UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

RESTITUCIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS POR PAGOS INDEBIDOS COMO RESULTADO DE LAS PRUEBAS DE ADN CONTRA EL PADRE BIOLÓGICO QUE RESULTE.

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y EL TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR:

Ángel Fabián Calva Peña

DIRECTOR:

MG. SC Jeferson Armijos Gallardo

LOJA – ECUADOR

2015

AUTORIZACIÓN.

Mg. Sc Jeferson Armijos Gallardo

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

CERTIFICO:

Que he revisado la presente tesis, intitulada **"RESTITUCIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS POR PAGOS INDEBIDOS COMO RESULTADO DE LAS PRUEBAS DE ADN CONTRA EL PADRE BIOLÓGICO QUE RESULTE"**; presentada por el señor Ángel Fabián Calva Peña, previo a optar por el grado de Licenciado en Jurisprudencia y el Título de Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador; la misma que cumple con las normas académicas institucionales; por lo que autorizo su presentación y sustentación.

Loja, 30 de noviembre de 2014.

Mg. Sc Jeferson Armijos Gallardo

DOCENTE DIRECTOR DE LA TESIS.

AUTORÍA.

Yo, Ángel Fabián Calva Peña; declaro ser el 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.

Autor: Ángel Fabián Calva Peña

Firma:.....

Cédula: 1104698590

Fecha: Loja, noviembre de 2014.

Ángel Fabián Calva Peña

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Ángel Fabián Calva Peña, declaro ser autor de la presente tesis titulada: "RESTITUCIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS POR PAGOS INDEBIDOS COMO RESULTADO DE LAS PRUEBAS DE ADN CONTRA EL PADRE BIOLÓGICO QUE RESULTE" como requisito para optar al grado de ABOGADO; 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 la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el depósito Institucional.

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja a los 10 días del mes de septiembre de dos mil quince, firma el autor.

Firma:.....

Autor: Ángel Fabián Calva Peña

Cédula: 1104698590

Dirección: El Pedestal.

Correo Electrónico: biblitora@hotmail.com

Celular.0991200554

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Mg. Sc. Jefersos Armijos Gallardo

Tribunal de Grado: Dr. José Riofrio Mora Mg. Sc. PRESIDENTE

Dr. Gilbert Hurtado Mg. Sc. VOCAL

Dr. César Galo Bastidas. Mg. Sc. VOCAL

DEDICATORIA.

La vida es una batalla y sólo la gana quien se aferra al amor. A mi madre, Francisca Calva, en quien veo constantemente los ojos de Dios. Y a José Sarmiento, mi abuelo, quien me enseñó que la justicia no es un servicio para lucrar, sino un derecho que se debe procurar para el más débil.

Ángel Fabián Calva Peña

AGRADECIMIENTO.

Al distinguido Docente **Mg. Sc Jeferson Armijos Gallardo**, quien con mucha paciencia, vocación y entrega, dirigió el presente trabajo de Tesis, logrando de éste un resultado ejemplar.

A mi familia y amigos con los que siempre conté.

Ángel Fabián Calva Peña

TABLA DE CONTENIDOS.

1. TÍTULO

2. RESUMEN Español

2.1. Abstract

3. INTRODUCCION.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual.

4.2. Marco Doctrinario.

4.3. Marco Jurídico.

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. Resultado de la aplicación de las Entrevistas.

6.3. Estudio de Casos

7. DISCUSION.

7.1. Análisis Crítico de la problemática

7.2. Verificación de Objetivos.

7.3. Contrastación de Hipótesis.

7.4. Fundamentación Jurídica que sustenta la Propuesta de Reforma.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES.

9.1. Propuesta jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

1. TÍTULO:

Restitución de pensiones alimenticias por pagos indebidos como resultado de las pruebas de ADN contra el padre biológico que resulte.

2. RESUMEN:

2.1 ESPAÑOL.

El ser humano lleva 12.000 años de evolución y solo hasta hace 25 se reconoce plenamente al niño y niña como un ente de derechos. Desde las antiguas civilizaciones como la egipcia, mesopotámica y Veda hasta la culta y legista civilización romana, el niño no vio ningún avance en la consecución de sus derechos.

Durante la Edad Media la realidad del niño no cambió mucho, sin embargo, se establecía un cierto cuidado de él, como por ejemplo en los orfanatos y lugares de refugio para menores, en algunos casos estatales y en la gran mayoría instaurados por religiosos o personas de buena voluntad.

Durante el siglo XX los grandes conflictos bélicos, la tiranía y crueldad mostrada para con los niños, como en los campos de concentración nazi, hizo que la comunidad mundial se pronunciara sobre los derechos universales que se debería reconocer a todo niño.

Ya en el siglo XXI los esfuerzos dieron fruto, las legislaciones de casi todos los países del mundo incorporan en sus leyes los derechos del niño que deben respetados.

Uno de estos principios es que el niño tendrá derecho a alimentos, derecho en todo sentido razonable, sin embargo, en el proceso de cubrir la necesidad de este grupo vulnerable, se ha perjudicado a otro. En el caso concreto de los alimentos a la mujer embarazada, la ley establece la prestación de alimentos

desde el momento en que la demanda ha sido aceptada, pero, ¿Qué tal si la prueba de ADN que se realiza posteriormente determina que el hombre que pagó alimentos no es el padre? Esta es la razón de esta investigación, y el fin que la mueve, mostrar las consecuencias jurídicas de no contemplar en la ley, una forma de protección al hombre que ha sido descartado como padre y que ya ha cancelado valores directamente de su patrimonio.

2.2 ABSTRAC

Mantakes12,000 years of evolution andonly25untiltheboy and girl as a body of rights are fully recognized. From ancient civilizations like Egyptian, Mesopotamian and Veda to the cultured and forensic Roman civilization, the child did not see any progress in the achievement of their rights.

During the Middle Ages the child's reality has not changed much, however, some care it is established, such as or phanages and places of refuge for children in some state cases and in most people set up by religious or of goodwill.

During the twentieth century's major wars and tyranny and cruelty shown to the children, as in the Nazi concentration camps, the international community made a ruling on universal rights that every child should recognize.

Already in the XXI century efforts bore fruit, the laws of most countries of the world incorporate children's rights to be respected in their laws.

One of these principles is that the child has the right to food, right at any reasonable sense, however, in the process of meeting the need of this vulnerable group has been hurt another. In the case of foods for pregnant women law governs the delivery of food from the time there quest has been accepted, but what if the DNA test to be performed later determined that the man who paid foods is not the father? This is the crux of this research.

3. INTRODUCCIÓN.

El siglo XXI ha sido, motivado por los conflictos bélicos del siglo anterior, propicio para el surgimiento de una nueva visión del hombre, de una nueva antropología social que determina nuevos lineamiento para entenderlo.

Es esta forma de pensar al ser humano la que ha motivado una inevitable evolución de la norma y del derecho positivo. Las ideas de pensadores como Sartre y Foucault, por citar dos ejemplos conocidos, motivaron una de serie de preguntas y repreguntas sobre el tema del hombre.

La respuesta concluye ¿que el hombre?, haciendo referencia a toda la raza humana, al menos jurídicamente, es un ente de derechos y de obligaciones que se desarrolla en sociedad, la misma que le rige y le determina. Además, es un ser que por su naturaleza lleva intrínsecamente un valor distinto del de cualquier otro animal de la naturaleza, por lo que el cuidado de este debe ser una prioridad.

Es así, entendiendo al ser humano como un ente digno de ser protegido, la norma establece las formas y maneras en la que se debe resguardar su integridad. Sin embargo, aun cuando este paso ha sido determinante, se ha dado unos más, estableciendo sectores vulnerables que merecen prioridad a la hora de ejercer este cuidado del hombre.

La niñez y la adolescencia es uno de estos sectores. Durante muchísimo tiempo fueron olvidados, y más aún, explotados. No tenían relevancia social, más bien eran considerados una carga, por cuanto consumían y no eran una

fuerza productiva. Muchos de ellos se encontraron tempranamente con la muerte, que se producía por causas ínfimas como fiebre, o heridas leves.

La declaración de los derechos del Niño en Ginebra de 1924 dio paso a una serie de legislaciones, especialmente en Latinoamérica, para la protección del menor. Un cuidado integral se empezó a promover dentro del derecho positivo, propendiente a brindar al menor, acceso total y oportuno a la salud, educación, alimentación, vestimenta, un lugar donde vivir, en otras palabras a una existencia digna.

Nadie podría estar en contra de tales derechos, sería casi un acto desquiciado pretender algo distinto a lo que ellos proponen; sin embargo, por dar cuidado a uno de los sectores vulnerables de la sociedad, como son los menores, se puede llegar a perjudicar a otros no vulnerables.

El caso concreto en que se pueden observar vacíos legales es en el derecho de alimentos. La ley establece en el Código de la Niñez y la Adolescencia el derecho de alimentos, las personas obligadas a darlo, quienes pueden recibirlo, su mecanismo de cobro, etc. Pero no ha considerado algunas circunstancias que, como es natural han ido surgiendo en el diario trajinar de los juzgados.

Como dejé sentado en líneas anteriores nadie en su sano juicio podría oponerse a que el niño o adolescente perciba bajo el amparo de la ley, del sentido común y la obligación moral, alimentos.

Sin embargo, en muchos casos, por considerar únicamente el bien superior del niño, se ha perjudicado a otras personas. El Código de la Niñez y la Adolescencia establece que la prestación de alimentos le corresponde pagar

como primeros titulares a los padres, y en caso de faltar estos, a los obligados subsidiarios que pueden ser los abuelos, los hermanos mayores de 21 años y los tíos, en el orden mencionados respectivamente. Y no se establece ningún otro obligado subsidiario ajeno al círculo familiar o de consanguinidad.

Sin tomar en cuenta estas consideración el Art. innumerado 9 (134) establece que se fijara una pensión provisional desde el momento en que se califica la demanda, haciendo que la persona demanda pague de inmediato alimentos, al mismo tiempo como una forma de hacer justicia la jueza determinará al mismo tiempo que establece la pensión provisional las providencias necesarias para que se realice el examen de ADN (Ácido desoxirribonucleico), que de dar como negativas absolverían al demandado de pagar alimentos. Pero, el Art. 148 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que la mujer embarazada también tiene derecho a la prestación de alimentos, en este caso concreto la prueba de ADN ((Ácido desoxirribonucleico),) no se puede realizar, razón por la cual si la demanda se estableció en el segundo mes de gestación, el demandado deberá pagar cuotas sin poder dejar de hacerlo, ya que se puede proceder en contra de él con el apremio personal.

Luego del pago de las pensiones alimenticias, en el caso propuesto, el demandado procede a realizarse la prueba de ADN (Ácido desoxirribonucleico) y resulta que él no es el papá del niño, este hombre queda en la indefensión ya que la ley no le faculta poder recuperar los valores abonados por concepto de alimentos.

No pretendo con este trabajo retroceder en el tiempo y sugerir la eliminación de este derecho, situación que sería retrógrada, menos aún pretendo sugerir que el cobro se le debería hacer a la madre, ya que fue justamente la necesidad la que la impulsó a demandar, mi propuesta es establecer como responsable de la devolución de estos pagos a el hombre que aparezca posteriormente como padre, ya sea porque las pruebas de ADN (Ácido desoxirribonucleico), así lo determina, o porque con voluntad propia se ha reconocido a sí mismo como tal.

Se mostrará en el presente trabajo que esta idea no es descabellada. La persona que está obligada en primera instancia es el padre, título del que carece el demandado al que la prueba de ADN (Ácido desoxirribonucleico), ha descartado como tal, ni siquiera es un obligado subsidiario, razón por la cual no le corresponde pagar ningún valor.

Ahora, si esta persona realizó pagos que solo le correspondía al padre, lo más justo sería establecer una norma por medio de la cual quien pago valores injustamente repita contra aquel que sí estaba obligado a hacerlo, ya que el primero cubrió una responsabilidad que no le correspondía y brindo ayuda al menor que lo necesitaba. El documento que podría mostrar que pago injustamente valores son los recibos de pagos y que estos, según mi propuesta pueden ser considerados como títulos ejecutivos de cobro inmediato.

Este trabajo busca innovar en esta rama del derecho y establecer propuestas justas y aplicables, que no dejen en la indefensión a ninguna persona, sino que al contrario, cuide a quien deba hacerlo, en este caso el niño, y obligue a quien le corresponda dar alimentos, el padre biológico, sin perjudicar a un tercero.

Este trabajo investigativo consta de tres partes. La primera será conceptual, en ella se expondrán los conceptos, pero sobre todo se realizará un estudio histórico sobre la evolución del derecho de menores. La segunda parte será estrictamente jurídica, estudiando las diferentes disposiciones que rigen, además se realizará un estudio comprado de las diferentes legislaciones latinoamericanas. Y finalmente se plantea una sección de trabajo de campo, en el que se hace constar encuestas y entrevistas, además de una propuesta de ley. Con esta programación de investigación se espera conseguir los objetivos planteados.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

El marco conceptual es un intento del investigador por caracterizar todos los instrumentos, elementos y herramienta que intervienen en el proceso de investigación. Esto se logra a través de la consulta de bibliografía que puede consistir en la revisión de revistas, manuales, códigos, tratados, ya sea en soporte físico o virtual. Esto permitirá al finalizar el trabajo enmarcar la investigación dentro de una corriente o tendencia, además de dar luz sobre los resultados y sobre todo entender el porqué de las conclusiones y recomendaciones que puedan proponerse al final del trabajo investigativo.

La característica fundamental del Marco Conceptual es la de reunir información interdisciplinaria que nos permita abordar un tema desde distintos puntos de vista con la finalidad de clarificar la investigación. No consiste en desarrollar todos los temas, sino solo aquellos que coadyuven al desarrollo del tema de investigación propuesto.

Es por estas características que el Marco Conceptual se convierte en el pilar fundamental de cualquier investigación, porque nos prepara el camino para la búsqueda de nuevos resultados, apoyados por investigaciones realizadas con anterioridad por otros estudiosos.

4.1.1 Breve reseña histórica del surgimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Resulta imposible referirse a los derechos de los niños sin antes hacer referencia a su evolución e historia. *"La humanidad lleva 12.000 años de evolución cultural y: ¡hace solo 20 años!, que la Comunidad de Naciones otorgó al niño/a la condición de sujeto de pleno derecho, a través del documento de* ***la Convención sobre los Derechos del Niño (20-11-89).*** *Esta conquista ha sido la culminación de un camino que comenzó en el* ***Siglo XVIII"***[1]El siglo al que se hace mención, fue también el siglo en el que la Ilustración y su carrera enciclopedista iniciaba, tal vez influenciada por la filosofía de autores como Descartes, que enseñó a mirar la realidad de una forma nueva, y es esta nueva forma de contemplar lo existente, según mi opinión, lo que permite poner al niño sobre el tema de discusión, pero es esa misma carrera enciclopedista la que al mismo tiempo reconoce al niño como un ser, pero no como uno con derechos elementales, pero en aquel tiempo inconcebibles como el de jugar. Un buen ejemplo de esta realidad es el esbozo de la vida infantil que hace Charles Dikens en su libro *Tiempos Difíciles,* en el que se considera a un niño bueno a aquel que ha renunciado a ese infantilismo innato y desde temprana edad busca aprender idiomas y memorizar conceptos.

El historiador Philippe Aries, en su obra: *"El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen",* nos muestra como la figura del niño no existe, sino que se toma la de hombre y se le aplica esa, quitándole de este modo el derecho de ser niño. Nos dice que *"la familia y la escuela retiraron al niño de la sociedad de los adultos. La escuela encerró a una infancia antaño libre en un régimen disciplinario cada vez más estricto, lo que condujo en los siglos XVIII y XIX a la*

[1]TRUJILLO, Raúl. DERECHOS DEL NIÑO: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DESDE LA PEDIATRÍA SOCIAL. Revista de Pediatría Nº3. Año 2000, Artículo digital.

reclusión total del internado. La solicitud de la familia, de la Iglesia, de los moralistas y de los administradores privó al niño de la libertad de que gozaba entre los adultos. Esta solicitud le infligió el látigo, la prisión, las correcciones reservadas a los condenados de ínfima condición."[2]La situación del niño más parecía un régimen militar en el que la disciplina era su único camino, cuanto han recorrido los derechos de los niños desde una concepción adulta del infante, hasta nuestra época en el que se les reconocen a los menores incluso el derecho a jugar y divertirse, quitando de sus espaldas duros yugos.

Es importante la idea dada por el Dr. Raúl Trujillo, al hacer referencia al reciente reconocimiento del niño como un ente de derechos, esta nos permite preguntar por las condiciones de los niños durante todos los siglos anteriores, que según veremos, fueron ignominiosas e inhumanas.

Durante la historia, aquellos a los que hoy denominamos grupos vulnerables, han debido hacerse un espacio dentro de la sociedad; las mujeres, los niños los indígenas, los sin techo, etc. *"En la lucha por hacer visibles "sus derechos", intentan su "humanización" como derechos para, primero priorizarlos, segundo asegurar su inapelable cumplimiento y tercero universalizarlos"*[3]. Resulta interesante a mi modo de ver, esta expresión tan concreta a la que define Bustelo como una lucha por la humanización de estos sectores, no es difícil encontrar a lo largo de la historia, trágicos hechos en los que esta falta de humanización hacia los sectores vulnerables ha afectado.

---

[2]ARIES, Phillippe. El niño y la familia en el antiguo régimen, Madrid: Taurus, 1960. Pág. 59

[3] BUSTELO, Eduardo. Derechos y Garantías de la niñez y Adolescencia, hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. Quito s/e 2010 pág. 61

Tal fue la desidia para con el niño en la antigüedad, que las referencias sobre él son escazas. Lo primero a lo que podemos apoyarnos en este recorrido histórico es El Libro de los Vedas, que no fue un vademécum de los derechos de los niños, sino simplemente, un compendio de sugerencias sobre el aseo y cuidado que la madre debía dar al niño. Estas instrucciones fueron sencillamente una extensión de la piadosa forma de vida de los Vedas, más no un esfuerzo jurídico por cuidar la integridad y bienestar del menor.

El Código de Hammurabi (2.250 a.C.) es la primera legislación de cual se tiene registro y que hace referencia a la niñez o infancia, recoge la protección del pueblo babilónico a los huérfanos en los siguientes preceptos:

"*Si un hombre se lleva un pequeño para adoptarlo, y una vez que se lo ha llevado él no cesa de buscar a su padre y a su madre, que el niño vuelva a casa de su padre.*

Ni un hijo [adoptivo] de (cortesano) girsiqu que sirve en Palacio ni un hijo de (hieródula) sekretum podrán ser reclamados.

Si un maestro artesano se lleva a un hijo [ajeno] para criarlo y le enseña su oficio, no podrá ser reclamado.

Si no le enseña su oficio, ese niño podrá volver a casa de su padre.

Si un hombre se lleva un niño para adoptarlo y lo cría, pero no lo trata como a hijo, ese niño podrá volver a casa de su padre[4]*"*

[4] Código de Hammurabi, Luarna Ediciones. Pag. 48

Estos preceptos muestran de algún modo, un esbozo de lo que posteriormente las diferentes legislaciones del mundo, con sus casos típicos y diferentes fines, plasmaría en las leyes civiles, específicamente en los apartados relacionados a los niños y su adopción.

"Egipto fue uno de los pocos imperios que estableció un cuidado constante sobre el niño, algunos autores atribuyen esto al estado matriarcal que existía, y al ser la madre la custodia del recién nacido desde el nacimiento, era ella misma quien buscaba y daba cierto privilegios al niño".[5]*.*

Fueron, como estos, pocos los casos en que el cuidado de los niños figuraba como una norma social, otros pueblos, como los espartanos, inmolaban a sus hijos, muchas veces por razones eugenésicas, y aun cuando la suerte del infante hubiera pasado por la dicha de no mostrar en su cuerpo malformaciones o debilidades visibles, era sometidos desde los primeros años de la niñez a un entrenamiento militar rígido, que consistía en una escaza vestimenta que le aclimataba para resistir las temporadas de frío, al igual que poca comida que le preparase para resistir los tiempos de escases, sin mencionar las preparaciones físicas que eran en extremo rigurosas.

Esparta implantó una estricta eugenesia, el fin era conseguir guerreros que iniciaban siendo niños sanos y fuertes. Plutarco, en el libro, *Vida de Licurgo, dice que "(…) apenas al nacer, el recién nacido era examinado por una comisión de sabios, a quienes se denominaba, los Lesjé, que significaba*

[5]DAROQUI, A & GUEMUREMAN S. Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica. Revista Delito y Sociedad. Año 8/ Nº 13/ 1999

"Pórtico" para determinar si era hermoso y de constitución robusta. Si el infante no cumplía con estas características era sacrificado"[6].

El Apóthetas, una zona barrancosa al pie del Taigeto, era el sitio donde se arrojaba o abandonaba al recién nacido. Un niño imperfecto era una boca que alimentar innecesariamente, es decir, era una carga para la ciudad estado, puesto que a futuro la sociedad no obtendría ningún rédito de haberlo mantenido con vida.

"*Si la consistencia del niño era la requerida, de inmediato este era asignado a una nodriza que era la encargada de alimentarlo y prepararlo desde niño para las duras condiciones a las que sería sometido posteriormente, el primer, por decirlo así, entrenamiento del niño era tener que sobrevivir al frio, ya que no les estaba permitido llevar un pañal que les protegiera del frio. Al niño se le enseñaba a evitar toda clase de melindres, caprichos o rabietas, y debía acostumbrarse a estar solo y a no temer a la oscuridad"*[7] Es decir, desde pequeño se le enseñaba a ser un hombre, y más que eso, un guerrero, casi una prefigura del súper hombre de Nietzsche.

Aristóteles narra que los espartanos tenían como costumbre bañar a los niños con vino, pues este les provocaba convulsiones, haciendo que las naturalezas enfermizas sucumbieran enseguida, los niños sanos, o al menos quienes sobrevivían a esta prueba estaban listos para continuar con las próximas. No se sabe con exactitud porque se procedía de este modo, sin embargo, algunos autores, entre ellos el ya citado Aristóteles, suponen que corresponde a que

---

[6]PLUTARCO. Vidas Paralelas. Capítulo sobre Licurgo. Libro digital. http://www.imperivm.org/cont/textos/txt/plutarco_vidas-paralelas-ti-licurgo.html

[7] FORNIS, C., *Esparta. Historia, sociedad y cultura de un mito historiográfico*, Barcelona, Crítica, 2003. Pág. 35

en aquella época, el vino se enriquecía con drogas alucinógenas capaces de provocar la muerte por sobredosis. *"Las nodrizas espartanas llegaron a gozar de fama en algunas regiones de Grecia. Espartana era, por ejemplo, Amicla, la que crio al ateniense Alcibíades (…)"*[8].Tanto hombres como mujeres eran parte de una sola cultura, la bélica. Por eso, ninguno quedaba fuera, las mujeres debían alimentar a los niños lo mejor que podía con la finalidad de que fueran robusto, y los hombres debían entrenarlos para ser los mejores guerreros.

4.1.1.1 Los niños en el Derecho Romano

La figura predominante de la Antigua Roma, es sin duda, el *pater familias.* Su voluntad y juicio era la guía moral y jurídica que regía en el Imperio, y no existía argumento alguno que pudiera oponérsele. Era tal su poder, que incluso podía decidir y quitar, si así lo consideraba, la vida de sus subordinados, sin tomar en cuenta a los esclavos, quienes eran, *reses,* cosas, y sobre los cuales ni siquiera existían disposiciones para asegurar su vida, ya que no poseían la cualidad de verdaderos humanos, puesto que no eran ciudadanos.

"En la antigüedad los recién nacidos eran aceptados en la sociedad en virtud de una decisión del cabeza de familia. El nacimiento de su hijo no obligaba a los romanos a reconocerlos: lo aceptaban levantándolo del suelo, donde la comadrona lo había dejado. Si el padre no lo tomaba, la criatura era expuesta

[8]FORNIS, C., *Esparta. Historia, sociedad y cultura de un mito historiográfico*, Barcelona, Crítica, 2003. Pág.52

a la puerta de la casa o abandonado en una ligera pública donde podía ser recogido por cualquiera, y si no tenía esa suerte, moría"[9].

Esta capacidad todo poderosa del pater familias para decidir no solamente sobre los asuntos de sus propiedades, sino también, sobre la vida del recién nacido, hasta el punto de dejarlo morir a la intemperie, debajo de los fríos pórticos romanos, era no solamente un delito por omisión, para quienes rodeaban al pater familias, sino un delito doloso y alevoso, que nunca tuvo castigo en la antigua Roma y que recaía directamente sobre aquel que hacía como cabeza del hogar.

La potestad para determinar la filiación, no recaía sobre ninguna norma, como en la actualidad lo hace, por tomar un ejemplo, nuestro Código Civil Ecuatoriano Art, 24, literal a, cuando establece que: *"Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro de un matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o de una unión de hecho, estable y monogamia reconocida legalmente (…)"*[10] Al reposar esta enorme facultad sobre el *pater familias,* de descartarse a sí mismo como padre de un niño, dejaba al recién nacido vulnerable, y le quitaba, cómo se había dicho anteriormente, la cualidad de ser humano, de persona, misma que le dotaría de derechos, entre ellos el más importante establecido en las legislaciones actuales, el derecho a la vida. No existía tampoco ningún proceso, a través del cual, se determinara la filiación o no, del niño con un hombre, a quien podría determinarse, el padre, sino que, la

[9] CASES DE OROZCO, Pablo. Educación e infancia en Roma. link: https://lingualatina-orberg.wikispaces.com/file/view/Educacion+e+infancia+en+Roma.pdf pág.3
[10] CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado a Agosto de 2007.

obligación de cuidar al niño, dependía del capricho del padre, quien podía negar a recién nacido o cogerlo.

"Había niños que nacían con defectos físicos; entonces el padre sospechaba que no era hijo suyo, éste deja al hijo con la madre al margen de la familia. Si el padre tomaba al hijo se hacían una serie de actos y celebraciones como las "anfitronías" donde el padre corría alrededor del hogar con el recién nacido. A los diez días lo inscribían en el censo"[11]**.** Incluso este gesto de desprecio no solo era dado por ciertas imperfecciones, sino por un estado de malformación o minusvalía, situación tan contraria en la actualidad, en la que se considera a estos, sectores vulnerables.

Uno de los principales agentes de cambio jurídico en las leyes romas será el cristianismo. Luego de la controvertida conversión de Constantino a la nueva religión, el imperio se vio influenciado por la doctrina de Cristo que eliminaba la diferenciación entre hombres y mujeres, esclavos y libres, niños y adultos, dando como resultado un estado igualitario, ya no solamente desde un ideal filosófico- religioso, sino desde la concreción de un cuerpo legal, que finalmente condena y establece una pena para quien cometiera infanticidio. El primer código en eliminar estas diferenciaciones será el de Justiniano, en donde, fruto de la diferenciación de las cosas y los seres humanos, los hijos ganaron en derechos.

El cristianismo no solo que fue la religión que impulsó la igualdad, sino que además, se trasformó en la principal amenaza para el poder que ostentaba el

[11]CASES DE OROZCO, Pablo. Educación e infancia en Roma.Artículo digital. link: https://lingualatina-orberg.wikispaces.com/file/view/Educacion+e+infancia+en+Roma.pdf pág.3

pater familias; ya que limitaba la autoridad, pero sobre todo el poder sobre la vida de los menores. Esta fue principalmente una de las cuestiones por las que el cristianismo fue prohibido en sus inicios por senadores y ancianos, y posteriormente cuando contó con la aprobación imperial, era el argumento con el cual los mayores prohibían a sus hijos enlistarse en las filas cristianas.

Fue el cristianismo el que impulsó las mayores reformas a favor del menor. El *pater familias,* al convertirse cada vez más en un ente relegado de las decisiones importantes de los hijos y familia, arremetió cobardemente en muchos casos, en contra de la vida de sus hijos y esposa. Para remediar este abuso, Constantino promulgó en la constitución del 318 medidas para quien matara a un hijo, debiendo ser juzgado como parricida.

"Se le mantuvo al padre el derecho de infligir penas moderadas y en casos graves poder ir donde el magistrado para que se castigara al hijo por desobedecer las leyes domésticas. En un principio todos los bienes del hijo pertenecían al padre, pero después Augusto, Nerva y Trajano le concedieron al hijo los bienes que adquiría en el servicio militar (peculio castrense), pero solo cuando estuviera activo en el servicio militar"[12]*.* Esta ganancia de derechos fuera del poder coercitivo del padre, me parece, no solo un beneficio a nivel familiar, sino también, el inicio de una propiedad privada más extensiva, y sobre todo más abierta, casi como la conocemos hoy.

[12] Sobre el Cristianismo y su influencia en el Derecho Romano. Consultado el 27 de julio de 2015. Link:.http://hdeld.blogspot.com/2006/05/sobre-el-cristianismo-y-su-influencia.html

La ganancia en derechos, fue en el Imperio Romano, a pesar de ser la cuna de las leyes actuales, un proceso lento, que tuvo como promotor a la nueva creencia, pero que debió esperar el desenvolvimiento normal y pausado de la legislación romana, y luego de ella la de las distintas normas que incluyeron entre sus leyes los preceptos e ideas romanas. Otro avance en la legislación fue la de la determinación de existencia del niño, que en la mayoría de legislaciones del mundo se establece en el momento que el niño ha sido separado completamente de la madre y aún con vida, brindando de este modo al niño la categoría de personas y ente de derechos apenas al nacer. El Derecho Romano, determinaba la existencia del niño a partir del *diez lustricus* o de la asignación del nombre del niño, en el caso de las mujeres era al octavo día, y de los hombres al noveno, dejando de este modo el espacio suficiente para proceder al *abandono* del niño sin que existan responsabilidades penales. "*El Estado reconocía la existencia del niño a partir de la imposición del nombre, como lo testimonia el artículo 56 de la ley de municipios flavios de España conservada por la inscripción de Málaga (…)"*[13]Esta determinación del niño como ente de derechos, posterior a su inscripción, sería escandalosa en la actualidad, puesto que las leyes de casi todo el mundo reconocen derechos al niño desde la gestación. Sin embargo, en la actualidad se ha reiniciado la discusión por determinar desde cuando el niño tiene derechos, esta discusión ha sido promovida sobre todo por grupos abortistas.

"Adriano le atribuyo el peculio castrense también cuando estuviera inactivo en el servicio militar. Constantino en su constitución de 321 añadió al peculio

[13] COIBIER, Mireille. La Niñez en Roma: Leyes, Normas, Prácticas individuales y colectivas. AUSTER, 2000.Pág. 10

castrense los bienes que adquiriera en los oficios del príncipe (funcionarios públicos) a este nuevo peculio se le llamo cuasi peculio. Con Justiniano el cuasi peculio no se le heredaba al padre directamente cuando el hijo muriera, sino solo cuando era voluntad del hijo heredárselo a su padre. Constantino les dio todavía más derechos a los hijos. Los hijos tenían también derecho a heredar los bienes de la madre y el padre (que antes heredaba los bienes de la madre) obtenía solo el usufructo de éstos. Si el marido volvía a casarse conservaba el usufructo de la antigua esposa hasta que el hijo tuviera edad suficiente, y si volvía a casarse, pero el padre emancipaba al hijo antes por su voluntad obtenía además del usufructo la tercera parte de los bienes. Ahora también los bienes de los abuelos, que antiguamente los obtenía el padre, con Graciano y Valentiniano el Joven se les otorgó a la madre y con Honorio y Arcadio se les extendió también a los hijos. Más adelante Valentiniano III le quito al padre los bienes que su hijo adquiriera en el matrimonio. Justiniano después redujo casi totalmente la patria potestad del padre, dándoles a los hijos todos los bienes que entraban a la familia (peculio adventicio), dejándoles a los padres solo el usufructo de ellos y si el hijo se emancipaba (matrimonio, etc.) obtenía solo la mitad”[14]. Cómo había observado anteriormente las reformas que limitaban el poder del padre no solo benefició a la familia, sino que también al surgimiento de otras instituciones como la propiedad privada, además de asegurar derechos civiles básicos y reales, como el que una persona pueda ejercer el uso dominio uso y goce sobre una cosa, que en primera instancia ha sido adquirido libremente por él mismo, en base a contribuciones del estado romano, o por la compra directa del mismo.

[14] Sobre el Cristianismo y su influencia en el Derecho Romano. Consultado el 15 de agosto de 2014. Link:.http://hdeld.blogspot.com/2006/05/sobre-el-cristianismo-y-su-influencia.html

Esta correlación de derechos entre padres e hijos, no siempre existió, y ya que la exposición o abandono del niño se había institucionalizado, y al ser una práctica común, sin embargo el padre nunca perdía la potestad sobre el hijo, por lo que ya avanzado los siglos dos y tres era muy común proceder al abandono y marcar al niño con la finalidad de recuperarlo después, el abandono se realizaba en la *columna lactaria*, lugar donde se exponía al niño a la piedad y misericordia pública, ya que era de este lugar de donde se rescataba al niño.

Algunos autores consideran que era también el *Templo de Pietas,* un lugar de abandono, sin embargo, los estudiosos actuales han demostrado que este lugar era más bien un sitio donde el padre iba en busca de una nodriza para alimentar al niño, es decir más bien era un mercado de nodrizas.

Esta fue la realidad del menor en la Roma de los primeros siglos. Justiniano creó fundaciones alimenticias, en las que se daba cuidado y educación a los menores, pero no a todos sino solamente a los libres, dejando indefensos a los niños de mujeres no libertas o esclavas. Así podemos constatar que la realidad del menor y su evolución posterior a este periodo.

4.1.1.2 España y su avance en derechos efectivos del niño.

Para poder determinar exactamente cuál fue el cuidado que se dio al niño en la Edad Media y posteriormente, es necesario establecer que consideraban exactamente como niño. *"San Isidoro de Sevilla, partiendo del 7 como número*

simbólico, las divide en: Infantes, hasta los 7 años; Parada, de los 7 los 14 años; y Adolescencia, de los 14 a los 21 años. Esta segmentación va a llegar hasta el siglo XVIII (siglo diez y siete) sin apenas cambios de interés"[15]. Esta división tan antiquísima ya, aún sigue teniendo vigencia en nuestras legislaciones, por ejemplo en la ecuatoriana, en el Art. 21 del Código Civil, se hace una clasificación de las personas guardando la misma regla.

Al igual que en el Imperio Romano, hasta la España de la Edad Media, la Iglesia Católica ejerció una influencia importante en relación a los niños. El Concilio de Vaisón- Francia del año 442, estableció que los niños que fueran encontrados luego de haber sido abandonados debían ser reportados ante la Iglesia, con la finalidad de que esta cuidase del menor, y les asignara un hogar caritativo. Y el Concilio de Calcedonia, en Grecia, celebrado ocho años después estableció la creación de hogares para los pobres, en los que se incluían a los ancianos, enfermos, y niños.

El Fuero Juzgo, código visigodo, que se atribuye a Fernando II, era un cuerpo legal que establecía diferentes disposiciones que propendían al cuidado de la madre y del niño, disponiendo el cuidado de los dos desde la maternidad. Otro cuerpo legal importante fueron las Siete Partidas, que data del siglo XII (doce), en este se penaliza el aborto voluntario de la madre, además se establecen sanciones a los padres que castigarán cruelmente e injustamente a sus hijos, obligándoles a los padres a cuidar de sus hijos en todas las etapas de su niñez.

"Ley 2: Claras razones y manifiestas son por las que los padres y las madres están obligadas a criar sus hijos: la una es movimiento natural por el que se

[15] SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999. Pág. 15

mueven todas las cosas del mundo a criar y a guardar lo que nace de ellas; la otra es por razón del amor que tienen con ellos naturalmente; la tercera es porque todos los derechos temporales y espirituales se acuerdan en ellos. Y la manera en que deben criar los padres a sus hijos y darles lo que les fuere menester, aunque no quieran, es esta: que les deben dar que coman y que beban, y que vistan y que calcen y lugar donde moren y todas las otras cosas que les fueren menester, sin las cuales los hombres no pueden vivir, y esto debe cada uno hacer según la riqueza y el poder que hubiere, considerando siempre la persona de aquel que lo debe recibir, y en qué manera lo deben esto hacer"[16]Un testimonio de la preocupación que en la Edad Media suscitaba el desvalimiento de los niños nos lo ofrece la institución del Pare d'orfans,,(Padre de Huérfanos) antecesor de la del Defensor del Menor, en el que visualizar al niño como un ente de derechos resulta un avance importante en el campo judicial, ya que no solo se constituye en un acto de buena voluntad promovido por la Iglesia Católica, sino que, se convierte en una preocupación social y estatal.

"La figura asistencial del pare d'orfans padre de huérfanos fue instituida por Pedro IV el Ceremonioso en la ciudad de Valencia en 1338. En ella se combinaban los elementos educativos y tutelares del padre con los formativos y laborales del patrón. Con su creación, el rey pretendía "que los menores marginados fueran redimidos de su mala vida mediante el trabajo. Debía apartarles del peligro y buscarles una ocupación, de este modo les recogía y

[16]Código de las VII Partidas, D. Velasco Perez, Ignacio. Imprenta de los Señores Viuda de Jordán e hijos Editores, Año.1843. Pag. 112.

cuando estaban en condiciones de trabajar les colocaba en un taller (…)"[17]El Pare d`Orfans,(Padre de Huérfanos) fue además la primera institución conocida que tenía específicamente competencia sobre menores, especialmente sobre aquellos que El Pare d´Orfans ,(Padre de Huérfanos) hubiera colocado en algún taller o como ayudante de algún artesano. Este tribunal juzgaba a los menores que se negaban a hacer las tareas encomendadas, además de juzgar a aquellos que hubieran cometido delitos.

Esta institución tenía un carácter específicamente benéfico y educativo. *"En sus primeros años no tenía autonomía jurídica, dependiendo el Curador directamente del Justicia civil. Posteriormente, en 1407, el rey Don Martín El Humano dotó al Curador y Padre de los Huérfanos de plena potestad en materia delictiva de los menores, quedando establecido el Juzgado o Tribunal de los Huérfanos".*[18] Esta institución crece, no solo como un hogar de acogida para el niño, sino que también, de a poco se transforma en lo que nosotros conoceremos como los juzgados y tribunales de menores, en los que recae no solamente la responsabilidad de cuidar del menor, sino también de sancionarle por actitudes incorrectas.

Cómo podemos notar la influencia de la Iglesia fue realmente importante a la hora de conformar hospicios, u Orfanatos donde los desvalidos, especialmente los menores fueran atendidos, posterior a esta institución fue solicitada por toda Europa la creación de un Pare de O´rfans,,(Padre de Huérfanos) que velara ya no solo por los niños, sino también por los ancianos.

[17] SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999. Pág. 20
[18] SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999. Pág. 22

“Otra figura institucional de atención al trabajo de jóvenes desamparados además de la ya comentada del Padre de Huérfanos fue la denominada Diputado de Parroquia, creada en 1577 por Felipe II. Este se encargó de la vigilancia de los jóvenes en sus lugares de reunión (plazas, iglesias u otros lugares públicos), y de buscarles trabajo para que no cogiesen el camino de la delincuencia y de la desidia. Para el cumplimiento de estas misiones, se les invistió de facultades disciplinarias tanto para ser ejercitadas con los jóvenes como con aquellos que los maltratasen”.[19]Aun cuando la sociedad había adelantado en la creación de instituciones que cuidaban de los niños, en la vida cotidiana la brutalidad en contra del niño llegaba incluso a la muerte, ya que el padre podía matarle alegando desobediencia. La vida del niño se reducía a la obediencia sencilla y llana para los mayores, no le era lícito al niño contradecir o desobedecer al padre.

Por esta razón Alfonso X, el Sabio, a través de diferentes instrumentos legales, restringió el poder de la patria potestad, prohibiendo que el padre castigue brutalmente a su hijo, incluso se estableció que si se le producían heridas graves que posteriormente causaran al niño alguna invalidez, el padre debería ser desterrado por cuatro años a una isla lejana, y si el niño muriese y se descubre que la intención del padre fue la de darle muerte, este sería juzgado como asesino. Además se prohibió en las XII Tablas castigar a los niños con objetos contundentes como palos o piedras.

[19] SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999. Pág. 25

“En Castilla existía en el siglo XVII (diez y siete)El Padre General de Menores, institución muy parecida al Padre de los Huérfanos aunque su cometido parece ser que estaba más orientado a velar por los menores y sus bienes, cuando quedaban sin padres, viniendo a constituir una especie de tutela civil”. [20]Esta fue la realidad del niño durante la Edad Media y la evolución de los derechos que a él se referían. Las posteriores instituciones que se formarían para proteger al niño, serían más bien de carácter religioso, ya que instaurar una responsabilidad social, fue una tarea que se concluyó casi finalizado el siglo XX (veinte), razón por la cual algunos reyes desistieron de seguir extendiendo cualquier tipo de tutela a los menores, bien sea por la falta de recuerdo o por el poco interés de algunos sectores para apoyar a un cuidado verdadero del niño.

Durante este tiempo la mujer que no podía concebir era discriminada socialmente, por lo que el embarazo era un signo de bendición. Sin embargo, esto no cambió en nada la realidad del niño, ya que el interés era, en los sectores pobres, tener un empleado que ayudara a la economía del hogar, y en los pudientes, tener un heredero, por eso la discriminación de las niñas recién nacidas era permanente, diferenciando y dando más cuidados al infante varón que a la mujer.

4.1.1.3 Los derechos de los niños en los Siglos XIX y XX

El siglo XX (veinte) nació con la esperanza de que el pasado siglo le hubiera heredado lo mejor, permitiéndole avanzar imparablemente. La Ilustración y sus

[20]*Vicente Sánchez Vázquez, Teresa Guijarro Granados.* Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España.

pensadores, plantearon y replantearon nuevas ideas sobre la filosofía, la economía, el hombre y el ente. Sin embargo, nunca hubieran imaginado que un par de siglos después deberían, a la luz de la brutalidad del hombre, replantearse las preguntas. Dos guerras mundiales fueron las encargadas de hacernos perder la esperanza en nosotros mismos ¿Cómo era posible que hubiéramos llegado a tales grados de brutalidad, a una crueldad desmedida, sádica y alevosa? Este fue el siglo en el que la pregunta por el ser fue determinante. ¿Qué es el hombre? ¿Es este un ente de derechos y obligaciones? De ser así ¿Cuáles son y quién es el encargado de dárselas? ¿Puede un hombre quitar a otro su capacidad de ser humano y ponerlo al mismo nivel de los animales? De ser así ¿cuál es el criterio para hacerlo y quien tiene esa potestad? Esta preguntas captaron la atención de la comunidad internacional y al intentar determinar los derechos del hombre, se dieron cuenta existía un ser más vulnerable que el hombre que había alcanzado la madurez, y ese era el niño. Con estos criterios se establece la Declaración de Ginebra de 1924, que se convierte a su vez en la primera Declaración de los Derechos del Niño, que no tuvo mucho influjo en la sociedad, sin embargo, apuntamos algunos de los principios importantes:

"Principio 1: *El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.*

Principio 8: *El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.*

Principio 9: *El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata"*[21]

Estos dos principios, el 8 y9, reflejan una nueva forma de ver al niño, y sobre todo intenta borrar la crueldad que sobre él se ha dejado caer. Así se intenta eliminar la irresponsabilidad del abandono del niño que fue el primer mal con el que tuvo que enfrentarse. También el principio 9 establece la eliminación de la crueldad y explotación, intentando borrar el triste pasado de la edad media. Aun cuando estos principios se han consagrado como mundiales, en muchos países aún no se han implantado. La crueldad de Sierra Leona lo confirma, crueldad que se develó en 2000 y que nos dejó ver lo peor de la barbarie humana.

Entre 1940 y 1950 se crean organismos internacionales que van a favorecer un objetivo avance en la protección legal del menor. *"La ONU le concedió un lugar destacado a la infancia en el año 1946. En ese año, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas formuló una recomendación que tenía por objeto la reactualización de la Declaración del Niño; le dio luz verde el 4 de noviembre al nacimiento de la organización que se ocuparía de aproximar las relaciones solidarias entre los pueblos del mundo a través de la ciencia, la educación y la cultura, y que recibió el nombre de UNESCO, y promovió la creación el 11 de*

[21] Primera Declaración de los Derechos del Niño, Ginebra de 1924.

diciembre de una sección dedicada expresamente a la atención de la infancia: la UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia). Dos años después, durante la celebración de su Asamblea General el 11 de diciembre, aprobó un documento por lo que se proclamaba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre"[22]

Este interés naciente por el niño y sus derechos provocó la Segunda Declaración de los Derechos del Niño**,** en el año 1959. La Declaración, no vincula a los Estados; sino que establece principios a los que expone como obligatorios para la conciencia moral de las sociedades y estados integrantes. Los principios de la Primera declaración de Ginebra casi son recogidos íntegramente en esta segunda declaración, en la que el espíritu no cambia, lo único que se realiza es unas pequeñas modificaciones de forma que tienen como fin completarla, para permitir la comparación cito:

"PRINCIPIO 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada y, en ningún caso se le permitirá que se dedique a alguna ocupación o empleo que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

PRINCIPIO 10. El niño debe ser protegido contra las prácticas discriminatorias. Si alguno es diferente al resto de los demás porque habla otro idioma, tiene otros gustos, otras costumbres, otras ideas, otra religión o viene de otro pueblo, no debe hacérsele sentir inferior o extraño, tiene los mismos derechos que los

[22] SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999. Pág. 36

demás. Cualquiera que sea el color de la piel, de sus ojos o de su cabello, tiene derecho a ser respetado. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes”[23]

Podemos notar que la semejanza de los principios es importante, aun cuando ellos no ejerzan obligación de ser cumplidos en todos los estados, fueron incorporados a una gran cantidad de legislaciones, entre ellas la de Bolivia y Paraguay, convirtiéndose esta iniciativa en todo un éxito, ya que se había implantado unas reglas generales y universales que podrían ser utilizadas por todo estado responsable y atento a las necesidades del niño.

En 1989 se celebra la Convención sobre Derechos del Niño.*“La Comisión de Derechos Humanos aprobó, el 8 de marzo de 1989, sin votación, la Resolución L 88, por la que se acordó aprobar el proyecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, procediendo, así, la remitirla a la Asamblea a través del Consejo Económico y Social. El texto definitivo será aprobado por los 159 Estados partes de la ONU en la 44º sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, siendo posteriormente ratificada por la mayoría de los Estados que conformaban la organización. Según sus procedimientos de adhesión, los países pueden ser divididos en tres categorías. La primera recogería a aquellos que no llevaron a cabo dicha ratificación. En este caso se encuentra una excepción tan notable como la de EEUU, por entender que esta*

[23]Segunda Declaración de los Derechos del Niño**,** Asamblea General de la ONU. 1959.

contravenía su legalidad respeto de la pena de muerte".[24]Estos fueron los acontecimientos legales más importantes sobre la tutela de los derechos de los niños a nivel del mundo, principios aceptados por casi todos los países integrantes de la comunidad internacional. No se debe, de ningún modo, minimizar las posteriores iniciativas que algunos países o grupos de países tomar para avanzar incluso un poco más en la consecución de mayores derechos ya garantías para los menores. Podemos mencionar por ejemplo, La Carta Europea de los Derechos del Niño, firmada el 8 de julio de 1992, y que establecía principalmente un marco de acción específico a la realidad europea. Cómo esta, otras iniciativas fueron emprendidas por diferentes grupos de países y sociedades.

4.1.2.1 Evolución del Derecho de Alimentos en el Ecuador.

En nuestro país la legislación sobre alimentos estuvo contenida únicamente en el Código Civil, y aún hoy lo sigue estando en el título XVI cuyo epígrafe dice: De los alimentos que se debe por ley a las personas. Se describe en este título las personas que tienen derecho a recibir alimentos, de cuantas clases sean estos, cuáles son sus características, cómo se reclaman, en qué forma se garantizan, cuando se extinguen, y finalmente, se hace referencia también a los alimentos cuya obligatoriedad no deriva directamente de la ley sino de la voluntad privada de las personas. *"De todo esto se desprende que los alimentos legales son auxilios de carácter económico que unas personas están*

[24] SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999. Pág. 38

obligadas a dar a otras necesitadas, para que cubran las principales exigencias de la vida".[25] En nuestro país esta ayuda fue implantada mediante El Código de Menores, que fue promulgado el 11 de abril de 1939, instaurando de esta forma el inicio de un camino que aún sigue en nuestros días.

Así se instauró en nuestro país una forma directa de protección hacia le menor, o más bien, el camino hacia este. Aun cuando el código trataba sobre los menores, no establecía un verdadero cuerpo positivo que cuidara de ellos, más bien establecía mecanismos para sancionarlos.

El menor fue legislado no como un ente de derechos, sino como un ser que debía ser responsabilizado. "Por esta razón en el primer código de menores figuraban palabras tales como: reglas de conducta, hábitos de indisciplina, inmoralidad, peligrosidad del menor, perversidad, tendencia a delinquir e internamiento reformatorio, lo que comparaba al niño con el mundo de los adultos."[26] Es decir el menor no poseía ningún otro derecho que el que naturalmente le hubiera asignado su padre, Podemos ver los primeros pasos de nuestra legislación que no miró al niño más que como un ser puesto en segunda posición.

No se puede aún en estas circunstancias desmerecer el intento de regular de alguna forma la vida de los menores en nuestro país. El artículo 3 del Código de Menores establecía que,*"El Estado protegía a todo menor, sin considerar la condición social, económica, ni familiar, especialmente a los "menores hijos de obreros, policías, cocineras, huérfanos, desvalidos, material y moralmente*

[25] Holguín, Juan Larrea. Derecho Civil del Ecuador. Volumen III Filiación, estado civil y alimentos.
[26] VÉLEZ; Paúl Eduardo. Revisión Histórica legal de las políticas Públicas Instauradas en cuanto a la Protección y participación de la Niñez y Adolescencia en el cantón Loja, 2009. Pág. 25

abandonados".[27]Avance que promueve un reconocimiento del niño de todas las condiciones sociales, y reconociendo para ellos un preocupación estatal.

Este Código crea el Policlínico Infantil, organismo consultivo de los tribunales de menores; y se establecía dentro de sus competencias las siguientes secciones: Medicina general; Psicología y Psicotecnia; Identificación; Vigilancia social; Investigación social y Servicio de amparo y de educación. Además, tomando en cuenta el Art. 8 se crean los Hogares de Protección Social, los mismos que tienen como finalidad dar un cuidado íntegro al menor que había sido abandonado. Poco a poco la visión del niño como un ser vulnerable se va delineando y se va buscando su cuidado integral.

El Congreso Nacional, con miras a mejorar la condición del niño aprueba un Decreto e introduce reformas al Código de Menores, que entran en vigencia el 7 de marzo de 1939. Las reformas son de carácter administrativo antes que pretendientes a mejorar la realidad del niño, administrativo en relación a los policlínicos y demás instituciones referentes a los organismos a los que se encarga el cuidado del niño.

Un segundo Código de menores, entendido así por las reformas realizadas importantes que promovió fue el del 9 de agosto de 1944, en la presidencia del Sr. Doctor Velazco Ibarra.Este código establece al fin uno de los principios más importantes, el del **interés superior del niño**, entendiendo como tal, o teniendo como espíritu que las autoridades judiciales deberán dar preferencia y tutelar los derechos del niño, y propender ante todo que este goce de protección y privilegios, siendo considerado un sector vulnerable.

[27] Código de Menores. 1939. Ecuador.

“Este principio sembrado y cultivado en nuestra geografía ha sido incorporado a las diversas legislaciones sobre menores y significa que siempre se buscará lo que más le convenga al menor de edad”[28] Es decir se tendrá al menor como el principal ente receptor de derechos, esto es importante para el estudio de nuestra propuesta ya que esta no vulnera este principio, sino que la contrario lo fortalece ya que le permite que quien pagó pensiones alimenticias indebidamente las recobre sin afectar en nada al menor.

Otro principio importante fue el de n**o litigios,** es decir, se plantea que los problemas o demandas sobre niños no serán considerados como litigios, sino como problemas humanos, entendiéndolos de este modo se buscará celeridad y la inmediata acción del estado.

Otro principio trascendente fue el de **Cooperación,** que establecía que todos los niveles de gobierno, y los diferentes gremios, es decir todos los sectores sociales y estatales, debía confluir y unirse con la finalidad de brindar soluciones reales a los problemas de los menores en nuestro país, problemas que pasaban por amplios matices, desde maltrato por parte de los padres, pasando por los juicios de alimentos y finalmente arribaban al mayor de los problemas referentes a los menores que era el abandono de estos, es decir el problema de los huérfanos, que reclamaban un lugar donde vivir, educación, salud, y sobre todo asignaciones presupuestarias o ayudas económicas que pudieran sostener a las casas hogar que se encargaban de prestar este servicio social.

[28]**Dra. María Augusta Durán Mera.** Derecho de Menores: Análisis jurídico de sus codificaciones. Artículo Digital.Pág.3

En este proceso evolutivo de las leyes referentes a los menores la Dra. María Agusta Durán establece la creación de un tercer Código de menores, el mismo que se promulgó en el Registro Oficial No.320, del 3 de diciembre de 1969, y hablamos de la creación de un tercer código por la patente evolución del código que llevó a las leyes de protección del niño a otro nivel jurídico.

Dice la Dra. Durán que uno de los logros de este cuerpo legal es la definición que hace de menores, en la que se preceptúa que son menores *"todos los individuos de la especie humana, desde su nacimiento hasta la edad de veintiún años y que los menores de dieciocho años no son sujetos activos de delito"*.[29] Estableciendo de este modo una definición que abría paso a otros presupuestos, como por ejemplo hasta que edad se podía demandar alimentos.

Otro logro de este código según la jurista citada fue que este Código consagró la protección de las etapas vulnerables del menor y de la madre, como son: la maternidad, infancia, la edad preescolar, escolar y adolescencia, además de cuidar al niño en su etapa escolar y de prestarle una asistencia moral, en la que el niño no debía ser expuesto a situaciones contrarias a las buenas costumbres de nuestro país.

El 2 de junio de 1976, el Consejo Supremo de Gobierno expide una nueva reforma al Código de Menores, y establece una estructura. Este Código se conformó por un total de cuatro libros. Y se sostiene aún el principio de **no litigio,** ya explicado anteriormente.

---

[29]**Dra. María Augusta Durán Mera.** Derecho de Menores: Análisis jurídico de sus codificaciones. Artículo Digital.Pág.3

El Código puso especial énfasis en la Protección y Rehabilitación de Menores, para los que estableció programas especiales, entre ellos el diagnóstico de la realidad social del menor, programas ejecutables que le ayuden a recuperarse e y finalmente la ejecución de estos, como podemos notar la asistencia social se convirtió en una prioridad para el estado ecuatoriano.

Dice la Dra. Durán que otro acierto de este Código fue que: *"crea los hogares transitorios como instituciones de tipo abierto o cerrado para atender a los menores que requieren cuidado, como los abandonados, los que tienen problemas económicos y de disgregación familiar, los que practican la mendicidad o la vagancia o son objeto de explotación y los hijos de padres inválidos o internos en hospitales o establecimientos carcelarios."*[30]

Es en este código, el de 1976, que se consagra el principio de presunción de paternidad, esto con la finalidad de poder establecer un pensión alimenticia, ya que la misma se requería con premura para satisfacer las necesidades del menor, mismo que se encontraba amparado en el principio del bien superior del niño. Además este código determinó que quien había sido demandado por alimentos no podía ausentarse del país, para ello, primero debía contar con la autorización del Tribunal de Menores. De esta forma se aseguraba que nadie se escape de la obligación de prestar alimentos, y se prefigura lo que actualmente conocemos como la orden de arraigo, figura que no permite de igual forma la salida del padre que debe pagar alimentos.

---

[30] Dra. María Augusta Durán Mera. **Derecho de Menores: Análisis jurídico de sus codificaciones**

Otro acierto de este código, y que muestra el avance de las leyes relacionadas con menores, es el establecimiento de un procedimiento para las diferentes situaciones que tenían que ver con los menores, procedimiento que no se había establecido con anterioridad en ningún otro cuerpo legal.

Un nuevo paso en la protección de los derechos de los menores fue la expedición de la Ley No.170, que fue publicada en el Registro Oficial No.995, con fecha 07 de agosto de 1992, misma que contenía el Código de Menores, que en este repaso histórico vendría a ser en quinto.

Este Código se había estructurado en un total de cinco títulos, pero su mayor avance es el procedimiento específico para demandar alimentos, y no solo eso, sino que también estableció el medio probatorio que se utilizaría para poder demandar y comprobar la paternidad de un hombre en relación a un niño, y es en esta fecha cuando se establece en nuestro derecho la prueba de ADN,(Ácido Desoxirribonucleico) como medio probatorio legítimo y como evidencia irrefutable, eliminado de este modo procedimientos arcaicos y poco seguros como la compasión de facción o marca de nacimiento que se correspondían entre el demandado y el niño para el cual se reclamaba alimentos.

La década de los noventa fue una época prolífica en materia de menores. Posterior a las reformas efectuadas a la Constitución del Ecuador en los años 1996 y 1997, y luego de haberse expedido con la nueva constitución de 1998, el niño se ve provisto de nuevos derechos, el principal fue el de dársele la ciudadanía y por ende reconocérsele todos los derechos relativos a las personas, además de establecer que todos los organismos del estado y

estamentos sociales son corresponsables del bienestar de los niños y adolescentes en nuestro país. Con estos precedentes nace una nueva, y hasta el momento última ley para la protección del niño. Y así el 17 de diciembre del 2002 aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia, el cual se consolido en el 2003, Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año. Así ha evolucionado la normativa legal referente al niño en nuestro país, desde cuerpos legales que simplemente establecían normas para castigar a los menores que cometían delitos, hasta el actual código que establece los derechos de los niños y adolescentes, perfilándose como un código actual y sobre todo atento a las necesidades reales y a los problemas concretos que tienen que afrontar los menores, como el maltrato y la desprotección. Además de la necesidad de recibir alimentos, que les permitan llevar una diga y en igualdad de condiciones.

4.1.3 La Prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) y su valía como medio probatorio.

El artículo innumerado 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone que: "*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".*[31]Nos resulta por tal motivo importante determinar que debemos entender por ADN (Á*cido desoxirribonucleico*), razón por la cual

[31] Código de la Niñez y la Adolescencia. Corporación de estudios y Publicaciones.

conceptualizamos y hacemos una historia breve de este avance científico. Cómo revisamos en el tema anterior la prueba de ADN(Ácido desoxirribonucleico), es un requisito relativamente nuevo en nuestro país, fue en el año de 1992 cuando se instauró en nuestro Código de Menores, y desde entonces es la única prueba válida.

Para poder introducirnos al tema, intentaremos definir y conceptualizar la importancia del Ácido desoxirribonucleico: *"Genoma Humano deriva de la raíz griega "gen" (origen), y de la extensión griega "oma", usada en sustantivos del vocabulario biológico y médico. El término "gen", fue acuñado por Johansen en 1909, para nombrar a los "factores" heredables de Publicaciones. Mendel. Genoma es la suma de todo el material genético del ser humano. Actualmente se entiende por "Gen" a una secuencia de información que elabora un producto funcional o una secuencia de ADN."*[32]Esta apreciación técnica nos permite mirar de cerca la eficacia, pero sobre todo la valía probatoria que posee esta prueba, con relación al esclarecimiento de la paternidad o no de un demandado.

Los conocimientos alcanzados hasta 1980 fueron el boom que desencadenó una mirada del mundo sobre la genética. La intención inicial fue indudablemente poder a través del descubrimiento del genoma poder eliminar, o mejor, evitar o curar enfermedades de difícil tratamiento en ese momento e incluso ahora, como el sida, cáncer, diabetes, entre otros. Se pensó que al descifrar todo el material genético se podría dar una respuesta a estas en enfermedades, sin embargo el resultado aún no se ha conseguido.

[32]Herrera Jaime. Consideraciones sobre genoma humano y terapia génica. Artículo científico publicado en la revista digital Scielo.

El Dr. Rodrigo Saltos Espinoza, en su libro " La Conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes" establece una conceptualización de la prueba de ADN (*Ácido desoxirribonucleico*) y dice: *"El examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico llamado comúnmente ADN, constituye el material genético de las células del cuerpo humano, es la sustancia química donde se almacenan las instrucciones que dirigen el desarrollo, desde la conformación del huevo o cigoto hasta el organismo adulto que mantiene su funcionamiento y lleva la información necesaria que se transmite por la herencia y que hace única cada persona"*[33]. Información que brinda información fehaciente a la hora de determinar la paternidad o no de un menor.

Esta acertada forma de conceptualizar nos hace ver que todos estamos constituidos o poseemos en nuestro ADN (Ácido desoxirribonucleico), los cromosomas de nuestros padres. Y exactamente albergamos en nuestro ADN (Ácido desoxirribonucleico) 23 cromosomas de cada uno, toda célula nucleada contiene 46 cromosomas. "En el momento de la concepción se necesitan 46 cromosomas para procrear a un nuevo ser humano; en consecuencia una persona debe recibir exactamente la mitad de su material genético de su padre y exactamente la otra mitad de su madre biológica."[34] Son estos los que nos permiten heredar las características de cada uno de ellos, pero a su vez son ellos los que nos identifican con ellos y nos permiten guardar una conexión directa con ellos, por lo que al heredar de ellos sus características principales

[33] ESPINOZA, Rodrigo. La Conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Biblioteca Jurídica. Pág.328
[34] ESPINOZA, Rodrigo. La Conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Biblioteca Jurídica. Pág.329

los que hace es para ellos seamos para siempre una extensión de su información genética.

De esta ventaja se vale nuestra ley, al saber que este rastro genético no se puede vulnerar, para determinar la filiación, y en el caso que nos ocupa la paternidad de un hombre en relación de un niño. Lo que se comprueba es que los dos tienen la misma información genética, por tanto los dos comparten una misma línea hereditaria.

Todos poseemos genes, portadores de información concreta. Los genes por ejemplo hacen que todos pertenezcamos a la raza humana, y no que unos seamos peces u otro mamífero. De esto deducimos que todos, es decir la raza humana, compartimos una misma cadena de ADN (Ácido desoxirribonucleico) en determinados lugares. Sin embargo existen otros sectores del ADN (Ácido desoxirribonucleico), que poseen genomas que no los compartimos con todos y que crean ciertas diferencias. Ejemplo de estos es los genomas que transmiten un cierto color de ojos, piel y cabello. O aquellos que transmiten nuestras facciones que nos identifican dentro de un grupo de personas, como un pueblo o nacionalidad. En consecuencia todos los seres humanos tenemos sectores de ADN (Ácido desoxirribonucleico) en común y otros que no lo son.

El Dr. Saltos, manifiesta que "*El llamado análisis de ADN o huella digital genética es el conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica a aplicar estará determinada por la cantidad de ADN presente*"[35]. Por lo expuesto

[35] ESPINOZA, Rodrigo. La Conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Biblioteca Jurídica. Pág.329

este resulta ideal cual la paternidad de un hombre sobre un niño se vea en duda y la prueba de ADN (Ácido desoxirribonucleico) es obligatoria para poder establecer si el presunto padre es el padre biológico de un individuo determinado. La prueba de ADN (Ácido desoxirribonucleico) está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño y del presunto padre, si se conoce los perfiles genéticos de la madre y de su hijo, el perfil genético del padre biológico puede ser deducido con certeza casi total.

De esta manera la prueba de ADN (Ácido desoxirribonucleico) se constituye en una herramienta judicial que permite determinar con un 99.99% quienes son los padres biológicos de una persona. Mediante el examen de ADN (Ácido desoxirribonucleico) es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta.

Por tal eficacia el artículo Innumerado 13 del Código de la Niñez y la Adolescencia dice: "*La prueba de ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley.*"[36]En este artículo el legislador da sentado, con conocimiento de causa la valía de la prueba

4.1.4 El Principio de Repetición.

[36] Código de la Niñez y la Adolescencia. Corporación de estudios y Publicaciones.

Nos resulta fundamental establecer la definición que la doctrina y los distintos tratadistas han dado sobre la repetición, así Cabanellas define a la repetición como: “El que tiene toda persona para reclamar lo pagado indebidamente por error o por haberlo efectuado antes y en lugar del verdadero obligado o responsable. Así acontece en las obligaciones solidarias, en las fianzas, en la responsabilidad civil subsidiaria”[37]En la definición establecida por Cabanellas también se establecen los elementos que, a criterio del autor son constitutivos para la configuración de la repetición.

Algunos de estos principios son por ejemplo el de la **Facultad:** el derecho a cobrar lo pagado sin deberlo estrictamente recae sobre todo lo dado por error de hecho o de derecho, principio que se alinea perfectamente con nuestra propuesta, ya que el demandado pago valores que no le correspondía obligado por el juez que así lo determinó.

Otro principio que establece Cabanellas es el de **Pertinencia** y dice:“corresponde la repetición, por error esencial, aunque el deudor u obligado lo son realmente: 1) si la obligación es condicional y el deudor paga antes de cumplirse la condición; 2) si la obligación es de cosa cierta, y el deudor entrega una por otra; 3) si la obligación es de cosa cierta y sólo determinada por su especie, o una obligación alternativa, y el deudor paga creyendo estar obligado a dar cosa cierta o entregando a todas las cosas comprendidas en la alternativa”(…)[38]. En el caso propuesto por este trabajo de investigación sucede justamente lo contemplado en el numeral tres antes citado, quien pago

[37] Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Eliasta. 11ava edición.
[38] Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Eliasta. 11ava edición.

valores de su peculio lo hizo equivocadamente, creyendo que él estaba obligado a hacerlo.

El derecho de repetición es originario del Derecho Civil, es del Derecho Privado, y apareció por primera vez en la Antigua Roma junto con algunas acciones de carácter privado que se presentaban en el enriquecimiento injustificado y el pago de lo no debido, que como consecuencia del vínculo entre el enriquecido y el empobrecido, en el enriquecimiento injustificado, y entre el deudor, y el acreedor en el pago de lo no debido, llegaban a configurar una acción de repetición, a fin de que el que injustamente ha pagado o el empobrecido sea resarcido con la devolución de los valores por parte del que ha causado el perjuicio. Esta es la primera figura conocida de la repetición, que como dice se traduce en el derecho de reclamar lo pagado indebidamente o lo anticipado en cuenta de otro.

Desde la Antigua Roma se estudió cómo las acciones u omisiones de los hombres modifican el mundo externo, pudiendo producir en ocasiones un daño o un perjuicio a otro hombre; de allí que naciera también la necesidad de estudiar en qué forma dichos daños o perjuicios deben ser reparados por sus causantes; y, son estas las primeras formas de obligaciones conocidas por el derecho y es el vínculo que se forja entre las dos partes que se enfrentan dentro de un reclamo por una acción u omisión determinada que le pudiere haber ocasionado daño a alguna de las partes involucradas en dicha relación.

Se pretendía que estas acciones u omisiones tenían una “causa”, considerada como la fuente de la obligación, y que determinaba la procedencia o no de una acción, como la que es objeto de nuestro estudio.

Paulatinamente este concepto de las causas fue evolucionando de la mano de los grandes juristas romanos como Gayo y Justiniano, hasta que se llegó a una definición de cuatro fuentes o especies de las obligaciones “desde un contrato, o como desde un contrato, o desde un maleficio, o como desde un maleficio de las cuales se derivan las cuatro fuentes modernas, concebidas por nuestro derecho civil, y que son: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos. Estas fuentes de las obligaciones no se han modificado en la actualidad estando en su totalidad en vigencia y rigiendo en nuestro Código civil.

Las acciones u omisiones de los hombres, se sintetizaron a través de cuatro medios por los cuales podían manifestarse y que producían efectos jurídicos, así, el nacimiento de una acción para reclamar el cumplimiento de una obligación o por la producción de un daño o una inequidad en la relación.

En este sentido es en dos instituciones en concreto donde se evidencia el origen de una acción, en este caso de recuperación de valores pagados injustamente o recibidos injustamente, y que constituye un antecedente del derecho de repetición del Estado, estas son: el enriquecimiento injustificado o sin causa y el pago de lo no debido.

El profesor Dromien su Tratado de Derecho Administrativo indica que *“la repetición es una resultante de la relación jurídica obligacional entre fisco (Administración) y contribuyente (administrado). Es indispensable para que surja la pretensión de repetición, la existencia previa de una relación jurídica tributaria principal, aun invalida o al parecer de menor medida, pero en virtud*

de la cual se haya hecho el pago cuya devolución se reclama después"[39].En la actualidad, tal como lo hace significar el Dr. Dromi, el principio de repetición se usa de manera más recurrente en el derecho administrativo, sin embargo por su nacimiento en Roma también puede aplicarse a nuestro tema, como la reivindicación de valores a una persona que ha realizado pagos de forma indebida.

En cuanto a nuestro tema respecta nos bastará tomar las definiciones antes hechas y entender al derecho de repetición como la capacidad de reclamar por un pago indebido o injusto a otra persona que fue beneficiada del desembolso de dicho valor, en el caso que nos compete en contra del hombre que aparezca como padre del menor, ya sea por reconocimiento propio o por reconocimiento judicial.

4.1.5 El Título Ejecutivo.

El Código de Procedimiento Civil del Ecuador define al título ejecutivo en su Art.413 como*"La confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante juez o notario público; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; las actas de transacción u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y*

[39]Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Tomo I. Novena Edición. Pág. 465

los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos"[40]Esta definición establecida por nuestro Código de procedimiento Civil nos permite establecer claramente los títulos de crédito, sin embargo, la salvedad que deja al decir que también serán títulos ejecutivos todos aquellos que las leyes especiales consideren como tal, nos permite iniciar la propuesta de este trabajo, que busca establecer los comprobantes de pago como títulos ejecutivos.

Para lograr el entendimiento de una materia es importante primero definir el tema del que vamos a tratar. Para ello, debemos primero conocer y entender claramente el significado del vocablo "ejecutivo", que el Diccionario define así: *"Que no da espera ni permite que se difiera a otro tiempo la ejecución."*[41]De aquí podemos concluir que *ejecutivo* significa inmediato, sin dilación.

Justamente esta es la naturaleza del título ejecutivo, hacerse efectivo de inmediato, por eso la ley lo considera valedero dándole presunción de legitimidad. El juicio ejecutivo se fundamenta en un precepto el "***Nulla Executio Sine Titulo" (*No hay ejecución sin título*)***. "*Es decir el título ejecutivo constituye requisito esencial para la procedencia de la acción ejecutiva, ya que contiene un elemento productor de certezas.*"[42] Es decir el juicio ejecutivo tiene como finalidad ejecutar derechos claros, y no la de determinar o conocer sobre derechos dudosos o que causen controversia.

---

[40] Código de Procedimiento Civil. Corporación DE Estudios jurídicos. 2007.
[41]Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena edición, Editorial Espasa-Calpe, 1970.
[42] LÓPEZ, William. El juicio Ejecutivo. Estudio Doctrinal y Procesal con Jurisprudencia. Tomo I. 2013 Pág. 20.

En relación a nuestro tema de investigación debemos aclarar que los títulos ejecutivos solamente pueden ser creados por la ley y nada más, esto lo deducimos de la parte final del Art. 413 donde dice que se considerará títulos ejecutivos a los demás instrumentos que las leyes especiales den el carácter de títulos ejecutivos. Con la finalidad de mostrar la factibilidad de crear un título ejecutivo que colabore con nuestro trabajo investigativo citaremos algunos títulos ejecutivos reconocidos por leyes especiales a las que hace referencia el Código de procedimiento Civil.

La ley de Propiedad Horizontal dice: *"Cada copropietario tiene la obligación de reparar los bienes comunes; dicha cuota será exigible ejecutivamente. (Art. 15 numeral 1 y 2)"*[43]En este artículo hablamos de una obligación común, a mi juicio de no mayor importancia, pero que son embargo, la ley establece como título ejecutivo.

Ley de Cheques:"*El cheque protestado por insuficiencia de fondos dentro del plazo de presentación, constituye título ejecutivo (Art. 57)"*[44] esta disposición se ve embestida de mucha más importancia, ya que habla de un documento revestido de solemnidades, a diferencia del ejemplo anterior.

Ley de Seguir Social Obligatorio: "*Las obligaciones contraídas a favor del IESS como pago de aportes, primas, fondos de reserva, préstamos, inclusive instrumentos privados otorgados a favor del IESS, constituye título ejecutivo. (Art.221)"*[45]aquí vemos un caso de mucha mayor importancia ya que la

[43] Ley de Propiedad Horizontal. Corporación de estudios Jurídicos. 2012
[44] Ley de Cheques. Corporación de Estudios Jurídicos. 2014
[45] Ley de Seguridad Social. Corporación de Estudios Jurídicos. 2015

institución de la que mana esta ley, tiene entre sus funciones la de dar préstamos y recaudar aportes mensualmente, no establecer estos cobros como ejecutivos sería transformar el cobro de valores en un acto imposible.

Estos son algunos ejemplos de títulos ejecutivos creados por ley, incluso en la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la familia, se establece que *"La resolución del juez condenando al agresor a reponer los bienes perdidos o destruidos, presenta mérito ejecutivo. (Art. 22)"*[46]Es decir, la ley, creada por el legislador, toma en cuenta las diferentes situaciones y de acuerdo a eso establece los nuevos documentos a los que se considerará cómo títulos ejecutivos.

El Código de Procedimiento Civil establece las condiciones que debe cumplir para que la obligación sea ejecutiva. En su Art. 415 dice: *"Para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deber ser claras, determinadas, liquidas, puras y de plazo vencido cuando lo haya (…)"*[47]La condiciones que nosotros daríamos para poder reclamar como título ejecutivo a los pagos realizados sería que exista el pago en primer lugar y que este sea el original, y en segundo y la más importante sería la aparición del padre, ya que no podemos alegar plazo vencido, además de que la ley tampoco exige obligatoriamente tal requisito, dejando la salvedad de exigirlo si lo hubiera, de este modo hemos visto la factibilidad de crear un nuevo título ejecutivo para el cobro de valores pagados por indebidamente por una confusión.

[46] Ley Contra la violencia de la Mujer y la familia. Corporación de Estudios Jurídicos. 2013.
[47] Código de Procedimiento Civil. Corporación de estudios Jurídicos. 2007

4.2 Marco Jurídico

4.2.1 La Protección del Menor en la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador actual (2008), establece entre sus disposiciones, necesarios e importantes artículos en referencia al cuidado y protección de los grupos vulnerables, y como es natural, el niño se encuentra dentro de estos grupos. Así lo establece el **Art. 35**. Cuando dice *" Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos*[48]. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad, es decir aquellas que cumplan dos de estas condiciones, que puede ser por un lado la de poseer algunas deficiencia y por otro la de ser menor de edad, o incluso se puede dar el caso de una persona en la que recaigan tres aspectos de vulnerabilidad, en las que convergen además de los citados el embarazo.

Para las mujeres embarazadas y los niños se considera una atención prioritaria. Este artículo refleja la obligación moral de la sociedad para con los

[48]Constitución de la república del Ecuador. Versión de bolsillo. Actualizado a 2 de enero de 2014

más débiles, y nadie podría estar en contraposición a este principio, sin embargo, el fin de esta investigación es demostrar que aquel que ha pagado pensiones alimenticias para un niño que se consideraba su hijo no incumple esta obligación social, sino que sencillamente no le corresponde. Él no actúa de mala fe, al solicitar se reembolse los valores que asignó para la mantención del niño, porque no lo hace contra la madre ni el niño, que entendemos son vulnerables, sino contra el futuro padre.

Además ante la negativa de la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) se viola el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador cuando dice: *"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*"[49]. Pero tampoco somos ingenuos, ni michos menos rayamos en ideas absurdas, sabemos que existen situaciones en las que será imposible realizar esta prueba como en el caso de las mujeres embarazadas, sin embargo justamente por esta razón resulta primordial avanzar en esta propuesta jurídica.

La indefensión se entiende como: *"Situación en la que queda una parte del proceso cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa.*

La indefensión puede dar lugar a la nulidad de lo actuado y es motivo para recurrir las resoluciones judiciales".[50]Y esta es la realidad de una persona que ha sido demandado y luego no puede ejercer su derecho a recuperar los

[49]Constitución de la república del Ecuador. Versión de bolsillo. Actualizado a 2 de enero de 2014.
[50] Diccionario jurídico Espasa. Madrid 2006. Pag.821

valores pagados injustamente. Cito este artículo por parecerme importante a la hora de defender mi tesis sobre la indefensión en la que queda el demandado por alimentos que ha sido descartado por la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico).

Así mismo el **Art. 13 dice:** ***"****Las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturalesEl Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria."*[51]El artículo establece el acceso permanente a los alimentos, y en relación con el artículo anterior estos deberán ser prestados a los grupos vulnerables, que en el caso que nos ocupa, serán los niños y las mujeres embarazadas.

El **Art. 44** por su parte establece que *"El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas (…)"*[52].Este artículo resulta importante para esta investigación, ya que como se comprobará nuestra propuesta no lo vulnera, ni busca contraponerse al interés superior del niño, sino que, al contrario, una vez que un hombre, que no tenía obligación, brindó el auxilio necesario al menor, como una obligación moral, resulta justo que cuando aparezca quien es el verdadero papá cubra esta ayuda prestada por quien en su momento fue considerado padre y de quien se solicitó alimentos.

[51] Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014.
[52]Constitución de la república del Ecuador. Versión de bolsillo. Actualizado a 2 de enero de 2014.

El **Art. 45**. Establece los derechos de los niños y los deberes que el estado tiene para con él cuando establece que*: "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción"*[53].La propuesta de de investigación busca justamnete garantizar estos derechos, pero, aol mismo tiempo proteger los derechos de los otros grupos no prioritarios.

El Art. 69 dice*:"Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia primero: Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo."*[54]Este cuidado corresponde esclusivamente a los padres, pero en el caso que nos compete, la persona a la que se obligó no tiene ninguna responsabilida, ni siquiera como obligado subsidiraio.

Y el numeral 5 establece que: "El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos"[55] Este numeral establece la relación responsable que debe existir entre padre e hijos y las responsabilidades que cada uno tiene para con el otro, por eso el padre tiene la obligación de dar todo lo necesario para el cuidado de los hijos.

El Art. 363 en el numeral establece que: El Estado será responsable

[53] Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014 Pag. 29
[54] Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014 Pag. 56
[55] Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014 Pag. 65

de”*Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto*[56]*”.*Este artículo hace referencia a los centros de ateción médica gratuita, pero es interesnate que justamente es esta responsabilidad que se pide al demanadao por alimentos en etapa de gestación de la madre del niño para el que se demanda alimentos.

4.2.2 El establecimiento de la pensión de alimentos en el Código de la Niñez y la Adolescencia y la vulneración de algunos derechos del demandado.

El Art. 127Innumerado 2. Establece que: ***“****El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las* ***necesidades básicas*** *de los alimentarios que incluye:****1****. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;*

2*. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;*

3*. Educación;(…)*[57]Este artículo es claro al decir que el derecho de alimentos es connatural a la relación parento-filial, aun cuando doctrinariamente se establece que los alimentos son una obligación moral traducida en una norma legal, esta solo tiene obligatoriedad cuando es producida dentro de una relación parento –filial. Lo que nos lleva a la pregunta obvia, ¿por qué alguien que no tiene esta relación parento- filial debe pagar alimentos? Y aún más,

[56] Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014 Pag. 236
[57] Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014 Pag. 236

¿cómo aquel que no tiene esta relación pero que ha brindado alimentos puede recuperar lo abonado? Ya que por ley no le correspondía tales prestaciones económicas.

Lógicamente no estamos en contra de la prestación de alimentos en el sentido amplio y doctrinario, sino que estamos a favor de que el cobro que se va a hacer a particulares, se haga a quien le corresponde responder legalmente.

El Art. 128.Innumerado 3. Dice: ***"****Este derecho es* ***intransferible****,* ***intransmisible****,* ***irrenunciable****,* ***imprescriptible****,* ***inembargable*** *y* ***no admite compensación ni reembolso de lo pagado****, salvo las pensiones de alimentos que han sido fijadas con anterioridad y no hayan sido pagadas y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocidos con anterioridad, casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos"*[58].El artículo además de establecer principios obvios como la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, regula que no se admitirá el reembolso de lo pagado.

Estamos de acuerdo en la falta de lógica al querer cobrar lo pagado a la madre; ya que por carecer de recursos es que demanda los alimentos, hacerlo contra el niño es todavía más improbable, sin embargo, como lo propone este trabajo de investigación, sí que se puede repetir contra el padre que aparezca a futuro, además no es extraña a este código la acción de repetición, ya que se establece en el Art. 130 innumerado 5 Cuando dice: "*Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer la* ***acción de repetición*** *de lo*

[58]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 32

pagado contra el padre y/o la madre"[59] El Código de la Niñez y la Adolescencia establece esta figura de repetir contra la madre y/o el padre, porque resulta lógico que sí por buena voluntad o por fuerza de ley prestó alimentos es justo que pueda recuperar los valores que desembolsó, sin embargo, los legisladores no han considerado la factibilidad y justicia de que, quien ha sido descartado como padre del menor pueda repetir contra quien ha sido reconocido como tal. Por tanto aquí tenemos una contradicción jurídica que dista tan solo en dos artículos, por un lado el art. innumerado 3 dice que no habrá reembolso de los valores pagados y por otro en el art. innumerado 5 da la potestad de poder por medio de la acción de repetición recuperar los valores dados por concepto de alimentos.

Por su parte el Art. 130.- Art. Innumerado 5.- establece las personas que están obligadas a la prestación de alimentos y establece que: ***"****Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria, aún en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad.*

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

1*. Los abuelos/as;*

[59]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 33

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

***3**. Los tíos/as(…)Los parientes que hubieren realizado el pago podrán ejercer* la **acción de repetición** de lo pagado contra el padre y/o la madre(…)."[60]Este artículo establece que los titulares de la obligación son los padres, y a la falta de estos serán considerados como tales los obligados subsidiarios, que ya se enumeran con anterioridad, sin embargo no se establece como obligado subsidiario a ninguna otra persona, caso en el que se encontraría el demandado al que no se le ha podido comprobar mediante la prueba de ADN (Ácido desoxirribonucleico) la paternidad o la relación parento-filial en relación al niño para el que se pide alimentos. Lo que en términos llanos sería que la ley no establece que se le cobrará a un desconocido las pensiones alimenticias. La ley no establece esto, sin embargo, es lo que a fin de cuentas resulta del pago de pensiones alimenticias para un niño que no es hijo del demandado.

En el Art. 142. Se establece que "A petición de parte o cuando el caso lo amerite en la primera providencia de la demanda de alimentos el Juez decretará sin notificación previa al demandado, la prohibición de que el demandado se ausente del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a los funcionarios encargados de hacerla efectiva. Igual prohibición se extiende a aquellos que se encuentren en mora de la resolución judicial"[61] Esto con la finalidad de proceder a asegurar que el padre no deje de pagar las pensiones alimenticias al salir del país, o que en el peor de los casos salga del `país justamente para no pagar.

[60]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 33
[61]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 57

Y la antijuricidad se ratifica con el Art. 133Innumerado 8 donde dice que ***"La** pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara*" [62]

No estamos seguros de que sea el papá pero, sin embargo, ya se fija la pensión, esto resulta un atropello a los derechos del demandado.

Al revisar la doctrina y el alma – por decirlo de algún modo- de este artículo entendemos claramente la intención de fijar la pensión alimenticia desde el momento que se ha plateado la demanda, el fin es proteger la salud integral del niño, y nadie en sano juicio puede discutir esta loable decisión, lo que si nos parece inaceptable es que la norma no establezca formas de subsanar, en el caso de que existiera, el error cometido al haber obligado a alguien que no guarda relación parento-filia con el niño a pagar pensiones alimenticias.

El Art. 134 Innumerado 9.- establece la fijación provisional de la pensión de alimentos y dice: *"Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una **pensión provisiona**l 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 delos demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen*

[62]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 33

comparativo de los patrones debandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos."[63]Este artículo pareciera resolver lo que hasta el momento he planteado; la jueza establece la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) y si el demandado no es el papá sencillamente no está obligado a pagar alimentos, este a nuestro criterio un vacío que se ha dejado en la ley.

Pero no debemos olvidar el art. Art. 148.- que establece que *"la mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el periodo de lactancia por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña".*[64]En el caso del Art 148 la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) resulta imposible de realizar, primero por el riego que corre el feto y segundo porque la ley lo prohíbe expresamente. Entonces en este caso el padre, o más bien, el presunto padre deberá pagar los alimentos para la madre e incluso cubrir los gastos del parto. Quien fue demandado como padre y no lo era pago y cubrió los gastos del embarazo, por tanto lo más razonables es que pueda recuperar los valores que injustamente desembolsó, no repitiendo contra la madre, sino contra aquel que por la relación parento-filial está obligado a prestar alimentos.

[63]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 34
[64]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 42

El Art. 135Innumerado 10.- establece las Obligaciones del presunto progenitor, y lo hace de la siguiente forma: "*Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá l a**inscripción** de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil; o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demanda.*

Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación parento-filial."[65]En este artículo se establece el meollo de esta investigación, si la demanda se hace para un niño en cualquier edad, la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) es fácil de hacerse, sin embargo, que pasa cuando se demanda prenatales, justamente cuando al niño no se le puede hacer prueba alguna, en este caso, el demandado deberá pagar valores mensualmente, con riesgo al no hacerlo de extendérsele boletas de apremio personal.

Mientras que el Art. 136. Innumerado 11.- establece las condiciones para la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico): "*Tendrán valor probatorio en juicio, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN)practicadas por laboratorios especializados públicos y privados, que cuenten con peritos calificados por la Fiscalía (…)."*[66]La Suficiencia de la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) como medio probatorio se establece en el Art. 138 Innumerado 13 que dice: *"La prueba de*

[65]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 34
[66]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 43

ADN con las condiciones de idoneidad y seguridad previstas en esta ley, se tendrá por suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad. No será admitida la dilación de la causa a través de la petición de nuevas pruebas, salvo que se fundamente y pruebe el incumplimiento de las condiciones previstas en la presente ley."[67]Por una parte se establece que la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) será considera suficiente prueba, pero no se cuenta con el supuesto de que los alimentos e pidan en etapa prenatal en el que la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) no puede hacerse, dejando en la indefensión del demandado que no puede impugnar la paternidad.

Así lo establece el Art. 139 Innumerado 10 cuando manifiesta la prohibición de las pruebas al niño que aún no ha nacido.

"Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer; sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para esta blecer la relación parentofilial"[68] Este es el artículo en el que baso mi investigación, ya que no se puede demostrar la paternidad, razón por la cual el demandado no puede ser descartado como padre y debe pagar las pensiones alimenticias hasta que nazca el niño, pero hasta ese día el deberá seguir pagando so pena de ser detenido.

El Art. 139.- Art. Innumerado 14. Dice que *"El Juez/a, fijará el pago de la pensión de alimentos y de los subsidios y beneficios adicionales, principalmente, y, si así lo solicitare el alimentario o su representante, a través del depósito de una suma de dinero que deberá efectuarse por mensualidades*

[67]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 45
[68]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 45

anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y, en caso de subsidios y beneficios adicionales, en la fecha señalada para el efecto; en la cuenta que para ello se señale, cuyo ***certificado de depósito constituirá prueba para demostrar el pago*** *o la falta de a favor de la beneficiaria/o o de quien legalmente lo represente"*[69]Los certificados de depósito de los que habla este artículo son a nuestra forma de ver, documentos de valía que podía ser considerados como títulos ejecutivos en contra del padre que sea reconocido como tal con la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico). Son documentos legales, originales y en sí mismos podrían ser considerados documentos que prueban los pagos hechos en lugar del verdadero padre, esta forma de pago me parece apropiada para poder reclamar a posteridad los valores que han sido dados por concepto de alimentos.

4.3 Legislación Comparada

4.3.1 El derecho de alimentos y sus procedimientos en la legislación comparad de otros países.

El Ecuador es el estado latinoamericano que mayores avances, a nuestro criterio, ha realizado en materia de menores. Entre los artículos del Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador repasados anteriormente pudimos develar un sistema ordenado y casi completo a la hora de ejercer los derechos de los menores.

Al realizar un estudio comparativo de las diferentes legislaciones Latinoamérica se determinó que algunos países como Bolivia por ejemplo casi no

[69]Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012, pag. 46

consideraban los derechos de los niños y adolescentes. Otros países como Colombia, Costa Rica y Paraguay establecen en sus legislaciones que las pensiones se contarán desde el momento en que se presente la demanda, esta disposición guarda semejanza con nuestra norma. Solamente las legislaciones de Costa Rica establece el apremio personal por deuda de alimentos.

Las pruebas de primer orden como la de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) forman parte de nuestra legislación como prueba única y definitiva mientras que las normas con las que he comparado nuestro código establecen como prueba incluso el testimonio de personas.

La prohibición de salir del país también está recogida en el Código de Menores de Colombia y del de Costa Rica, que a nuestro parecer son los países que al igual que el nuestro más han evolucionado en la protección del menor.

Aun así, ningún código, quizá por la poca experiencia o vigilancia del derecho de los menores, ha implementado ninguna norma que permita recuperar los valores aportados por una persona a la cual se ha determinado que no guardado relación parento-filial con el niño. Y mucho menos otras alternativas como la que propongo transformando los comprobantes de pago en títulos ejecutivos para un rápido cobro de los valores pagados.

Sin embargo es nuestra intención presentar las diferentes legislaciones, sus aportes y limitaciones, razón por la cual transcribimos todos los artículos de los cuerpos legales de los diferentes países mencionados, con la finalidad de que el lector pueda sacar sus propias conclusiones.

4.3.1.1 Colombia

El artículo 129.establece que: *"En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal"*[70]Al igual que en nuestro código la legislación de Colombia establece que la pensión se fijará al momento de presentarse la demanda, y establece que la pensión será fijada cómo mínimo en un salario básico, sin embargo deja una salvedad interesante, dice que la demanda deberá ser presentada con una prueba que demuestre la paternidad, es decir, no se pone la pensión y luego se confirma la paternidad, sino que primero se comprueba y luego se determina las pensiones, es por este artículo que Colombia no necesita de reformas como la planteada en esta investigación.

Artículo 130.*"Medidas especiales para el cumplimiento de la obligación alimentaria. Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las siguientes*

[70]Ley 1098 Código de la Infancia y la Adolescencia (2006) Código Reglamentado y corregido por Decretos 4840 de 2007, Decreto 4652 de 2006, Decreto 578 de 2007 y por el Decreto 4011 de 2006 Pág. 77

medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria: Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el Juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley. El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de este se extenderá la orden de pago."[71]En la legislación Colombiana se establece la retención del salario del obligado a pagar alimentos, incluso en un 50% esto con la finalidad de asegurar el pago, y declara obligado solidario al empleador que no cumpla con esta solicitud, de esta forma esta legislación busca hacer cumplir el pago, alineado en el interés superior del niño, pero primero se ha comprobado que el demandado es el padre, en este caso pensión trámite resulta justa.

El Artículo 134 dice: ***"****Los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás."*[72] Las pensiones alimenticias en Colombia son consideradas como créditos, y tienen prelación sobre otros, de esta forma, establece la ley que estos se regirán de acuerdo al Código Civil en las cosas que no estén contenidas en la presente ley de menores.

[71]. Ibíd. Pág. 77
[72] Ibíd. Pág. 78

Como ver el código Colombiano establece algunos principios importantes, pero por la naturaleza de su leyes nuestra reforma, o mejor dicho alguna disposición que se adelante a nuestra propuesta no existe, ya que en primera instancia para establecer la demanda se solicita una prueba fehaciente de que el demandado es el verdadero padre.

4.3.1.2 Perú

Artículo 92.- Definición.- *"Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto"*[73]En este artículo se establece la definición, pero al mismo tiempo se establece desde cuándo se puede demandar alimentos, incluyendo a la mujer embarazada, es decir establece el periodo de gestación como el inicio de la obligación alimenticia, esto en alineación con las resoluciones de los derechos de los niños niñas y adolescentes, que también se contemplan en nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia.

*El Artículo 93 manifiesta**: "**Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de los padres o desconocimiento de su paradero, prestan alimentos en el orden de prelación siguiente:*

1. Los hermanos mayores de edad;

[73]Código de los Niños y Adolescentes Aprobado mediante ley 27337 del año 2000 Pág. 20

2. Los abuelos;

3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y

4. Otros responsables del niño o del adolescente"[74]Estas disposiciones se encuentran en nuestro código como los obligados subsidiarios, y busca al igual que en el nuestro cumplir con el interés superior del niño, o del menor. Este artículo no posee mayor relación con lo propuesto en esta investigación. Aún que llama la atención que no establece los medios probatorios de paternidad, dejando abierta la manera de probarla.

El Artículo 96 establece la Competencia y dice: **"**El Juez de Paz Letrado es competente para conocer la demanda en los procesos de fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo de alimentos, sin perjuicio de la cuantía de la pensión, la edad o la prueba sobre el vínculo familiar, salvo que la pretensión alimentaria se proponga accesoriamente a otras pretensiones."[75] Es curioso que este código contempla menos de una docena de disposiciones referentes a la prestación de alimentos, lo que nos muestra un atraso en materia de alimentos.

Como lo habíamos manifestado en el análisis del artículo 93, este código no establece medios probatorios definitivos, sino que deja a criterio del Juez de Paz, el establecimiento de estos medios probatorios. De igual forma que la legislación colombiana, la peruana no tiene nada que aportar a la investigación presente, pero en este caso por el escaso adelanto que se ha visualizado en materia de menores.

[74] Ibíd. Pág. 20
[75] Ibíd. Pág. 22

4.3.1.4 PARAGUAY

El Art. 97 establece la obligación de proporcionar asistencia alimenticia: *"El padre y la madre del niño o adolescente, están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados a su edad. La asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. La mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto. En ningún caso el Juez dejará de pronunciarse sobre la asistencia alimenticia solicitada."*[76] Este artículo también establece el derecho de prestar alimentos a la mujer que está embarazada, y define basado en las convenciones de los derechos de los niños aquello que se entenderá como alimentos, en esto se asemeja, por basarse en tratados internacionales, a nuestro código.

El Art. 98 de la prestación obligatoria de asistencia alimenticia a cargo de parientes *"En caso de ausencia, incapacidad o falta de recursos económicos de los padres, deben prestar asistencia alimenticia las personas mencionadas en el Artículo 4° de esta Ley y, subsidiariamente, el Estado. Cuando los obligados, a criterio del Juez, se hallen materialmente impedidos de cumplir dicha obligación en forma singular, ésta podrá ser prorrateada entre los mismos."*[77] De igual forma, como una tendencia de vanguardia, este código también

[76]Ley 1680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay del año 2001. Pág. 48
[77] Ibíd. Pág. 48

establece a los obligados subsidiarios, que deberán prestar alimentos en caso de faltar o desconocer el paradero del obligado principal.

El artículo 187 establece los medios de prueba y dice. "*El derecho en virtud del cual se solicite alimentos, solo podrá probarse por medio de instrumento público o por absolución de posiciones del demandado. El monto del caudal del demandado podrá justificarse por toda clase de prueba, incluso por medio de testificales rendidas previamente ante el Juez."*[78]La única forma de probar la paternidad, que es a lo que se refiere este artículo, dice se deberá probar por instrumento público, pero no dice exactamente cuál. En nuestra legislación se establece la prueba de ADN como medio probatorio principal, sin embargo, en la legislación Paraguaya se deja abierta esta posibilidad.

El artículo 189 manifiesta la fijación del monto y vigencia de la prestación y dice: "La cantidad fijada en concepto de pensión alimentaria será abonada por mes adelantado desde la fecha de iniciación de la demanda. En caso de que hubiese demanda de filiación anterior, desde la fecha de iniciación del juicio de filiación y en el caso de aumento de la prestación, convenida extrajudicialmente, desde la fecha pactada. Podrá retenerse por asistencia alimentaria hasta el cincuenta por ciento de los ingresos del alimentante para cubrir cuotas atrasadas. Los alimentos impagos generan créditos privilegiados con relación a cualquier otro crédito general o especial. Su pago se efectuará con preferencia a cualquier otro". Se establece también la fijación de la pensión alimenticia desde la presentación de la demanda, lo que vuelve al problema antes planteada ¿Qué pasa si luego se determina que el demandado no es el

[78] Ibíd. Pág. 73

verdadero padre? Cómo hemos visto ninguna legislación de las comparadas establece ningún adelanto en lo propuesto en esta investigación.

5. MATERIALESYMÉTODOS.

La investigación es la base de toda ciencia porque genera conocimiento y la mantiene en constante evolución, debido a esta particular característica es importante anotar aquellos métodos que sirvieron para llevar a cabo la ejecución del proyecto de tesis.

5.1. Materiales Utilizados.

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe final de la tesis; dentro de estos materiales los más importantes considero fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República de Ecuador, Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, Compendio de Legislación Ecuatoriana, experiencias comparadas de Colombia, Costa Rica, Bolivia, República Dominicana, Diccionario Jurídico Consultor Magno, Diccionario Jurídico Espasa, Diccionario Jurídico elemental Cabanellas, Derecho Civil del Ecuador Tomo I y III de Juan Larrea Holguín, Manual de Derecho de Familia Carlos Días López, Manual de Derecho de Familia, Gustavo Bosserty, Eduardo Zannni. Alimentos, Legislación, doctrina y Práctica, Juan Pablo Cabrera. Para la Constitución del marco doctrinario y conceptual, el internet y libros, me permitió el avance de la legislación comparada en la dirección: www.sitiosjuridicos.com, y www.biblio.juridicas.com, www.derechoecuador.com de igual manera pude utilizar material de oficina

como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, impresoras; y, fichas bibliográfica 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.

5.2 Métodos

Durante le ejecución de la presente tesis, se utilizaron los siguientes métodos:

Método Científico.

Para la cabal utilización de este método fue necesario recurrir alos métodos deductivo e inductivo, que me permitieron analizar situaciones partiendo desde lo particular a lo general y viceversa. Sobre todo permitió establecer datos reales y verificables que sirven para recrear la investigación en el ámbito real en cualquier momento. Este método busca establecer datos concretos, mismos que se reflejaron al momento de tabular los datos obtenidos.

Se sustenta en el análisis, síntesis y conclusiones de los temas abordados.

Utilizaremos los métodos deductivo e inductivo, que nos permitirán de una forma apropiada concretar nuestra tesis, y podremos analizar situaciones partiendo desde lo general hasta lo específico.

Método Histórico.

Se Realizó un estudio histórico de todas y cada una de las etapas que atravesaron los derechos de los niños, y pude determinar el descuido que existió para con el niño hasta el siglo XIX. Este método permitió establecer una línea de tiempo con relación a los niños y los derechos ganados y las reivindicaciones ganadas con el pasar de los siglos, empezando desde los egipcios hasta la actualidad.

Método Comparado.

Se lo utilizó al momento de proceder a comparar las diferentes legislaciones, en este caso las de Colombia, Perú y Paraguay. Este método me ayudó a la hora de establecer los avances de cada una de las legislaciones y los aportes que podían hacerse mutuamente en relación al trabajo que me planteé. In embargo logré determinar que nuestra legislación tiene adelantos importantes en materia de menores.

Método Bibliográfico

Este método hizo posible establecer conceptos, fechas, personajes y otros datos que de otra manera me hubieran sido imposible obtener. Esta tesis se encuentra poblada de citas bibliográficas que permiten presentar una información real, pero sobre todo abalizada por estudiosos de las distintas materias citadas, que van desde la historia de los menores hasta la materia de genética.

Método Analítico–Sintético.

Contribuyó para realizar un análisis global de la problemática planteada e información recopilada de manera que me fue posible sintetizar esos contenidos en conceptos, ideas y resultados que se obtuvieron en el transcurso del desarrollo de la investigación.

Método Jurisprudencial

Este método ha permitido el estudio en un sentido doble, permitiendo el estudio tradicional de la jurisprudencia en nuestro país, y poder relacionar, con cada disposición legal que se estudia, los fallos o sentencias de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia. Con este criterio se ha permitido editar muchas veces, nuestra legislación en base a la jurisprudencia.

5.3 Procedimientos y Técnicas.

De las técnicas existentes, durante el desarrollo de la tesis se empleó las que a continuación se detallan:

La entrevista.

Esta técnicanos permitió obtener resultados cualitativos a partir de preguntas abiertas realizadas a personas que se encuentran inmersas en la praxis de la ciencia del derecho, se realizaron 5 entrevistas, dirigidas a profesionales del

derecho, esto es, abogados en libre ejercicio profesional, Jueces y docentes universitarios; quienes aportaran con criterios respecto de la responsabilidad patrimonial por el ejercicio de la función pública y también establecieron lineamientos generales sobre los asuntos investigaciones.

La encuesta.

Esta técnica permitió obtener de resultados cuantitativos en base a un interrogatorio, en una población de treinta encuestados. Mediante esta técnica obtuve información cuantitativa respecto de la problemática investigada, además de establecer los lineamientos generales para la construcción de soluciones mediante las ideas dadas por los propios encuestados y la muy importante aportación de sus diferentes criterios a mi tema de investigación.

6. Resultados.

La investigación realizada nos ha permitido obtener algunos datos importantes que validan la importancia de la investigación y confirman la veracidad de los planteamientos realizados en mi proyecto de investigación. A continuación nos permitimos presentar los datos obtenidos, siendo estos el resultado de las encuestas.

Resultados de las Encuestas.

Conforme lo previsto en el proyecto de investigación que se realizó previamente, se ha utilizado la técnica de la encuesta en el presente trabajo, en un número de treinta encuestados con un contenido de cinco preguntas, dirigidas a obtener valiosos criterios de prestigiosos profesionales del Derecho de nuestra ciudad de Loja dedicados al libre ejercicio, así como también distintos funcionarios de la Corte Provincial de Justicia de Loja y de los Tribunales de la Niñez y la Adolescencia, encuesta que se ha diseñado en base al problema, objetivos y la hipótesis del referido proyecto de investigación.

Se consideró la utilización de cuadros estadísticos y gráficos que permitirán visualizar los resultados obtenidos, de la misma manera realizar un análisis crítico de la realidad que nos presentan dichos cuadros, a más de realizar una interpretación, los mismos que son fundamentales para obtener los resultados del presente trabajo de investigación y elaborar la respectiva verificación de objetivos y la contrastación de hipótesis nuestra investigación planteados y desarrollados en el transcurso de toda esta investigación, a más de darnos una idea general respecto a la reforma de ley que se planteara al final de esta investigación con la cual se pretendemos cubrir el vacío jurídico existen en las normas jurídicas vigentes de nuestro país, específicamente en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

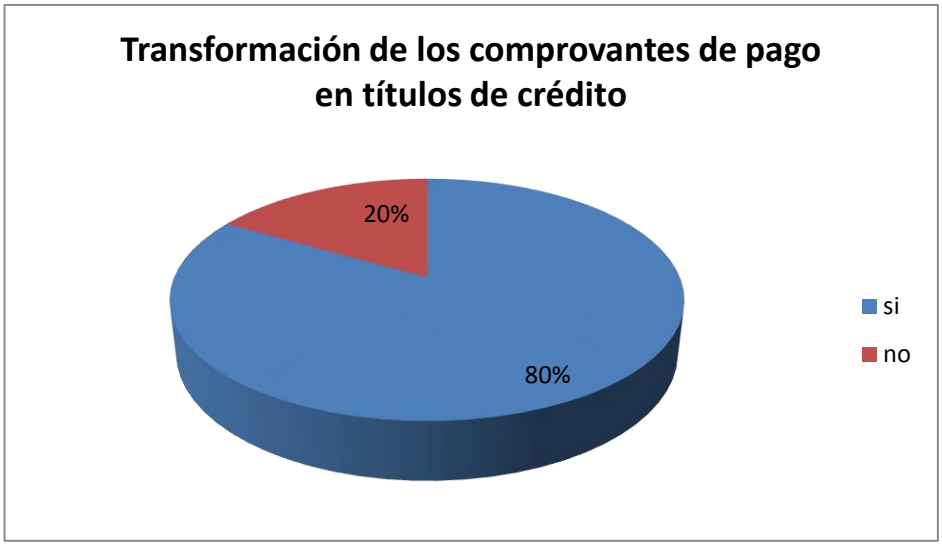
Pregunta 1¿Está usted de acuerdo con el Art. 133 del Código de la niñez y la Adolescencia que dice que desde el momento mismo que se presente la demanda y esta es calificada se procederá a establecer una pensión alimenticia provisional?

Tabla 1

Indicador	Frecuencia	Porcentaje
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

Fuente: Operador de Justicia y abogados en libre ejercicio.
Autor:Ángel Fabián Calva Peña

Gráfico 1



INTERPRETACIÓN.

Del universo consultado 24 que representan el 80% manifestó que se encuentra en acuerdo con el Art. 133 que establece que en cuanto se ha presentado la demanda, la jueza inmediatamente impondrá una pensión alimenticia provisional en favor del niño y en contra del demandado. Mientras que un 20% cree que no es procedente ni justo esta pensión alimenticia.

ANÁLISIS.

La mayoría de los profesionales del derecho -80%- argumentaron en las encuestas realizadas su adherencia al art. 133. Manifestaron que es una obligación moral el cuidado del niño, obligación que en términos sociales debe ser cubierta. Por esta razón el Art. 133 establece una pensión alimenticia inmediata, entendiendo que las necesidades humanas del niño como: alimentación, salud, educación etc. No pueden esperar por su carácter de prioritarias. De igual forma las necesidades del ser que no ha nacido son prioritarias, por eso, aun cuando la mujer se encuentra en gestación el derecho de alimentos la asiste, porque el cuidado de ella está en proporción directa del cuidado e integridad del niño que lleva en sus entrañas.

El 20% de los encuestados manifestó que no se encuentra de acuerdo con lo dispuesto en este artículo. En algunos casos, la profesión del derecho ha permitido observar que el derecho de alimentos no siempre recae sobre la persona que realmente debe pagarlos; sino que en muchos casos ha recaído

sobre la persona equivocada. Por eso, establecer una pensión alimenticia en cuanto la demanda se ha presentado puede inducir con mucha facilidad al error, perjudicando pecuniariamente a una persona que no tenía responsabilidad por lazos parento- filiales.

Pregunta 2¿Considera usted justo que quien ha sido descartado como padre de un menor, por la prueba de ADN, quede en indefensión al no poder solicitar la devolución de los valores cubiertos durante la maternidad?

CUADRO 2

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	30	100%
TOTAL	30	100%

Fuente: Operador de Justicia y abogados en libre ejercicio.
Autor:Ángel Fabián Calva Peña

Gráfico 2

INTERPRETACIÓN:

El total de los encuestados, el ciento por ciento, manifiesta que considera injusto que una persona, en este caso el demandado por alimentos, quede en la indefensión luego de que la prueba de ADN lo ha descartado como padre del menor.

ANÁLISIS:

Todos los encuestados coinciden en que se produce un caso de indefensión. El hombre que ha desembolsado valores por concepto de alimentos lo hizo por la obligación que recaía sobre él al haber sido demandado como el verdadero padre de un menor, sin embargo, en el caso de los alimentos para la maternidad se encuentra una dificultad, es imposible realizar la prueba de ADN que lo acredite o no como padre, por lo que tendrá que esperar el tiempo del nacimiento, pero mientras tanto no puede dejar de desembolsar los valores

asignados por el o la juez o jueza, so pena de que se pida en contra suya una boleta de prisión.

Pero una vez que ha nacido el niño y la prueba de ADN confirma la no paternidad del demando la ley no establece un mecanismo a través del cual el demandado y, en este caso perjudicado, pueda recuperar los valores que ha desembolsado, quedando en la indefensión.

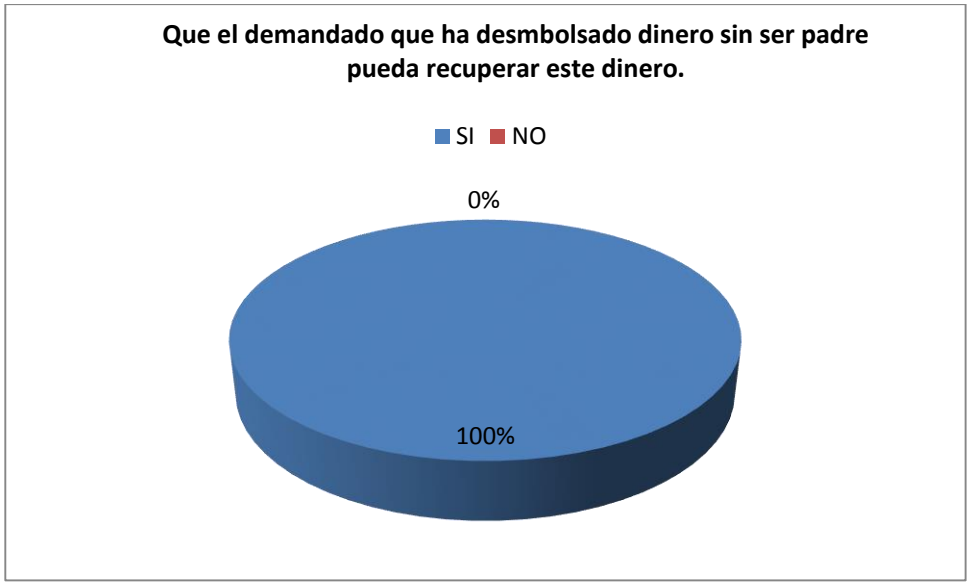
PREGUNTA 3¿Considera usted que sería justo que el hombre que desembolsó valores por una supuesta paternidad, descartada por la prueba de ADN, pudiera recuperar estas aportaciones?

Cuadro 3

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Operador de Justicia y abogados en libre ejercicio.
Autor:Ángel Fabián Calva Peña

Gráfico 3



INTERPRETACIÓN

El ciento por ciento que ha sido encuestado manifestó con su respuesta que sería un acto de justicia permitir al demandado, que ha sido afectado en su patrimonio por desembolsos establecidos por la jueza o juez de la niñez y adolescencia, acceder a un mecanismo para recuperar estos valores.

ANÁLISIS

El derecho de alimentos es una obligación moral que se manifiesta en las normas de un pueblo, pero no es menos cierto que, es un derecho de todas las personas el poder defenderse y no ser perjudicadas

En esta pregunta, todos los consultados coinciden en que es un acto de justicia la existencia de mecanismos a través de los cuales el demandado pueda solicitar el reembolso del su dinero.

Es un acto de justicia social el procurar alimentos para el recién nacido, o el niño que su madre carezca de los recursos necesarios para permitirle vivir con dignidad, sin embargo, considero injusto que se cargue con esta obligación a un particular, que nada tiene que ver con la existencia del niño.

Y si el Art. 133 exige la imposición de una pensión provisional con la finalidad de cubrir las necesidades del menos, también debería establecer mecanismos para que quien ha brindado los mismos pueda recuperarlos cuando aparezca el verdadero progenitor.

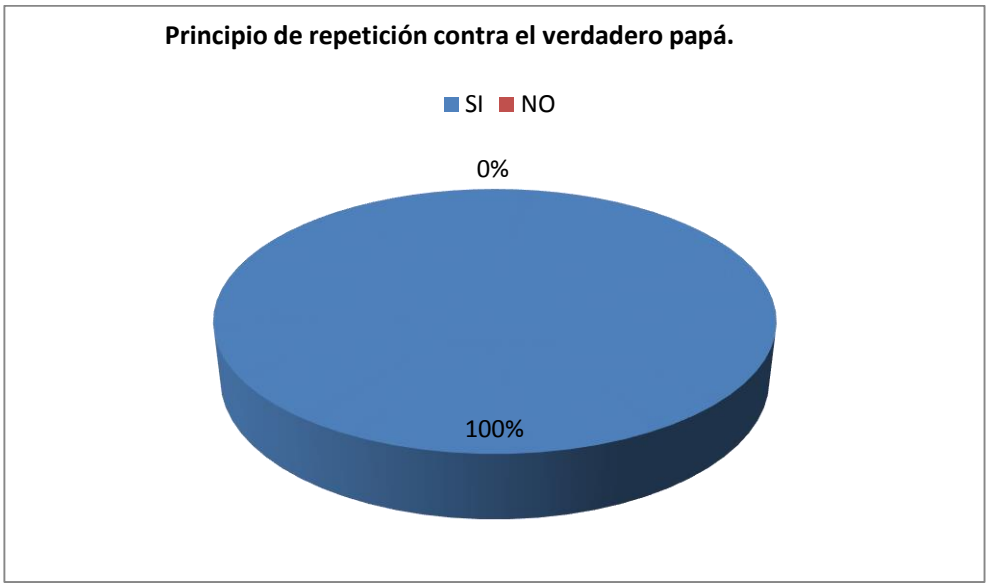
PREGUNTA 4¿Considera usted adecuado que se reforme la ley y se establezca que aquel que ha aportado pensiones alimenticias sin ser el padre de un menor pueda repetir contra quien aparezca a futuro como el verdadero papá?

Cuadro 4

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Operador de Justicia y abogados en libre ejercicio.
Autor:Ángel Fabián Calva Peña

Gráfico 4



INTERPRETACIÓN.

El total de los encuestados coincide en que sería una forma de llenar vacíos legales el hecho de permitir que el demandado por alimentos, que ha sido descartado como padre del menor por la prueba de ADN, repita contra el verdadero padre que aparezca luego y de esta manera recupere los valores desembolsados injustamente.

ANÁLISIS.

El principio de repetición es una opción para la recuperación de los valores pagados por concepto de alimentos. Ya en el proyecto de ley de este trabajo se expondrá la forma en la que se permitiría recuperar a través de medios legales la recuperación de los valores dados a un niño sin ser este hijo del demandado.

Esta propuesta resultó interesante para los entendidos en derecho, y sobre todo para los abogados en libre ejercicio, quienes dijeron que son muchos los casos en los luego de la prueba de ADN se ha descartado la paternidad del demandado, pero que sin embargo este ya había pagado algunas mensualidades. Estos casos son más patentes cuando se demanda alimentos pre natales.

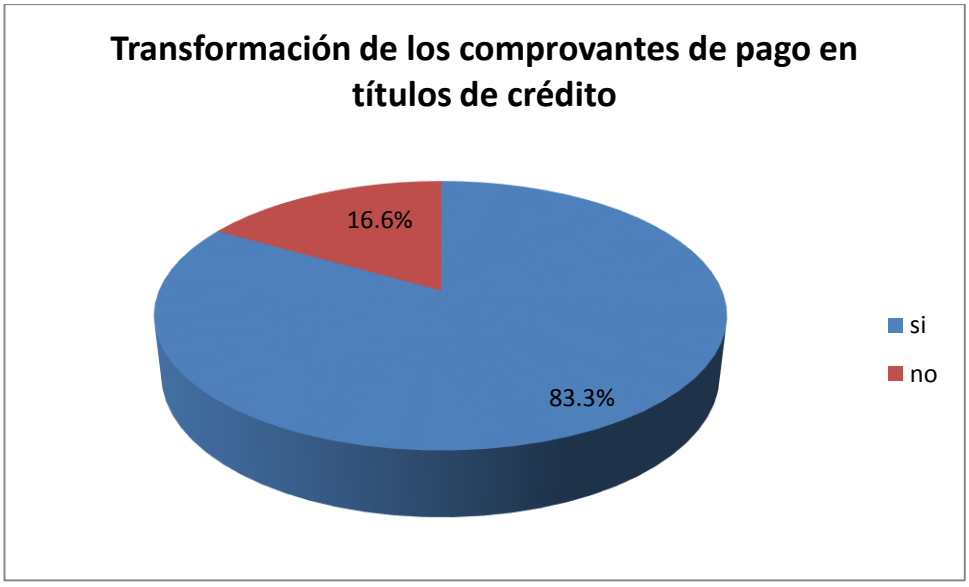
PREGUNTA 5¿Cree usted que sería factible reformar la ley para que los comprobantes de pago que están en posesión del papá descartado por la prueba de ADN se conviertan en títulos de crédito contra quien aparezca a futuro como verdadero padre del menor?

Cuadro 5

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83.3%
NO	5	16.6%
TOTAL	30	100%

Fuente: Operador de Justicia y abogados en libre ejercicio.
Autor: Ángel Fabián Calva Peña

Gráfico 5



INTERPRETACIÓN:

El 80 % de los encuestados contestó que considera oportuno y, es más, innovador el hecho de considerar los comprobantes de pago como títulos de crédito contra el padre que aparezca a futuro. Mientras que un 20% de los encuestados consideró que no es viable esta posible alternativa, por cuanto sería una violación a la doctrina y la jurisprudencia.

ANÁLISIS.

Reconocer a l demandado su condición de no progenitor, no resuelve el hecho de que realizó pagos que no le correspondían, la propuesta de repetir contra quien aparezca a futuro como padre es una solución, pero no se pude concretar a menos que algún documento ejerza sobre él presión y sobre todo

obligación. El plantear la alternativa de que los comprobantes de pago se conviertan en títulos de crédito parecería una idea poco doctrinaria y ortodoxa, sin embargo, las posibilidades que abre son mucho mayores. Quienes en esta encuesta opinaron improcedente dicha acción alegaron que no es legal y que esto no cumple con los requisitos mínimos de los títulos de crédito, además que en este caso un comprobante de pago no pude ser tomado como un documento relevante. Como se expuso líneas atrás, salta algunas líneas doctrinarias, pero sin embargo analizada la propuesta desde una perspectiva social y jurídica, son muchos los caminos que abre para un verdadero ejercicio de la justicia en nuestro país, sobre todo en casos como este, en que un ciudadano queda en la indefensión por no existir mecanismos válidos y con carácter positivos para la reclamación de sus derechos.

6.2 Resultados de las Entrevistas

Dentro de la investigación de campo se realizó entrevistas a cinco profesionales del Derecho, con la finalidad de obtener sus criterios respecto de la problemática planteada, a continuación se presentan sus resultados:

Pregunta Nro. 1

¿Considera usted que nuestra legislación a promovido de manera eficiente el interés superior del niño?

De los encuestados cuatro señalaron que sí, “ el estado en los últimos años ha promovido una verdadera promoción de los derechos del niño, poniendo en

primer lugar el interés superior de este, y lo podemos evidenciar en la legislación positiva pero también en el diario vivir, existe un acceso efectivo , si no en todos si en la gran mayoría de los niños a una educación gratuita, además del acceso a la salud, hay muchas cosas que se deben hacer, pero actualmente se ha logrado mucho, incluso en el acceso a la protección judicial, las reformas para protección de los niños muestran que hemos avanzado en este cuidado del menor, la agilidad del trámite para alimentos es un buen ejemplo de estos avances"

A mi juicio nuestro país si ha avanzado en la protección de los menores de forma significativa, basta dar una mirada a las legislaciones de otros países y notar que el interés superior del niño no prima y poco se hace por cuidar de su integridad.

Pregunta Nro.2

¿Está usted de acuerdo con que se establezca una pensión provisional desde el momento en que se presenta la demanda?

El total de los entrevistados dijeron que es una forma eficaz de solventar los gastos del menor "Nuestra legislación entiende que las necesidades del menor no son postergarles, es decir no le podemos decir al niño, no comas este mes, sino que las necesidades son inmediatas y este es el espíritu de la ley, cuidar y satisfacer las necesidades del menor de forma inmediata"

Coincido con el criterio de los entrevistados al considerar urgente la prestación de alimentos, pero considero además que esto perjudica gravemente el patrimonio del demandado, en caso de comprobar que él no era el verdadero padre.

Pregunta Nro.3

¿Considera usted pertinente proceder mediante la acción de repetición, en contra del hombre que ha sido declarado padre por la prueba de ADN o que lo ha reconocido voluntariamente, al cobro de las pensiones alimenticias que no le correspondían al obligado?

Esta fue una pregunta realmente difícil para los entrevistados ya que les pareció una propuesta interesante, pero sobre todo de difícil ejecución, ya que desembocaría en un juicio que tendría por finalidad restituir pagos realizados injustamente pero que por otro lado no son deudas reales que el verdadero padre biológico haya aceptado, sino que son el resultado de un error por parte de la madre al momento de señalar a un posible padre.

“sabemos que no le podemos cobrar a la madre y mucho menos al niño, cobrarle a quien la prueba de ADN determine padre, o quien así se reconociese como tal, resulta una propuesta interesante, sin embargo no podemos cobrarla como una deuda ya que no hubo un acuerdo previo de prestar dinero, por tanto

no existe una obligación previa que pueda exigirse posteriormente en contra del verdadero padre”

En esta etapa de la entrevista expliqué mi teoría de convertir los comprobantes de pago en títulos ejecutivos y las respuestas fueron las siguientes: “Para la ejecución como título ejecutivo debió haber existido de forma previa un acuerdo entre las partes, en la que una reconoce la deuda y la otra se compromete a cubrir las pensiones alimenticias con la promesa que posteriormente el verdadero padre las restituiría quien en su lugar las otorgó, pero en el caso de alimentos no existe esta característica, razón por la cual no podría realizarse un cobro como títulos ejecutivos”

Desde mi investigación considero posible esta forma de cobro, ya que el demandado y descartado como padre del menor por la prueba de ADN cubrió una obligación que no le correspondía pero que sin embargo por coacción de la ley fue obligado a cubrir, en caso de haber sido determinada con anterioridad la paternidad del verdadero padre este se hubiera visto de igual forma obligado a pagar las pensiones asignadas por la o el juez.

6.3 Estudio de Caso

EXCUSA

VISTOS: Avoco conocimiento del presente proceso en mi calidad de Juez “B” de la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzaza, en base a la resolución dictada por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura Nro. 137-2013, de fecha veintitrés de septiembre del dos mil trece, publicado en el Registro Oficial Nro. 136 de fecha 3 de diciembre del 2013, en la cual se crea la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzaza, Judicatura que conocerá las materias estipuladas en el Art. 3 de la antes mencionada resolución, consecuentemente acepto la Inhibición propuesta ante el suscrito, por el señor Juez “B” de la Unidad Judicial Multicompetente de Zamora.- Al efecto, se dispone lo siguiente: a) Notifíquese a la parte actora, en el correo electrónico señalado; y, b) Remítase Oficio correspondiente al señor Juez que se inhibe, haciéndole conocer que su petición ha sido aceptada.- Ejecutoriado el presente auto se proveerá lo que fuere de Ley.- Actúe la Ab. Helen Elizabeth Rosillo Campollo, en calidad de Secretaria encargada mediante oficio Circ. Nro. DP19-UATH-2014-095, de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Zamora Chinchipe, de fecha 07 de febrero del 2014.- Notifíquese y Cúmplase.-

OFICIO

Of. Nro. 0249-UJMY-2014 Yantzaza, 19 de marzo del 2014 Doctor Nelson Rodrigo Márquez Jiménez JUEZ “B” DE LA UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE DE ZAMORA Ciudad.- De mis consideraciones: En el juicio Especial de Alimentos y Paternidad Nro. 2014-1315 incoado por SONIA MILEIDY GONZÁLEZ ULLOA contra ÁNGEL RAFAEL VALAREZO ZAPATA,

mediante auto se ha dispuesto, oficiar a usted con lo siguiente: Oficiar al señor Juez “B” de la Unidad Judicial Multicompetente de Zamora, para hacerle conocer que su inhibición ha sido aceptado en esta Unidad Judicial Multicompetente de Yantzaza “B”, dentro del juicio Nro. 19332-2014-3042, misma que se tramitaba en esa judicatura. Particular que le hago conocer para los fines de Ley consiguientes. Atentamente, Dr. Frank Ricardo Caamaño Ochoa JUEZ “B” DE LA UNIDAD JUDICIAL MULTICOMPETENTE DE YANTZAZA

CALIFICACION DE LA DEMANDA

VISTOS: Avoco conocimiento del presente proceso en mi calidad de Juez Titular de la Unidad Judicial Multicompetente “B” de Yantzaza.- Examinada que ha sido la presente demanda de Alimentos y Declaratoria de Paternidad que antecede presentada por la señorita SONIA MILEIDY GONZÁLEZ ULLOA en contra de ÁNGEL RAFAEL VALAREZO ZAPATA, en calidad de demandado principal, a favor del niño Joseph Jhael González Ulloa, y por reunir los requisitos de ley se la acepta a trámite Especial de Alimentos que corresponde. Cítese al demandado en el lugar que se indica e insinúesele sobre la obligación que tiene de señalar casillero judicial en esta ciudad de Yantzaza para notificaciones posteriores que le correspondan, bajo prevenciones de no comparecer se procederá en rebeldía; para el efecto se dispone comisionar al señor Comisario Nacional de Policía del cantón Yacuambi, a quien se le enviará despacho suficiente y se le concede el término de cinco días. Se dispone que la parte actora, preste las facilidades necesarias y colaboración para que se cumpla en forma efectiva la práctica de la citación en el menor

tiempo posible. Conforme lo ordenado en el Art. Innumerado 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia se fija a favor del niño Joseph Jhael González Ulloa la cantidad de Noventa y dos dólares con 48/100 la pensión provisional más los beneficios de ley que sufragará el obligado principal señor ÁNGEL RAFAEL VALAREZO ZAPATA, a partir del mes de marzo del año dos mil catorce, por mesadas anticipadas, cuyos valores serán depositados en la cuenta de ahorros del banco de Loja que oportunamente debe aperturar la accionante.- Señálese el día lunes 21 de abril del 2014 a las 15H00 horas, para que tenga lugar el examen corporativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) entre el niño JOSEPH JHAEL GONZÁLEZ ULLOA, la actora SONIA MILEIDY GONZÁLEZ ULLOA y el demandado señor ÁNGEL RAFAEL VALAREZO ZAPATA, a costa del presunto progenitor. Para el cumplimiento de la indicada diligencia se depreca a uno de los señores Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente de Zamora enviándole suficiente despacho, ofreciéndole reciprocidad en casos similares y facultándole nombrar y posesionar al perito médico que estime conveniente. Deprecatorio que previamente ingresará a la Oficina de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia de Zamora. Las partes concurrirán con sus respectivos documentos de identidad, dos fotos tamaño carnet cada uno y partida de nacimiento de la adolescente, por duplicado. Se prohíbe que el alimentante señor ÁNGEL RAFAEL VALAREZO ZAPATA, titular de la cédula de ciudadanía Nro. 1900612407, se ausente del país, para lo cual ofíciese inmediatamente a la Oficina de Migración de la Policía Nacional de Zamora Chinchipe, para que tome procedimiento en este asunto.El demandado podrá realizar anuncio de pruebas hasta cuarenta y ocho horas antes de la fecha fijada para la audiencia

única. Téngase en cuenta el anuncio de prueba, la casilla judicial y la cuantía fijada por la accionante, así como la autorización concedida al Profesional que la patrocina, para que firme los escritos necesarios en este proceso. Adjúntese al proceso la documentación aparejada.- Actúe la Ab. Helen Elizabeth Rosillo Campollo, en calidad de Secretaria encargada de la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzaza "B", mediante oficio Circ. Nro. DP19-UATH-2014-095, de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Zamora Chinchipe, de fecha 07 de febrero del 2014.- Notifíquese.-

SENTENCIA

VISTOS: Practicada que ha sido la Audiencia Única, corresponde resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: Se declara la validez del proceso, por cuanto no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión; y, el suscrito Juez soy competente para conocerlo conforme al Art. 245 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO: El Art. 5 Innumerado del Código de la Niñez y Adolescencia, señala: "Los padres son los titulares principales de la obligación alimentaria…". Para determinar la relación parento filial y consiguientemente la responsabilidad del demandado respecto del alimentario, se ha practicado el examen de ácido desoxirribonucleico ADN, cuyos resultados obran de Fs. 39 a 42 de los autos; donde las Lcds. Margarita Vela Cavinato y Gabriela Morejón López, Peritos Legales del Laboratorio de Genética Molecular de la Cruz Roja Ecuatoriana, concluyen: "Los resultados obtenidos EXCLUYEN la existencia del vínculo biológico de paternidad del señor VALAREZO ZAPATA ÁNGEL RAFAEL con

cédula de identidad 190061240-7…… respecto al hijo (a) GONZÁLEZ ULLOA JOSEPH JHAEL. Por lo tanto, el señor VALAREZO ZAPATA ÁNGEL RAFAEL no es el padre biológico de (el/la) hijo (a) la GONZÁLEZ ULLOA JOSEPH JHAEL". Por lo expuesto, con fundamento en lo previsto en el Art. 13 Innumerado del Código de la Niñez y Adolescencia, la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzaza, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA rechaza la demanda de alimentos y declaratoria de paternidad presentada por la señorita SONIA MILEIDY GONZÁLEZ ULLOA. Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y Cúmplase.-

RECURSO DE APELACION

VISTOS: Avoco conocimiento del presente asunto, en mi calidad de Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Yantzaza, encargado mediante Of. No. DP19-UATH-2014-273, de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Zamora Chinchipe, de fecha 28 de mayo de 2014.- Despachando el escrito que antecede, en lo principal, se dispone: Por cuanto en forma oportuna la accionante Sonia Mileidy González Ulloa, ha interpuesto recurso de apelación de la sentencia dictada, de fecha 28 de mayo del 2014, a las 12h19 siendo legal y procedente, se lo acepta y se concede la apelación, para ante la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora, apercibiendo a las partes en rebeldía, para que concurran a hacer valer sus derechos en la segunda instancia.- En tal virtud, previas las formalidades correspondientes, remítase el proceso en forma inmediata al Superior para los fines de ley.-

Téngase en cuenta el casillero judicial Nro. 69, el correo electrónico espinoza2233344@hotmail.com señalado por la parte accionante; y la autorización que confiere al Ab. Héctor Espinoza, para la segunda instancia.- Actúe la Ab. Helen Elizabeth Rosillo Campollo, en calidad de Secretaria encargada mediante oficio Circ. Nro. DP19-UATH-2014-095, de la Dirección provincial del Consejo de la Judicatura de Zamora Chinchipe, de fecha 07 de febrero del 2014.- Notifíquese y cúmplase.

SENTENCIA

V I S T O S.- El señor Juez a-quo dicta sentencia que niega la pretensión de declaración de paternidad del ciudadano Ángel Rafael Valarezo Zapata. De esta resolución apela la accionante solicitando a la Sala ordene la realización de otro examen de ADN, y con el resultado de este se declare la paternidad del demandado y se le imponga la obligación de pasar alimentos. Que es del caso resolver por el mérito de lo actuado, y para hacerlo se tiene en consideración: PRIMERO.- La Sala es competente para conocer, estudiar y resolver sobre el recurso de apelación interpuesto de acuerdo al artículo innumerado 40 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 643, del martes 28 de julio de 2009, en concordancia con el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, legislación que deriva del artículo 76.7.m de la Constitución de la República. SEGUNDO.- Como ya se indicó, la apelación de la sentencia emitida por el señor Juez a-quo, tiene como fundamento la solicitud, a la Sala,

de otro examen de ADN, el mismo que se lo ha concedido y del cual se ratifica la incompatibilidad biológica entre el demandado y el menor. Por las consideraciones realizadas, Administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, se confirma en todas su partes la sentencia subida en grado. Con costas y sin honorarios que regular en esta instancia. Hágase saber.-

6.3 Análisis

En este caso podemos comprobar que el pago de las pensiones por parte de una persona a la que no le correspondía darlos realmente ocurre.

El caso es claro, la prueba de ADN demostró con un 99% de precisión que el hombre al que se había demando por alimentos no era el verdadero papá del niño para el cual se demandaba alimentos, razón por la cual este ni siquiera estaba obligado a darlos como subsidiario, ya que no existía ningún rasgo de parentesco alguno.

En este caso se actuó de acuerdo al procedimiento establecido, se fijó en primero lugar una pensión provisional y luego se ordenó el examen de ADN, que por su puesto corresponde pagar al demandado. El examen no tiene un costo ínfimo, sino que por el contrario es oneroso, ¿Quién devolverá este valor al demandado? La ley no establece la viabilidad de cobro de estos valores.

En el caso que propongo, la demanda por parte de una mujer en fase de gestación trae ciertas dificultades, la ley no permite, ni siquiera el sentido

común, realizar pruebas con el feto humano, razón por la cual el demandado debe esperar para realizar las pruebas de ADN, sin embargo, las pensiones alimenticias no se detienen sino que, son exigibles en su totalidad. Entonces tenemos, hipotéticamente, siete meses de pensiones cancelados, el costo total de la prueba de ADN, y finalmente la determinación de que el niño para el que se solicitaba alimentos no era hijo del demandado, dejando de este modo en la indefensión al demandado ya que no puede cobrar los valores que pago injustamente.

7. Discusión.

7.1Verificación de Objetivos.

El presente trabajo de tesis se encuentra basado en objetivos planteados, de ahí que en este proyecto se estableció un objetivo general y tres objetivos específicos; y, una hipótesis, aspectos que constituyeron las directrices de la investigación y su propósito, la misma que durante el desarrollo de este trabajo se han verificado y comprobado, conforme a continuación se indica.

7.1.1 Objetivo General

Realizar un estudio jurídico sobre la indefensión en la que se queda quien brindó pensiones alimenticias a uno que no era su hijo, y la factibilidad jurídica de que este pueda pedir el rembolso de los valores pagados a quien posteriormente sea comprobado por las pruebas de ADN como padre del niño.

Este objetivo se cumplió completamente, se determinó doctrinariamente la indefensión en la que queda quien ha sido demandado por alimentos y que posteriormente le es imposible recuperar los valores dados, ya que no existe un mecanismo de recuperación. Además, establecimos una alternativa viable, sencilla y sobre todo óptima para el cobro de los valores pagados por pensiones alimenticias. Determinamos que resulta justo el cobro al padre que aparezca posteriormente como tal por la prueba de ADN o por reconocimiento voluntario. Establecimos como mecanismo de para el cobro los comprobantes de pago como títulos ejecutivos con la finalidad que sean de rápido ejecución.

7.1.2 Objetivos Específicos.

En el proyecto de tesis se plantearon tres objetivos específicos:

1.- Determinar el vacío jurídico respecto del pago indebido por alimentos.

Este objetico se cumplió a cabalidad, demostré cómo en la ley existen vacíos en materia de cobro de pensiones pagadas indebidamente. Nuestra legislación no contempla de ninguna forma esta restitución de pagos por pensiones ya que no se le puede cobrar a la mujer que solicitó alimentos para su hijo, pero la ley no contempla que sí se le puede cobrar al padre que estaba obligado desde el inicio a dar estas pensiones alimenticias.

2.- Realizar estudios bibliográficos sobre el derecho de alimentos y las corrientes jurídicas actuales en que se sustentan.

Mediante un estudio bibliográfico buscamos determinar las nuevas tendencias en alimentos, contempladas en algunos casos en la doctrina, pero en otros encontramos ciertos avances en las normas positivas de las diferentes legislaciones de países latinoamericanos. Este objetico específico se cumplió completamente.

3.-Realizar una propuesta jurídica respecto de la indefensión de quien aportó pensiones alimenticias sin ser el padre del pensionado.

En este trabajo de tesis se estableció una propuesta jurídica que innova artículos y de una forma sencilla permite a quien ha sido demandado y descartado como padre de un menor, tener alternativas de cobro que no lo dejen en la indefensión.

7.2 - Contrastación de Hipótesis.

Para el desarrollo de la presente investigación jurídica me he propuesto como hipótesis la siguiente:

“Una norma que establezca el principio de repetición de parte de quien ha sido descartado como padre por acción de la prueba de ADN contra el verdadero

padre, permite que quien ha pagado pensiones alimenticias injustamente no quede en la indefensión”

La hipótesis que se plantó al inicio de este trabajo de investigación se cumplió completamente, mediante la revisión de literatura especializada, además del análisis de la norma, Código de la Niñez y la Adolescencia, logramos determinar que existen vacíos legales en nuestras leyes en lo referente a la forma de cobro del demandado que ha sido descartado como padre de un menor; la ley no contempla mecanismos para que esta persona pueda recobrar los valores asignados a un menor que no es su hijo.

Tenemos dos constantes, la primera, se ha demandado a un apersona y con esta demanda se ha planteado una pensión provisional, la segunda, y la razón por la que decidimos realizar esta investigación, la prueba de ADN ha descartado como padre al demandado, sin embargo, él ya ha pagado las pensiones que obligatoriamente asignó el o la jueza.

La ley no contempla esta situación, contempla una acción de repetición de parte de un obligado subsidiario, es decir, permite que estos obligados que han prestado alimentos puedan repetir contra los verdaderos padres, pero no establece que alguien que no tiene ninguna responsabilidad de dar alimentos pueda recobrar todos los valores que ha asignado para el cuidado de un menor.

Entonces la hipótesis se cumple, se demostró que, si la norma estableciera un articulado en el que se permita el cobro por parte del demandado injustamente hacia el verdadero padre del menor, no habría indefensión, sino que la ley

ampararía el derecho de alimentos del menor, derecho al que todos estamos de acuerdo en mantener íntegro, incluso en dar mayores beneficios, pero también permite el ejercicio de sus derechos al demandado que pagó pensiones alimenticias de forma obligatoria e injusta.

Como vemos, la propuesta de reforma legal que planteo permite un acceso a la justicia a todas las partes, y no priva de este a ninguna. La hipótesis se cumple, un articulado nuevo en el Código de la Niñez y la Adolescencia permitiría que el demandado por alimentos que ha sido descartado por la prueba de ADN no quede en la indefensión y pueda recobrar los valores que pagó sin que esta fuera su obligación. Además que esta necesidad se vio reflejada en la opinión de los diferentes abogados consultados, tanto por medio de la entrevista como de la encuesta, mostrando la necesidad de hacer una reforma en esta materia.

8. Conclusiones.

Al finalizar el presente trabajo de tesis, me permito presentarlas siguientes conclusiones:

Primera: El marco conceptual utilizado en este trabajo nos clarifica que el derecho de alimentos ha sido protegido desde la antigüedad con distintas variaciones.

Segunda: Que en el Ecuador la prestación de alimentos por mandato judicial apareció en el Siglo XX a través de los tribunales de menores que imponían las pensiones a fin de que paguen los padres.

Tercera: Se concluye que con el Código de la Niñez y la Adolescencia se incrementó la máxima protección a favor de los niños y adolescentes, incluida la subsidiariedad que ahora protestan los afectados.

Cuarta: Que como consecuencia de la protección se introdujo la fijación de pensiones alimenticias desde la presentación de la demanda para los hijos sin ninguna consideración sobre la responsabilidad del presunto padre.

Quinta: Que el adelanto científico de las pruebas de ADN ha permitido establecer con certeza los padres biológicos y responsables de dar la prestación alimenticia y ha liberado a quien presuntamente ha sido obligado.

Sexta: Del estudio se concluye que quien ha pagado indebidamente pensiones alimenticias por orden judicial solo suspende el pago como consecuencia de la

prueba de ADN que lo descarta como padre, y queda en la indefensión sin ningún respaldo legal para reclamar.

Séptima: El Código de la Niñez y la Adolescencia al proteger a los niños y adolescentes lo ha hecho en exceso, como cuando obliga a pagar pensiones alimenticias a quien es el presunto padre, sin ninguna consideración jurídica cuando aparezca el padre biológico.

Octava: Que de la investigación de campo se concluye introducir una reforma disponiendo que quien fue obligado al pago de pensiones pueda restituir estos valores demandando al padre responsable declarado por el juez o por la prueba de ADN.

Novena: Que sobre el objeto de estudio de este trabajo no existe ninguna normatividad por la que pueda recuperar los valores que ha pagado indebidamente el presunto padre por mandato judicial a partir de la reclamación.

9.- Recomendaciones.

Del tema propuesto se expone las siguientes recomendaciones:

Primero.-A los profesionales del derecho se recomienda estudiar y analizar a profundidad esta propuesta jurídica que he presentado en mi tesis, ya que me parece una respuesta objetiva a una necesidad urgente y a un vacío legal que persiste en nuestra legislación.

Segunda.- A la Asamblea Nacional la misma que deberá realizar una revisión del actual Código de la Niñez y la Adolescencia, con la finalidad de incorporar un nuevo articulado que busque cubrir estos vacíos legales.

Tercera.- A los operadores de justicia para que consideren promover reformas en el ámbito de la Niñez y la Adolescencia que les ayuden a solucionar, y mejor aún, impartir justicia de forma equitativa sin dejar en la indefensión a ninguna persona.

Cuarta: Solicitar la prueba de ADN como requisito principal para imponer la pensión alimenticia.

Quinta: Es necesario buscar alternativas que permitan cubrir los vacíos legales que el Código de la Niñez y Adolescencia tiene, tales como la planteada en esta tesis, y que estas propuestas deben ser impulsadas por quienes administran y solicitan justicia, sin hacer a un lado el mundo académico.

Sexta.- A la Universidad Nacional de Loja, con la finalidad que promueva el

debate dentro de las aulas de clases y este trabajo investigativo sea pulido y depurado, con la finalidad de promover reformas en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Séptima: implementar propuestas que no afecten al derecho de los niños, ni supriman el principio del interés superior del niño, pero que permitan tampoco dejar en la indefensión a ninguna persona de los sectores considerados no vulnerables.

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica.

Del estudio realizado en esta investigación se pudo comprobar que existen por un lado derechos importantísimos que se han conseguido en pro del niño, y por otro también se pudo constatar que en determinados casos estos derechos afectan los de aquellos que son señalados de primera mano cómo padres del menor. Nuestra legislación establece la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) como medio probatorio idóneo para descartar la paternidad, sin embargo existen casos como el de la demanda de alimentos en el estado de gestación en la que la prueba antes mencionada no puede ser ejecutada, dejando en la indefensión a quien ya está obliga a pagar alimentos por haberse puesto la demanda en su contra.

Este trabajo busca la restitución de esos valores pagados indebidamente por aquel que fue descartado como padre por la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) y lógicamente que no se puede cobrar a la madre ya que se amparó el principio superior del niño, además de que su interés era velar por la integridad del menor. Y mucho menos se puede cobrar al niño. Sin embargo, esta propuesta jurídica propone que se le cobre a quien aparezca posteriormente como padre del menor. Este es el espíritu de esta investigación y se planteará en la siguiente propuesta de reforma.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, la Constitución de la República del Ecuador determina que es deber del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos garantizados; entre los que está la justicia.

Que, el Artículo. 11, numeral 2, de la Constitución de la República del Ecuador, al referirse al principio de igualdad entre la ley censura todo acto discriminatorio como el que se produce en la problemática de alimentos.

Que, el Artículo 11 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, establece la garantía de los derechos humanos entre los cuales está la justicia, obligando a administradores y jueces a dar en forma directa e inmediata.

Que, el Artículo. 82 de la Constitución de la República del Ecuador al referirse a la seguridad jurídica establece el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes, siendo que para este problema de restitución de valores no existe norma jurídica.

Que, el Art. 169 de la Constitución al referirse al sistema procesal establece que este es un medio para la realización de la justicia por lo que las autoridades pertinentes requieren normas claras para aplicarlas.

Que, el Código de la Niñez y la Adolescencia no a reglado la situación jurídica de los afectados con el pago de pensiones alimenticias, que no siendo responsable, en determinado momento han sido obligados a pagar.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 numeral 6de la Constitución de la República del Ecuador y en uso de sus funciones; Resuelve: expedir lo siguiente;

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ A LA ADOLESCENCIA.

ART.1 En el Art. innumerado 5 (130) incorpórese los siguientes parágrafos:

Primero.- Cuando como consecuencia de la obtención de los resultados de la prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) apareciera que el alimentante no tiene responsabilidad para la prestación de alimentos, mediante auto del juez será declarado exonerado definitivamente.

Segundo.- Establecida la paternidad a través de las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) que Regla este Código, o por reconocimiento voluntario de quien se considere como tal, el alimentante que venía cumpliendo con la orden del juez de dar la prestación alimenticia desde la presentación de la demanda, tendrá derecho a que se le restituya los valores indebidamente pagados por concepto de pensiones alimenticias.

Tercero.- Los documentos o recibos de constancia de pago de las pensiones alimenticias indebidamente pagadas serán declaradas como títulos ejecutivos y como consecuencia el derecho para que el afectado pueda deducir la acción ejecutiva para que se le restituyan estos valores.

Cuarto.- La demanda se dirigirá contra quien aparezca como responsable declarado por orden judicial o como consecuencia de los resultados de las pruebas de ADN (Ácido Desoxirribonucleico).

Artículo único: Deróguese todas las disposiciones legales que se opongan a la presente reforma.

Disposición final.

Esta Ley entrará en vigencia, a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los 20 días del mes de agosto del dos mil quince.

……. …….

Presidente de la Asamblea Nacional. Secretario de la Asamblea Nacional

10 .- Bibliografía.

- ARIES, Phillippe. El niño y la familia en el antiguo régimen, Madrid: Taurus.
- BUSTELO, Eduardo. Derechos y Garantías de la niñez y Adolescencia, hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. Quito s/e 2010
- CASES DE OROZCO, Pablo. Educación e infancia en Roma.
- COIBIER, Mireille. La Niñez en Roma: Leyes, Normas, Prácticas individuales y colectivas. AUSTER, 2000.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Eliasta. 11ava edición
- Constitución de la república del Ecuador. Versión de bolsillo. Actualizado a 2 de enero de 2014.
- Código de la Niñez y la Adolescencia, Corporación de estudios y Publicaciones, 2012.
- Código de Procedimiento Civil. Corporación DE Estudios jurídicos. 2007
- Código de Hammurabi, Luarna Ediciones.
- CÓDIGO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Actualizado a Agosto de 2007.
- Código de los Niños y Adolescentes Aprobado mediante ley 27337 del año 2000
- Código de las VII Partidas, D. Velasco Perez, Ignacio.

- *DAROQUI, A & GUEMUREMAN S. Los menores de hoy, de ayer y de siempre. Un recorrido histórico desde una perspectiva crítica. Revista Delito y Sociedad. Año 8/ Nº 13/ 1999*
- Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Tomo I. Novena Edición
- **Durán Mera María Augusta.** Derecho de Menores: Análisis jurídico de sus codificaciones. Artículo Digital.
- Diccionario jurídico Espasa. Madrid 2006.
- ESPINOZA, Rodrigo. La Conflictividad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Biblioteca Jurídica.
- FORNIS, C., *Esparta. Historia, sociedad y cultura de un mito historiográfico*, Barcelona, Crítica, 2003.
- Holguín, Juan Larrea. Derecho Civil del Ecuador. Volumen III Filiación, estado civil y alimentos.
- *Holguín Larrea Juan. Derecho Civil del Ecuador. Parte General Y Personas. Corporación de estudios y Publicaciones. 2009*
- Herrera Jaime. Consideraciones sobre genoma humano y terapia génica. Artículo científico publicado en la revista digital Scielo.
- Ley Contra la violencia de la Mujer y la familia. Corporación de Estudios Jurídicos. 2013
- .Ley 1098 Código de la Infancia y la Adolescencia (2006) Código Reglamentado y corregido por Decretos 4840 de 2007, Decreto 4652 de 2006, Decreto 578 de 2007 y por el Decreto 4011 de 2006.
- Ley 1680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay del año 2001.
- PLUTARCO. Vidas Paralelas. Capítulo sobre Licurgo. Libro digital. http

- SUÑAREZ, José Manuel. Historia de los Derechos del Niño. NINO. 1999.
- Segunda Declaración de los Derechos del Niño**,** Asamblea General de la ONU. 1959.
- TRUJILLO, Raúl. DERECHOS DEL NIÑO: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DESDE LA PEDIATRÍA SOCIAL. Revista de Pediatría Nº3. Año 2000, Artículo digital.
- *Vicente Sánchez Vázquez, Teresa Guijarro Granados.* Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España.

11.- Anexos

a. Modelo de Encuesta.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado: Con la finalidad de Optar por el grado de Licenciado en Jurisprudencia me encuentro realizando el trabajo de investigación jurídica titulado **"Restitución de pensiones alimenticias por pagos indebidos como resultado de las pruebas de ADN contra el padre biológico que resulte, aplicando contra este el principio de repetición"** por lo que le solicito comedidamente que en base a su valioso conocimiento se sirva contestar el siguiente cuestionario

1. ¿Está usted de acuerdo con el art. 133 del Código de la niñez y la Adolescencia que dice que desde el momento mismo que se presente la demanda y esta es calificada se procederá a establecer una pensión alimenticia provisional?

   SI ☐ NO ☐

   ¿Porqué?.....
   .....

2. ¿Considera usted justo que quien que ha sido descartado como padre de un menor, por la prueba de ADN, quede en indefensión al no poder solicitar la devolución de los valores cubiertos durante la maternidad?

   SI ☐ NO ☐

3. ¿Considera usted que sería justo que el hombre que desembolsó valores por una supuesta paternidad, descartada por la prueba de ADN, pudiera recuperar estas aportaciones?

SI ☐ NO ☐

4. ¿Considera usted adecuado que se reforme la ley y se establezca que aquel que ha aportado pensiones alimenticias sin ser el padre de un menor pueda repetir contra quien aparezca a futuro como el verdadero papá?

SI ☐ NO ☐

Porqué?.....
.....
.....

5. ¿Cree usted que sería factible reformar la ley para que los comprobantes de pago que están en posesión del papá descartado por la prueba de ADN se conviertan en títulos de crédito contra quien aparezca a futuro como verdadero padre del menor ?

SI ☐ NO ☐

Porqué?.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

b. Modelo de Entrevista

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado: Con la finalidad de Optar por el grado de Licenciada en Jurisprudencia me encuentro realizando el trabajo de investigación jurídica titulado "**Restitución de pensiones alimenticias por pagos indebidos como resultado de las pruebas de ADN contra el padre biológico que resulte, aplicando contra este el principio de repetición",** por lo que le solicito comedidamente que en base a su valioso conocimiento se sirva contestar el siguiente cuestionario

1.- ¿Considera usted que nuestra legislación a promovido de manera eficiente el interés superior del niño?

……

……

2.- ¿Está usted de acuerdo con que se establezca una pensión provisional desde el momento en que se presenta la demanda?

……

……

3.- ¿Considera usted pertinente proceder mediante la acción de repetición, en contra del hombre que ha sido declarado padre por la prueba de ADN o que lo ha reconocido voluntariamente, al cobro de las pensiones alimenticias que no le correspondían al obligado?

……

……

INDICE

Autorización……..……...…II

Autoría…….……III

Carta de autorización de tesis…….IV

Dedicatoria……..……..…..V

Agradecimiento……..…… .VI

Tabla de Contenidos……..…….…. .VII

1. Título…….…..1

2. Resumen: Español-Inglés……..…….……...2

2.1. Resumen…….…….……2

2.2. Abstract…….…….……..4

3. Introducción…….……..5

4. Revisión de Literatura…….....9

4.1 Marco Conceptual……..…..…..…10

4.1.1 Breve reseña Histórica del surgimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes…….…….……10

4.1.1.1 Los niños en el Derecho Romano……...……....16

4.1.1.2 España y su avance en derechos efectivos del niño……....22

4.1.1.3 Los derechos de los niños en los Siglos XIX y XX……27

4.1.2.1 Evolución del Derecho de Alimentos en el Ecuador……32

4.1.3 La Prueba de ADN y su valía como medio probatorio……39

4.1.4 El Principio de Repetición……...…… 43

4.1.5 el título Ejecutivo……....47

4.2 Marco jurídico……..……..……...51

4.2.1 La protección del menor en la Constitución de la República del Ecuador……..……..…….…..51

4.2.2 El establecimiento de la pensión de alimentos en el Código de la Niñez y la Adolescencia y la vulneración de algunos derechos del Demandado…….……..……...55

4.3 Legislación Comparada…….……..63

4.3.1 El derecho de alimentos y sus procedimientos en la legislación comparad de otros países……..……....63

4.3.1.1 Colombia……..65

4.3.1.2 Perú……..67

4.3.1.4 Paraguay…….....…69

5. Materiales y Métodos……71

5.1. Materiales Utilizados……71

5.2. Métodos……...72

5.3. Procedimientos y Técnicas……..…74

6. Resultados……75

6.1. Resultados de la encuestas……..75

6.2. Resultado de las entrevistas……87

6.3. Estudio de casos……91

7. Discusión…….…98

7.1. Verificación de Objetivos……..…98

7.1.1. Objetivo General……..……..…98

7.1.2. Objetivos específicos……...…… ..99

7.2. Contrastación de hipótesis……...……100

8. Conclusiones…….…… 103

9. Recomendaciones……105

9.1. Propuesta de Reforma Jurídica……..……..107

10. Bibliografía……111

11. Anexos……...114