UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE".

Tesis previa a la obtención del Título de Abogado

AUTOR:

César Amable Chamba Benítez

DIRECTOR:

Dr. Darwin Quiroz Mg.

Loja - Ecuador

2016

CERTIFICACIÓN:

Dr. Darwin Quiroz Mg

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA;

CERTIFICO:

Que he dirigido y revisado la presente tesis titulada: **"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE",** previa a la obtención del grado de Abogado, elaborado por la Sr. **CÉSAR AMABLE CHAMBA BENÍTEZ**, el mismo que cumple con las exigencias reglamentarias, de forma y fondo, por lo que autorizo su presentación a la autoridad académica correspondiente.

Loja, Junio del 2016

Dr. Darwin Quiroz Mg

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, César Amable Chamba Benítez, 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: César Amable Chamba Benítez

FIRMA:

CEDULA: 1900536119

FECHA: Junio del 2016.

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

Yo, César Amable Chamba Benítez, declaro ser el autor de la tesis titulada **"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE",** 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 contenido de la siguiente manera en su Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en RDI, en las redes informáticas del país y del exterior, con las cuales tenga un 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 03 días del mes de Junio del dos mil dieciséis.

Firma:

Autor: César Amable Chamba Benítez

Cedula: 1900536119

Dirección: C/. 01 de Mayo y Martha Bucaram (Yantzaza)

Correo: cesaramable1984@hotmail.com

Teléfono: 2113016 celular: 0989660020

DATOS COMPLEMENTARIOS:

Director de Tesis: Dr. Mg. Darwin Quiroz.

Tribunal de grado: Dr. Mg. Augusto Astudillo Ontaneda — Presidente

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos — Miembro

Dr. Mg Felipe Neptalí Solano Gutiérrez — Miembro

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo, lo dedico inicialmente a mi Dios Todopoderoso, ya que sin él no estaríamos, ni fuéramos lo que ahora somos.

Posteriormente a mis hijos, quienes son mi inspiración y apoyo constante en cada decisión y meta en mi vida.

Así mismo dedico cada esfuerzo a toda mi familia entera.

César Amable

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi agradecimiento entero a la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia y a la carrera de Derecho, por ser formadores de pensamientos y cuna de grandes profesionales.

De manera especial, expreso mi reconocimiento y gratitud al Dr. Darwin Quiroz Mg. Director de Tesis, a quien le debo varias horas de paciente dedicación y sabía asesoría, la misma que me permitió concluir con éxito este trabajo de tesis.

EL AUTOR

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract

3. INTRUDUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA:

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Familia

4.1.2 Contrato

4.1.3 Matrimonio

4.1.4 Patria Potestad

4.1.5 Divorcio por mutuo consentimiento

4.1.6 Derecho de alimentos

4.1.7 Obligación de alimentos

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Evolución histórica de la institución jurídica del matrimonio

4.2.2 Matrimonio civil y matrimonio religioso

4.2.3 Evolución histórica del divorcio

4.2.4 Efectos jurídicos del matrimonio

4.2.5 Esencia del matrimonio

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

4.3.2 Código Civil

4.3.3 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

4.4. DERECHO COMPARADO

4.4.1. Paraguay

4.4.2. Perú

5. MÉTODOS Y MATERIALES:

4.1. Materiales

4.2. Métodos.

4.3 Procedimientos y Técnicas.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de las encuestas

6.2. Resultados de la aplicación de las entrevistas

7. DISCUSIÓN

7.1. Análisis jurídico y crítico de la problemática

7.2. Verificación de objetivos

7.3. Contrastación de hipótesis

7.4. Fundamentación jurídica para el proyecto de reforma.

8. CONCLUSIONES

9 RECOMENDACIONES

9.1 Propuesta De Reforma Jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

Índice

1. TÍTULO:

“LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE”.

2. RESUMEN

En nuestro País existe la institución Jurídica llamada matrimonio, la misma que se forma mediante un contrato solemne entre un hombre y una mujer; que produce efectos jurídicos y sociales, da lugar a la formación de la familia que es considerada como la célula fundamental de nuestra sociedad, ésta se encuentra regulada por la Legislación Civil.

El contrato matrimonial, como cualquier otro contrato puede ser disuelto legalmente, cuando los cónyuges, han llegado de común acuerdo a tomar la decisión de divorciarse, como también cuando dentro del núcleo familiar se ha generado desavenencias conyugales o, se ha incurrido en alguna de las causas de divorcio determinadas por la ley.

Si bien es cierto que el vínculo matrimonial puede disolverse por el divorcio, es necesario cumplir con ciertas formalidades, cuando se han procreado en el matrimonio hijos y son estos menores de edad, y en el haber de la sociedad conyugal poseen bienes. Estos particulares son ventilados en el juicio que es Verbal Sumario, para el divorcio, sea este contencioso o por mutuo consentimiento.

El Divorcio por Mutuo Consentimiento como su nombre lo indica se da cuando los cónyuges expresan consensualmente su decisión de divorciarse, por ello debería tener un trámite ágil simplificado, pero no se da en la realidad, debido a cómo está establecido su trámite en el Código Civil ecuatoriano.

La problemática radica cuando al momento de la diligencia de la audiencia, el juez busca inicialmente una reconciliación entre las partes para que no existe la terminación del matrimonio, al no existir esta, pone en consideración la conciliación de la pensión de alimentos del menor y lo que se refiere a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Para la conciliación de la pensión de alimentos el juez se basa en la tabla de pensiones alimenticias mínimas y la capacidad económica del alimentante. Si no existiere un acuerdo sobre esta temática el juez no podrá disolver el vínculo matrimonial.

De esta manera existe un vacío legal o insuficiencia jurídica en cuanto a que para fijar la pensión básica y legal de acuerdo a la tabla de pensiones alimenticias mínimas solo se toma en cuenta el salario o sueldo del alimentante, más no sus pasivos o deudas que dentro del matrimonio adquirió para el bienestar de la familia. Amanera de ejemplo un padre que gane $1.200 dólares, por ley debe cancelar el 35% de su sueldo ($375,75), se le resta el pago del Seguro Social, además de las deudas que han adquirido dentro del matrimonio para beneficio del menor como una compra o construcción de una casa con el valor de $600, de tal modo que no le queda el sueldo o salario suficiente para sus gastos básicos, con lo cual se vulneran los derechos del alimentante por proteger ante todo al alimentado.

No olvidemos que la manutención, cuidado, alimentación y bienestar de un hijo es responsabilidad compartida entre los progenitores. Por lo que la reforma legal a

proponer como alternativa, es que el juez dentro de la diligencia de la audiencia de conciliación tomará en cuenta la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos y dejará disuelto el vínculo matrimonial luego del convenio de la pensión de alimentos.

2.1. Abstract

In our country there is the legal institution called marriage, which is formed by a solemn contract between a man and a woman; It produces legal and social effects, it leads to the formation of the family which is regarded as the fundamental cell of society, it is regulated by Civil legislation.

The marriage contract, like any other agreement can be dissolved legally when the spouses, have reached common agreement decide to divorce, as also when within the nuclear family has generated marital disagreements, or has engaged in any of the causes of divorce, determined by law.

While it is true that the marriage can be dissolved by divorce, it is necessary to comply with certain formalities, when children have procreated in marriage and are these children, and to the credit of the conjugal partnership property they possess. These individuals are vented at the trial that is Verbal summary, for divorce, this contentious issue or by mutual consent.

Divorce by mutual consent as its name indicates it occurs when spouses consensually expressed their decision to divorce, therefore it should have an agile process simplified, but it does not occur in reality, because of how its processing in the Ecuadorian Civil Code is set.

The problem lies when at the time of the diligence of the hearing, the judge initially seeks a reconciliation between the parties so that there is no termination of marriage, in the absence of this, puts into consideration the conciliation of the pension of the retail food and what refers to property acquired during the marriage. For the reconciliation of the Inn's food judge is based on the table of minimum alimony and the economic capacity of the recipient. If it there is no agreement on this issue the judge may not dissolve marriage.

In this way there is a legal vacuum or insufficient legal because to fix the basic and legal pension according to the table of alimony only minimum is taken into account the wage or salary of the alimony, but not their liabilities or debts which in wedlock acquired for the well-being of the family. Way of example a father who earn $1,200, by law you must cancel 35% of his salary ($375,75), subtract you the payment of Social Security, in addition to the debts which they have acquired in wedlock for the benefit of the child such as a purchase or construction of a home with a value of $600, in such a way that is not enough for your basic expenses wage or salary , with which will violate the benefit of the child such as a purchase or construction of a home with a value of $600, in such a way that is not enough for your basic expenses wage or salary , with which will violate the rights of the other to protect first and foremost to the Fed.

Let's not forget that the maintenance, care, feeding and well-being of a child is shared responsibility between the parents. So to propose as an alternative, legal reform is that the judge within the diligence of the conciliation hearing will take into consideration capacity equal shape of the mother, whose obligation is to also contribute to the well-being and economic of the recipient, their liabilities and feeding of the child, therefore the judge will respect above all the agreement of the parties that have come on the food and leave the marriage dissolved after the food pension agreement.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo titulado: **“LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE”,** desarrollar un estudio jurídico- crítico sobre el Divorcio por mutuo consentimiento y el acuerdo de las partes, en cuanto a la pensión alimenticia.

De ahí que el informe final de tesis se conforma de inicialmente la Revisión de Literatura, donde se menciona el Marco Conceptual, con términos como: familia, contrato, matrimonio, divorcio, patria potestad, divorcio por mutuo consentimiento, derecho de alimentos y la obligación de alimentos, En cuanto al Marco Doctrinario, se menciona la Evolución histórica de la institución jurídica del matrimonio, matrimonio civil y matrimonio religioso, evolución histórica del divorcio, efectos jurídicos del matrimonio y esencia del matrimonio. En lo que respecta al Marco Jurídico se cita a la Constitución de la República del Ecuador y el Código Civil. Por último en la Legislación comparada tenemos Colombia y Chile.

Posteriormente se determinan los materiales y métodos utilizados, los mismos que son: Científico, inductivo- deductivo, dialéctico, estadístico, descriptivo y analítico, siendo las técnicas utilizadas la Encuesta y la Entrevista.

Luego se detallan los Resultados de las técnicas aplicadas, para seguido realizar la discusión en cuanto a la verificación de los objetivos y contrastación de la hipótesis.

Por último se detallan las Conclusiones, Recomendaciones y la Propuesta de Reforma Legal encaminada a realizar una reforma jurídica al Código Civil en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 Marco Conceptual

4.1.1 Familia

El Término de la familia proviene del latín familia, que significa “grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens” a su vez derivado también de famŭlu, esto es, “siervo, esclavo”.[1]

El término generó que se abriera su campo semántico para que también se incluyera las esposas e hijos del pater familias, a quienes legalmente pertenecían, hasta que se terminó reemplazando a gens.

“La familia sigue siendo, a pesar de los ataques y dudas que se ciernen sobre ella, el nudo fundamental de la constitución de la personalidad de los niños.

Prácticamente todas las definiciones, más allá desde donde se posicionen para estudiar a la familia, hacen referencia a los factores comunes: habitación común, descendencia común, mismo techo, mismo apellido, mismos padres, mismo grupo, misma historia”[2] La constitución de la familia se remonta en los primeros momentos del hombre, incluso innumerables especies animales constan de una organización en cuanto a su sistema familiar se refiere.

[1] Gary S. Becker(1991) ,Un tratado sobre la familia Pág. 278

[2] Gutierrez, V., & Fernandez. Orealc /Unesco Centro de Información y Documentación. Norma. Santiago (2002)

Es decir que, la familia siempre ha sido y es, el principal pilar de la sociedad. Es el lugar donde los miembros nacen, aprenden, se educan y desarrollan. Debe ser refugio, orgullo y alegría de todos sus miembros. Cuando la familia tiene problemas, alegrías o tristezas internas, repercuten en todos los familiares, sufriéndolos o disfrutándolos, debido a su total interrelación.

Todos nosotros nacimos de alguna forma dentro de una estructura social, grande o pequeña, la misma se conoce con el nombre de familia; es muy probable que lo primero que hayamos visto cuando abrimos nuestros ojos en el hospital haya sido el rostro de nuestra madre y luego el del resto de nuestros familiares. De acuerdo a la definición de familia, considero que es este el grupo que nos cría, nos forma como personas estableciendo nuestros valores morales y el que nos orientará a lo largo de nuestro desarrollo como seres humanos, en especial durante los primeros pasos. Existe una definición de familia un poco más técnica; se entiende por ella como un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio, el mismo se hace presente en absolutamente todas las sociedades. La familia debe, moralmente, proporcionar a sus miembros aspectos como seguridad, protección, socialización y compañía.

4.1.2 Contrato

Según el tratadista Guillermo Cabanellas, “el contrato es el convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia proceder o cosa. Llevando

la síntesis al extremo de sólo dos palabras, podría caracterizarse el contrato como acuerdo jurídico”[3]

Es decir que, un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

Se declara que el matrimonio es un contrato porque emerge del mutuo acuerdo de voluntades, de tal manera que si aquel acuerdo no existe no se puede establecer su derecho. De este mutuo acuerdo se derivan infinitas obligaciones y derechos que están determinados por la ley. Esto asigna la presunta voluntad de los novios de implantar derechos y obligaciones. En nuestro país no es una práctica muy amplia ya que tradicionalmente el hombre es aquel que se ha ocupado de laborar fuera del hogar y la mujer dentro de ella realizando la ocupación dentro del hogar.

4.1.3 Matrimonio

Encontramos diferentes etimologías de la palabra matrimonio: “Tancredo sitúa el origen de la palabra matrimonio en la unión de las palabras latinas matris (de

[3] CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, vigésimo quinta edición, Buenos Aires -Argentina, 2008. Pág. 94

madre) y munus (oficio o tarea), lo que se explica por la mayor tarea que tiene la madre en el cuidado y crianza de la prole”[4].

En latín encontramos otras palabras relacionadas con el matrimonio, tales como Consortium (que viene de cum y sors (suerte), y que supone que los casados participan de la misma suerte y condición, de los mismos derechos y debe res, del bien y del mal). De la primera definición etimológica podemos describir al matrimonio que da a entender que la mujer es quien organiza la vida en el hogar.

De la segunda que por el matrimonio los contrayentes quedan ligados con un vínculo jurídico que los asocia no solo sentimental, económicamente si no en todos los aspectos de la vida.

De ahí que, el matrimonio, es un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es un tipo de acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado a crear derechos y generar obligaciones.

Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre cualquier materia no prohibida. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

[4] CABANELLAS de Torres, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Edición 2002, Editorial Heliasta, Pág. 133

4.1.4 Divorcio

Según Guillermo Cabanellas “Divorcio, se deriva del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado, puede referirse a la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables”[5]

Por divorcio se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común.

De tal forma que, el divorcio es la disolución del vínculo del matrimonio, legalmente establecido, mediante la dictación por autoridad judicial de sentencia dentro un proceso en apoyo a las causales señaladas por ley.

4.1.5 Patria Potestad

“Juan Larrea Holguín define a la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados, de índole principalmente económico e intransferibles”[6]

Patria potestad, concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre

[5] LARREA HOLGUÍN Juan, DERECHO DE FAMILIA, Pág. 149
[6] IBIDEM

los hijos era, en el Derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos. En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

"La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales"[7]

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo.

En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá a uno la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se encuentran separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el juez.

4.1.6 Divorcio por Mutuo Consentimiento

"Es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual se inició por una solicitud en la

[7] BOMECASSI, Julián, "Tratado Elemental de Derecho Civil", Pág. 361

que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en realizar y han cumplido con todos los requisitos legales que la ley marca para lograr se dicte sentencia".[8]

El Divorcio por mutuo consentimiento es aquel mediante el cual las partes se ponen de acuerdo para divorciarse porque no pueden seguir conviviendo, pueden someterse a la ley común ante una Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia o acudir ante un Notario Público a los fines de levantar un Acta de divorcio, claro está sino poseen bienes ni tienen hijos fruto del matrimonio.

4.1.7 Derechos de Alimentos

Para una clara comprensión del significado del término alimentos, considero pertinente enfocarme en varios conceptos, de autores y tratadistas del derecho, los mismos que me servirán para el desarrollo del presente trabajo investigativo, considerando que es un derecho que nace de la ley o de ciertas circunstancias que en un momento determinado genera obligación de proporcionar a determinadas personas.

Es necesario conocer el origen del verbo alimentar, así encontramos que en la enciclopedia jurídica Omeba, manifiesta que “La palabra alimento viene del latín alimentum, de lo que significa nutrir; jurídicamente comprende todo aquello que una persona tienen derecho percibir de otra. Por ley, declaración judicial o

[8] PARRAGUEZ RUIZ Luis, MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA, 1era Edición, Vol. 1, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Año de Publicación 2005, Loja-Ecuador Pág. 182.

convenio para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica e instrucción”[9]

Es claro el concepto que encontramos en la Enciclopedia Omeba la cual para mi análisis la misma encierra todo en cuanto se comprenden están destinados los alimentos que otorga una persona para con otra ya sea judicial o extrajudicialmente se compromete.

4.1.8 Obligación de Alimentos

El Derecho de Alimentos es un tema que viene desde siglos pasados, ya en el Derecho Romano se habló de aquellos, hoy en día se sabe que casi todas las legislaciones a nivel mundial han dedicado sus leyes al Derecho de Alimentos.

La obligación de los padres para con las hijas e hijos, deriva exclusivamente de la relación parento- filial y dentro del marco de los deberes morales el compromiso de consignar alimentos se basa en el deber de los padres, en todo tiempo más aun posterior a un divorcio, una separación o un fallecimiento, la pensión alimenticia es el resultado que se obtiene después del trámite legal que sigue una persona carente de recursos económicos, a otra que por ley tenga que alimentarla, esto se lo hace frente a la Autoridad Judicial correspondiente.

En general las pensiones alimenticias es una de las obligación es de los padres a sus hijas e hijos menores de edad, así como a sus hijas /os mayores de edad

[9] ENCICLOPEDIA JURIDÌCA “OMEBA”, tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina-Impreso el 15 de febrero de 1954, Pág., 645.

siempre y cuando se hallen cursando estudios superiores y esto se pueda justificar o comprobar, teniendo un alcance también para las personas mayores de edad, siempre que se pruebe la necesidad, la carencia de medios para subsistir o en cierta discapacidad.

"Se entiende por alimentos las sumas de dinero necesarias para hacer subsistir a una persona que se encuentra en la necesidad. En general, estas sumas deberán abonarse en forma de pensión, en plazos periódicos y atrasados o vencidos. Además, salvo en ciertos casos excepcionales, la obligación de suministrar alimentos a una persona determinada no se duplica con la de proporcionarle cuidados personales. El derecho de alimentos es, pues, el derecho de ejercer cierta preferencia en el patrimonio de otro, derecho creado por el parentesco o por afinidad a favor de ciertas personas. Añadiremos que el derecho y o la obligación son, en principio, recíprocos. La obligación alimenticia existe: entre esposos, entre los padres y los hijos, ascendiente y descendiente, y entre afines en línea directa"[10]

El derecho de alimentos o asistencia es aquel que se da el sustento adecuado de una persona a quien se debe primordialmente por ley, disposición testamentaria, fundación o contrato.

"La doctrina afirma, de manera general, que la pensión puede pagarse en dos formas:

[10] WRAY Alberto, GARCÍA Elizabeth; El menor ante la ley. Procedimientos, jurisprudencias e índice temático de toda la legislación. Edición Corporación Editora Nacional. Quito- Diciembre 1991.

a) la impropia, mediante la cual el acreedor entrega una cantidad de dinero suficiente para cubrir todas las necesidades relativas a la pensión de alimentos o,

b) la propia, que consiste en que el deudor reciba en su casa al acreedor y le suministre todo lo necesario en especies, para su subsistencia. La ley determina a quien corresponde decidir y en qué forma debe pagarse, no obstante existen excepciones previstas en la ley.

Entre ellas, se deja a criterio del Juez, la forma propia sino impropia, o la que prevé expresamente la misma ley cuando la pensión alimentaria se refiere a los ascendientes. En este supuesto, el deudor descendiente no puede obligar al acreedor a recibir el pago en forma propia, sino que el ascendiente puede exigir el pago de la pensión de manera impropia.

La obligación alimentaria exige como presupuesto básico el matrimonio o un vínculo de parentesco, estado de necesidad de la persona que reclama alimentos y la imposibilidad en que se encuentra de satisfacérselos, y la capacidad económica de la persona a quien se le exigen”[11]

El derecho de alimentos es una obligación fundamental de los padres hacia los niños, niñas y adolescentes debido que sin lo alimentos adecuados, las personas no pueden llevar una vida saludable y activa.

Las prestaciones alimenticias según los diferentes tratadistas lo han definido como el derecho que tiene una persona a recibir y exigir de otra los recursos

[11] ABOUHAMAD G, Los derechos de la Niñez y Adolescencia; México; Pág. 432

necesarios para sustentar y desarrollar su vida, de acuerdo a su realidad económica y social.

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

De ahí que el derecho de alimentos son las prestaciones que una persona está obligada a proporcionar a otra para su subsistencia, en virtud de un título legal destinado a su sustento, vestuario, salud, vivienda y educación, las que duran hasta el aprendizaje de alguna profesión u oficio.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Evolución Histórica de la Institución Jurídica del Matrimonio

Lo que hoy conocemos como matrimonio ha contado con un contenido diverso a lo largo de los siglos, derivado de la realidad socio-cultural de cada momento histórico. Ello nos permite por tanto avanzar que el concepto de matrimonio no es totalmente estático, sino algo en constante evolución, a tenor de las variaciones que los acontecimientos han ido generando.

Nuestra tradición jurídica nos obliga a partir de la regulación ofrecida por el Derecho romano. La tradición romanista contemplaba una regulación aplicable únicamente a quienes ostentasen el estatus de ciudadanos romanos. Es decir, los derechos y obligaciones dimanantes de la institución sólo alcanzaban a quienes tenían una determinada categoría social.

Con la expansión del cristianismo, el matrimonio se convierte en una institución a la que definitivamente se la considera indisoluble, dirigida a la procreación y educación de los hijos, elevándose a la categoría de sacramento. Esto supone la mezcla de dos aspectos que hasta la fecha dificultan captar una realidad dual. Esta realidad dual supone hablar de dos cuestiones distintas que separan lo que es la previsión jurídico-matrimonial, de lo que es la regulación moral del matrimonio, sobre todo en el Estado moderno.

En un momento en el que ya se admite sin ningún tipo de discusión la separación de Iglesia y Estado, así como de que el Estado carece de una religión o una moral oficial, debe dejarse constancia de que el Estado regulará los efectos del matrimonio que condicionarán al total de su población, en consideración del principio de soberanía del Estado.

Y, por otra parte, la Iglesia Católica o bien otra confesión religiosa, podrán establecer cuestiones particulares con respecto al matrimonio de sus fieles, debiendo tenerse en cuenta que sólo cuando el Estado.

4.2.2 Matrimonio Civil y Matrimonio Religioso

El matrimonio religioso católico ha marcado sin duda la evolución histórica que ha vivido la institución jurídica matrimonial. Ello obedece a que en diversas ocasiones el matrimonio civil se ha visto arrastrado a vivir no ya confundido con el católico, sino obligado a ser excepcional junto al religioso.

“El caso español es ampliamente paradigmático: desde la Edad Media, los diferentes Reinos peninsulares dejaron en manos de la Iglesia Católica la regulación de las condiciones y detalles de cómo se celebraría el matrimonio y de sus causas de invalidez, sin admitir por ello disolución por divorcio.

Esta situación se mantuvo sin cambios en España, hasta la aprobación de la Constitución de 1869 que planteó por primera vez la regulación del matrimonio civil; es decir, la regulación de derechos y deberes de aquellas personas que no

deseasen casarse según el rito católico, sino siguiendo el rito de otra religión, o bien sin seguir rito religioso alguno, conforme a una forma civil de celebración y causas civiles de invalidez (las causas de invalidez derivadas del consentimiento y el divorcio).

Se retomaba así una concepción matrimonial similar a la del Derecho Romano, en que como ya se ha mencionado, el matrimonio estaba meramente dirigido a ser una relación contractual entre un hombre y una mujer"[12]. Como podemos analizar la institución jurídica del matrimonio ha ido evolucionando, conforme evoluciona la sociedad, nuestro código civil ha tenido varias reformas los artículos relacionados con el matrimonio.

4.2.3 Evolución Histórica del Divorcio

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble. En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

[12] DE LA ROSA, Ricardo, FORO EUROPEO SOBRE EL DERECHO AL MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN-2002, Pág. 123.

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En la Roma temprana el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima " matrimonia debent esse libera" (los matrimonios deben ser libres) en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Como vemos en las anotaciones anteriores el divorcio ha evolucionado de acuerdo a las épocas de la historia como también de acuerdo a las formas de matrimonio y de acuerdo a cada cultura, es por tanto una institución tan antigua

como el matrimonio, cabe destacar que en épocas anteriores ya existía el divorcio por mutuo disenso o muto consentimiento.

La mayor o menor facilidad para obtener el divorcio vincular está en directa relación con el concepto que se tenga del matrimonio, de sus fines y de su carácter de institución natural sagrada e indisoluble.

4.2.4 Efectos Jurídicos del Matrimonio

“El primer efecto que se produce al momento de contraer matrimonio es el cambio de estado civil, que origina consecuencias jurídicas con respecto al otro cónyuge, a los bienes y a los hijos.

Los efectos del matrimonio recaen entre los cónyuges en sí y estos respecto a sus hijos y son:

- **La cohabitación**. De esta deriva el trato cotidiano que da origen a la ayuda mutua que entre cónyuges se deben.

- **Deber de la relación sexual**. La sexualidad forma parte de la naturaleza humana, no como un instinto de supervivencia, sino de manera consciente y no siempre teniendo como finalidad la procreación.

- **Ayuda mutua.** Es la consecuencia natural de las anteriores, y se refiere al apoyo moral y económico entre ellos y con los hijos.

- **Fidelidad.** Se refiere a la exclusividad sexual de y entre los cónyuges, que aun cuando no está consagrada en la legislación de manera explícita, si menciona el adulterio como causal de divorcio como delito.

- **Igualdad jurídica entre cónyuges**, que se deberá dar en el plano económico y con respecto a la procreación.

- **Con respecto a los hijos**. Los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges con los hijos son estudiados por la institución civil llamada filiación.

- **Respecto a los bienes.** Existen dos tipos de regímenes con respecto de los bienes del matrimonio: sociedad conyugal, separación de bienes y régimen legal, que en el estado de San Luis Potosí es éste último”[13].

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países.

Además, produce de derecho la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual éste queda libre de la patria potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie.

[13] http://definicionlegal.blogspot.com/2011/06/consecuencias-juridicas-del-matrimonio.html

4.2.5 La Esencia del Matrimonio

"El matrimonio es tradicionalmente la unión legal entre un hombre y una mujer, que adoptan una vida juntos, guiados por el amor mutuo, como marido y mujer, con el fin de la procreación; aunque actualmente en algunos países la ley permite y avala el matrimonio homosexual, es decir, entre personas del mismo sexo.

El vocablo matrimonio viene de "matrimonium", palabra que en latín significa "madre", lo cual expresa la importancia de la maternidad y la procreación, como fin supremo, en esta unión. La procreación no es posible en el caso de los matrimonios homosexuales, no obstante, en algunos países tienen la posibilidad de adoptar, para poder constituir una familia"[14]

La esencia del matrimonio viene dada por el vínculo matrimonial como principio formal del matrimonio. En torno a qué deba entenderse por vínculo matrimonial existen dos posturas:

La esencia del matrimonio viene dada por el vínculo matrimonial como principio formal del matrimonio. En torno a qué deba entenderse por vínculo matrimonial existen dos posturas: Para algunos, el vínculo matrimonial es el derecho sobre el cuerpo del otro en orden a los actos generadores.

Por lo que, se puede decir que el matrimonio es una institución legal que da efectos jurídicos al derecho natural de unión amorosa y sexual entre dos seres

[14] VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, El concepto de matrimonio en el Código Civil, Editorial Civitas, Madrid-España, 2008, pág. 29

para llevar adelante una vida en común y constituir una familia, teniendo como uno de sus principales fines, la procreación y la educación y el cuidado de la prole.

Con la legalización de los matrimonios homosexuales, tendría más bien que aceptarse otra definición que no incluiría el fin de la procreación, aunque sí la de educación de los hijos, que podrían adoptarse, si la ley lo permitiera.

Es decir que el matrimonio es la palabra que nos permite designar a la unión que se produce entre un hombre y una mujer a través de diferentes ceremonias o prácticas. Cabe destacar, que en los últimos años, entre las varias conquistas sociales conseguidas por las minorías sobresale muy especialmente la posibilidad que han logrado los homosexuales de unirse en matrimonio con sus parejas, es decir, que el matrimonio ha dejado de ser una práctica que atañe a las parejas heterosexuales únicamente.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

"Art. 67.-Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.
El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal"[15]

La norma señalada en su primera línea señala "Se reconoce la familia en sus diversos tipos", o sea que además de la familia matrimonial, cuya fuente sin lugar a dudas es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer, que se comportan ante los demás como esposos; y más aún ahora las uniones de hecho de personas del mismo sexo.

"Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán

[15] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38

atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”[16].

La disposición que antecede señala a las personas que en razón de ciertas desventajas propias de su integridad física o psicológica, o también por causa de determinadas circunstancia, son consideradas como grupo de atención prioritaria, entre los que se reconoce en forma expresa a los adultos mayores, a las niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y pacientes enfermedades catastróficas o de alta complejidad, a las que se aumentan aquellos sujetos que por cualquier circunstancias se encuentran en estado de riesgo, como ocurre con las víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, o a los damnificados por desastres naturales o antropogénicos.

“Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

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

[16] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38

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

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales”[17].

Es decir que, nuestro Estado, mediante sus normas jurídicas propenderá el desarrollo integral de este grupo prioritario, garantizando el ejercicio de sus derechos, en atención de sus capacidades y potencialidades, motivando su desarrollo social, emotivo, afectivo y cultural, en pos del avance y mejoramiento de las condiciones de vida.

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca

[17] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38

de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas”[18].

Por lo que se incluye, el cuidado y protección a las niñas, niños y adolescentes, teniendo en cuidado su integridad física y psíquica; su salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad, buscando siempre su desarrollo normal e íntegro de su personalidad en satisfacción de sus necesidades más elementales.

“Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo

[18] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 41

personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.

9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas”[19].

Es decir que, será obligación del Estado aseguran a los niños, niñas y adolescentes, su nutrición, salud, educación; prohibiendo la explotación infantil; priorizando a quienes poseen una discapacidad; previniendo además el uso de estupefacientes, limitando la influencia de programas y mensajes difundidos por cualquier medio sobre violencia, sexo o discriminación, para lo cual se implementarán políticas de erradicación y desarrollo integral del este grupo.

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

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

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

[19] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 42

29. Los derechos de libertad también incluyen:

a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”[20].

De esto se puede mencionar, que la Constitución del Estado, reconoce y asegura la alimentación, salud, nutrición, vivienda, educación y todo cuanto sea ihnerente a nuestro ser con limitaciones legales a los derechos de los demás, y actuando con libertad para pensar y actuar.

“Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.

3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

[20] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 45

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella"[21].

Por lo que se garantiza, la maternidad y paternidad responsable, en cumplimiento de sus obligaciones, prestando atención a las familias disgregadas. Para esto se tomará en cuenta la corresponsabilidad materna y paterna en cumplimiento de deberes y derechos.

"Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público"[22].

[21] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 46
[22] IBIDEM

De esto, se deduce que se formulará y desarrollarán políticas, con enfoques a planes y programas dirigidos al sector público, con respeto prioritario a la garantía de los derechos de este grupo vulnerable.

4.3.2 Código de lo Civil

El divorcio por mutuo consentimiento es aquel decidido por ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el Art. 107, cuyo encabezamiento expresa: “Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.”[23]

Si bien se califica de consensual, puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedarán los hijos menores.

El Art. 107 del Código Civil manifiesta:

"Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto el consentimiento se expresa del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por

[23] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 2

escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez o jueza de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes primordiales de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos"[24]

Para este tipo de divorcio tendrán que presentar la demanda cumpliendo lo que determina el Art. 107 en sus literales 1,2 y 3, y a esta demanda deberá adjuntarse copias certificadas del Acta.

"Art. 108.-Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos.

[24] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 22

Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige.

A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para

reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo.

El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común. Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda"[25].

La Ley ha previsto en el caso del divorcio contencioso que "transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez o jueza de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial. En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

[25] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 24

4.3.3 Código Orgánico General de Procesos

“Artículo 334.- Procedencia. Se considerarán procedimientos voluntarios, con competencia exclusiva de las o los juzgadores, los siguientes:

1. Pago por consignación.

2. Rendición de cuentas.

3. Divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, siempre que haya hijos dependientes.

4. Inventario, en los casos previstos en este capítulo.

5. Partición.

6. Autorización de venta de bienes de niñas, niños y adolescentes y, de personas sometidas a guarda.

También se sustanciarán por el procedimiento previsto en esta Sección los asuntos de jurisdicción voluntaria, como el otorgamiento de autorizaciones o licencias y aquellas en que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelvan sin contradicción.

Artículo 335.- Procedimiento. Se iniciarán por solicitud que contendrá los mismos requisitos de la demanda.

La o el juzgador calificará la solicitud. Si se admite la solicitud, la o el juzgador dispondrá la citación de todas las personas interesadas o de quienes puedan tener interés en el asunto. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, la o el juzgador podrá requerir la información a la o el interesado, con

respecto al domicilio o residencia y otros datos necesarios de quienes deban ser citados.

La o el juzgador convocará a audiencia en un término no menor a diez días ni mayor a veinte días siguientes a la citación. En dicha audiencia, escuchará a los concurrentes y se practicarán las pruebas que sean pertinentes. A continuación, aprobará o negará lo solicitado”[26].

Como podemos analizar el artículo en mención, otorga la oportunidad de divorciarse por mutuo consentimiento, dicho de otra manera, la solución interna de la familia ha llegado a un estado en el cual ya no existe, el deseo de vivir juntos, procrear, auxiliarse mutuamente, ni el clima de cariño ni de sana paz que son los fundamentos del contrato solemne, es decir el vínculo matrimonial ha llegado a su fin de forma voluntaria y por decisión de los dos cónyuges.

4.3.4 Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

“Art. 127.- Naturaleza y caracteres.- Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado; ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago. Lo anterior no se aplica a las pensiones de alimentos que han sido fijadas y se encuentran adeudadas, las que podrán compensarse, se transmiten activa y pasivamente a los herederos, y la

[26] CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art.334 y 335.

acción para demandar su pago prescribe según lo dispuesto en el artículo 2439 del Código Civil."[27]

El Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, en su Libro II, Título V, nos habla "Del Derecho a Alimentos", Capítulo I, Derecho de alimentos, el Art. Innumerado 1, menciona Título V, regula el derecho a percibir alimentos los niños, niñas y adolescentes, y, además los adultos y adultas consideradas como titulares de derechos establecidos en esta Ley. Asimismo señala que las demás personas que gocen de este derecho como son los padres, los hermanos, etc., estarán sujetas y se les aplicaran las disposiciones sobre alimentos que contempla el Código Civil.

"**Art. 128.-** Titulares de este derecho.- Tienen derecho a reclamar alimentos:

1. Los niños, niñas y adolescentes no emancipados;

2. Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios suficientes; y,

3. Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos"[28]

Son beneficiarios del derecho de alimentos las personas que no han cumplido los 18 años, que es la edad que exige la ley para ser capaces legalmente, al ser menores de edad, estaríamos hablando de incapaces relativos, pues esta incapacidad legal, con el paso del tiempo se desvanecerá. La legislación

[27] Código de la Niñez y Adolescencia. www.fielweb.com
[28] IBIDEM

contempla para este grupo de seres humanos derechos importantes e inherentes, pero uno de los más importantes es el derecho que tiene los menores a percibir alimentos.

Son titulares del derecho de alimentos, los niños, niñas y adolescentes, no emancipados, los adultos menores de veinte y un años que estén estudiando y no puedan auto sustentarse, y las personas de cualquier edad que padezcan algún tipo de discapacidad. Se define específicamente quienes tienen derecho a reclamar alimentos en esta norma especial, al ser los menores pertenecientes al grupo de atención prioritaria según lo establecido en la Constitución de la República. El Código de la Niñez y Adolescencia establece qué es el interés superior y hacia qué está orientado y sus exigencias.

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

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

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley.

Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”[29].

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

Este principio prima sobre cualquier otro que se anteponga, en todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas, se debe tener en cuenta y en consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Todo padre responsable tiene la obligación primordial y moral de cubrir las todas las necesidades de sus hijos, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial para su cumplimiento; pues bien el Código de la Niñez y Adolescencia enumera a quienes están obligados a prestar alimentos;

“Art. 129.- Obligados a la prestación de alimentos.- Están obligados a prestar alimentos para cubrir las necesidades de las personas mencionadas en el artículo anterior, en su orden:

1. El padre y la madre, aun en los casos de limitación, suspensión o privación de la patria potestad;

[29] Código de la Niñez y Adolescencia. www.fielweb.com

2. Los hermanos que hayan cumplido dieciocho años y no estén comprendidos en los casos de los numerales 2 y 3 del artículo anterior;

3. Los abuelos; y,

4. Los tíos."[30]

Es decir 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;

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

Claramente en estos artículos se determinan quienes son titulares del derecho de alimentos, los niños, niñas y adolescentes, no emancipados, los adultos menores de veinte y un años que estén estudiando y no puedan auto sustentarse, y las personas de cualquier edad que padezcan algún tipo de discapacidad. Así mismo

[30] Código de la Niñez y Adolescencia. www.fielweb.com

se establece las personas obligadas a pasar alimentos, pero la problemática radica en que solo se obliga al progenitor que no posee la paternidad a cumplir con dichos alimentos, no así al progenitor que vive y posee la patria potestad del menor, por lo que es necesario que ésta justifique su aporte para el bienestar y desarrollo de su hijo.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1 Paraguay

Ante la ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores de cumplir con el deber alimentario, o cuando su prestación es insuficiente para cubrir las necesidades del niño, la ley prevé la sustitución de los obligados, en cumplimiento de la pauta constitucional del interés superior del niño que debe ser aplicada por los juzgados y tribunales, como ya lo indicamos varias veces, estudiando caso por caso.

La doctrina y la jurisprudencia interpretaron por mucho tiempo que las prestaciones de los terceros obligados, parientes citados en el Código Civil, correspondían al mínimo indispensable para la vida del alimentado. Actualmente; sin embargo, se entiende que en cumplimiento del deber de solidaridad familiar, y en razón del daño que puede ocasionar la diferencia de forma de vida entre nietos y abuelos como ejemplo más usado, el quantum alimentario determinado por la resolución debe estar en consonancia con la posición de los abuelos.

Para solicitar alimentos a los abuelos, también se obligaba al representante del alimentado a probar en forma fehaciente la imposibilidad del primer obligado, lo cual desvirtuaba el principio de la necesidad urgente e impostergable, al liberar por meses el cumplimiento de la obligación, hasta obtener una sentencia firme de alimentos que establecía judicialmente que el obligado no podía cumplir con su obligación.

Es muy importante en el tema recalcar que el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño no discrimina entre la obligación de los padres y de las "otras personas responsables", y dice también que el Estado Parte tomará "las medidas legislativas y administrativas adecuadas"[31].

Además, en aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, y siendo lo más justo para el alimentado, en conocimiento de la imposibilidad de uno de los padres, la doctrina primero y la jurisprudencia en forma posterior no sólo admiten, sino que recomienda iniciar el juicio de alimentos contra el primer obligado y el obligado sustituto al mismo tiempo. Si el primer obligado puede cumplir sus obligaciones (así sea ayudado por sus propios padres), el juicio se sigue solo contra este. En caso de insuficiencia de la pensión, y comprobado el nivel de vida del obligado y de sus propios padres, abuelos del niño, se puede solicitar que los alimentantes sustitutos completen la asistencia.

En los alimentos existe una pluralidad de obligados en cumplimiento del Código Civil, que establece un orden de sustituciones sobre el cual, siempre que podemos, nos lamentamos. Sin embargo, no es usual solicitar alimentos a los parientes en nuestro derecho. Los pocos juicios que conocemos son contra los abuelos, con suerte dispersa, considerando que desde la promulgación de la Ley N° 1.885 "De la tercera edad", las personas de más de 60 años gozan de una ley especial de protección que en el artículo 2° dice: "Las disposiciones de esta ley deberán interpretarse en interés de las personas de la tercera edad que residan

[31] Convención de los Derechos de Niño Art. 3. Asunción de Paraguay 2008.

en el territorio nacional. La presente ley es de orden público".[32] Como siempre, en la interpretación de dos intereses contrapuestos, pese a lo ordenado en la Constitución Nacional, pierde... el niño.

El artículo 98 del Código de la Niñez y Adolescencia "De la prestación obligatoria de asistencia alimenticia a cargo de parientes", establece: "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.

El artículo 4° del Código de la Niñez y Adolescencia dice: "De la responsabilidad subsidiaria. Los padres biológicos y adoptivos, o quienes tengan niños y adolescentes bajo su guarda o custodia, y las demás personas mencionadas en el artículo 258 del Código Civil, tienen la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, y a protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación. Cuando esta obligación no fuere cumplida, el Estado está obligado a cumplirlo subsidiariamente"[33]

Cualquier persona puede requerir a la autoridad competente que exija a los obligados principales y al Estado el cumplimiento de sus obligaciones". El Código Civil en el artículo 258 por su lado establece: "Están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos, en el orden que sigue:

[32] Reglamentación Ley Nº1885 De la Tercera Edad. 19 de marzo del 2007.Asunción de Paraguay.
[33] Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia Asunción de Paraguay 2008

a) los cónyuges;

b) los padres y los hijos;

c) los hermanos;

d) los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos; y

e) los suegros, el yerno y la nuera.

Los descendientes la deberán antes que los ascendientes. La obligación se establecerá según el orden de las sucesiones, proporcionalmente a las cuotas hereditarias.

Entre ascendientes, los más próximos están obligados antes que los más lejanos, y los del mismo grado, por partes iguales".

El estudio del proyecto del Código de la Niñez y la Adolescencia se inició en el año 1997 y fue una de las leyes más participativas, ya que las organizaciones de niñas, niños y adolescentes de organizaciones no gubernamentales y de derechos humanos participaron y controlaron todo el proceso. La ley fue sancionada en el mes de mayo del 2001.

Varios años de estudio no fueron suficientes para que los legisladores redactaran cinco líneas lógicas en sustitución del artículo 258 del Código Civil, que nos remite a la obligación alimentaria "recíproca" de los niños y adolescentes, en la que descartamos a su cónyuge y colocamos en primer lugar a "los padres y los hijos", en segundo lugar a "los hermanos", y tenemos remisiones tan absurdas como "los suegros, el yerno y la nuera".

La jurisprudencia y la doctrina nos remiten a los abuelos, quienes ocupan el primer lugar en el orden de sustitución alimentaria y son quienes tienen generalmente mayores posibilidades. Pero se tropieza, alguna vez, con la realidad de abuelos mayores, jubilados, protegidos por la ley de la tercera edad.

En caso de la presencia de hermanos de capacidad plena, podrían ser ellos, prefiriendo en primer lugar a los hermanos de padre y madre, y luego a los hermanos que tengan unión sanguínea con uno sólo de los progenitores. En otras palabras, para nuestra ley están obligados por línea recta ascendente (padre y abuelo) y por línea colateral los hermanos.

Los alimentos abonados no pueden repetirse contra los otros obligados, pero si fueran varios los obligados en el mismo sentido (varios hermanos mayores de edad y con posibilidad de pago), se puede exigir un prorrateo sobre los alimentos futuros.

En los casos, frecuentes, en donde el padre es menor de 18 años, la única posibilidad es solicitar asistencia alimentaria a los abuelos paternos. Otro problema de la doctrina y la jurisprudencia es determinar qué abuelos serán demandados, los maternos o paternos. En realidad pueden ser demandados ambos al mismo tiempo por el principio de solidaridad, pero debe ser demostrado que están en condiciones de participar económicamente de las obligaciones hacia los nietos, y no están colaborando de algún modo con ellos.

Los tíos, hermanos de la madre o del padre, nunca están obligados legalmente a los alimentos, ya que no están incluidos en el artículo 258 del Código Civil Vimos alguna vez un juicio de ofrecimiento de alimentos de tíos para un sobrino, y un juicio de alimentos contra un tío al que se hizo lugar, en violación de la norma legal.

En la Legislación Ecuatoriana como en la Legislación de Paraguay los padres son responsables de las necesidades de sus hijos menores de edad, y existe en los dos países terceras personas que se pueden sustituirá para cumplir con estas obligaciones cuando los padres no pueden cancelar la manutención de sus hijos, en este caso siempre prevalecerá el interés superior del menor como personas consideradas dentro del grupo vulnerable.

En Paraguay existe la solidaridad familiar en cambio que en el Ecuador son los deudores subsidiarios en los dos casos los afines en grados de consanguinidad serán quienes se les obligará a cancelar pensiones alimenticias para cubrir las necesidades del menor.

4.1.2 Perú

En el Código de la Niñez en el libro Tercero Capítulo IV De los Alimentos en el Art. 92 que define a los Alimentos como: ”Lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo,

asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También todos los gastos del embarazo de la madre hasta la concepción hasta la etapa de posparto”[34]

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

1. Los hermanos mayores de edad;
2. Los abuelos;
3. Los parientes colaterales hasta el tercer grado; y
4. Otros responsables del niño o del adolescente”[35]

Art. 94.- Subsistencia de la Obligación alimentaria.- “La obligación alimentaria de los padres continúa en caso de suspensión o pérdida de la patria potestad”[36]

Al contrario que en otros países, no existe en la legislación peruana, ningún criterio obligatorio al que deba ajustarse el juez a la hora de fijar la pensión de alimentos. La modificación ya sea aumento o reducción del importe de la pensión se realiza mediante el correspondiente procedimiento judicial y no será efectiva hasta que recaiga sentencia.

El incumplimiento conlleva el inicio del procedimiento de ejecución sobre los bienes de la persona que está obligada a realizar el abono de esta renta. Es decir

[34] Código de los Niños y Adolescentes, Ley Nº27337, promulgado el 21 de julio del 2000 y publicado el 07 de Agosto del 2000.
[35] IBIDEM
[36] IBIDEM

el embargo y también procede denunciar al obligado por el delito de abandono de familia.

En esta Legislación como en la Legislación Ecuatoriana existe la figura jurídica que son los deudores subsidiarios, pero en esta se cita en primera instancia a los hermanos mayores de edad y en segundo lugar a los abuelos, lo cual para mi criterio es aceptable, ya que en este caso los hermanos son los familiares más cercanos para prestar la obligación alimentaria al menor de edad.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 MATERIALES

- Impresora
- Copias Xerox
- Internet
- Papel
- Imprevistos
- Memoria extraíble
- Transporte
- Bibliografía
- Esferográficos
- Computadora
- Varios

5.2 MÉTODOS

- **Método Científico.-** Se lo utilizó a lo largo del desarrollo de la investigación, en cuanto a la obtención de información científica y comprobada, de importancia para el presente estudio.

- **Método Comparativo:** Es el procedimiento mediante el cual se realiza una comparación sistemática en casos de análisis, dicha comparación sistemática en su mayoría se aplica con fines de generalización empírica y de la verificación de hipótesis.

- **Método Analítico:** Permitió desarrollar los contenidos principales de nuestro sumario, dando un estudio pormenorizado del presente tema de investigación.

- **Método Sintético:** Consiste en la condensación de los principales conocimientos aprendidos durante el proceso. Lo cual nos permitió realizar las conclusiones, recomendaciones y Propuesta de Reforma.

5.3 Procedimientos y Técnicas

- ***E*ncuesta.-** Es una técnica de adquisición de información de interés sociológico, mediante un cuestionario previamente elaborado, a través del cual se puede conocer la opinión o valoración del sujeto seleccionado en una muestra sobre un asunto dado.

  Esta técnica se aplicó en forma de preguntas escritas, fue utilizada con la finalidad de obtener datos empíricos, de la población estudiada o investigada. La población investigada fue de 30 profesionales de Derecho.

- **La Entrevista.-** Es la recopilación de información sobre lo que se investiga, mediante una conversación profesional. Se aplicó esta técnica a 3 profesionales del Derecho.

6. RESULTADOS

6.1 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

Los resultados de las encuestas realizadas para el presente trabajo de investigación, fueron tomadas de una población variada, conocedores de la temática como los Abogados en libre ejercicio profesional de la ciudad de Loja.

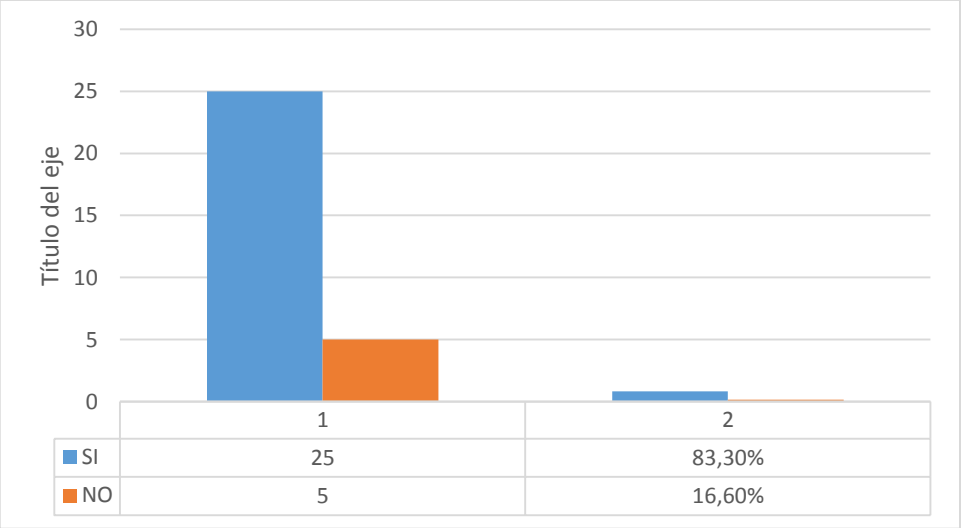
1. ¿Conoce Usted qué es el Divorcio por mutuo consentimiento?

Tabla No. 1

VARIABLE	f	%
SI	25	83,3%
NO	5	16,6%
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Gráfico Nº1



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Interpretación:

Del universo encuestado, observamos que veinticinco profesionales que representan el 83.33% conocen el concepto y de que trata el divorcio por mutuo conocimiento; mientras que el 16,6% lo desconoce.

Análisis:

El universo de los encuestados coincide en casi su totalidad de su conocimiento con respecto a la figura jurídica de Divorcio por Mutuo Consentimiento, como tal se puede deducir su pleno conocimiento con respecto al Derecho Civil y como tal de este proceso.

Por lo que se sostiene que el divorcio por mutuo consentimiento, es la terminación de un contrato, por voluntad de las partes que a través de la resolución de un juez quedan en aptitud para contraer nuevas nupcias.

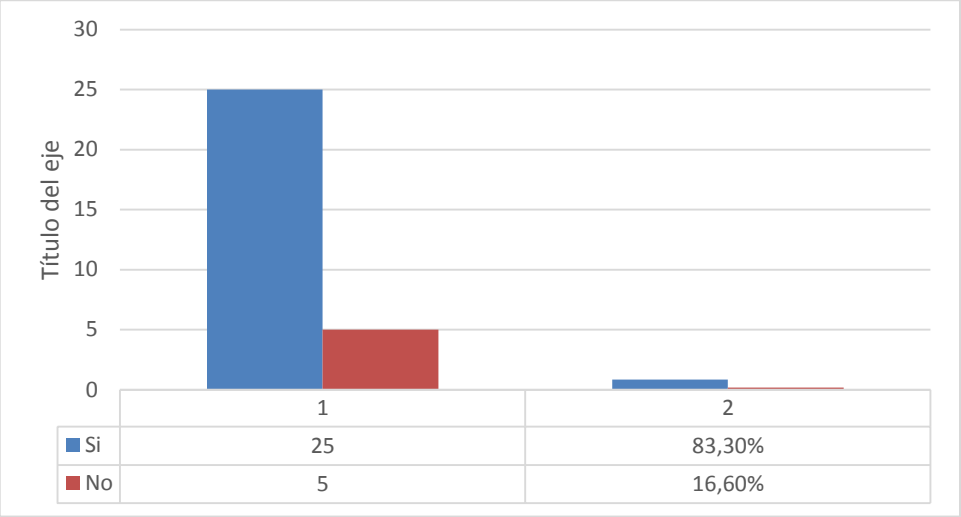
2. ¿Conoce Usted el Procedimiento del Divorcio por mutuo conocimiento?

Tabla No 3

Variable	f	%
Si	25	83,3%
No	5	16,6%
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Gráfico Nº3



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Interpretación:

Con respecto a esta pregunta debo señalar que veinticinco profesionales que representan el 83.33% opinan que conocen a cabalidad el procedimiento del Divorcio por mutuo consentimiento; mientas que el 16,6% lo desconoce con claridad.

Análisis:

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de la mayoría de los profesionales encuestados, se manifiesta que producto de sus estudios y práctica profesional constante conocen con claridad el procedimiento a seguir para el divorcio por mutuo consentimiento. De tal manera que en su es decir la mayoría sugiere que se dé un cambio drástico en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento lo ideal sería que se agiliten dichos tramites con un proceso oral para estos casos así se descongestionaría los juzgados civiles y mejoraría la

atención a los diferentes casos que se acogen en los juzgados civiles de nuestra localidad

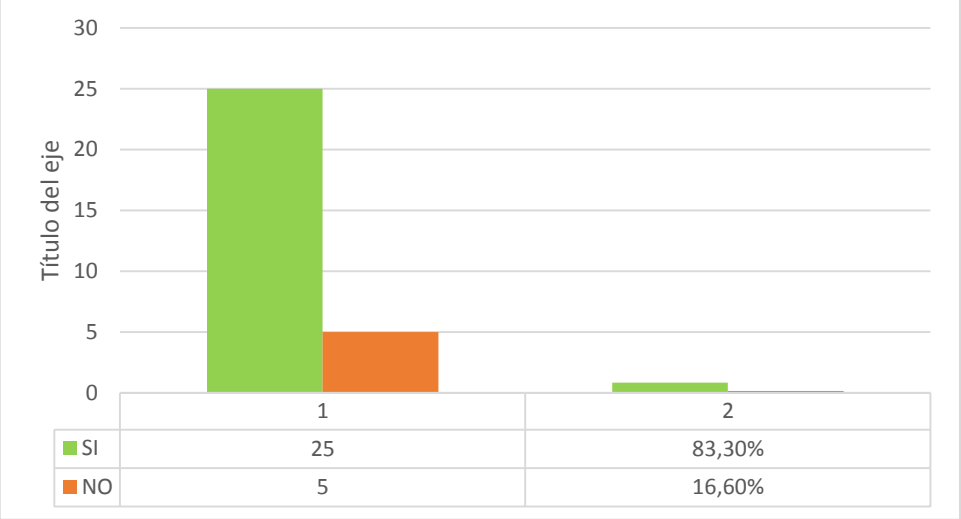
3. ¿Considera que es pertinente que se tome en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos?

Tabla No. 3

VARIABLE	f	%
SI	25	83,3%
NO	5	16,6%
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Gráfico Nº3



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Interpretación:

Con respecto a ésta interrogante veinticinco de los profesionales encuestados que representan el 83.33% consideran que es pertinente que se tome en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos; mientras que cinco personas que corresponde a 16,6% mencionan que no es pertinente.

Análisis:

Como se puede determinar la mayoría de los encuestados consideran que nuestro ordenamiento jurídico es justo y adecuado que es pertinente que se tome en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos, con el ánimo de cumplir a cabalidad con los requerimientos del menor.

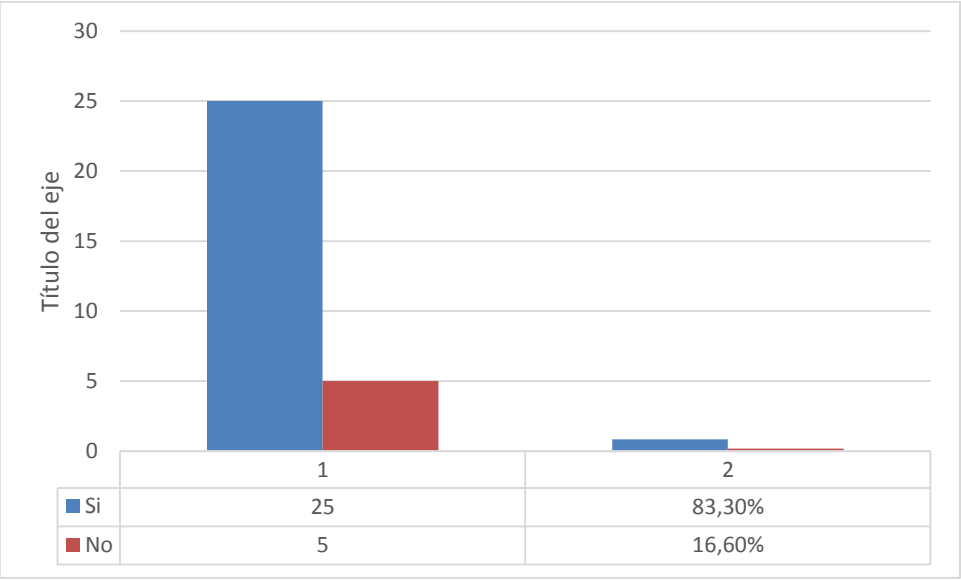
4. ¿Estima Usted que existe una insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

Tabla No 4

Variable	f	%
Si	25	83,3%
No	5	16,6%
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Gráfico Nº4



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Interpretación:

Del universo consultado se observa que, veinticinco profesionales que representa el 83.33% consideran que existe una insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante; mientras que un 16.6% considera que no.

Análisis:

Siendo de esta manera que la mayoría de los encuestados menciona que existe una insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante, siendo pertinente una urgente reforma legal. La obligación alimentaria debe ser compartida por los progenitores, ya que en la mayoría de los casos solo aporta uno de ellos, sin ser revisada de forma general su capacidad económica, lo que vulnera los derechos de un solo progenitores.

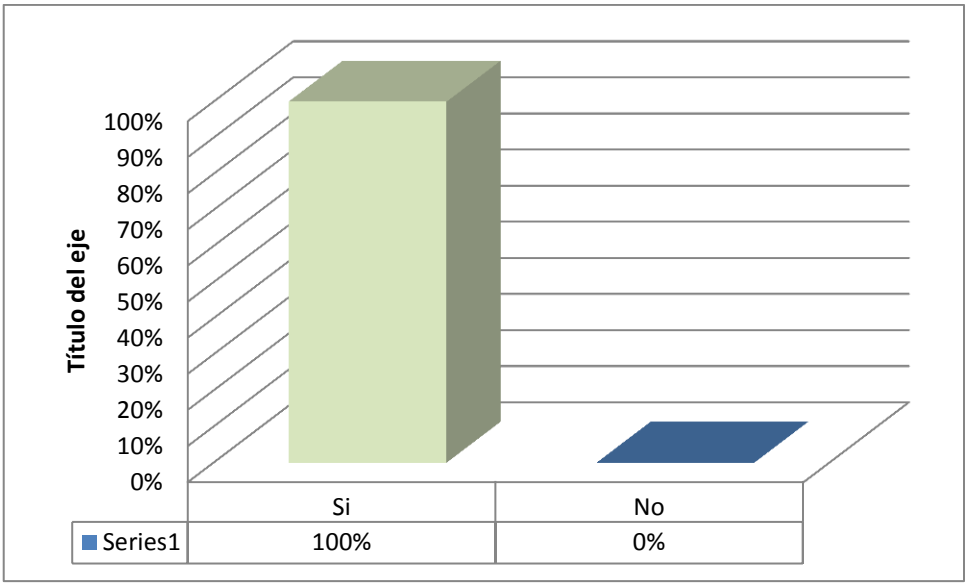
5. ¿Considera Usted que la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial?

Tabla No 5

Variable	f	%
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Gráfico Nº5



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Interpretación:

El 100% de las personas encuestadas (30 personas en total) respondió SI. Esto nos muestra, que ellos consideran que la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial.

Análisis:

Es decir que, la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial, por cuanto el juez antes de declarar la disolución del vínculo matrimonial y poner la pensión alimenticia a los hijos menores de edad producto del matrimonio, no toma en cuenta las deudas contraídas por los conyugues.

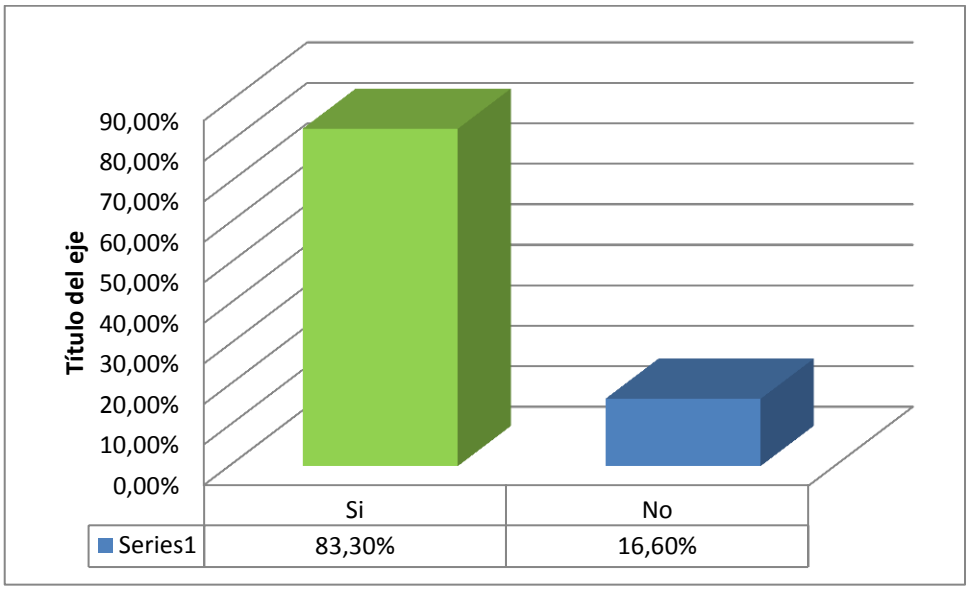
6. ¿Está de acuerdo en que se debería realizar reformas legales en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

Tabla No 6

Variable	f	%
Si	25	83,3%
No	5	16,6%
TOTAL	**30**	**100%**

Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Gráfico Nº6



Fuente: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja
Autor: César Amable Chamba Benítez

Interpretación:

Del universo encuestado, veinticinco profesionales que representan el 83.33% manifiestan que se hace necesario reformar en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la

capacidad económica real del alimentante; mientras que cinco personas el 16,6% considera que no.

Análisis:

Como se puede determinar en base a las respuestas formuladas a esta interrogante, la mayoría de los encuestados consideran que se hace necesario reformar en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante, con el ánimo de garantizar la plena garantía de los derechos de las partes y beneficiados de alimentos; y es que el juez dentro de la diligencia de la audiencia de conciliación tiene que tomar en cuenta la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos y dejará disuelto el vínculo matrimonial luego del convenio de la pensión de alimentos.

6.2 RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LAS ENTREVISTAS

La técnica de la entrevista, se aplicó a 3 profesionales del Derecho en libre ejercicio de la ciudad de Loja, estos son: Dr. Carlos Arturo Quishpe, Marco Paredes López y Dra. Maritza Alvarado Guerrero.

PRIMERA PREGUNTA:

¿Conoce Usted el Procedimiento del Divorcio por mutuo conocimiento?

Respuesta:

R.1. Claro por mi profesión y estudio constante de las leyes lo conozco.

R.2. Es correcto, no solo lo conozco sino que por mi ejercicio de mi profesión de Abogado lo practicamos constantemente.

R.3. Si, lo he realizado en diferentes ocasiones.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera que es pertinente que se tome en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos?

Respuestas:

R.1. Claro, de esto se vale el juez para poner la pensión alimenticia.

R.2. Se debe siempre tomar en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos

R.3. Sí, es correcto

TERCERA PREGUNTA:

¿Estima Usted que nuestra legislación presenta insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

Respuestas:

R.1. Si por lo que es necesaria una reforma legal a este cuerpo jurídico.

R.2. Si, considero que se presenta insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

R.3. Si, es clara la insuficiencia legal, lo que amerita una reforma jurídica a los cuerpos legales pertinentes.

CUARTA PREGUNTA:

¿Considera Usted que la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial?

Respuestas:

R.1. Si por cuanto no se toma en cuenta las deudas a las que se obligaron como pareja dentro del matrimonio

R.2. Si, se debe tomar en cuenta esta situación para que no se vulnere

R.3. Si, se debe tomar en cuenta para la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial.

QUINTA PREGUNTA:

¿Está de acuerdo en que se debería crear una reforma jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

Respuestas:

R.1. Si considero pertinente.

R.2. Si, adecuado y urgente una reforma al respecto.

R.3. Si, considero que se debería crear una reforma jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos

OBJETIVO GENERAL:

Desarrollar un estudio jurídico- crítico sobre el Divorcio por mutuo consentimiento y la pensión de alimentos.

Este Objetivo Específico, ha sido verificado en el punto 4, en cuanto a la Revisión de Literatura, en relación con el Marco Conceptual, Marco Doctrinario, Marco Jurídico y Legislación Comparada, en cuanto a divorcio por mutuo consentimiento y el acuerdo de las partes.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Comprobar insuficiencia en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

Este Objetivo, ha sido verificado en el punto 6 de los Resultados, específicamente en las respuestas de las preguntas 4, 5 y 6 de la Encuesta y 4 y 5 de la Entrevista; en donde se verificó la necesidad de crear una reforma jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

Conocer los criterios de autores sobre la temática del derecho de alimentos y sus limitaciones.

Este objetivo se verificó en el punto de la Revisión de literatura, en el numeral 4.2 del Marco Doctrinario, en relación el Derecho de Alimentos y sus limitaciones.

Desarrollar un proyecto de reforma jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

Finalmente, este objetivo se alcanzó con el desarrollo de la Propuesta Jurídica de Reforma en el punto 9.1, donde se plantea una reforma legal en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

6.2 Contrastación de Hipótesis

La pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial.

Esta hipótesis se contrastó y se verificó mediante el desarrollo de la Revisión de Literatura, es decir con el Marco Conceptual, Doctrinario y Jurídico; de igual forma con los Resultados, específicamente en las respuestas de las preguntas 4, 5 y 6 de la Encuesta y 4 y 5 de la Entrevista; en donde se verificó la necesidad de

reformar en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

6.3 Fundamentación Jurídica de la Propuesta

En nuestro País existe la institución Jurídica llamada matrimonio, la misma que se forma mediante un contrato solemne entre un hombre y una mujer; que produce efectos jurídicos y sociales, da lugar a la formación de la familia que es considerada como la célula fundamental de nuestra sociedad, ésta se encuentra regulada por la Legislación Civil.

"Art. 67.-Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.
El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal"[37]

El contrato matrimonial, como cualquier otro contrato puede ser disuelto legalmente, cuando los cónyuges, han llegado de común acuerdo a tomar la decisión de divorciarse, como también cuando dentro del núcleo familiar se ha

[37] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38

generado desavenencias conyugales o, se ha incurrido en alguna de las causas de divorcio determinadas por la ley.

El divorcio por mutuo consentimiento es aquel decidido por ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el Art. 107, cuyo encabezamiento expresa: “Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.”[38]

Si bien es cierto que el vínculo matrimonial puede disolverse por el divorcio, es necesario cumplir con ciertas formalidades, cuando se han procreado en el matrimonio hijos y son estos menores de edad, y en el haber de la sociedad conyugal poseen bienes. Estos particulares son ventilados en el juicio que es Verbal Sumario, para el divorcio, sea este contencioso o por mutuo consentimiento.

"Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto el consentimiento se expresa del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez o jueza de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges…”[39]

[38] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38
[39] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 2

El Divorcio por Mutuo Consentimiento como su nombre lo indica se da cuando los cónyuges expresan consensualmente su decisión de divorciarse, por ello debería tener un trámite ágil simplificado, pero no se da en la realidad, debido a cómo está establecido su trámite en el Código Civil ecuatoriano.

"Art. 108.-Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos.

Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y

fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.

El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda”[40].

La problemática radica cuando al momento de la diligencia de la audiencia, el juez busca inicialmente una reconciliación entre las partes para que no existe la terminación del matrimonio, al no existir esta, pone en consideración la conciliación de la pensión de alimentos del menor y lo que se refiere a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Para la conciliación de la pensión de alimentos el juez se basa en la tabla de pensiones alimenticias mínimas y la capacidad económica del alimentante. Si no existiere un acuerdo sobre esta temática el juez no podrá disolver el vínculo matrimonial.

De esta manera existe un vacío legal o insuficiencia jurídica en cuanto a que para fijar la pensión básica y legal de acuerdo a la tabla de pensiones alimenticias mínimas solo se toma en cuenta el salario o sueldo del alimentante, más no sus pasivos o deudas que dentro del matrimonio adquirió para el bienestar de la familia. Amanera de ejemplo un padre que gane $1.200 dólares, por ley debe cancelar el 35% de su sueldo ($375,75), se le resta el pago del Seguro Social, además de las deudas que han adquirido dentro del matrimonio para beneficio del menor como una compra o construcción de una casa con el valor de $600, de tal modo que no le queda el sueldo o salario suficiente para sus gastos básicos, con

[40] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 24

lo cual se vulneran los derechos del alimentante por proteger ante todo al alimentado.

No olvidemos que la manutención, cuidado, alimentación y bienestar de un hijo es responsabilidad compartida entre los progenitores. Por lo que la reforma legal a proponer como alternativa, es que el juez dentro de la diligencia de la audiencia de conciliación tomará en cuenta la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos y dejará disuelto el vínculo matrimonial luego del convenio de la pensión de alimentos.

8. CONCLUSIONES

A la terminación del presente trabajo investigativo, se pudo llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

SEGUNDA: El contrato matrimonial, como cualquier otro contrato puede ser disuelto legalmente, cuando los cónyuges, han llegado de común acuerdo a tomar la decisión de divorciarse, como también cuando dentro del núcleo familiar se ha generado desavenencias conyugales o, se ha incurrido en alguna de las causas de divorcio determinadas por la ley.

TERCERA: Que La pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial.

CUARTA: Que el juez dentro de la diligencia de la audiencia de conciliación tomará en cuenta la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez

respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos y dejará disuelto el vínculo matrimonial luego del convenio de la pensión de alimentos.

QUINTA: Es necesario crear una reforma jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

9. RECOMENDACIONES

Habiendo efectuado el desarrollo pertinente del presente trabajo investigativo de carácter socio-jurídico, y luego de haber arribado a las conclusiones anteriormente citadas, sugiero las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Que los miembros de la Asamblea Nacional, procedan a la revisión de las disposiciones incluidas en la Constitución de la República del Ecuador, referentes a garantizar el interés superior del niño, y obligando a sus progenitores a satisfacer sus necesidades, con claro respeto a su capacidad económica no solo del alimentante sino de los dos progenitores.

SEGUNDA: A la Asamblea Nacional, con la finalidad de que se encargue de realizar propuesta de reformas legales, de tal modo que no solo se proteja al alimentado sino también al alimentante.

TERCERA: Que la Asamblea expida reformas en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

CUARTA: Que, los Colegios y Foros de Abogados organicen seminarios, y talleres de capacitación dirigidos a sus socios, cuyas temáticas versarán sobre los derechos de familia.

QUINTA: A la Universidad Nacional de Loja, que siga formando profesionales probos, preocupados de la realidad social y jurídica del país, con conocimientos plenos de la realidad social en beneficio con los grupos vulnerables.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

QUE, es deber primordial del Estado garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes y otros titulares el derecho a alimentos;

QUE, el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes

QUE, el Art.44 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños, y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá el principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Los niños, niñas y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en el entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-

emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

QUE, el Código Civil en su Art.107 determina que por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

QUE, el Código Orgánico General de Procesos presenta una insufiencia jurídica en cuanto con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

Que de conformidad con el **Artículo 120**, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, le corresponde a la Asamblea Nacional, expedir, codificar, reformar, y derogar Leyes; e interpretar con carácter general obligatorio, en ejercicio de sus atribuciones:

RESUELVE:

EXPEDIR LA SIGUIENTE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1.- Agréguese al Art.108 un párrafo nuevo luego del segundo con el siguiente texto:

"El juez dentro de la diligencia de la audiencia de conciliación, para la fijación de la pensión alimenticia del o los menores producto del matrimonio, tomará en cuenta la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos y dejará disuelto el vínculo matrimonial luego del convenio de la pensión de alimentos.

Art. Final.- La presente reforma de ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito Provincia de Pichincha, en la Sala de Sesiones de la H. Asamblea Nacional a los ocho días del mes de Febrero del dos mil dieciséis.

Presidenta del H. Asamblea Nacional **Secretario del H. Asamblea Nacional**

RESUELVE:

EXPEDIR LA SIGUIENTE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Artículo 1.- Agréguese al Art.335 un párrafo final con el siguiente texto:

"En los procesos de divorcio por mutuo consentimiento, dentro de la audiencia de conciliación, no se podrá dar por terminado el vínculo matrimonial sin antes fijar la pensión alimenticia del o los menores producto del matrimonio, sin tomar en cuenta de forma obligatoria la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos".

Art. Final.- La presente reforma de ley entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito Provincia de Pichincha, en la Sala de Sesiones de la H. Asamblea Nacional a los ocho días del mes de Febrero del dos mil dieciséis.

Presidenta del H. Asamblea Nacional **Secretario del H. Asamblea Nacional**

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Q. (1961). Sistema de Derecho Civil Internacional, Montevideo.
- ALBÁN, F. (2006). Derecho de la Niñez y Adolescencia, Quito.
- ALBUJA, R. & PÁSARA, L. (2010). La pensión de alimentos en las resoluciones judiciales ecuatorianas, en: Derechos y garantías de la niñez y adolescencia. Quito.
- AZULA, J. (2000). Manual de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso, Bogotá.
- BORDA, G. (1993). Tratado de Derecho Civil y de Familia, Tomo I, Novena Edición, Buenos Aires.
- BONNECASE, J. (2000). Tratado Elemental de Derecho Civil, (Parte A) Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 1, Editorial Harla, México D.F.
- CABANELLAS, G. (1998). Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires.
- CABRERA, J. (2007). Alimentos, Legislación, Doctrina y Práctica, Quito.
- CILLERO, M. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, Chile.

- CLARO, L. (1994). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo 3, Santiago de Chile.
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. (2009). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. (2014). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. (2000). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA (2005). Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid
- DÍAZ, R. (2005). Diccionario Jurídico. Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Rafael Zocotti. Bogotá.
- DROMI, R. (2010). Derecho Administrativo. Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid.
- GARCÍA, R. (1995). Manual de Práctica Procesal Civil. Bogotá. Recuperado por:

  http.www.wikipedia_divorcio_mutuo-consentimiento.com.es
- ESPINOSA, G. (1987). Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito.

- ZAVALA, J. (2002). El Debido Proceso Penal. EDINO Editorial. Impresión V&O Gráficas. Guayaquil.
- ZAMBRANO, A. (2008). Derecho Positivo. EDINO Editorial. Guayaquil.

11. ANEXOS

ANEXO 1 PROYECTO APROBADO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE".

Proyecto de tesis previa a la obtención del Título de Abogado

AUTOR:

César Amable Chamba Benítez

Loja - Ecuador

2015

a. TEMA:

"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE".

b. PROBLEMÁTICA:

En nuestro País existe la institución Jurídica llamada matrimonio, la misma que se forma mediante un contrato solemne entre un hombre y una mujer; que produce efectos jurídicos y sociales, da lugar a la formación de la familia que es considerada como la célula fundamental de nuestra sociedad, ésta se encuentra regulada por la Legislación Civil.

El contrato matrimonial, como cualquier otro contrato puede ser disuelto legalmente, cuando los cónyuges, han llegado de común acuerdo a tomar la decisión de divorciarse, como también cuando dentro del núcleo familiar se ha generado desavenencias conyugales o, se ha incurrido en alguna de las causas de divorcio determinadas por la ley.

Si bien es cierto que el vínculo matrimonial puede disolverse por el divorcio, es necesario cumplir con ciertas formalidades, cuando se han procreado en el matrimonio hijos y son estos menores de edad, y en el haber de la sociedad conyugal poseen bienes. Estos particulares son ventilados en el juicio que es Verbal Sumario, para el divorcio, sea este contencioso o por mutuo consentimiento.

El Divorcio por Mutuo Consentimiento como su nombre lo indica se da cuando los cónyuges expresan consensualmente su decisión de divorciarse, por ello debería tener un trámite ágil simplificado, pero no se da en la realidad, debido a cómo está establecido su trámite en el Código Civil ecuatoriano.

La problemática radica cuando al momento de la diligencia de la audiencia, el juez busca inicialmente una reconciliación entre las partes para que no existe la terminación del matrimonio, al no existir esta, pone en consideración la conciliación de la pensión de alimentos del menor y lo que se refiere a los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Para la conciliación de la pensión de alimentos el juez se basa en la tabla de pensiones alimenticias mínimas y la capacidad económica del alimentante. Si no existiere un acuerdo sobre esta temática el juez no podrá disolver el vínculo matrimonial.

De esta manera existe un vacío legal o insuficiencia jurídica en cuanto a que para fijar la pensión básica y legal de acuerdo a la tabla de pensiones alimenticias mínimas solo se toma en cuenta el salario o sueldo del alimentante, más no sus pasivos o deudas que dentro del matrimonio adquirió para el bienestar de la familia. Amanera de ejemplo un padre que gane $1.200 dólares, por ley debe cancelar el 35% de su sueldo ($375,75), se le resta el pago del Seguro Social, además de las deudas que han adquirido dentro del matrimonio para beneficio del menor como una compra o construcción de una casa con el valor de $600, de tal modo que no le queda el sueldo o salario suficiente para sus gastos básicos, con

lo cual se vulneran los derechos del alimentante por proteger ante todo al alimentado.

No olvidemos que la manutención, cuidado, alimentación y bienestar de un hijo es responsabilidad compartida entre los progenitores. Por lo que la reforma legal a proponer como alternativa, es que el juez dentro de la diligencia de la audiencia de conciliación tomará en cuenta la capacidad económica del alimentante, sus pasivos y de igual forma de la madre, cuya obligación es también colaborar al bienestar y alimentación del menor, por lo tanto el juez respetará ante todo el acuerdo de las partes a la que hayan llegado sobre los alimentos y dejará disuelto el vínculo matrimonial luego del convenio de la pensión de alimentos.

c. JUSTIFICACIÓN:

Social

Si bien se califica de consensual, el divorcio por mutuo consentimiento, puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, pero para que este vínculo jurídico llegue a su fin, deberán los cónyuges llegar a un acuerdo sobre la pensión alimenticia del o los menores procreados durante el matrimonio.

De ahí que, este trabajo investigativo, es el resultado de las deficiencias que presenta el Código Civil en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del

alimentante, ya por ley se debería respetar en acuerdo de voluntades ante todo, ya que el juez solo se basa en imponer la pensión alimenticia de acuerdo a lo que recibe líquido de su sueldo o salario el alimentante. De ahí que como tal es un problema social, puesto que nos afecta a todos, siendo una problemática social-jurídica y trascendente, que merece la atención debida por vulnerar los derechos de los alimentantes.

Por lo que es necesario reformar el Art.108 del Código Civil, en cuanto reformar el párrafo segundo de este artículo, insertando la obligatoriedad de que el Juez que tiene conocimiento de la causa, en la diligencia de la audiencia de conciliación del divorcio por mutuo consentimiento, deberá respetar la capacidad real del alimentante en cuanto a la pensión alimenticia y las deudas adquiridas durante el matrimonio.

Institucional

La Universidad Nacional de Loja, tiene como objetivo principal y fundamental la formación de profesionales críticos y analíticos a través de la realización de la investigación, y vincular los conocimientos teóricos y prácticos con la realidad social. Por lo que el desarrollo de la presente investigación tiene la calidad de académica, ya que es un requisito para la graduación y obtención del grado de Abogada. Siendo nuestra obligación realizar con la mayor veracidad la investigación científica- jurídica- social, con la finalidad de a más de lograr una meta y requisito académico, el coadyuvar a la solución de un problema jurídico.

Jurídica

El Código Civil en sus Art.107 y 108 determina el divorcio por mutuo consentimiento, el mismo las necesidades y protección del grupo vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes, en cuanto a no poner fin al vínculo matrimonial no sin antes acordar la pensión alimenticia, que responda a las necesidades del menor y capacidad del alimentante. Pero la problemática, radica en la capacidad real del alimentante, puesto que en muchos casos las deudas que obtuvieron durante el matrimonio se las queda el progenitor y además es el que tiene que cumplir con la pensión alimenticia, lo que vulnera los derechos del alimentante por proteger los del alimentado y como tal es beneficiada de este acto la madre del menor.

Por lo que se justifica de forma jurídica, por cuanto se estudiará e indagará la pertinencia de la creación de una propuesta jurídica alternativa, para solucionar una problemática social- jurídica, esta es la que se modifique el Art.108 del Código Civil, en relación a la obligatoriedad del Juez en respetar el acuerdo de las partes en cuanto a la pensión alimenticia, con lo cual se pretende subsanar las deficiencias jurídicas de esta normativa.

d. OBJETIVOS:

- **Objetivo General:**

  Desarrollar un estudio jurídico- crítico sobre el Divorcio por mutuo consentimiento y el acuerdo de las partes.

- **Objetivos Específicos:**

Comprobar insuficiencia en el Código Civil en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

Conocer los criterios de autores sobre la temática del derecho de alimentos y sus limitaciones.

Desarrollar un proyecto de reforma jurídica al Código Civil en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante.

e. HIPÓTESIS:

La pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial.

f. MARCO TEÓRICO:

MARCO CONCEPTUAL

FAMILIA

El Término de la familia proviene del latín familia, que significa “grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens” a su vez derivado también de famŭlu, esto es, “siervo, esclavo”.[41]

El término generó que se abriera su campo semántico para que también se incluyera las esposas e hijos del pater familias, a quienes legalmente pertenecían, hasta que se terminó reemplazando a gens.

“La familia sigue siendo, a pesar de los ataques y dudas que se ciernen sobre ella, el nudo fundamental de la constitución de la personalidad de los niños. Prácticamente todas las definiciones, más allá desde donde se posicionen para estudiar a la familia, hacen referencia a los factores comunes: habitación común, descendencia común, mismo techo, mismo apellido, mismos padres, mismo grupo, misma historia”[42] La constitución de la familia se remonta en los primeros momentos del hombre, incluso innumerables especies animales constan de una organización en cuanto a su sistema familiar se refiere.

[41] Gary S. Becker(1991) ,Un tratado sobre la familia Pág. 278
[42] Gutierrez, V., & Fernandez. Orealc /Unesco Centro de Información y Documentación. Norma. Santiago (2002)

Es decir que, la familia siempre ha sido y es, el principal pilar de la sociedad. Es el lugar donde los miembros nacen, aprenden, se educan y desarrollan. Debe ser refugio, orgullo y alegría de todos sus miembros. Cuando la familia tiene problemas, alegrías o tristezas internas, repercuten en todos los familiares, sufriéndolos o disfrutándolos, debido a su total interrelación.

CONTRATO

Según el tratadista Guillermo Cabanellas, "el contrato es el convenio obligatorio entre dos o más partes, relativo a un servicio, materia proceder o cosa. Llevando la síntesis al extremo de sólo dos palabras, podría caracterizarse el contrato como acuerdo jurídico"[43]

Se declara que el matrimonio es un contrato porque emerge del mutuo acuerdo de voluntades, de tal manera que si aquel acuerdo no existe no se puede establecer su derecho.

De este mutuo acuerdo se derivan infinitas obligaciones y derechos que están determinados por la ley. Esto asigna la presunta voluntad de los novios de implantar derechos y obligaciones.

En nuestro país no es una práctica muy amplia ya que tradicionalmente el hombre es aquel que se ha ocupado de laborar fuera del hogar y la mujer dentro de ella realizando la ocupación dentro del hogar

[43] CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", vigésimo quinta edición, Buenos Aires -Argentina, 2008. Pág. 94

MATRIMONIO

Encontramos diferentes etimologías de la palabra matrimonio: “Tancredo sitúa el origen de la palabra matrimonio en la unión de las palabras latinas matris (de madre) y munus (oficio o tarea), lo que se explica por la mayor tarea que tiene la madre en el cuidado y crianza de la prole”[44].

En latín encontramos otras palabras relacionadas con el matrimonio, tales como Consortium (que viene de cum y sors (suerte), y que supone que los casados participan de la misma suerte y condición, de los mismos derechos y debe res, del bien y del mal). De la primera definición etimológica podemos describir al matrimonio que da a entender que la mujer es quien organiza la vida en el hogar.

De la segunda que por el matrimonio los contrayentes quedan ligados con un vínculo jurídico que los asocia no solo sentimental, económicamente si no en todos los aspectos de la vida.

DIVORCIO

Según Guillermo Cabanellas “Divorcio, se deriva del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado, puede referirse a la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de

[44] CABANELLAS de Torres, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Edición 2002, Editorial Heliasta, Pág. 133

disolución por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales o insubsanables”[45]

Por divorcio se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común. Este factor puede darse como simple hecho o mediante acto jurídico, al margen de la ley. Según el Art.106 del Código Civil, el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código.

PATRIA POTESTAD

“Juan Larrea Holguín define a la patria potestad como un conjunto de derechos y deberes de los padres sobre los hijos no emancipados, de índole principalmente económico e intransferibles”[46]

Patria potestad, concepto jurídico que remite a la relación paterno filial que tiene por núcleo el deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La potestad sobre los hijos era, en el Derecho romano, un poder absoluto del padre creado en beneficio de la familia, no de los hijos.

En la actualidad, por el contrario, es un rasgo constitutivo esencial de la patria potestad su carácter altruista. La patria potestad se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.

[45] LARREA HOLGUÍN Juan, DERECHO DE FAMILIA, Pág. 149
[46] IBIDEM

“La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales”[47]

Corresponde la patria potestad por igual a los progenitores, y esto implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos no emancipados habrán de ser adoptadas de común acuerdo. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos podrá acudir al juez, quien atribuirá a uno la facultad de decidir. Si se mantienen los desacuerdos, podrá atribuir la potestad a uno o repartir entre ellos sus funciones. Si los padres se encuentran separados, se ejercerá por aquél que conviva con el hijo, con la participación del otro que fije el juez.

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

"Es la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene gracias a una sentencia judicial que pone fin a un procedimiento el cual se inició por una solicitud en la que ambos cónyuges estuvieron de acuerdo en realizar y han cumplido con todos los requisitos legales que la ley marca para lograr se dicte sentencia".[48]

Procedimiento genérico: Estando de acuerdo ambos cónyuges comparecen o se presentan (por escrito o de forma personal y verbal dependiendo de cada legislación) ante la autoridad judicial competente (normalmente un juez familiar) y

[47] BOMECASSI, Julián, “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Pág. 361
[48] PARRAGUEZ RUIZ Luis, MANUAL DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO: PERSONAS Y FAMILIA, 1era Edición, Vol. 1, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Año de Publicación 2005, Loja-Ecuador Pág. 182.

solicitan se decrete en sentencia definitiva el divorcio, por lo que una vez que los cónyuges realizan todos los pasos legales obtienen la sentencia de divorcio.

DERECHOS DE ALIMENTOS

Para una clara comprensión del significado del término alimentos, considero pertinente enfocarme en varios conceptos, de autores y tratadistas del derecho, los mismos que me servirán para el desarrollo del presente trabajo investigativo, considerando que es un derecho que nace de la ley o de ciertas circunstancias que en un momento determinado genera obligación de proporcionar a determinadas personas.

Es necesario conocer el origen del verbo alimentar, así encontramos que en la enciclopedia jurídica Omeba, manifiesta que "La palabra alimento viene del latín alimentum, de lo que significa nutrir; jurídicamente comprende todo aquello que una persona tienen derecho percibir de otra. Por ley, declaración judicial o convenio para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica e instrucción"[49]

Es claro el concepto que encontramos en la Enciclopedia Omeba la cual para mi análisis la misma encierra todo en cuanto se comprenden están destinados los alimentos que otorga una persona para con otra ya sea judicial o extrajudicialmente se compromete.

[49] ENCICLOPEDIA JURIDÌCA "OMEBA", tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina-Impreso el 15 de febrero de 1954, Pág., 645.

OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

El Derecho de Alimentos es un tema que viene desde siglos pasados, ya en el Derecho Romano se habló de aquellos, hoy en día se sabe que casi todas las legislaciones a nivel mundial han dedicado sus leyes al Derecho de Alimentos.

La obligación de los padres para con las hijas e hijos, deriva exclusivamente de la relación parento- filial y dentro del marco de los deberes morales el compromiso de consignar alimentos se basa en el deber de los padres, en todo tiempo más aun posterior a un divorcio, una separación o un fallecimiento, la pensión alimenticia es el resultado que se obtiene después del trámite legal que sigue una persona carente de recursos económicos, a otra que por ley tenga que alimentarla, esto se lo hace frente a la Autoridad Judicial correspondiente.

En general las pensiones alimenticias es una de las obligación es de los padres a sus hijas e hijos menores de edad, así como a sus hijas /os mayores de edad siempre y cuando se hallen cursando estudios superiores y esto se pueda justificar o comprobar, teniendo un alcance también para las personas mayores de edad, siempre que se pruebe la necesidad, la carencia de medios para subsistir o en cierta discapacidad.

“Se entiende por alimentos las sumas de dinero necesarias para hacer subsistir a una persona que se encuentra en la necesidad. En general, estas sumas deberán abonarse en forma de pensión, en plazos periódicos y atrasados o vencidos. Además, salvo en ciertos casos excepcionales, la obligación de suministrar

alimentos a una persona determinada no se duplica con la de proporcionarle cuidados personales. El derecho de alimentos es, pues, el derecho de ejercer cierta preferencia en el patrimonio de otro, derecho creado por el parentesco o por afinidad a favor de ciertas personas. Añadiremos que el derecho y o la obligación son, en principio, recíprocos. La obligación alimenticia existe: entre esposos, entre los padres y los hijos, ascendiente y descendiente, y entre afines en línea directa"[50]

El derecho de alimentos o asistencia es aquel que se da el sustento adecuado de una persona a quien se debe primordialmente por ley, disposición testamentaria, fundación o contrato.

"La doctrina afirma, de manera general, que la pensión puede pagarse en dos formas: a) la impropia, mediante la cual el acreedor entrega una cantidad de dinero suficiente para cubrir todas las necesidades relativas a la pensión de alimentos o, b) la propia, que consiste en que el deudor reciba en su casa al acreedor y le suministre todo lo necesario en especies, para su subsistencia. La ley determina a quien corresponde decidir y en qué forma debe pagarse, no obstante existen excepciones previstas en la ley.

Entre ellas, se deja a criterio del Juez, la forma propia sino impropia, o la que prevé expresamente la misma ley cuando la pensión alimentaria se refiere a los ascendientes. En este supuesto, el deudor descendiente no puede obligar al

[50] WRAY Alberto, GARCÍA Elizabeth; El menor ante la ley. Procedimientos, jurisprudencias e índice temático de toda la legislación. Edición Corporación Editora Nacional. Quito- Diciembre 1991.

acreedor a recibir el pago en forma propia, sino que el ascendiente puede exigir el pago de la pensión de manera impropia.

La obligación alimentaria exige como presupuesto básico el matrimonio o un vínculo de parentesco, estado de necesidad de la persona que reclama alimentos y la imposibilidad en que se encuentra de satisfacérselos, y la capacidad económica de la persona a quien se le exigen”[51]

El derecho de alimentos es una obligación fundamental de los padres hacia los niños, niñas y adolescentes debido que sin lo alimentos adecuados, las personas no pueden llevar una vida saludable y activa.

Las prestaciones alimenticias según los diferentes tratadistas lo han definido como el derecho que tiene una persona a recibir y exigir de otra los recursos necesarios para sustentar y desarrollar su vida, de acuerdo a su realidad económica y social.

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción de las niñas, niños y adolescentes cuando sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no sea imputable. De ahí que el derecho de alimentos son las prestaciones que una persona está obligada a proporcionar a otra para su subsistencia, en virtud de un

[51] ABOUHAMAD G, Los derechos de la Niñez y Adolescencia; México; Pág. 432

título legal destinado a su sustento, vestuario, salud, vivienda y educación, las que duran hasta el aprendizaje de alguna profesión u oficio.

MARCO DOCTRINARIO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO

Lo que hoy conocemos como matrimonio ha contado con un contenido diverso a lo largo de los siglos, derivado de la realidad socio-cultural de cada momento histórico. Ello nos permite por tanto avanzar que el concepto de matrimonio no es totalmente estático, sino algo en constante evolución, a tenor de las variaciones que los acontecimientos han ido generando.

Nuestra tradición jurídica nos obliga a partir de la regulación ofrecida por el Derecho romano. La tradición romanista contemplaba una regulación aplicable únicamente a quienes ostentasen el estatus de ciudadanos romanos. Es decir, los derechos y obligaciones dimanantes de la institución sólo alcanzaban a quienes tenían una determinada categoría social.

Con la expansión del cristianismo, el matrimonio se convierte en una institución a la que definitivamente se la considera indisoluble, dirigida a la procreación y educación de los hijos, elevándose a la categoría de sacramento. Esto supone la mezcla de dos aspectos que hasta la fecha dificultan captar una realidad dual. Esta realidad dual supone hablar de dos cuestiones distintas que separan lo que

es la previsión jurídico-matrimonial, de lo que es la regulación moral del matrimonio, sobre todo en el Estado moderno.

En un momento en el que ya se admite sin ningún tipo de discusión la separación de Iglesia y Estado, así como de que el Estado carece de una religión o una moral oficial, debe dejarse constancia de que el Estado regulará los efectos del matrimonio que condicionarán al total de su población, en consideración del principio de soberanía del Estado.

Y, por otra parte, la Iglesia Católica o bien otra confesión religiosa, podrán establecer cuestiones particulares con respecto al matrimonio de sus fieles, debiendo tenerse en cuenta que sólo cuando el Estado.

MATRIMONIO CIVIL Y MATRIMONIO RELIGIOSO

El matrimonio religioso católico ha marcado sin duda la evolución histórica que ha vivido la institución jurídica matrimonial. Ello obedece a que en diversas ocasiones el matrimonio civil se ha visto arrastrado a vivir no ya confundido con el católico, sino obligado a ser excepcional junto al religioso.

“El caso español es ampliamente paradigmático: desde la Edad Media, los diferentes Reinos peninsulares dejaron en manos de la Iglesia Católica la regulación de las condiciones y detalles de cómo se celebraría el matrimonio y de sus causas de invalidez, sin admitir por ello disolución por divorcio.

Esta situación se mantuvo sin cambios en España, hasta la aprobación de la Constitución de 1869 que planteó por primera vez la regulación del matrimonio civil; es decir, la regulación de derechos y deberes de aquellas personas que no deseasen casarse según el rito católico, sino siguiendo el rito de otra religión, o bien sin seguir rito religioso alguno, conforme a una forma civil de celebración y causas civiles de invalidez (las causas de invalidez derivadas del consentimiento y el divorcio).

Se retomaba así una concepción matrimonial similar a la del Derecho Romano, en que como ya se ha mencionado, el matrimonio estaba meramente dirigido a ser una relación contractual entre un hombre y una mujer"[52].

Como podemos analizar la institución jurídica del matrimonio ha ido evolucionando, conforme evoluciona la sociedad, nuestro código civil ha tenido varias reformas los artículos relacionados con el matrimonio.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DIVORCIO

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, si bien muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, y su ruptura generalmente era solicitada por los

[52] DE LA ROSA, Ricardo, FORO EUROPEO SOBRE EL DERECHO AL MATRIMONIO Y LA ADOPCIÓN-2002, Pág. 123.

hombres. Aunque en algunas de ellas, el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia, donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

En América, los Aztecas sólo podían tener una esposa y se la denominaba Cihuatlantli, y sólo podía tener un número determinado de concubinas, sólo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.

En la Roma temprana el divorcio era algo poco común, hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima " matrimonia debent esse libera” (los matrimonios deben ser libres) en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

En los inicios del cristianismo, el divorcio era admitido, pero con el tiempo la iglesia lo fue prohibiendo. A partir del siglo X, eran los tribunales eclesiásticos quienes tramitaban los divorcios, no sin grandes disputas de distintos sectores de

la iglesia cristiana. A partir del Concilio de Trento, en 1563, se impuso la teoría del carácter indisoluble del vínculo, aunque se admitió la separación de cuerpos.

Como vemos en las anotaciones anteriores el divorcio ha evolucionado de acuerdo a las épocas de la historia como también de acuerdo a las formas de matrimonio y de acuerdo a cada cultura, es por tanto una institución tan antigua como el matrimonio, cabe destacar que en épocas anteriores ya existía el divorcio por mutuo disenso o muto consentimiento.

La mayor o menor facilidad para obtener el divorcio vincular está en directa relación con el concepto que se tenga del matrimonio, de sus fines y de su carácter de institución natural sagrada e indisoluble.

EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges y frente a terceras personas, de los cuales los fundamentales son los deberes u obligaciones conyugales, el parentesco, el régimen económico del matrimonio, que tiene distintas modalidades en los diferentes países.

Además, produce de derecho la emancipación del contrayente menor de edad, con lo cual éste queda libre de la patria potestad de sus padres y podrá en adelante actuar como si fuera mayor, aunque posteriormente se divorcie.

LA ESENCIA DEL MATRIMONIO

"El matrimonio es tradicionalmente la unión legal entre un hombre y una mujer, que adoptan una vida juntos, guiados por el amor mutuo, como marido y mujer, con el fin de la procreación; aunque actualmente en algunos países la ley permite y avala el matrimonio homosexual, es decir, entre personas del mismo sexo. El vocablo matrimonio viene de "matrimonium", palabra que en latín significa "madre", lo cual expresa la importancia de la maternidad y la procreación, como fin supremo, en esta unión. La procreación no es posible en el caso de los matrimonios homosexuales, no obstante, en algunos países tienen la posibilidad de adoptar, para poder constituir una familia"[53]

La esencia del matrimonio viene dada por el vínculo matrimonial como principio formal del matrimonio. En torno a qué deba entenderse por vínculo matrimonial existen dos posturas:

La esencia del matrimonio viene dada por el vínculo matrimonial como principio formal del matrimonio. En torno a qué deba entenderse por vínculo matrimonial existen dos posturas: Para algunos, el vínculo matrimonial es el derecho sobre el cuerpo del otro en orden a los actos generadores.

Por lo que, se puede decir que el matrimonio es una institución legal que da efectos jurídicos al derecho natural de unión amorosa y sexual entre dos seres para llevar adelante una vida en común y constituir una familia, teniendo como

[53] VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez, El concepto de matrimonio en el Código Civil, Editorial Civitas, Madrid-España, 2008, pág. 29

uno de sus principales fines, la procreación y la educación y el cuidado de la prole. Con la legalización de los matrimonios homosexuales, tendría más bien que aceptarse otra definición que no incluiría el fin de la procreación, aunque sí la de educación de los hijos, que podrían adoptarse, si la ley lo permitiera.

Es decir que el matrimonio es la palabra que nos permite designar a la unión que se produce entre un hombre y una mujer a través de diferentes ceremonias o prácticas. Cabe destacar, que en los últimos años, entre las varias conquistas sociales conseguidas por las minorías sobresale muy especialmente la posibilidad que han logrado los homosexuales de unirse en matrimonio con sus parejas, es decir, que el matrimonio ha dejado de ser una práctica que atañe a las parejas heterosexuales únicamente.

MARCO JURÍDICO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

"Art. 67.-Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”[54]

La norma señalada en su primera línea señala “Se reconoce la familia en sus diversos tipos”, o sea que además de la familia matrimonial, cuya fuente sin lugar a dudas es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer, que se comportan ante los demás como esposos; y más aún ahora las uniones de hecho de personas del mismo sexo.

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”[55].

La disposición que antecede señala a las personas que en razón de ciertas desventajas propias de su integridad física o psicológica, o también por causa de determinadas circunstancia, son consideradas como grupo de atención prioritaria, entre los que se reconoce en forma expresa a los adultos mayores, a las niñas,

[54] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38
[55] IBIDEM

niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y pacientes enfermedades catastróficas o de alta complejidad, a las que se aumentan aquellos sujetos que por cualquier circunstancias se encuentran en estado de riesgo, como ocurre con las víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, o a los damnificados por desastres naturales o antropogénicos.

"Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad.

Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales"[56].

Es decir que, nuestro Estado, mediante sus normas jurídicas propenderá el desarrollo integral de este grupo prioritario, garantizando el ejercicio de sus derechos, en atención de sus capacidades y potencialidades, motivando su

[56] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 38

desarrollo social, emotivo, afectivo y cultural, en pos del avance y mejoramiento de las condiciones de vida.

"Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas"[57].

Por lo que se incluye, el cuidado y protección a las niñas, niños y adolescentes, teniendo en cuidado su integridad física y psíquica; su salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social;

[57] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 41

al respeto de su libertad y dignidad, buscando siempre su desarrollo normal e íntegro de su personalidad en satisfacción de sus necesidades más elementales.

“Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad.

4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.

6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad.

9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas"[58].

Es decir que, será obligación del Estado aseguran a los niños, niñas y adolescentes, su nutrición, salud, educación; prohibiendo la explotación infantil; priorizando a quienes poseen una discapacidad; previniendo además el uso de estupefacientes, limitando la influencia de programas y mensajes difundidos por cualquier medio sobre violencia, sexo o discriminación, para lo cual se implementarán políticas de erradicación y desarrollo integral del este grupo.

"Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[58] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 42

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

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

29. Los derechos de libertad también incluyen:

a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias”[59].

De esto se puede mencionar, que la Constitución del Estado, reconoce y asegura la alimentación, salud, nutrición, vivienda, educación y todo cuanto sea ihnerente a nuestro ser con limitaciones legales a los derechos de los demás, y actuando con libertad para pensar y actuar.

[59] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 45

“Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

2. Se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.

3. El Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.

4. El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.

5. El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

6. Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

7. No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella”[60].

Por lo que se garantiza, la maternidad y paternidad responsable, en cumplimiento de sus obligaciones, prestando atención a las familias disgregadas. Para esto se tomará en cuenta la corresponsabilidad materna y paterna en cumplimiento de deberes y derechos.

“Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”[61].

De esto, se deduce que se formulará y desarrollarán políticas, con enfoques a planes y programas dirigidos al sector público, con respeto prioritario a la garantía de los derechos de este grupo vulnerable.

CÓDIGO DE LO CIVIL

El divorcio por mutuo consentimiento es aquel decidido por ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra contemplada en el Art. 107, cuyo encabezamiento expresa: “Por mutuo consentimiento pueden los

[60] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Corporación de Estudios y publicaciones; Pág. 46
[61] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 2

cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por intermedio de procuradores especiales, ante el Juez de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges."[62]

Si bien se califica de consensual, puesto que nace de la voluntad conjunta de ambos cónyuges de poner término al matrimonio, puede darse el caso de que suscite cuestiones de orden contencioso en el curso del procedimiento judicial, como sucede cuando no hay acuerdo entre los cónyuges en lo relativo a la situación en que quedarán los hijos menores.

El Art. 107 del Código Civil manifiesta:

"Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto el consentimiento se expresa del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez o jueza de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes primordiales de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos"[63]

[62] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 2

[63] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 22

Para este tipo de divorcio tendrán que presentar la demanda cumpliendo lo que determina el Art. 107 en sus literales 1,2 y 3, y a esta demanda deberá adjuntarse copias certificadas del Acta.

"Art. 108.-Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos.

Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1a.- A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2a.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3a.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4a.- Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5a.- El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6a.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a solicitud del ministerio público o de los parientes

hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en su providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación, pero solo en el efecto devolutivo.

El juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimentos de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior, siempre que, previa una tramitación igual a la que sirvió de base para la resolución primitiva, encontrare suficiente motivo para reformarla. Esta providencia será también susceptible del recurso de apelación, que se lo concederá igualmente, sólo en el efecto devolutivo. El juez, para tramitar el divorcio y mientras se ventilare definitivamente la situación económica de los hijos, deberá señalar la pensión provisional con la que uno o ambos cónyuges han de contribuir al cuidado, educación y subsistencia de la prole común.

Podrá también el juez, en caso necesario, cambiar la representación de los hijos.
El guardador tiene la obligación de rendir cuentas anuales documentadas del ejercicio de su guarda”[64].

[64] CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2009, pág. 24

La Ley ha previsto en el caso del divorcio contencioso que “transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez o jueza de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos. Los hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad-litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

g. METODOLOGÍA:

El trabajo de Tesis, se desarrollará a cabalidad con la utilización de determinados métodos y técnicas:

MÉTODOS

- **Método Científico.-**Es un proceso destinado a explicar fenómenos, establecer relaciones entre los hechos y enunciar leyes que expliquen los fenómenos físicos del mundo y permitan obtener, con estos conocimientos, aplicaciones útiles al hombre. Se lo utilizará a lo largo del desarrollo de la

investigación, en cuanto a la obtención de información científica y comprobada, de importancia para el presente estudio.

- **Dialéctico.-** Describe la historia de lo que nos rodea, de la sociedad y del pensamiento, a través de una concepción de lucha de contrarios y no puramente contemplativa, más bien de transformación. Se lo utilizará para una confrontación directa entre los datos científicos sobre la problemática y los datos empíricos.

- **Método Inductivo – Deductivo.-** Este método va de la particular a lo general. Se lo utilizará en el proceso de observación, para arribar en juicios, conceptos y premisas.

- **Método Estadístico.-** Este método permite representar la información obtenida en datos estadísticos de fácil entendimiento. Se lo utilizará para elaborar los resultados de la investigación, ya que para los cuadros o tablas estadísticas es básico, generando así los porcentajes y representaciones gráficas de los resultados de la información de campo.

- **Método Descriptivo.-** Consiste en realizar una exposición narrativa, numérica y/o gráfica, lo más detallada y exhaustiva posible de la realidad que se investiga. Este método se utilizará para procesar y describir información, recolectada y contrastar con la información empírica rescatada.

- **Método Analítico.-** Es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. Este método permitirá el análisis minucioso de la temática en general, conjuntamente con los datos empíricos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas de investigación.

TÉCNICAS

- **Encuesta.-** Es una técnica de adquisición de información de interés sociológico, mediante un cuestionario previamente elaborado, a través del cual se puede conocer la opinión o valoración del sujeto seleccionado en una muestra sobre un asunto dado. Esta técnica se aplicará en forma de preguntas escritas, será utilizada con la finalidad de obtener datos empíricos, de la población estudiada o investigada. La población a investigar será 30 profesionales de Derecho.

- **La Entrevista.-** Es la recopilación de información mediante una conversación profesional, con la que además de adquirirse información acerca de lo que se investiga. Se aplicará esta técnica a 3 profesionales conocedores de Derecho.

h. CRONOGRAMA:

ACTIVIDADES	2015				2016				
	SEP	OCT	NOV	DIC	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio.	XX								
Elaboración del Proyecto de Investigación		X							
Investigación Bibliográfica			X						
Investigación de Campo				XX					
Organización de la Información y Confrontación de los Resultados con los Objetivos e Hipótesis					XX				
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta de Reforma Jurídica						XX	XXXX		
Redacción del Informe Final								XX	XX
Defensa y Sustentación de Tesis									XX

i. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

RECURSOS HUMANOS

- Postulante: César Amable Chamba Benítez
- Director
- Encuestados
- Entrevistados

RECURSOS MATERIALES

MATERIALES	
DESCRIPCIÓN	**COSTO**
Libros	**$100**
Material de escritorio	**$100**
Hojas	**$150**
Copias	**$50**
Internet	**$200**
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	**$100**
Transporte	**$200**
Imprevistos	**$100**
TOTAL	**$1000**

El costo total de la presente Tesis asume a la cantidad es de Mil trescientos dólares americanos, los mismos que serán financiados con los recursos propios del postulante.

i. BIBLIOGRAFIA

- Bonnecase, J. (2000). Tratado Elemental de Derecho Civil, (Parte A) Biblioteca Clásicos del Derecho Civil, Volumen 1, Editorial Harla, México D.F.
- Cabanellas, G. (1998). Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires.
- Código Civil Ecuatoriano. (2009). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- Constitución de la República. (2014). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Diccionario Jurídico Espasa (2005). Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid
- Díaz, R. (2005). Diccionario Jurídico. Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Rafael Zocotti. Bogotá.
- Dromi, R. (2010). Derecho Administrativo. Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid.

- García, R. (1995). Manual de Práctica Procesal Civil. Bogotá. Recuperado por: http.www.wikipedia_divorcio_mutuo-consentimiento.com.es
- Espinosa, Galo. (1987). Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito.
- Zavala, J. (2002). El Debido Proceso Penal. EDINO Editorial. Impresión V&O Gráficas. Guayaquil.
- Zambrano, A. Derecho Positivo. EDINO Editorial. Guayaquil-Ecuador-2008

ANEXO 2 FORMATO DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

Con el propósito de verificar los objetivos del trabajo de investigación de tesis intitulada: **"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE**; mucho agradeceré a usted se digne contestar las preguntas de la encuesta que detallo a continuación:

1. ¿Conoce Usted qué es el Divorcio por mutuo consentimiento?

Si ( ) No ( )
Por qué?.....
……

2. ¿Conoce Usted el Procedimiento del Divorcio por mutuo conocimiento?

Si ( ) No ( )
Por qué?.....
……

3. ¿Considera que es pertinente que se tome en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos?

Si ( ) No ( )
Por qué?.....
……

4. ¿Estima Usted existe una insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

Si ( ) No ( )
Por qué?.....
……

5. ¿Considera Usted que la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial?

Si ( ) No ( )
Por qué?.....
……

6. ¿Está de acuerdo en que se debería reformar en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

Si ( ) No ( )
Por qué?.....
……

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO 3 FORMATO DE ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

Con el propósito de verificar los objetivos del trabajo de investigación de tesis intitulada: **"LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ALIMENTOS EN RELACIÓN A LA PENSIÓN ALIMENTICIA DENTRO DEL DIVORCIO DE MUTUO CONSENTIMIENTO, EN CUANTO A LA CAPACIDAD ECONÓMICA REAL DEL ALIMENTANTE**; mucho agradeceré a usted se digne contestar las preguntas de la entrevista que detallo a continuación:

PRIMERA PREGUNTA:

¿Conoce Usted el Procedimiento del Divorcio por mutuo conocimiento?

……

……..

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera que es pertinente que se tome en cuenta la capacidad económica del alimentante para la fijación de la pensión de alimentos?

……

……..

TERCERA PREGUNTA:

¿Estima Usted que existe una insuficiencia jurídica en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

……

……..

CUARTA PREGUNTA:

¿Considera Usted que la pensión alimenticia fijada dentro del divorcio por mutuo consentimiento vulnera los derechos del alimentante en relación a los pasivos y activos obtenidos dentro del vínculo matrimonial?

……

……..

QUINTA PREGUNTA:

¿Está de acuerdo en que se debería reformar en relación con el acuerdo de la pensión alimenticia para el divorcio de mutuo consentimiento, en cuanto a la capacidad económica real del alimentante?

……

……..

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11. ÍNDICE

PORTADA i

CERTIFICACIÓN: ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

DEDICATORIA v

AGRADECIMIENTO vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TÍTULO: 1

2. RESUMEN 2

2.1. Abstract 5

3. INTRODUCCIÓN 7

4. REVISIÓN DE LITERATURA 9

5. MATERIALES Y MÉTODOS 56

6. RESULTADOS 58

7. DISCUSIÓN 70

8. CONCLUSIONES 79

9. RECOMENDACIONES 81

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA 83

10. BIBLIOGRAFÍA 87

11. ANEXOS 90

11. ÍNDICE 135