haré el acopio de datos bibliográficos que harán factible la recopilación de la información necesaria.

Fase de sistematización.- Los resultados obtenidos en la fase de recopilación serán debidamente sistematizados y ordenados en atención a los contenidos temáticos a abordarse.

Fase de análisis.- se desarrollará esta fase a través de un estudio analítico referente a los fundamentos jurídicos, doctrinarios y de criterio, logrando en el desarrollo de la investigación misma que contribuirá al sustento de referentes teóricos para recreación del conocimiento relativo a los aspectos tratados en torno al tema.

Fase de Síntesis.- Corresponde en esta fase la elaboración del informe de tesis, la verificación, de los objetivos trazados y la contrastación de la hipótesis así como la conexión de la propuesta reformatoria.

6.3 Esquema provisional del informe final

PAGINAS PRELIMINARES

I PORTADA

II CERTIFICACION DEL DIERCTOR

III DECLARACION DE AUTORIA

IV DEDICATORIA

V AGRADECIMIENTO

VI TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS

1. Titulo

2. Resumen

2.1. Abstract

3. Introducción

4. Revisión de Literatura

4.1. Marco Conceptual

4.2. Marco Doctrinario

4.3. Marco Jurídico

4.3.1 Legislación Comparada

5. Materiales y Métodos

5.1 Materiales utilizados

5.2 Métodos

5.3 Procedimientos y Técnicas

6. Resultados

6.1 Resultados de la aplicación de Encuestas

6.2 Estudio de Casos

7. Discusión

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. Conclusiones

9. Recomendaciones

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

10. Bibliografía

11. Anexos

7. CRONOGRAMA DE TRABAJO

MESES ACTIVIDADES	DICIEMBRE 2011				ENERO 2012				FEBRERO 2012				MARZO 2012				ABRIL 2012				MAYO 2012				JUNIO 2012			
Selección del tema y problema																												
Aprobación del proyecto de tesis																												
Desarrollo de la Tesis																												
Elaboración de la revisión de literatura																												
Investigación de campo																												
Presentación de análisis de resultados																												
Aprobación de la tesis																												
Defensa de la tesis																												

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

8.1 Recursos Humanos

- Proponente del Proyecto.
- Director de Tesis.
- Encuestados.

8.2 Recursos y Materiales de costo

Entre los recursos materiales utilizaré:

- Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cds, Memory flash
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, grabadora, calculadora, cassettes;
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicio de Internet.

DETALLE	COSTO EN DÓLARES
Material de escritorio	$200,00
Material bibliográfico	$100,00
Fotocopias	$100,00
Reproducción y empastado de tesis	$100,00
Derechos y aranceles	$300,00
Internet	$60,00
Movilización	$60,00
TOTAL	**$920,00**

8.3 Financiamiento

La presente investigación se financiará exclusivamente con recursos propios de la postulante.

9. BIBLIOGRAFIA.

- ANBAR, Diccionario Jurídico, editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, 1era. Edición, Tomo No. 3, Cuenca Ecuador.
- BORDA Guillermo, MANUAL DE DERECHO DE LA FAMILIA, Editorial Emilio Perrot, Décima Edición actualizada, Buenos Aíres – Argentina.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta S.R.L., Bs. As. Argentina.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador.
- CÓDIGO CIVIL CON JURISPRUDENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I. Quito Ecuador.
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2012.
- MORAN SARMIENTO, Rubén Elías, DERECHO PROCESAL CIVIL PRACTICO, Editorial Edilex S.A., Guayaquil Ecuador 2008.
- OJEDA MARTINEZ, Cristóbal, ESTUDIO CRITICO SOBRE LOS DERECHOS Y GARANTIAS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Editorial Jurídica, Quito Ecuador 2008, Tomo I.
- www.google.com.ec.derechoecuador.com

INDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN ii

AUTORÍA iii

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TÍTULO.....1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract 4

3. INTRODUCCIÓN 5

4. REVISIÓN DE LITERATURA 8

4.1. MARCO CONCEPTUAL 8

4.2. MARCO DOCTRINARIO. 18

4.3. MARCO JURÍDICO 45

5. MATERIALES Y MÉTODOS 68

6. RESULTADOS 72

7. DISCUSIÓN 81

7.1. Verificación de Objetivos 81

7.2. Contrastación de la Hipótesis 83

7.3. Fundamentos jurídica de la propuesta de reforma 85

8. CONCLUSIONES 87

9. RECOMENDACIONES 88

9.1. Propuesta de Reforma 89

10. BIBLIOGRAFÍA 92

11. ANEXOS.....95

ÍNDICE 118