



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**  
**UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**TÍTULO:**

**“REFORMA AL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS Y CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PATERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL”**

*Tesis, previo a la obtención del Grado de Abogada.*

**AUTORA:**

Alba Efigenia Salazar Díaz

**DIRECTOR:**

Dr. Marco Vinicio Ortega Cevallos Mg. Sc.

Loja - Ecuador

2017

## CERTIFICACIÓN

Dr. Marco Vinicio Ortega Cevallos Mg. Sc.


**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA Y DIRECTOR DE TESIS.**

### ***CERTIFICA:***

Haber dirigido y revisado la presente Tesis titulada: **“REFORMA AL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS Y CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PATERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL”**, de la autoría de la señora, **Alba Efigenia Salazar Díaz**; misma que ha sido prolijamente analizada en su contenido teórico conceptual, doctrinario, por lo que autorizo la impresión y presentación correspondiente.

Loja, Noviembre del 2017

Atentamente,

  
Dr. Marco Vinicio Ortega Cevallos Mg. Sc.  
**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, **Alba Efigenia Salazar Díaz**, declaro ser la autora 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.

**Autora:** Alba Efigenia Salazar Díaz

**Firma:** .....

**Cédula:** 1103418925

**Fecha:** Loja, Noviembre del 2017

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

Yo, **Alba Efigenia Salazar Díaz**, declaro ser autora de la tesis titulada: **“REFORMA AL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS Y CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PATERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL”**, como requisito para optar el Grado de Abogada, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional .

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

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

Para constancia de esta autorización, la ciudad de Loja a los 29 días del mes de Noviembre del dos mil diecisiete, firma la autora.

**Firma:** .....

**Autora:** Alba Efigenia Salazar Díaz

**Cedula:** 1103418925

**Dirección:** Loja, Av. Cuxibamba entre Guaranda y Tulcán 04-16.

**Correo Electrónico:** mariassoor@hotmail.com

**Celular:** 0983408295

**Datos complementarios**

**Director de Tesis:** Dr. Marco Vinicio Ortega Cevallos Mg. Sc.

**Tribunal de Grado:**

**Presidente:** Dr. Darwin Quiroz Castro Mg. Sc

**Vocal:** Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc

**Vocal:** Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc

## **DEDICATORIA**

A Dios, por ser la inspiración de mi vida.

A mis padres, quienes permanentemente con su espíritu alentador contribuyen para alcanzar mis metas y objetivos.

A mis hijos: Luis David y Graciela Guadalupe, que son el motivo y la razón que me han llevado a seguirme preparando.

Dejándoles como enseñanza, que cuando se quiere alcanzar algo en la vida, no hay tiempo ni obstáculo que impide para poder lograrlo.

## **LA AUTORA**

## **AGRADECIMIENTO**

Expreso un sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, por permitirme acceder a un nivel Educativo Universitario.

A los Docentes de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia por haberme motivado continúa y permanentemente para mi formación intelectual, la autoeducación y el crecimiento constante como ser humano para ponerme al servicio de la sociedad.

Mi especial reconocimiento al Dr. Mg. Marco Vinicio Ortega Cevallos, por su oportuno e incondicional apoyo brindado para el desarrollo del presente trabajo de tesis.

## **LA AUTORA**

## TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

### **1. TÍTULO**

### **2. RESUMEN**

2.1. Abstract

### **3. INTRODUCCIÓN**

### **4. REVISIÓN DE LITERATURA**

#### **4.1 MARCO CONCEPTUAL**

4.1.1 Personas

4.1.2 Los Menores de Edad

4.1.3 Alimentos

4.1.4 Demanda

4.1.5 Principios, Derechos y Garantías de los Menores de Edad

4.1.6 Derecho de Alimentos

4.1.7 Prueba de ADN

4.1.8 Investigación de paternidad

4.1.9 Derecho a la Defensa

4.1.10 Seguridad Jurídica

## **4.2 MARCO DOCTRINARIO**

4.2.1 Evolución del Derecho de Alimentos en el Ecuador.- Antecedentes

4.2.2 Los menores Púberes e impúberes

4.2.3 El derecho de alimentos

4.2.4 Características del Derecho de Alimentos

4.2.5 Clasificación de los alimentos.

4.2.6 Demanda Judicial

4.2.7 El Juicio de Alimentos

4.2.8 La Filiación

4.2.9 Impugnación de Paternidad

4.2.10 Los Derechos del presunto padre dentro del proceso judicial

4.2.11 El Estado de indefensión

4.2.12 Daño moral, causas y consecuencias

4.2.13 Derecho a la Defensa judicial

4.2.14 Seguridad jurídica

4.2.15 Debido Proceso

4.2.16 Principios de la Administración de justicia

## **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

4.3.4 Código Orgánico General de Procesos

## **4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA**

4.4.1 Nicaragua



4.4.2 Colombia

4.4.3 Venezuela

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

5.1. Materiales

5.2. Métodos.

5.3 Técnicas y Procedimientos.

## **6. RESULTADOS**

6.1. Resultados de la aplicación de las encuestas

6.2. Resultados de la aplicación de las entrevistas

## **7. DISCUSIÓN**

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3 Fundamentación jurídica para el proyecto de reforma.

## **8. CONCLUSIONES**

## **9 RECOMENDACIONES**

9.1 Propuesta De Reforma Jurídica

## **10. BIBLIOGRAFÍA**

## **11. ANEXOS**

11.1 Proyecto aprobado

11.2 Formato de Encuesta

11.3 Formato de Entrevista

## **INDICE**

## **1. TÍTULO**

**“REFORMA AL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS Y CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PATERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL”**

## **2. RESUMEN**

Nuestra Constitución determina en su Art.11 de la Constitución de la República, que el ejercicio de los derechos de todo ciudadano se basará en principios como:

“1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...”<sup>1</sup>

En esta parte se estipula el principio de igualdad, aunque es difícil de llevarlo a la práctica; el Estado como tal debe lograr la igualdad de oportunidades y los medios para alcanzarlas. De ahí que la obligación del Estado es dar solución a los problemas sociales que vulneran los derechos fundamentales de la sociedad.

La Constitución de la República del Ecuador determina en su Art.44 que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés

---

<sup>1</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

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”<sup>2</sup>.

La legislación de nuestro país, protege significativamente a los grupos vulnerables, en los que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, en este caso en cuanto a los alimentos, esto tomado en cuenta las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes están plenamente garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, lo que está establecido en el artículo 45 que textualmente dice:

“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

---

<sup>2</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

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.”<sup>3</sup>

Todas las medidas legales que tome el Estado para garantizar el bienestar integral de los niños, las niñas y los adolescentes es loable, porque ellos son las personas más vulnerables en el presente y serán los que guiaran en el futuro a la patria.

En nuestro marco Constitucional dentro del artículo Art. 75 se establece: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”<sup>4</sup>.

De tal modo que todo ciudadano tiene la garantía de exigir que se cumpla toda norma en respeto de sus derechos existentes, mucho más el requerir

---

<sup>3</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

<sup>4</sup> IBIDEM

la tutela efectiva de los administradores de justicia de forma imparcial y sin interés alguno.

De ahí que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 11 menciona “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.”<sup>5</sup>

Es importante tener en cuenta este principio de interés superior de la niña, del niño y del adolescente, que prevalece sobre todo, por lo que se debe esperar que sus derechos primordiales como lo es el derecho a la

---

<sup>5</sup> CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Pág. 2.

alimentación sean defendidos y garantizados, por el Estado, la Familia y la Sociedad.

En el mismo Código, en el Art. 134 Innumerado 9 menciona que: “Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla. CNA 102 Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos”<sup>6</sup>.

Así como el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 146 inciso tercero de la calificación de la demanda determina que: “En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas”<sup>7</sup>.

Cabe mencionar que al existir los derechos del Buen Vivir, garantiza en su Art.75 de la Constitución de la República que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y

---

<sup>6</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

<sup>7</sup> IBIDEM



expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”<sup>8</sup>.

De tal manera que tanto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como el Código Orgánico General de Procesos, manifiestan que luego de ser calificada la demanda de alimentos se fijará la pensión de alimentos provisional y se enviará a realizar el examen de ADN, mientras que de antemano al imponer una pensión provisional trasgrede los derechos del presunto alimentante y progenitor del alimentado. Por lo que se debería proceder en primero establecer la paternidad del presunto progenitor para luego imponer una pensión provisional hasta que se establezca y desarrolle la Audiencia de Conciliación.

---

<sup>8</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

## **2.1 ABSTRACT**

Our Constitution states in its Art.11 of the Constitution of the Republic, that the exercise of the rights of all citizens will be based on principles such as:

"1. rights may exercise, promote and demand of individual or collective form to the competent authorities;" These authorities shall ensure compliance.

2. all persons are equal and shall enjoy the same rights, duties and opportunities.

3. the rights and guarantees established in the Constitution and in international human rights instruments will be directly and immediately applicable by and before any server or Server public, administrative or judicial, ex officio or upon request of a party.

4. any rule of law may restrict the content of the rights and constitutional guarantees.

5. in the field of rights and constitutional guarantees, the servants and administrative, judicial or public servers, must be applied the rule and the interpretation that is most conducive to their effective application.

6. all the principles and rights are inalienable, inalienable, indivisible, interdependent and of equal hierarchy.

7. the recognition of the rights and guarantees established in the Constitution and in international human rights instruments, shall not

exclude other rights derived from the dignity of persons, communities, peoples and nationalities, which are necessary for their full development.

8. the content of the rights will be developed progressively through the rules, jurisprudence and public policy. The State will generate and will ensure the conditions necessary for their full recognition and exercise. Any act or omission of regressive that diminish, undermine or defeat the exercise of the rights unreasonably will be unconstitutional.

9. the highest duty of the State is to respect and ensure respect for the rights guaranteed in the Constitution..."

This part stipulates the principle of equality, although it is difficult to put it into practice; State as such should achieve equality of opportunities and the means to achieve them. Hence the obligation of the State is to provide a solution to the social problems that violate the fundamental rights of the society.

The Constitution of the Republic of Ecuador determines in its Art.44 that: "the State, society and the family will promote the comprehensive development of children and the family will promote the comprehensive development of children and adolescents as a priority, and ensure the full exercise of their rights; you will attend at the beginning of their interests and their rights shall prevail over the other people. The children and adolescents are entitled to their integral development, understood as a process of growth, maturation and deployment of his intellect and abilities,

potential and aspirations, in a family, school, social and community environment of affection and security. This environment will allow the satisfaction of afectivo-emocionales, cultural, and social needs with the support of national and local cross-sectorial policies

The legislation of our country, significantly protects vulnerable groups, in which the girls, boys and adolescents, in this case in terms of food, this taken into account are the needs of the recipient and the economic capacity of the recipient.

The rights of children, girls and adolescents are fully guaranteed in the Constitution of the Republic of Ecuador, which is established in article 45 that textually says:

"Article 45.-the girls, boys and adolescents shall enjoy the common rights of the human being, in addition to the specifics of his age." The State will recognize and guarantee life, including the care and protection from the moment of conception.

Girls, boys and adolescents have the right to physical and mental integrity; to their identity, name and citizenship; comprehensive health and nutrition; education and culture, sport and recreation; social security; to have a family and enjoy the living family and community; social participation; to respect for their freedom and dignity; to be consulted in matters affecting them; to educate yourself on a priority basis in their language and cultural contexts of their peoples and nationalities; "and to receive information

about their parents or family absent, unless it was harmful to their well-being."

All the legal measures that take the State to ensure the comprehensive welfare of children, girls and adolescents is laudable, because they are the most vulnerable people in the present and will be those who will lead in the future to the homeland.

In the same code, article 134 9 Innumerado mentions that: "with the qualification of the demand the judge to set a provisional pension according to the table of minimum alimony that based on the criteria provided for in this law shall be drawn up by the National Council of childhood and adolescence, notwithstanding that in the audience", the judge has considered the agreement of the parties, that in no case shall be less than set out in the above table. CNA 102 when the affiliation has not been established, or in the case of the other blood relatives, the judge/a kinship will order in the Providence of qualification of the demand, the comparative examination of patterns of bands or sequences of deoxyribonucleic acid (DNA), without prejudice to the temporary fixing of food.

In our constitutional framework within the article article 75 States: "every person is entitled to free access to justice and protection of their rights and interests, subject to the principles of immediacy and speed; impartial and effective in any case, you will be exposed. Failure to comply with judicial decisions shall be punished by law".

All the legal measures that take the State to ensure the comprehensive welfare of children, girls and adolescents is laudable, because they are the most vulnerable people in the present and will be those who will lead in the future to the homeland.

In such a way that every citizen has the warranty require that you compliance with all rules in respect of their existing rights, much more requiring the conservatorship effective administrators of Justice in an impartial way and without any interest.

Hence the organic code of childhood and adolescence in its article 11 mentions "the best interests of the child.-the best interests of the child is a principle that is oriented to meet the effective exercise of all the rights of children and adolescents; (e) it imposes all the administrative and judicial authorities and public and private institutions the duty to adjust their decisions and actions for its implementation.

To appreciate the best interests, the need to maintain a fair balance between the rights and duties of children and adolescents, in the way that best suits the realization of their rights and guarantees shall be considered.

This principle prevails over the principle of ethnic and cultural diversity. The best interests of the child is a principle of interpretation of this law. No one may invoke it against express standard and without previously hearing the opinion of the child or teenager involved, that is able to express it."

It is important to take into account this principle of best interests of the child, the child and the adolescent, which prevails especially, so it should be expected that their rights of paramount as it is the right to food are defended and guaranteed, by the State, the family and society.

As well as the General organic code of processes in their Art. 146 third subparagraph of the qualification of the demand determines that: "In the field of childhood and adolescence, the judge shall provisionally food pension and visitation"

It is noteworthy that there are rights of good living, guarantees in its Art.75 of the Constitution that: "every person is entitled to free access to justice and the supervision effective, impartial and expeditious manner of their rights and interests, subject to the principles of immediacy and speed; in any case, you will be exposed. Failure to comply with judicial decisions shall be punished by law".

In such a way that both the organic code of childhood and adolescence and the General organic code of processes, they express that after qualifying the demand for food provisional food pension shall be fixed and will be sent to carry out the examination of DNA, while in advance by imposing a provisional pension it transgresses the rights of the alleged recipient and progenitor of the Fed. So it should be proceed in first established the paternity of the presumed progenitor to then impose a temporary pension until they settle and develop conciliation hearing.

### 3. INTRODUCCIÓN

La importancia y trascendencia del problema socio-jurídico de la determinación de la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial; se fundamenta principalmente en la necesidad de garantizar los derechos al presunto padre ya que según el código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se impondrá una pensión alimenticia provisional al momento de calificar la demanda, primero sin notificación alguna al demandado que es donde adolece de inconstitucionalidad según el Art. 76, numeral 7, de nuestra Constitución de la República del Ecuador que nos habla sobre las garantías básicas del debido proceso.

Dice la primera garantía en el literal a), el cual establece: “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, y en el literal c) del mismo artículo constitucional en referencia, el cual establece: “Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, es en donde se presenta el problema ya que según mi parecer aquí es en donde se está vulnerando el derecho a la defensa, debido a que no se le permite defenderse al momento de establecer una obligación, porque es derecho de todo ecuatoriano poder intervenir en todo proceso en que se decida sobre sus derecho o en este caso se le imponga una obligación.

De ahí que, el presente trabajo investigativo en primer lugar se concreta en el acopio teórico, correspondiendo: a) Un marco teórico conceptual,



en donde hablo de concepto de alimentos, alimentos congruentes y necesarios, obligación de prestar alimentos, entre otros. b) c) En el Marco Doctrinario algunos criterios doctrinarios sobre la problemática. c) En el marco jurídico-social todo lo relacionado con el problema lo cual empiezo por nuestra carta magna la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil, y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como también la legislación comparada en referencia a la problemática. En segundo lugar la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) presentación y análisis de los resultados de las encuestas; b) presentación y análisis de los resultados de las entrevistas; y c) presentación y análisis de los resultados de los casos jurisprudenciales. En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Verificación de los objetivos y de contrastación de hipótesis; b) la deducción de conclusiones; y c) el planteamiento de recomendaciones y la propuesta de reforma.

El contenido de la presente Tesis es un esfuerzo intelectual en el ámbito científico y metodológico, y tratando de proteger los derechos del presunto padre, en vista de la inexistencia de inconstitucionalidad legal en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

## 4. REVISIÓN DE LITERATURA

### 4.1 MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.1 Personas

Según el mismo diccionario Cabanellas, *“filosóficamente significa sustancia individual de naturaleza racional (Boecio). Persona naturaleza humana encarnada en un individuo (Headrick). Ser humano capaz de derechos y obligaciones; sujeto de derechos y obligaciones; el sujeto del derecho. Cualquier hombre o mujer. Más indefinidamente, se refiere a esta o aquel cuando se ignora el nombre o no se quiere mencionar. Hombre de gran capacidad u otras notables prendas”*<sup>9</sup>

Es notorio que el concepto de persona puede tratarse de diferente perspectivas, dentro de lo religioso, jurídico, psicológico, filosófico, etc. Y cada uno tiene su propio significado. De tal manera, que la persona natural, es conocida también como persona física, hace referencia a cualquier ser humano con capacidad de adquirir deberes y derechos jurídicos. Es una forma de representación legal dentro de la sociedad, independiente de la edad, el sexo o la religión. En la actualidad cada país se encarga de definir en su ordenamiento jurídico a las personas.

*“La palabra persona designa a un individuo de la especie humana, hombre o mujer, que, considerado desde una noción jurídica y moral, es*

---

<sup>9</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA “OMEBA”, tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina-Impreso el 15 de febrero de 1954, Pág., 645.

*también un sujeto consciente y racional, con capacidad de discernimiento y de respuesta sobre sus propios actos. Como tal, es un concepto opuesto a animal o cosa, pues se le atribuyen la racionalidad y la vida, y, en este sentido, cumple un desarrollo biológico y psíquico, desde que nace hasta que muere”<sup>10</sup>.*

Se conoce con el término de persona a aquel ente racional consciente de sí mismo y que ostenta una identidad propia y única, es decir, persona es lo mismo a decir un ser humano que presenta aspectos físicos y psíquicos concretos, que son los que en definitiva le darán ese carácter de único y singular.

En la persona conviven la sociabilidad, la sensibilidad, la inteligencia y la voluntad, siendo, estos aspectos únicamente observables en ella, solamente la sensibilidad es compartida por personas y animales.

#### **4.1.2 Los Menores de Edad**

*“Ante todo se considera que es importante definir el concepto que se tiene acerca de "Menor de Edad", que las definiciones que se han dado a este concepto, a través de la historia, no se puede hablar de leyes para menores o de derechos para menores sin tener bien claro quiénes son catalogados por nuestra sociedad como menores de edad. Comenzamos entonces señalando que englobamos como menores de edad tanto a nacionales como a hijos de extranjeros que residen en un territorio temporal o permanente. Como es sabido por todos, las leyes nacionales*

---

<sup>10</sup> <http://www.significados.com/persona/>

*protegen a los menores de edad sin importar o distinguir si se trata de un extranjero o de un nacional, y si este se encuentra en un territorio determinado”<sup>11</sup>*

Es persona desde la concepción en el seno materno pudiendo adquirir derechos, en la redacción de la norma surge actualmente la dificultad con la frase en el seno materno, con los adelantos científicos hay personas concebidas fuera del seno materno, fecundación in vitro y otras técnicas, la jurisprudencia actual entiende que el legislador usó esa forma verbal por ser la única posibilidad en su época.

La conceptualización o definición de menor enmarca cierta complejidad, dentro del ámbito del derecho en general, al derecho de menores se le ubica como una rama del derecho público, añadiendo seguidamente que el mismo en términos más actuales hace parte del llamado Derecho Social, o sea el conjunto de normas destinadas a la protección de sectores más débiles o más indefensos de la población; ya que no tiene en cuenta la igualdad sino la desigualdad de muchas personas frente al ejercicio de sus derechos.

*“El término menores corresponde al plural de la palabra menor. Menor es una palabra utilizada mayormente como adjetivo y que refiere más pequeño y chico que otro, o bien que tiene menos cantidad que otra cosa que corresponde a la misma especie”<sup>12</sup>.*

---

<sup>11</sup> ARIÉS, Carlos PH. (1987). EL NIÑO Y LA VIDA FAMILIAR, Volumen IV, Ediciones LOM, Santiago de Chile, Año 2000, Pág. 25.

<sup>12</sup> <http://www.definicionabc.com/derecho/menor-de-edad.php>

Un menor de edad es, legalmente, un individuo que aún no ha alcanzado la edad adulta. La minoría de edad comprende toda la infancia y, a menudo, la adolescencia o parte de ella. En muchos países occidentales, la mayoría de edad se alcanza a los 18 o 21 años. Un menor de edad sería por tanto aquella persona que, por razón de su edad biológica, no tiene todavía plena capacidad de obrar. La ley específica de cada lugar será la encargada de establecer la edad a partir de la cual una persona deja de ser menor de edad.

La minoría de edad y, por extensión, la ausencia de plena capacidad de obrar, suponen una serie de límites a los derechos y responsabilidades de la persona. Se establecen límites sobre actuaciones que se considera que el menor no tiene capacidad suficiente para hacer por su cuenta, y se exime de responsabilidad de actos que se entiende que no se le pueden imputar por su falta de capacidad.

#### **4.1.3 Alimentos**

Se entiende por alimentos en el concepto jurídico, el conjunto de medios materiales para la existencia física de las personas, pero en sentido lato se comprende también con dicha denominación los medios necesarios para la educación, instrucción, vestido, asistencia médica y recreación del niño y adolescente.

*“También se considera alimentos a los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post parto.”<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> PINO Remigio, Nociones del Derecho Procesal Civil y Comentario de Procedimientos Civiles

El padre tendrá que correr con los gastos en todo lo que sea necesario para que el bebe nazca sano y salvo y de igual forma mantener solvente la situación del menor en todos los casos que sean necesarios como la vestimenta, comida, estudios y ornato del cuerpo etc., lo cual es una obligación legal la cual fue creada para la seguridad de los menores y es impuesta por la Ley.

En cuanto a nuestro Código Civil dispone quienes tienen la obligación alimentaria recíproca, reposa sobre tres presupuestos que son: a) El vínculo del parentesco, b) La necesidad del que los pide y c) La posibilidad del que debe darlos. Según nuestro Código Civil tienen la obligación de prestar alimentos todos los que tienen parentesco con la persona que tiene que recibir como entregar alimentos, así mismo toma en cuenta a las personas que en realidad tienen la necesidad de pedir alimentos en caso de que no tuvieran de donde subsistir de la misma manera se toma en cuenta si es que las personas obligadas a prestar alimentos tienen los recursos necesarios y una situación económica solvente para cumplir con la obligación.

*“Los alimentos son la expresión jurídica de un deber moral: la obligación de ayudar al prójimo, que es más acuciante cuando se trata de personas íntimamente vinculadas por los lazos del parentesco, o a quienes se debe una especial gratitud.”<sup>14</sup>*

---

<sup>14</sup> LARREA HOLGUÍN Juan, Compendio de Derecho Civil del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 1968. Pág. 711.

El derecho impone la virtud de la justicia explicando en forma concreta lo que significa alimentos consagrando la obligación de que las persona deben cumplir con este deber, y gracias a este ordenamiento se ha tenido un gran desarrollo para la subsistencia de la persona o menor necesitado de alimentos.

En el Derecho Civil ecuatoriano, desde la promulgación del Código, no se han producido cambios de mucha importancia en la materia. Quizá el más notable, consiste en la supresión de la asignación forzosa de alimentos, lo cual se produjo con la reforma de 1956, de tal forma que desde entonces en el Ecuador solamente el sujeto directamente obligado, y no sus herederos, deben pagar alimentos. Por otra parte, la supresión de la muerte civil, decretada en 1936, ha hecho que indirectamente desaparezca uno de los posibles titulares del derecho de alimentos.

En cuanto a la jurisprudencia, en términos generales, cabe decir que en nuestro país se muestra cada vez más amplia en cuanto a la concesión de los alimentos, y que ha graduado su cuantía prudentemente de acuerdo con los cambios de condiciones de vida. También se incluye dentro de los alimentos, la educación e instrucción cuando se trate de menores o mayores de edad, que no han terminado su formación, e incluso los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otra forma. Este es un derecho que se establece en favor del padre que no queda a cargo de la tenencia o guarda de los menores de edad. Se intenta posibilitar; por un lado, el control de su educación, formación y

asistencia, y por el otro no privar a los hijos del trato frecuente y afectuoso con su padre o madre.

Como vemos, la lista comprende una amplia gama de necesidades que van mucho más allá del significado cotidiano que se le atribuye a la palabra "alimentos". Los padres tienen el derecho y la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. Esta obligación no puede ser compensada con ninguna otra ni ser objeto de transacción. El derecho a los alimentos es irrenunciable e intransferible. Sí se pueden renunciar o renunciar los alimentos atrasados impagos pero no las cuotas futuras.

El fundamento de la obligación alimenticia, haciendo énfasis en el aspecto obligatorio, se entiende que los alimentos constituyen una forma especial de la asistencia.

Todo ser que nace, tiene derecho a la vida; la humanidad y el orden público, representados por el Estado, están interesados en proveer al nacido en todas sus necesidades, sean físicas, intelectuales o morales, ya que el hombre por sí solo, y singularmente en muchas situaciones, es imposible que se baste a sí mismo para cumplir el destino humano. Pero si el derecho a la asistencia, en el que está comprendido el de alimentos, es indiscutible, la ley regula igual e indistintamente este deber, porque de otro modo se fomentaría el vicio a la holgazanería, por lo cual, al imponer



la obligación de dar alimentos, debe tenerse en cuenta las circunstancias y los casos.

#### **4.1.4 Demanda**

El maestro Cipriano Gómez Lara define a la demanda como “*el primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión*”.<sup>15</sup>

En esta definición se debe resaltar que se contempla a la demanda como el primer acto dentro de un proceso; por lo tanto, toda contienda judicial se inicia por una demanda. De lo anterior se desprende que ésta no sólo es el primer acto dentro del proceso, sino que es un acto esencial, pues está marcará el inicio de cualquier proceso civil.

De la definición del maestro Cipriano Gómez Lara se aprecia que con la demanda se ejerce una acción ante una autoridad judicial, ya que si no se ejerciera una acción, entonces estaríamos, posiblemente, frente a una jurisdicción voluntaria o frente a un acto prejudicial; o bien, si la reclamación se efectuara ante cualquier otra instancia que no fuese judicial, entonces estaríamos frente a una interpelación extrajudicial.

De manera coincidente el maestro Dorantes Tamayo sostiene que la demanda “*es el acto procesal por el que se ejercita una acción y se inicia un proceso*”<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford. México. México, 1998. Pág. 35

Respecto a la acción, la demanda es el acto primario a través del cual se ejerce aquella, pero con este acto no se extingue su ejercicio, pues su ejercicio se continúa durante todo el proceso mientras éste se siga desarrollando.

Estas definiciones se pueden terciar con la del maestro Ovalle Favela, quien afirma que la demanda es *“el acto procesal por el cual una persona, que se constituye por el mismo en parte actora o demandante, inicia el ejercicio de la acción y formula su pretensión ante el órgano jurisdiccional”*<sup>17</sup>

A diferencia de la definición del Dr. Cipriano Gómez Lara, la del maestro Ovalle Favela contempla a la demanda como un acto de naturaleza procesal con el que se constituye la relación jurídico - procesal.

Además de los elementos que se mencionan en las tres definiciones anteriores falta contemplar a la parte demandada, ya que no basta que una reclamación se formule ante una autoridad jurisdiccional con la intención de ejercer una acción, pues ésta debe estar dirigida a una persona física o jurídica.

La demanda está relacionada con el concepto de acción, que significa poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado. Se dirige contra el órgano jurisdiccional y por tanto se corresponde con respecto al órgano jurisdiccional con el deber de inicio del proceso. La demanda es escrita

---

<sup>16</sup> ARELLANO García, Carlos. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Pág. 152

<sup>17</sup> DORANTES TAMAYO, Luis. Teoría del Proceso. Editorial Porrúa. México, 2000. Pág. 323.

siempre, si bien el planteamiento de la demanda no supone la delimitación completa de la pretensión, sino en principio solo su ejercicio parcial, ya que en el proceso laboral la pretensión se lleva a cabo a través de tres momentos. En conclusión, la demanda es el acto procesal, en virtud del cual una persona, que se constituye como parte actora, inicia el ejercicio de una acción en contra de otra persona, que se constituirá como parte demandada, y a quien se le exige, ante una autoridad judicial, el cumplimiento de ciertas prestaciones.

#### **4.1.5 Principios, Derechos y Garantías de los Menores de Edad**

*“Los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana, la Constitución vigente, aprobada mediante referéndum del 28 de septiembre del 2008, consagra los derechos para este grupo dentro del Capítulo Tercero que nos habla de las personas y grupos de atención prioritaria.*

*Es así que se establece como obligación del Estado brindar protección, apoyo y promover el desarrollo integral, de Niños, Niñas y Adolescentes, 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”<sup>18</sup>.*

Como vemos el Estado tiene la plena obligación de garantizar a los niños, niñas y adolescentes, el bienestar de manera prioritaria, mediante las leyes, políticas, programas encaminados a precautelar una buena nutrición, cuidado, educación. Así también propende a la erradicación del trabajo infantil, partiendo de lo estipulado en nuestra Constitución como en la Ley, que prohíben el trabajo para los menores de quince años, resulta una tarea verdaderamente difícil, sobre todo si consideramos que influyen varios factores para que un niño menor de quince años se vea obligado a trabajar tales como el desempleo de sus padres, la pobreza, el alto costo de vida , aunque esto dificulte o retrase su normal desenvolvimiento físico y psicológico.

Los principios fundamentales que se mueven alrededor de la niñez y la adolescencia, debidamente reconocidos, son el Interés Superior del Niño y la protección integral, que los conceptualizaremos de la siguiente manera:

*“La Convención Internacional ha contribuido decisivamente a consolidar un cuerpo de legislación internacional que ha asumido la denominación de Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia.*

*Con esta denominación refiero a:*

---

<sup>18</sup> GARCIA ARCOS, JUAN DR., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador, Año 2007. pág. 21.

- *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. - Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores.*
- *Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de los jóvenes privados de libertad.*
- *Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil*<sup>19</sup>

Como hemos visto la doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la Infancia ha modificado definitivamente la vieja doctrina de la situación irregular. Con anterioridad de ha mencionado en forma precisa que la doctrina de la protección integral incorpora en forma obligatoria para los países suscritos todos los principios fundamentales del derecho a la nueva legislación para la infancia, de esta forma se considera a los niños, niñas, adolescentes como un grupo de interés superior para las legislaciones, requiriendo del estado políticas encaminadas al bienestar del este grupo vulnerable.

Todo lo expuesto, determina en mi concepto, el reconocimiento del niño, niña y adolescente, como un ente de derechos, que constituye la base legal y social que el derecho a través de los intereses de la sociedad, lo ha puesto en marcha, la protección del menor de edad, en cualquier estado en el que se encuentre, sea de carácter legal o de carácter social, esto según lo observamos en líneas anteriores por las diferentes

---

<sup>19</sup> CABANELLAS, de la Torre Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1994

convenciones de los derechos del niño, y además por cuanto, por lo menos de lo que podemos abstraer de nuestra legislación, por la Constitución de la República del Ecuador.

El interés superior del Niño, constituye el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su orientación, educación y desarrollo, bajo este esquema el menor, un ser sometido a tutela estatal, familiar, eclesiástica o del adulto en general, no poseía el ejercicio directo de sus derechos sino que lo hacía por medio de las organización gubernamentales o sociales a cuya tutela se encontraban, las mismas que imponían sus propios modos de existencia a este grupo social.

Puedo notar entonces, una relación vertical entre los adultos, a quienes por ley les corresponde algunas obligaciones, y ciertos derechos frente a los menores, pero además por los conflictos que se observan en la sociedad, como en las casas de justicia, una mayor protección. Se ha proclamado ciertos valores importantísimos para los menores de edad, sea ya a partir de la ley o de políticas de Estado, atribuciones de es un deber absoluto y de respeto para ese interés superior que cuenta como un principio rector en su favor.

El Estado busca proteger a las niñas, niños y adolescentes de todo tipo de abuso, violencia o maltrato, explotación sexual, discriminación y de todas las posibles causas que pudieren entorpecer su desarrollo biológico, psicológico e intelectual.

**“A.- Derechos de Supervivencia.-** En este grupo tenemos los siguientes derechos:

- *A la vida*
- *A conocer a sus progenitores y mantener relaciones afectivas personales, regulares, permanentes con ellos y sus parientes.*
- *A tener una familia y a la convivencia familiar; niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir y desarrollarse con su familia biológica excepto cuando esto sea imposible o vaya en contra de su interés superior.*
- *Protección prenatal*
- *A la lactancia materna, para asegurar el vínculo afectivo con su madre y un adecuado desarrollo y nutrición.*
- *Atención en el embarazo y parto, en condiciones adecuadas, tanto para el niño o niña como para la madre, especialmente en caso de madres adolescentes.*
- *A una vida digna, en condiciones socioeconómicas que permitan su desarrollo integral, una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; recreación y juegos, a educación de calidad, vestuario y vivienda con todos los servicios básicos.*
- *A la salud, acceso permanente a servicios de salud públicos y medicinas gratuitas.*

- *A la seguridad social, a sus prestaciones y servicios. \* A un medio ambiente sano*<sup>20</sup>

Los niños, niñas y adolescentes, constituyen un sector importante de la población ecuatoriana. La Constitución vigente, aprobada mediante referéndum del 28 de septiembre del 2008, consagra los **derechos** para este grupo dentro del capítulo tercero que nos habla de las personas y grupos de atención prioritaria.

Todos estos derechos enumerados resultan consustanciales para todo ser humano desde la época de concepción, niñez, adolescencia, si todos se cumplieran a cabalidad, como lo disponen las leyes habríamos alcanzado no solo un nivel de vida elevado para este sector vulnerable de la sociedad como son las niñas, niños y adolescentes, sino también que los niños no tendrían que buscar maneras de sobrevivir tales como abandonar el estudio y buscar una forma de ganarse la vida.

***“B.- Derechos relacionados con el Desarrollo:***

- *A la identidad, a un nombre, nacionalidad, relaciones de familia.*
- *A conservar, desarrollar, fortalecer y recuperar la identidad cultural, así como los valores espirituales, culturales, religiosos, lingüísticos, políticos y sociales. Se deberá respetar la cultura de pueblos indígenas y negros o afro ecuatorianos, su cosmovisión, realidad cultural y conocimientos de cada pueblo o nacionalidad.*

---

<sup>20</sup> GARCIA ARCOS, JUAN DR., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador, Año 2007. pág. 37



- *A la identificación, deberán ser inscritos de manera inmediata y con los correspondientes apellidos paterno y materno.*
- *A la educación que sea de calidad, respete la cultura del lugar, convicciones éticas, morales, religiosas. La educación pública es gratuita y laica. Las instituciones educativas deberán brindar este servicio con equidad, calidad y oportunidad. Los padres y madres tienen la obligación de matricular a sus hijos e hijas en planteles educativos y elegir la educación que más les convenga. Queda prohibido la aplicación de sanciones corporales, psicológicas que atenten a la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, la exclusión o discriminación por una condición personal o de sus progenitores.*
- *A la vida cultural, a participar libremente en expresiones de carácter cultural.*
- *A la información, a buscar y escoger información, que sea adecuada, veraz, pluralista y que brinde orientación y educación crítica.*
- *A la recreación y al descanso, al deporte, a la práctica de juegos en espacios apropiados, seguros y accesibles, y en especial de juegos tradicionales<sup>21</sup>*

---

<sup>21</sup> GARCIA ARCOS, JUAN DR., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador, Año 2007. pág. 39.

Este grupo de derechos van encaminados a fortalecer el desarrollo físico, psicológico, espiritual, cultural, moral, de recreación, para las niñas, niños y adolescentes, todos ellos en conjunto aseguran un normal desarrollo, es por eso que no solo el Estado sino también la sociedad, la familia son los llamados a velar por su cumplimiento y adoptar las medidas necesarias para que tales derechos no sean vulnerados.

En el fondo, el derecho al desarrollo pretende un reforzamiento y una profundización de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Viene a reconocer que no cabe un verdadero desarrollo sin la efectiva implementación de todos los derechos humanos.

**“C.- Derechos de Protección:**

- *A la integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual, se prohíben los tratos crueles, degradantes o tortura.*
- *A la libertad personal, dignidad, autoestima, reputación, honor e imagen propia.*
- *A la privacidad, inviolabilidad del hogar y las formas de comunicación. Tienen derecho a que se respete la intimidad de su vida familiar y privada, inviolabilidad de domicilio correspondencia, comunicación electrónica y telefónica, o cualquier intromisión de manera ilegal o arbitraria, se exceptúa la vigilancia natural de los padres, madres y maestros.*
- *A la reserva de la información sobre antecedentes penales, no se hará pública la información sobre antecedentes policiales o*

*judiciales, en el caso que los o las adolescentes hubiesen sido investigados o privados de la libertad por el sometimiento de una infracción penal.*

- *A que los niños, niñas y adolescentes con discapacidades o necesidades especiales gocen de los derechos que les permita un desarrollo integral de las capacidades y el disfrute de una vida digna, plena y con la mayor autonomía posible. Además deberán ser informados de las causas, consecuencias y pronóstico de su discapacidad.*
- *Los hijos e hijas de personas privadas de la libertad, que no gocen de su medio ambiente familiar, el Estado deberá brindarles protección y asistencia especial.*
- *A protección especial en caso de desastres y conflictos armados; se tomará medidas de atención prioritaria como son: evacuación de la zona afectada, alojamiento, alimentación, atención médica y medicinas. Está prohibido la participación o reclutamiento de niños, niñas o adolescentes en conflictos armados internos o internacionales.*
- *Los niños, niñas y adolescentes refugiados tienen derecho a recibir atención humanitaria que permita el disfrute de sus derechos”<sup>22</sup>*

Debemos resaltar que estos derechos son indispensables para que este grupo vulnerable puedan conservar su integridad, su buena imagen, que

---

<sup>22</sup> GARCIA ARCOS, JUAN DR., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador, Año 2007. pág. 44.

los protege de circunstancias o hechos, que puedan dañar su auto estima, como pueden ser la utilización de niños para hacer cualquier tipo de publicidad que menoscabe su integridad física, psicológica y moral.

Sobre todo se debe propender a precautelar, apoyar a los niños con algún tipo de discapacidad, promoviendo su integración a la educación, salud, y cuidados específico de acuerdo a sus condiciones y requerimientos.

Responde a la necesidad de asumir como una obligación que corresponde a la sociedad en su conjunto el garantizar y respetar todos los derechos para todos los niños, las niñas, los y las adolescentes y, al mismo tiempo, como expresión de una necesaria nueva forma de relación social entre adultos y niños, niñas y adolescentes, en la que el Estado asume el compromiso de ser el promotor y garante del cumplimiento de los derechos, mediando para el ejercicio de los mismos e interviniendo activamente para reparar los derechos conculcados.

La Protección Integral, que encuentra fundamento en los principios universales de los derechos humanos –la dignidad, la equidad y la justicia social- adquiere especificidad en los principios particulares de igualdad y no discriminación, efectividad y prioridad absoluta, interés superior del niño y participación solidaria del Estado, la comunidad y la familia para el pleno ejercicio de derechos de niños, niñas y adolescentes.

***“D.- Derechos de Participación.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:***

- *La libertad de expresión, buscar, recibir, difundir ideas salvo aquellas que atenten el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de las demás personas.*
- *A ser consultados en asuntos que les afecte.*
- *A la libertad de pensamiento, conciencia y religión*
- *A la libertad de reunión de manera pública y pacífica.*
- *A la libertad de asociación con fines lícitos, sin fines de lucro, especialmente para asociaciones estudiantiles, deportivas, culturales, laborales o comunitarias.”<sup>23</sup>*

En la Constitución actual podemos observar que se ha previsto un mayor grado de participación para los niños, niñas y sobre todo para los adolescentes, por ejemplo otorgándoles voto facultativo a partir de los dieciséis a dieciocho años, que demuestra un mayor grado de madurez democrática, de esta manera pueden involucrarse directamente en la toma de dediciones, no solo en lo que a ellos se refiere sino también, en los asuntos que involucran a todos los ciudadanos sin importar la edad.

Todos y todas los ciudadanos en nuestro país tenemos derechos que deben ser respetados en todas las instancias, pero así también la Constitución, El Código Civil, el Código de la Niñez y la Adolescencia, nos

---

<sup>23</sup> GARCIA ARCOS, JUAN DR., MANUAL TEÓRICO PRACTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones, Cuenca-Ecuador, Año 2007. pág. 46.

dan deberes u obligaciones que debemos cumplir, en este sentido, también los niños, niñas y adolescentes tiene deberes comunes a la de los ciudadanos ecuatorianos, compatibles a su edad y condición. El Estado y la familia cuando fomentan la participación de la niñez, suman acciones de responsabilidad social. Participar es construir comunidad y ciudadanía, es formar parte de las decisiones que construyen y dan vida al Estado. Las políticas públicas en el conjunto de sus instancias, deben considerar como factor de éxito la participación de las personas. Por ello, las políticas de niñez deben ser ante todo promotoras de la participación, ya que ellas forman la base de la estabilidad social y la promoción del Estado de Derecho

#### **4.1.6 Derecho de Alimentos**

Esta alimentación comprende los Alimentos propiamente dichos, la educación, el transporte, el vestuario, la asistencia médica, etc. *“Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción de un o de una menor”<sup>24</sup>*

Los alimentos, en derecho de familia, son todos aquellos medios que son indispensables para que una persona pueda satisfacer todas sus necesidades básicas. En definitiva, los alimentos constituyen una obligación legal que implica un conjunto de medios materiales destinados

---

<sup>24</sup> HERNANDEZ Alarcón. Cristian. EL DERECHO A LA SUBSISTENCIA Y A LOS ALIMENTOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. Código Civil Comentado, comentario. Santiago de Chile. 2010. Pág. 98

a proveer los recursos necesarios para la subsistencia física y moral de una persona. Las prescripciones atinentes a esta materia, surgen de la vocación social por asegurar la solidaridad familiar y los legítimos afectos que se derivan de las relaciones de parentesco.

Por lo que considero que el derecho de alimentos se ha constituido en un pilar fundamental para el desarrollo de todos y cada uno de las personas que lo perciben por lo que se vuelve necesario que los mismos posean una eficacia jurídica dentro del cumplimiento cabal de sus objetivos por consiguiente se deben evolucionar los sistemas de acuerdo a las necesidades sociales, para precautelar el desarrollo material y físico de las personas y sobre todo sus derechos proclamados en la constitución y en los instrumentos internacionales de los cuales el Ecuador es signatario.

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*<sup>25</sup>

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.

Según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, sostiene lo siguiente alimentos son *“las necesidades que por ley, contrato o testamento comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentado es menor de edad”*<sup>26</sup>.

De manera personal sostengo que este tratadista del derecho hace referencia a que la obligación de los alimentos es un acto de voluntad y espiritualidad moral según nuestros antecesores quienes brindaban alimentos por caridad y deber moral hacia sus hijos, o personas que la requerían, pero que hoy en día los alimentos son una obligación legal para que los menores puedan subsistir. Muchas definiciones de autores coinciden en lo sustancial, respecto de lo fundamental de los alimentos, como la expresión jurídica de un deber moral; la obligación de ayudar al prójimo, que es más apremiante cuando se trata de personas íntimamente

---

<sup>25</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA “OMEBA”, tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina-Impreso el 15 de febrero de 1954, Pág., 689.

<sup>26</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Décima Edición, 2003, Pág. 345



vinculadas por los lazos de parentesco, o a quienes se debe una especial gratitud, el derecho generalmente concreta en términos positivos los deberes que en forma más abstracta impone la virtud de la justicia, pero en este caso más bien, consagra una obligación de caridad.

En el derecho de familia los alimentos, son todos aquellos medios indispensables para que una persona pueda satisfacer las necesidades básicas, variando estas según la posición social de la familia. Esta alimentación comprende los alimentos propiamente dichos, la educación, el transporte, el vestuario, la asistencia médica, etc. La necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir es tutelada por el derecho de familia, esta obligación recae normalmente en un familiar próximo.

Cuando un juez, mediante sentencia, obliga al pago de cantidades mensuales por este motivo, se le denomina pensión alimenticia. En el Derecho de familia se ampara la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselos solo. Dicha obligación recae normalmente en un familiar próximo.

#### **4.1.7 Prueba de ADN**

El ADN es una de las pruebas biológicas que actualmente existen. Esta *“consiste en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo”*<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> ROMBOLA, Néstor Darío; REBOIRAS, Lucio Martín. DICCINARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires-Argentina. 2004. Pág. 75

Cabe recalcar que aun faltando el supuesto padre (suponiendo que estuviere muerto o ausente), si los abuelos paternos se prestan, la prueba puede realizarse extrayendo para el análisis sangre de ellos.

*"El ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN (y también DNA, del inglés deoxyribonucleic acid), es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, y es responsable de su transmisión hereditaria"*<sup>28</sup> Todas las células de una persona poseen exactamente el mismo ADN, por lo que la exactitud y fiabilidad de los resultados es la misma, independientemente del material biológico utilizado.

Cabe indicar que todas las células de una persona poseen exactamente el mismo ADN, por lo que la exactitud y fiabilidad de los resultados es la misma, independientemente del material biológico utilizado. Desde el punto de vista químico, *"el ADN es un polímero de nucleótidos, es decir, un polinucleótido. Un polímero es un compuesto formado por muchas unidades simples conectadas entre sí, como si fuera un largo tren formado por vagones.*

*En el ADN, cada vagón es un nucleótido, y cada nucleótido, a su vez, está formado por un azúcar (la desoxirribosa), una base nitrogenada (que*

---

<sup>28</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. 1996.

*puede ser adenina→A, timina→T, citosina→C o guanina→G) y un grupo fosfato que actúa como enganche de cada vagón con el siguiente. Lo que distingue a un vagón (nucleótido) de otro es, entonces, la base nitrogenada, y por ello la secuencia del ADN se especifica nombrando sólo la secuencia de sus bases. La disposición secuencial de estas cuatro bases a lo largo de la cadena (el ordenamiento de los cuatro tipos de vagones a lo largo de todo el tren) es la que codifica la información genética: por ejemplo, una secuencia de ADN puede ser ATGCTAGATCGC. En los organismos vivos, el ADN se presenta como una doble cadena de nucleótidos, en la que las dos hebras están unidas entre sí por unas conexiones denominadas puentes de hidrógeno<sup>29</sup>*

El ADN está presente en todos los indicios cualquiera que sea su origen como son sangre, semen, pelos, salivas, huesos, dientes etc.

La prueba biológica más precisa es la de la tipificación del ADN. Su examen permite obtener una huella genética del individuo a partir de una muestra de sangre, semen, cabello u otro tejido. La negativa a someterse a las pruebas hará presumir el acierto de la posición contraria. Estas pruebas biológicas pueden ser pedidas de oficio por el juez, además de ser ofrecidas por las partes. La estructura de la molécula de ADN tiene cierta similitud a una escalera de caracol está representado por pares de cromosomas las ventajas del uso de ADN en criminalística está dado por:

---

<sup>29</sup> Los secretos del ADN. Reportaje sobre el proyecto Genoma .<http://www.mujeramujer.cl/2011/07/20/1.htm>

**"Sangre:** *La sangre es una excelente fuente de ADN, una mancha de sangre del tamaño a una moneda pequeña corresponde a unos 50 microlitros y tiene suficiente ADN para un análisis típico de VNTR.*

*Los soportes más frecuentes en lo que se encuentra la sangre son las uñas las armas, vestuarios, escena del crimen (paredes, piso, tierra, piedras, etc). La morfología de las manchas de sangre en la escena del crimen aporta información acerca de cómo se produjeron los hechos.*

**Pelos:** *Es importante recordar que los cabellos deben ser arrancados para poder utilizarlo en la búsqueda de ADN es de todos conocidos que los cabellos que caen o se desprenden no contienen ADN.*

**Restos óseos:** *El hueso al igual que los dientes son las mejores fuentes de ADN ya que los tejidos se descomponen rápidamente<sup>30</sup>*

Cabe indicar que todas las células de una persona poseen exactamente el mismo ADN, por lo que la exactitud y fiabilidad de los resultados es la misma, independientemente del material biológico utilizado. Sin embargo, para poder realizar un test de paternidad es necesario que los pelos tengan raíz o bulbo, ya que es ahí donde se encuentra el tipo de ADN necesario para realizar la prueba (ADN nuclear).

Para ello, los pelos deben estar arrancados y no cortados. Un pelo cortado, sin raíz, solo posee un tipo de ADN, denominado ADN mitocondrial, que se hereda de madres a hijos, por lo que solo sería útil

---

<sup>30</sup> Los secretos del ADN. Reportaje sobre el proyecto Genoma .<http://www.mujeramujer.cl/2011/07/20/1.htm>

para realizar pruebas de maternidad o parentesco biológico por vía materna.

A manera de conclusión, el ADN contiene toda la información hereditaria y se encuentra en el interior de cada una de las células; se forma desde el momento de la concepción y se mantiene idéntico toda la vida. Este elemento es proporcionado por los progenitores en partes iguales, característica que lo convierte en la herramienta ideal para ser analizado y así determinar la paternidad.

Las pruebas de ADN para determinar la paternidad se realizan comparando la secuencia de ADN del padre, del niño o niña y de la madre. La combinación de las secuencias de ADN del padre y de la madre debe dar como resultado la secuencia del niño o niña; sólo de esta manera se tendrá una seguridad, generalmente de más del 99%, sobre la paternidad del menor de edad.

Dado el avance de la ciencia, en la actualidad cuando se trata del establecimiento de la filiación si se practica un examen genético el informe pericial es definitivo, ya que el porcentaje de probabilidades es casi del cien por cien, por lo que su conclusión debería ser obligatoria para el juzgador de instancia, pero ha de advertirse que esta fuerza de convicción no lo es de cualquier informe pericial ni tampoco de cualquier examen.

Por lo que desde hace varios años las pruebas de ADN han representado el método más revolucionario de identificación de personas en el ámbito del Derecho penal para los casos de homicidios, violaciones y otras acciones delictivas. En la actualidad, su aceptación no se restringe únicamente a ese campo, pues su aplicación también tiene lugar en los juicios de filiación, cuyo objetivo es la clarificación del vínculo biológico

#### **4.1.8 Investigación de paternidad**

Señala el diccionario de la Real Academia Española, que investigar es *“hacer diligencias para descubrir una cosa. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia”*<sup>31</sup>

La acepción del término investigar, señala que se deben realizar actividades intelectuales y diligencias para el descubrimiento de una cosa. Necesariamente, para referirse a una investigación, debemos por muchos medios alcanzar conclusiones inequívocas, al menos en materia de paternidad.

Cabanellas, define la investigación como el *“Averiguamiento, indagación, búsqueda o inquisición de un hecho desconocido o de algo que se quiere inventar”*<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Editorial Océano. 2008. Pág. 432

<sup>32</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. 1996

La investigación de paternidad, describe una acción que puede ejercitarse tan solo en la vía judicial que, históricamente ha representado un proceso complejo, tendiente a averiguar una realidad social, que desemboca en el convencimiento de una filiación a favor de determinada persona. Podemos definir también la investigación de paternidad, como la averiguación de si un hijo lo es realmente de una persona determinada, que no se quiere atribuir esa calidad.

Debe tenerse en cuenta, que ese vínculo puede darse en razón de un hijo matrimonial o extramatrimonial, lo que hace que la investigación de paternidad abarque en general a cualquier hijo. El matrimonio de los padres ha hecho por años, presumir la paternidad, no obstante, luego de la aplicación de cualquier presunción acerca de ésta, el padre ha podido judicialmente, intentar descartar la paternidad que se le impuso.

*"Los métodos para determinar esta relación han evolucionado desde la simple convivencia con la madre, la comparación de rasgos, Tipo de sangre ABO, análisis de proteínas y antígenos HLA. Actualmente la prueba idónea es la prueba genética basándose en polimorfismo en regiones STR"<sup>33</sup>*

La prueba de paternidad genética se basa en comparar el ADN nuclear de ambos. El ser humano al tener reproducción sexual hereda un alelo de la madre y otro del padre. Un hijo debe tener para cada locus un alelo que provenga del padre.

---

<sup>33</sup> Los secretos del ADN. Reportaje sobre el proyecto Genoma .<http://www.mujeramujer.cl/2011/07/20/1.htm>

*"Para determinar estadísticamente la exactitud de la prueba, se calcula el índice de paternidad, el cual determina la probabilidad que no exista una persona con el mismo perfil de alelos entre su raza. La cantidad de locus es determinada por la cantidad de marcadores genéticos (que limitan los locus) utilizados, a mayor cantidad de marcadores mayor exactitud. Con el uso de 15 marcadores se puede tener exactitudes de alrededor de 99,999%. Sin embargo esta exactitud puede aumentar según la ocurrencia de alelos extraños en cada individuo"*<sup>34</sup>

Cuando no se cuenta con muestras del presunto padre, se puede obtener un índice de paternidad utilizando muestras de los padres paternos. También es posible obtener muestras de prenatales mediante procedimiento de amniocentesis y Velloosidades coriónicas.

La investigación de la paternidad *"constituye un problema biológico de identidad, ya que su fin es identificar a un niño como sujeto principal de una acción judicial"*<sup>35</sup> Así, la persona que se crea con derecho suficiente de iniciar una acción de investigación de la paternidad, lo deberá realizar en contra del supuesto padre.

En la investigación de la paternidad, la fundamentación vendrá dada por los motivos, hechos, y circunstancias que originaron la relación amoroso – sexual dependiendo del caso, hasta la culminación que se realiza con el nacimiento del presunto hijo. Para que se dé la figura jurídica de la

---

<sup>34</sup> ARIANNA, Carlos: "Los procesos familiares y el concurso del demandado", Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004. Pág. 217

<sup>35</sup> ALCOCER Estrella, Víctor Hugo Práctica Forense sobre la Acción Civil de la investigación de la paternidad. Ediciones Carpol. Cuenca- Ecuador. 2003.



investigación de la paternidad es natural y obvio suponerse que estamos frente a la paternidad no responsable y como producto de ello, el único camino, es el sendero de tipo legal, el cual se ve cristalizado en la instauración de la acción correspondiente antes los jueces competentes.

En este contexto, Las pruebas legales requieren validación de la identidad y custodia de las muestras. En varios países la interpretación legal de varios derechos constitucionales señala que se tiene que tener consentimiento voluntario para la obtención de muestras para las pruebas de ADN.

Señala el diccionario de la Real Academia Española, que investigar es *“hacer diligencias para descubrir una cosa. Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia”*<sup>36</sup>.

Podemos definir también la investigación de paternidad, como la averiguación de si un hijo lo es realmente de una persona determinada, que no se quiere atribuir esa calidad. Debe tenerse en cuenta, que ese vínculo puede darse en razón de un hijo matrimonial o extramatrimonial, lo que hace que la investigación de paternidad abarque en general a cualquier hijo. El matrimonio de los padres ha hecho por años, presumir la paternidad, no obstante, luego de la aplicación de cualquier presunción acerca de ésta, el padre ha podido judicialmente, intentar descartar la paternidad que se le impuso.

---

<sup>36</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Editorial Océano. 2008. Pág. 432

Una prueba de paternidad es aquella que tiene como objeto probar la paternidad, esto es determinar el parentesco ascendente en primer grado entre un individuo y un hombre (presunto padre).

La acepción del término investigar, señala que se deben realizar actividades intelectuales y diligencias para el descubrimiento de una cosa. Necesariamente, para referirse a una investigación, debemos por muchos medios alcanzar conclusiones inequívocas, al menos en materia de paternidad.

#### **4.1.9 Derecho a la Defensa**

Por derecho de defensa, puede entenderse el *"derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente a juicio y a lo largo de todo el proceso a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente"*<sup>37</sup>

Del análisis de la definición, puedo determinar que el derecho a la defensa es el arma con que cuenta el demandado para poder hacer valer sus alegaciones en orden a la defensa de sus derechos dentro de un proceso sea penal o civil, caso contrario estaremos en un estado de indefensión, que se produce cuando la infracción de una norma procesal

---

<sup>37</sup> Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid –España. 2001. Pág. 314

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

La vigencia del derecho a la defensa supone, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación.

También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable.

El derecho a la defensa constituye *"todo cuanto alega el reo para sostener su derecho o su inocencia, rechazando la acción o acusación entablada contra él. Es máxima general establecida por las leyes de todos los pueblos que nadie puede ser condenado sin que se le oigan sus defensas"*<sup>38</sup>

El derecho a la defensa implica que, a ningún procesado se le podrá nunca rehusar, impedir ni coartar ninguno de sus legítimos medios de defensa, ni imponerle pena o sentencia alguna sin que antes sea oído y

---

<sup>38</sup> GOLDSTEIN, Mabel. DICCIONARIO JURIDICO CONSULTOR MAGNO. Círculo Latino Austral. Buenos Aires Argentina. 2008. Pág. 156.

juzgado con arreglo a derecho por el juez o tribunal que la ley tenga establecido. La infracción de esta disposición haría nula la sentencia.

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

Se produce una vulneración de este derecho cuando se priva al justiciable de medios de defensa efectivos, dentro de los medios que la ley procesal prevé. El derecho de defensa tiene un contenido complejo; su respeto exige un conocimiento suficiente y oportuno de lo que pueda afectar a los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso.

*“El proceso es el único instrumento para actuar del Derecho en todas sus formas o variantes, al que han de someterse tanto el Estado como el ciudadano. Frente al derecho a la acusación, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o del imputado, y porque no también el del actor a obtener también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, o el de obtener su derecho”<sup>39</sup>.*

---

<sup>39</sup> VELASCO, Emilio: Sistema de Práctica Procesal Civil, publicaciones de legislación. Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 1991.

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

El titular del derecho de defensa, derecho fundamental e inalienable, es la persona que requiere del servicio judicial, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él mismo, tal como lo señala el Código de la Niñez y la Adolescencia, he allí la esencia de mi propuesta académica; como por su defensor técnico, y para tal fin se reconoce el derecho a hacerse asistir de un profesional del Derecho.

#### **4.1.10 Seguridad Jurídica**

*“La Seguridad jurídica es un principio general del derecho, de honda raigambre, es preciso valorar en su justa medida el que se ha dado en llamar el principio de la confianza legítima autentico corolario de la seguridad jurídica desde una perspectiva subjetiva y que cabe definirlo como la aspiración de los administradores y los operadores del derecho a una consolidación de la uniformidad en las resoluciones de los distintos órganos colegiados de la administración de justicia”<sup>40</sup>.*

---

<sup>40</sup> OSSORIO, Ángel, El Epistolario Jurídico, Revista de estudios jurídicos, Barcelona España 2001, pág. 49

A criterio personal debo manifestar que si bien es cierto la indexación automática en las pensiones alimenticias no deberá ser inferior a las establecidas en la tabla que se encuentra implantadas dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, decretadas por medio de la Asamblea Nacional, claramente nos damos cuenta de que existen contradicciones con lo que se manifiesta dentro de la Constitución de la República del Ecuador con respecto a la Seguridad Jurídica ya que la misma se basa en el respecto a la constitución las cuales deberán ser aplicadas por los señores jueces administradores de justicia rigiéndose a lo que establece la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, los mismos que son el derecho a la defensa que tiene todo ciudadano ecuatoriano sin excepción alguna, lo que hoy en día se viene acatando estos preceptos jurídicos que se contraponen con lo que manifiesta la madre de las leyes.

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

Por lo tanto debemos entender que los Derechos Fundamentales como principio y fin en la defensa de la persona humana deben ser los criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica en los Estados Democráticos de Derecho.

En la estructura normativa, los Derechos Fundamentales aparecen consagrados en la Constitución cobrando prevalencia sobre los demás derechos adjetivos que complementan la vida en sociedad del hombre.

*“El principio de la seguridad jurídica actúa como garantía de los Derechos de los ciudadanos para evitar las arbitrariedades y los abusos de poder, puesto que cualquier decisión de los gobernantes debe necesariamente ajustarse a Derecho para gozar de legalidad y legitimidad. Sin el respeto a la seguridad jurídica, los Derechos solamente serían una simple escritura en papel y sin ningún valor.*

*El Derecho para serlo, tiene que ser cierto, seguro, predecible, inequívoco, de tal modo que podamos ajustar nuestra conducta a sus dictados sin temor a equivocarnos, a obrar mal, o a recibir una sanción. En otro caso, si las normas o instituciones jurídicas no fueran conocidas, seguras o indubitadas, si permanecieran ocultas o secretas, si fueran dudosas o inciertas, sería imposible la vida común y, por ende, la justicia, el progreso y el propio desarrollo del tejido o entramado social”<sup>41</sup>*

La seguridad jurídica además de ser un principio es un Derecho constitucional de la cual las autoridades respectivas deben aplicar, de modo concreto y sin antagonismos, los cuerpos de Leyes y sus normas deben ser objetivos, coherentes, completas y sin imprecisiones para no dar paso a una interpretación errónea y abusadora en su

---

<sup>41</sup> AMORÓS DORDA, Francisco Javier. — Seguridad Jurídical. Fundación Sociedad de la Información – SOCINFO, en Seminario — Seguridad Jurídica y Administración Electrónica. Madrid, 9 de mayo de 2012. Pág. 3.

complementación, aplicación jurídica y así no tratar de cubrir u ocultar lo ilegal e inconstitucional.

*“La seguridad jurídica garantiza Derechos e impone obligaciones. Para los ciudadanos actúa como garante, en virtud que nadie puede ser procesado, juzgado ni sancionado, sino mediante una Ley previa, legítima, clara y dictada por el órgano competente; y para el Estado contiene una serie de obligaciones para garantizar los Derechos de las personas que se encuentran en la Constitución, tratados internacional y las Leyes internas, cualquier decisión de los poderes públicos debe someterse al Derecho, caracterizándose la validez y legitimidad. Incluso los particulares están obligados a observar las disposiciones legales.*

*Por ello el profesor Carbonell, dice: “Los Derechos de la seguridad jurídica son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de Derecho en sentido formal. El Estado de Derecho en sentido formal puede entenderse como el conjunto de —reglas del juego— de carácter fundamentalmente procedimental- que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los Derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos. Se trata del concepto formal de Estado de Derecho como Estado en el que las autoridades se encuentran sujetas a la Ley”.<sup>42</sup>*

---

<sup>42</sup> Principio de Seguridad ciudadana. En línea. Consultado el 12 de agosto de 2013. Disponible en : <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/principio-de-certeza>



El Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se caracteriza por la fiel observancia del principio de seguridad jurídica. Si bien el poder supremo lo asume el pueblo, después del pueblo dicho poder se expresa en la Constitución y en las Leyes respectivas. La certeza del Derecho asevera la atribución y el límite que las autoridades tienen para con los ciudadanos aplicando y legislando en su proceder de manera segura, sólidamente con exactitud lo que un precepto jurídico contiene y debe contener con veracidad, lo que lo convierte en un elemento imprescindible derivado de la Seguridad Jurídica, que también está reconocida por los Derechos Humanos para hacer prevalecer los Derechos de las personas por sobre los intereses personales o estatales. Todo ello tiene que ver fundamentalmente con el conocido principio de legalidad, que todo lo actuado por el poder público e incluso por los particulares debe someterse al imperio de la Ley y no de las personas o gobernantes. Es justamente gracias al principio de legalidad que se establece la seguridad jurídica.

## **4.2 MARCO DOCTRINARIO**

### **4.2.1 Evolución del Derecho de Alimentos en el Ecuador.-**

#### **Antecedentes**

*“En nuestro país, el derecho de alimentos se contempló como un título, dentro del Código de la Niñez y Adolescencia, expedido mediante Ley No. 100, y publicado en el Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003, y puesto en vigencia seis meses después de su publicación<sup>31</sup>. Vino a remplazar el anterior Código de Menores, expedido mediante Ley No. 170 y publicado en el Registro Oficial Suplemento 995, de 7 de Agosto de 1992 que también determinaba el juicio de alimentos a partir de su Art. 66.*

*Históricamente la legislación ecuatoriana a generado los Códigos de Menores de 1938, 1944, 1960, 1969, 1976, y 1992, y luego el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003 ahora ya con su primera reforma.*

*En torno a una mayor celeridad procesal y para responder a las necesidades sociales y el clamor de los/as usuarios/as, en el año 2009 se reformó el CNA sobre el procedimiento de alimentos, por uno más expedito contenido en la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.”<sup>43</sup>*

Así pues la norma especial, esto es el Código de la Niñez y Adolescencia viene a desarrollar la prestación alimenticia a los hijos, sean estos niños,

---

<sup>43</sup> Registro Oficial No. 643 - Martes 28 de Julio de 2009 Suplemento.

adolescentes e incluso adultos hasta los 21 años, en caso de estudiar o hijos con discapacidad a quienes se les debe suministrar la pensión por toda la vida.

*“La concepción de alimentos como prestación u obligación fue reconocida por los pueblos de la antigüedad, iniciando su verdadero desarrollo jurídico en el Derecho Romano de la etapa de Justiniano. En el pueblo Romano, el concepto del “todopoderoso”, de las potestades del pater es influenciado por el Derecho Cristiano, de modo que al inicial poder absoluto de la institución de la “patria potestas”, que comprendía tan graves prerrogativas como el iusexponendi, el iusvendedi y el ius et necis para todos los que se encontraban bajo su “dominio”, se antepone la noción de officium en el accionar del pater, otorgándole no solo facultades sobre quienes se encuentren bajo su dominio sino además obligaciones a favor de los mismos.”<sup>44</sup>*

Estas graves prerrogativas que inicialmente integraban el poder del pater – y que por esta razón resultaría incompatible con la imposición de cualquier tipo de obligación-, desaparecen en la etapa Justiniana. . Esta evolución en la familia Romana es producto de la influencia de la doctrina Cristiana. Con la concepción de la autoridad del pater familias, la protección a la familia no fue la misma ni tan intensa como en nuestros días y así, el origen del deber de alimentar a los parientes no aparece configurado como tal hasta después de comenzar la era Cristiana.

---

<sup>44</sup> [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4668:interesuperiordel-nino-y-de-la-nina&catid=47:derecho-de-la-ninez-y-la-adolescencia&Itemid=420#\\_ftn](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4668:interesuperiordel-nino-y-de-la-nina&catid=47:derecho-de-la-ninez-y-la-adolescencia&Itemid=420#_ftn)

El derecho a solicitar alimentos ha estado presente durante cada una de las etapas de desarrollo de la humanidad, sin embargo desde el “tutor sospechoso” del derecho Romano hasta el “deudor alimentario moroso” de nuestros días, no ha sido posible erradicar el alto índice de evasión de tan elemental obligación. El derecho de un menor a percibir alimentos es un derecho natural, pues desde su concepción el menor necesita que la madre se alimente para este desarrollarse dentro del vientre como un feto saludable, todo ser viviente necesita para su desarrollo integral y sano, estar bien alimentado. Es así que el derecho de los menores a percibir alimentos se da desde los tiempos más remotos de la historia, desde la creación de la humanidad.

El Ecuador tuvo su primer Código de menores en el año de 1976, la primera vez que se le realizó una reforma fue en el año de 1992, reforma que fue realizada para que sea compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño, pues la misma fue ratificada por Ecuador en febrero del año de 1990, además la Convención sobre los Derechos del Niño, requería que tanto el Código de menores, como la Constitución de la República compatibilizarán, para una mejor efectividad en la aplicación dentro de cada nación.

La reforma que se realizó al Código de menores en el año de 1992, fue extremadamente limitada, estuvo basada en un acuerdo técnico-político entre el Ministerio de Bienestar Social y Defensa de los Niños Internacional Sección Ecuador y con el respaldo del Consejo Nacional de

Menores y UNICEF. Si bien la voluntad de todas las organizaciones que impulsaron este proceso era la de lograr la plena adecuación de la legislación nacional y de la institucionalidad a la Convención, la poca comprensión de las implicaciones de las normas de la Convención, y el limitado interés del sector público de introducir transformaciones a su estructura y funcionamiento produjeron una reforma con severas limitaciones. Era notable la incompatibilidad que existía entre el Código de Menores de 1992, con la Convención sobre los Derechos del Niño, y por ende con la doctrina de la protección integral.

*“Recién en el año de 1995 varias organizaciones, dan inicio a un proceso de reflexión sobre las limitaciones de la legislación vigente de ese entonces, lo que dio paso a que se realice necesariamente una reforma urgente al Código de Menores, especialmente de la institucionalidad encargada de la garantía y protección de los derechos. Pese al consenso que existía al respecto, el Servicio Judicial de Menores (dependiente en ese momento de la Función Ejecutiva) realizó una amplia campaña de desprestigio de la propuesta de la reforma. Esta oposición, y la cercanía de la aprobación del Código vigente a la fecha, frenaron cualquier posibilidad de reforma en ese momento.*

*Fue en el año 1996, por el movimiento de los derechos de la niñez del Ecuador, liderado por el Foro de la Infancia, quienes propusieron una enmienda a la Constitución para asegurar la existencia de normas específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia. Producto de*

*esto se incorpora un artículo sobre los derechos del niño/a. Pese a las claras limitaciones que tiene esa reforma constitucional es un importante antecedente de los cambios posteriores, en especial por la incorporación de los principios de corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia y elde prevalencia de los derechos. Este artículo se mantuvo en la codificación de la Constitución de 1997.*<sup>45</sup>

Por una coyuntura política derivada del derrocamiento de Abdalá Bucaram las fuerzas sociales del Ecuador promueven la Asamblea Nacional Constituyente de 1998.

Esta Asamblea es recordada por el conjunto de las organizaciones y movimientos sociales del Ecuador como un espacio privilegiado en el que se buscó la “constitucionalización” de las aspiraciones y búsquedas históricas de todos esos movimientos. Un grupo de organizaciones públicas y privadas que trabajan en el tema de los derechos de los niños, niñas y adolescentes promovieron la incorporación en la Constitución de normas específicas sobre los derechos de la infancia.

El Foro de la Infancia, el Instituto Nacional del Niño y la Familia, UNICEF, Projusticia y la Comisión Especializada del Niño, Mujer, Familia y Juventud del Congreso Nacional, asumieron la responsabilidad de impulsar el proceso de reforma, proceso que todos coincidían tenía que ser ampliamente participativo y de alta calidad técnica.

---

<sup>45</sup> [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4668:interesuperior-del-nino-y-de-la-nina&catid=47:derecho-de-la-ninez-y-la-adolescencia&Itemid=420#\\_ft](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4668:interesuperior-del-nino-y-de-la-nina&catid=47:derecho-de-la-ninez-y-la-adolescencia&Itemid=420#_ft)

Para las decisiones de carácter político se formó un Comité Consultivo, en este se encontraba una representación de los diferentes sectores: por el Ejecutivo participó el Ministro de Bienestar Social, por el legislativo la Presidenta de la Comisión de la Mujer, el Niño y la Familia del Congreso Nacional, por la Función Judicial Projusticia, y varios representantes de sector no gubernamental como el Foro de la Infancia y el Instituto Nacional del Niño y la Familia.

Para el desarrollo del proceso de consulta se formó un Equipo de Participación ciudadana, quien fomentó los procesos de consulta en el ámbito nacional y canalizó las propuestas y comentarios de los diferentes proponentes.

La consulta social se articuló alrededor de 29 “Comités de Gestión Local por los Derechos de los niños, niñas y adolescentes” que se organizaron en todo el país. El resultado de este proceso fue la participación directa de más de 200 instituciones (públicas y privadas), de más de 18000 personas en los que se incluyeron grupos de niños, niñas y adolescentes, autoridades locales y nacionales, profesionales, etc. Además, se organizaron más de 300 talleres de discusión y validación de la Ley.

El Equipo Técnico Redactor, responsable de la preparación de los textos legales, elaboró como insumo para la discusión pública una Matriz Legislativa, que se basó en los principios de la doctrina de la protección integral contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución Política de la República.

Se tomaron varias decisiones que marcaron el proceso general de discusión y preparación de la Ley, se trabajó desde el inicio en la redacción de un “Código” con categoría de ley orgánica. Se trabajó en cuatro “módulos”, de los cuales el primero (definiciones, principios y derechos) y el cuarto (los mecanismos de protección y garantía de derechos) se encontraban vinculados y eran interdependientes, en cambio el módulo segundo (relaciones familiares) y el cuarto (responsabilidad del adolescente infractor) podían ser retirados sin afectar la coherencia de la Ley.

El proyecto fue presentado al Congreso Nacional en el año 2000. De acuerdo a las reglas de aprobación de leyes el primer debate se desarrolló entre el 18 de octubre del 2000 y el 15 de marzo del 2001. El segundo y definitivo debate se dio entre el 8 de noviembre del 2001 y el 30 de octubre del 2002.

El Presidente de la República objetó parcialmente la Ley y el Congreso Nacional se allanó a la objeción parcial, por lo que ordenó la publicación del cuerpo normativo en el Registro Oficial.

El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley No. 100, publicada en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 y vigente desde el 3 de julio de ese mismo año) es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992 demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño.



Esta nueva ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador, proceso que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990, que se desarrolló con la reglamentación de las adopciones internacionales en el mismo año, continuó con el Código de Menores de 1992, con las reformas constitucionales de 1996 y 1997, y con la Constitución de 1998.

Fueron muchas las innovaciones que la nueva ley introdujo, desde el uso de nuevos conceptos jurídicos (por ejemplo niño, niña y adolescente que asumen un contenido jurídico específico, la desaparición de la declaración de abandono, la declaratoria de adoptabilidad, el acogimiento familiar e institucional, etc.), hasta el desarrollo normativo de una institucionalidad encargada de promover y garantizar los derechos que desarrolla la ley (por que ya se encontraban plenamente reconocidos y declarados en la Convención sobre los Derechos de los Niños y en la Constitución), concretando principios como el de la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, mejorando algunas instituciones jurídicas específicas como son: patria potestad, alimentos, responsabilidad penal juvenil, etc.).

Sin embargo, en nuestra opinión, la contribución más importante de la nueva ley es el establecimiento de un conjunto de mecanismos de exigibilidad de todos los derechos declarados, tanto individuales como colectivos.

Posteriormente en el Gobierno del Econ. Rafael Correa Delgado, en el año 2009, se implementó una nueva reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, tomando en cuenta que una nueva Constitución regía en nuestro país, pues la Asamblea Nacional mediante referéndum en el año 2008, aprobó las nuevas disposiciones que contienen la actual Constitución de la República del Ecuador.

El derecho a la alimentación es algo más que una declaración de principios, pero el mundo está lejos de garantizar este derecho a todos sus habitantes. El derecho a la alimentación, no quiere decir dar alimentos gratuitos a todos, el derecho a la alimentación es algo más.

Los estados tienen que promover la democracia y el estado de derecho. El desarrollo sostenible y la buena gestión de los asuntos públicos, promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales pero también habrán de promover el desarrollo económico compatible con sus políticas de seguridad alimentaria.

Cabe garantizar el acceso a una alimentación adecuada como parte de una red de seguro social. Según la situación concreta de cada país se adoptará una estrategia nacional basada en los derechos humanos para la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de seguridad alimentaria.

#### **4.2.2 Los menores como sujetos titulares de Derecho de Alimentos**

Los beneficiarios o titulares del derecho a pedir alimentos se hallan establecidos en el artículo innumerado 4 del derecho de alimentos del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en efecto, establecen que:

*“tienen derecho a reclamar alimentos: 1. Los niños, niñas y adolescentes, salvo los emancipados voluntariamente que tengan ingresos propios, a quienes se les suspenderá el ejercicio de este derecho de conformidad con la presente norma; 2. Los adultos o adultas hasta la edad de 21 años que demuestren que se encuentran cursando estudios en cualquier nivel educativo que les impida o dificulte dedicarse a una actividad productiva o carezcan de recursos propios y suficientes; y, 3. Las personas de cualquier edad, que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas o mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse”<sup>46</sup>*

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan a favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad, indudablemente que el derecho a recibir alimentos es de orden público;

---

<sup>46</sup> GALARZA TOBAR, Carlos, Dr, Comentario al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2010

este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, pero restringida a una naturaleza pública familiar.

Tal es esta aseveración que el legislador como características esenciales de este derecho considera como un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación. El derecho de alimentos atañe al estado, Sociedad y a la Familia, así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar. Les incumbe a los corresponsables tripartitos del bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes por los cual quien deba prestar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto de apremio personal y de medidas reales. Este derecho de subsistencia o de sobrevivencia por ser intrínseco a todo niño, niña y adolescente prevalece sobre otro derecho, cualquiera que sea su naturaleza.

*“La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los Niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de*

*niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño”<sup>47</sup>*

Los derechos y garantías que las leyes reconocen a favor del niño, niña y adolescente, son potestades cuya observación y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia, en la forma que el Código de la Niñez y Adolescencia y más leyes establecen para el efecto.

*“Algunos Estados incluyen entre sus acciones el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos a través de actos administrativos tales como autorizarlos a iniciar acciones judiciales, solicitar protección, denunciar situaciones de maltrato o abuso, tramitar documentación. Lo cual constituye dar pasos significativos en el reconocimiento del niño como actor social, es discutible su inclusión dentro de las prácticas participativas.*

---

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

*En síntesis, la Carta Magna del 2008 reitera lo establecido en la Convención sobre los derechos del Niño: reconoce de manera expresa que los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, titulares de todos los derechos además de los específicos de su edad, que requieren una protección especial de parte del Estado, la sociedad y la familia, pero que pueden ejercer de manera progresiva los derechos a ellos reconocidos.*

*Efectivamente, “son titulares de todas las garantías establecidas en la Constitución para protegerse, individual o colectivamente, de las omisiones o acciones que amenacen o vulneren sus derechos”<sup>48</sup>*

Los niños, así como los adolescentes entre doce y quince años, no son sujetos de derechos, sino solo sus padres, quienes demandan alimentos para favorecer a sus hijos, lo cual es totalmente equívoco, pues una cosa es la falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente y otra muy distinta el ser titular de derechos. Es necesario distinguir entre legitimación, capacidad y ser sujeto de derechos.

Es preciso indicar que el hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos. La Corte lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que la

---

<sup>48</sup> FARITH, Simón, Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación, en: Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral, Serie Justicia y Derechos Humanos, Quito, V&M Gráficas, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, p. 457

mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar.

Lo cual significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y de realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de la misma, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes al ser humano.

#### **4.2.3 Los menores Púberes e impúberes**

*“Quien ha llegado a la pubertad”<sup>49</sup>*

*“La pubertad, adolescencia inicial o adolescencia temprana es la primera fase de la adolescencia y de la juventud, normalmente se inicia entre los 12 y 13 años en las niñas y entre 13 y 14 años en los niños y finaliza entre los 15 y 17 años.*

*En la pubertad se lleva a cabo el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo del niño o niña se convierte en adolescente, capaz de la reproducción sexual.”<sup>50</sup>*

Son las mujeres y varones que, cumplidos los doce y catorce años respectivamente se consideraban aptos para procrear, haciendo coincidir

---

<sup>49</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires- Argentina. 2001. Pág.69

<sup>50</sup> [http://www.listadepalabras.es/palabra\\_significado.php?woordid=PUBER](http://www.listadepalabras.es/palabra_significado.php?woordid=PUBER)

el Derecho romano dicha aptitud con la plena capacidad de obrar. Su comienzo coincide con la adolescencia, aunque ésta es más prolongada, pues se extiende hasta la edad adulta, donde las hormonas, pituitaria y gonadotrófica, con su estimulación, provocan cambios psicofísicos, que transforman al niño poco a poco en un futuro adulto.

*“Quien no ha alcanzado la edad de la pubertad, aquella en que se adquiere la capacidad o facultad de procrear o concebir, presunta a los doce años en las hembras ya los catorce en los varones”<sup>51</sup>*

*“De acuerdo con la definición de la Academia de la Lengua el “que no ha llegado aún a la pubertad”; debiendo entenderse por pubertad la “época de la vida en que empieza a manifestarse la aptitud para la reproducción”; la misma que para el caso de las mujeres se presume a los 12 años, y en los varones a los 14 años. Dentro de un orden civil de apreciaciones se ha entendido tradicionalmente que el impúber es jurídicamente incapaz para todos o casi todos los actos de la vida y que por ello ha de estar sometido a la protección integral de otras personas (padres o tutores) , razón por la cual por ejemplo no son capaces para contraer matrimonio.*

*Los impúberes por menores de edad, son inimputables y no pueden desde luego litigar ni por activa ni por pasiva, no como demandantes, ni como demandados. Por ellos actúan sus padres o tutores; y, de existir*

---

<sup>51</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires- Argentina. 2001. Pág.38



*intereses contrapuestos con sus representantes legales, se les nombra un curador ad litem o un defensor judicial.*<sup>52</sup>

Como nos podemos dar cuenta esta clasificación de las personas tiene razones suficientes para calificar a las personas según su edad. En cuanto a la edad comprendida entre los 7 y los 12 o 14 años (para la mujer o el varón respectivamente), no tiene trascendencia en el derecho que ni siquiera tiene un nombre propio: los impúberes que ya no son niños, pero no se llaman de un modo especial. Sin embargo, conforme al Código Civil. Resulta que estas personas pueden adquirir la posesión de bienes muebles, para la que basta la aprehensión material de la cosa y la voluntad natural y ambas cosas pueden ser el que ya no es niño, aunque sea impúber todavía y por lo mismo absolutamente incapaz.

#### **4.2.4 El derecho de alimentos**

Respecto del derecho de alimentos no existe unanimidad doctrinaria. Se conocen tres doctrinas: 1) La que se apoya en el parentesco; 2) La que se basa en el derecho a la vida; y, 3) La que se funda o asienta en intereses públicos o sociales.

El tratadista Federico Puig Peña señala que *“una de las principales consecuencias que surgen de la relación jurídico-familiar, entendida en un sentido amplio, es el deber alimenticio entre determinados parientes que imponen el orden jurídico, a la vista de la propia naturaleza del organismo*

---

<sup>52</sup> <http://www.derechoecuador.com/servicio-al-usuario/diccionario-juridico/diccionario-juridico--de-?l=I>

*familiar. Toda persona tiene por ley natural derecho a la vida, o sea, proveerse de los medios necesarios para su subsistencia*<sup>53</sup>

Este derecho se transforma en deber cuando la persona, por sí misma, puede buscar esos medios a través de su trabajo u ocupación. Cuando esta capacidad falta y la persona indigente no tiene nadie que por ella mire, es el mismo Estado el que arbitra los dispositivos eficaces para que no quede carente de protección, dando lugar a la beneficencia pública, que, como deber general del cuerpo político, encuentra en las instituciones ad hoc la solución conveniente. Pero cuando la persona indigente tiene familiares cercanos, entonces el orden jurídico confiere a la persona necesitada de una protección especial el derecho a una pretensión general de alimentos, que puede actualizar contra el pariente, si éste se encuentra en condiciones económicas favorables, en base a la obligación que los mismos vínculos familiares le imponen y a la contribución poderosa que en justificación de esa asignación que del deber alimenticio hace el Estado en el pariente, para conservar el mismo honor familiar.

Se entiende por *“deuda alimenticia familiar la prestación que determinadas personas, económicamente posibilitadas, han de hacer a algunos de sus parientes pobres, para que con ella puedan éstos subvenir a las necesidades más importantes de la existencia*<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Federico Puig Peña “El Interés Superior del Niño” en El Interés Superior del Niño. Enfoque Jurídico, Córdoba, 1990

<sup>54</sup> Federico Puig Peña “El Interés Superior del Niño” en El Interés Superior del Niño. Enfoque Jurídico, Córdoba, 1990.

En relación a la pensión provisional, dice el autor en cita, que mientras se ventilaba la obligación de dar alimentos, podía el juez ordenar, según las circunstancias, que se dieran provisionalmente, desde que en la secuela del juicio hubiera fundamento razonable, sin perjuicio de restitución, si la persona de quien se demandaban obtenía sentencia absolutoria. Con base en ese precepto los jueces podían fijar, a su prudente arbitrio, la pensión alimenticia en forma provisional. Había jueces que estimaban que la pensión provisional no podía fijarse con la sola presentación de la demanda sino hasta que se hubiera contestado ésta, por que hasta ese entonces podía hablarse propiamente de juicio.

La persona que demanda alimento ha de encontrarse en estado de necesidad, carente de recursos, impedida para procurarse por si misma los medios de subsistencia.

Cabe agregar, que el Estado no puede desconocer la responsabilidad subsidiaria que detenta en la protección y desarrollo integral de los niños, ya que ha receptado la Doctrina de la Protección Integral de la niña, niño y adolescente que establece que los menores de edad tienen derechos fundamentales y gozan de una tutela especial.

Según Vodanovic: *“Generalmente el fundamento de la obligación alimentaria legal, vale decir, el principio o la razón que la justicia, es la solidaridad familiar. Natural es que los individuos pertenecientes a un mismo grupo familiar tiendan a auxiliarse mutuamente en las necesidades de la vida.*

*Tal sentimiento, espontáneo y recíproco, que normalmente existe en las personas unidas por el matrimonio o por las relaciones de sangre común, es el hecho que explica y justifica la obligación de alimentos que impone la ley entre los familiares más cercanos. Pero el mencionado sentimiento, la ley lo supone no sólo entre cónyuges y parientes consanguíneos próximos, sino también entre personas unidas por un vínculo de filiación puramente civil como es el de la adopción”*<sup>55</sup>

Este criterio se ha discutido varias veces, ya que de acuerdo a este criterio es el fundamento de la deuda alimenticia, existiendo diversas teorías sobre el derecho a la vida, vínculos parentales, interés público en el vínculo de solidaridad y el de la comunidad de intereses que existe entre los miembros del grupo familiar y el Estado.

*“Tanto la obligación alimenticia como su derecho a solicitarla y exigirla tiene un origen muy antiguo. Pero hasta el momento no se ha podido determinar con precisión en qué período de tiempo y en qué pueblo o Estado tuvo su origen o fue establecida primero.*

*Legislaciones como el Dramasatra o Código de Manú, legislación oriental de hace más de tres mil años, contiene preceptos que nos hace presumir la existencia de este derecho de alimentos”*<sup>56</sup>.

La obligación y derecho de alimentos viene desde eras antiguas, con único objetivo de proteger a los hijos necesitados y carentes de recursos,

---

<sup>55</sup> ORBE, Héctor F; Derecho de Menores: Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito-Ecuador 1995

<sup>56</sup> ZAVALA GUZMAN, Simón; Derecho de Alimentos; Tomo II; Pág.57

a la vanguardia de los padres y de sus posibilidades económicas. De manera que, este derecho y su correlativa obligación tiene sus brotes principalmente en la familia, por cuanto de esta institución genera el parentesco, entendiéndose como parentesco, a aquel vínculo que une a las personas por consanguinidad o afinidad, que generalmente nace del matrimonio. Comprendiéndose que, este derecho asiste a una persona para pedir alimentos a otra, con el cual generalmente se encuentra unido por vínculos de parentesco y tiene como sólido fundamento la solidaridad humana y sobre todo familiar. La solidaridad constituye en el deber moral de ayudarse y de socorrerse mutuamente en las circunstancias más deprimentes.

Es decir, que debe entenderse a la obligación moral como punto de partida de la obligación legal, de ahí que la misma ley se encarga de dictar las normas coercitivas necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación y el cobro de esos alimentos impuestos por esta para determinadas personas.

El derecho a percibir alimentos, deriva de la relación legal y es de contenido patrimonial, en cuanto se refiere a la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida y su subsistencia.

El derecho de alimentos es el más importante que emana de las relaciones de familia. Además la expresión "Alimentos" tiene una acepción más amplia que la terminología vulgar, pues, no solo comprende el

sustento diario, sino todo aquello que es indispensable en la vida de las personas incluyendo la educación.

A mi criterio, para entender de manera clara y precisa lo que es el Derecho de Alimentos, empezare definiendo lo que es Derecho, luego lo que significa la palabra alimentos, para con la descripción de estas dos palabras, entender y poder definir lo que significa el Derecho de alimentos en el Ecuador. Si tenemos que el Derecho son un conjunto de reglas para guiar al ser humano a que conviva de manera correcta en la sociedad y de acuerdo a la justicia, y que, alimentos no es más que la asistencia que una persona da a otra para que esta pueda subsistir, entonces podemos decir que el derecho de alimentos no es más que el mandato legal, establecido en una norma determinada para que el padre, representante legal o el tenedor de la patria potestad, de un menor, le brinde todas las necesidades básicas que la ley manda, para que el niño tenga un desarrollo óptimo y digno.

#### **4.2.5 Características del Derecho de Alimentos**

El derecho de alimentos presenta varias características substanciales como son: irrenunciables, inembargables, intransferibles, intransmisibles, no son compensables, la transacción sobre alimentos futuros; son de carácter personalísimo, en principio es una obligación recíproca y son imprescindibles.

No admiten compensación o reembolso de lo pagado solo en el caso las pagadas con anterioridad y cuando la madre ha realizado gastos prenatales estos pueden compensarse y transmitirse a los herederos

Las características del derecho de Alimentos son:

- a) es personal e intransmisible, en consecuencia no es negociable, las pensiones atrasadas si pueden ser objeto de negociación.
- b) es irrenunciable, las pensiones atrasadas no podrán renunciarse.
- c) no es compensable.
- d) es inembargable.
- e) la prestación alimenticia es variable en cuanto al monto.
- f) es recíproco entre parientes.
- g) no puede ser objeto de transacción, ni sujetarse a juicio de árbitros.

Podemos clasificar la obligación de prestar alimentos entre parientes atendiendo a los sujetos que en virtud del están obligados recíprocamente a darse alimentos, entendiéndose por tales lo dispuesto en el, es decir, lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y también los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otro modo.

En observación aplicable a todas las disposiciones que regulan la materia, en especial vista conjuntamente, puede afirmarse que las mismas se caracterizan por su flexibilidad, y que su acertada y por lo tanto ecuánime aplicación descansa fundamentalmente en el criterio del juez, quien a no

dudarlo, dispone de un amplio margen de discrecionalidad para ajustar sus resoluciones a la realidad social y económica de las partes interesadas, sin olvidar en ningún momento el aspecto proteccionista de los alimentos, cuya efectiva prestación puede resultar determinante para el futuro del alimentista

*“Indudablemente que el derecho a recibir alimentos es de orden público; pero restringida a una naturaleza pública familiar. Tal es esa aseveración que el legislador como características esenciales de este derecho considera como un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación y no admite reembolso de lo pagado”<sup>57</sup>*

El derecho a alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia. Así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar. Les incumbe a los corresponsables tripartitos del bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, por lo cual quien deba prestar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto de apremio personal y de medidas reales.

Este derecho de subsistencia o de sobrevivencia por ser intrínseco a todo niño, niña y adolescente prevalece sobre otro derecho, cualquiera sea su naturaleza.

---

<sup>57</sup> ALBAN, Fernando; GARCIA, Hernán; GUERRA, Alberto. “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Edición actualizada. Quito-Ecuador. 2010. Pág. 169



Los alimentos por su naturaleza tienen características especiales, que son muy diferentes de otras normas del derecho civil. Es una obligación recíproca, personalísima, intransferible, inembargable, imprescriptible, crea un derecho preferente, no es proporcional, compensable ni renunciable, no se extingue por el hecho de que la prestación sea satisfecha.

#### **4.2.6 Clasificación de los alimentos.**

*a) Legales, son aquellos que se deben por el solo ministerio de la Ley; la obligación de darlos emana del mandato del legislador. Estos alimentos tienen como origen la solidaridad de los miembros que componen el núcleo familiar, ese deseo y deber moral de ayudarse y socorrerse mutuamente; solidaridad que reside en los lazos de parentesco para ser luego consagrados por la Ley.*

*b) Voluntarios, se originan de un acuerdo de las partes o de la voluntad unilateral del alimentante. Los alimentos voluntarios también son los que proceden de un acto voluntario, como un testamento; y forzosos, los debidos por Ley a ciertas personas.*

*c) Congruos, son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente, de modo correspondiente a su posición social. Necesarios son los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria.*

d) *Necesarios, los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria.*

e) *Devengados, los que corresponden a un período de tiempo que ya ha transcurrido. Alimentos futuros son lo que se refieren al tiempo que aún no llega.*

f) *Provisionales, los que señala el juez desde que aparece en el juicio fundamento razonable y están destinados a cubrir las necesidades del reclamante, mientras se ventila el juicio. Los alimentos provisionales se deben restituir si resulta que el reclamante no tubo derecho para pedirlos, salvo que haya actuado de buena fe o con fundamento razonable para demandarlos.*

g) *Definitivos, los que se fija en la sentencia que termina el juicio. Sin embargo, los alimentos definitivos no lo son nunca en sentido absoluto, porque siempre cabe modificación de su cuantía, al variar las circunstancias del alimentante o del alimentado, o por variaciones notables del costo de la vida, desvalorización de la moneda, etc., por lo cual aún los alimentos definitivos, conservan siempre un carácter relativamente provisional”<sup>58</sup>*

---

<sup>58</sup> Larrea Holguín Juan “ Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador” Corp. Estudios y Public., QuitoEcuador 1983, Pág. 439

En definitiva, es evidente el interés público existente para que dichos acreedores, reciban con toda oportunidad los alimentos en forma adecuada para no perecer, a reserva de que luego se dispute la legitimidad del derecho, si el demandado no estuviere conforme en suministrarlos. El alimentante deberá justificar esta medida, y sería absurdo exigir de los acreedores alimentarios el otorgamiento de una fianza para responder de los posibles daños o perjuicios que se ocasionan.

Son varios los autores que clasifican los alimentos desde distintos puntos de vista, pero en nuestro Código Civil se puede considerar dos clases de alimentos, esto es, los permanentes y los provisionales.

*“a) Alimentos permanentes.- Son aquellos alimentos que provienen de un proceso y que están vigentes en tanto no exista una resolución que los deje sin efecto.*

*b) Alimentos provisionales.- La ley llama de esta manera a la asignación anticipada de alimentos y el artículo 675 del Código Procesal Civil establece que: en el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiares Juez señalara el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que establezca en la sentencia definitiva.*

*Cicú, sostiene que el fundamento del derecho de alimentos trata de un interés individual tutelado por razones de humanidad, teniendo en cuenta la defensa de la familia y la existencia de un vínculo de parentesco, de este mismo parecer es el Dr. Remigio Pino, al sostener que ,antes que en la solidaridad humana, está en el vínculo familiar y es por ello que de manera más inmediata, se exige sea cumplida por los familiares más cercanos ,pero por otro tenemos autores como De la Romaña que afirman que el fundamento de la institución de los alimentos está en el derecho de preservación de la vida, que todos tenemos y deber de asistencia, que ningún ser humano puede eludir. A mi parecer para poder explicar el fundamento del derecho de los alimentos debemos hacer una distinción entre la obligación legal de los alimentos y la obligación especial de ser alimentados, comprendiendo en el primer caso a aquellos que ligados por un vínculo de parentesco tiene la obligación de alimentos.”<sup>59</sup>*

El derecho de alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia; consecuentemente, rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar. El bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes es una responsabilidad que debe ser asumida y compartida, en primer lugar por los padres, por el Estado y por las leyes. En consecuencia, quien deba prestar alimentos, en caso de incumplimiento, será sujeto de apremio personal y de medidas cautelares. Este derecho de subsistencia o de sobrevivencia, por ser intrínseco a todo niño, niña y adolescente, prevalece sobre todo derecho, cualquiera sea su naturaleza.

---

<sup>59</sup> LARREA HOLGUIN Juan. Manual Elemental de Derecho Civil. Edición Corregida y Actualizada. Vol. 2. Quito 2008. Pág. 427.

#### 4.2.7 Demanda Judicial

*“Es el acto procesal por el que se inicia un proceso. En la demanda ordinaria, salvo en los juicios verbales que comienza con demanda suscita (datos de actor y demandado, domicilio y petición), debe constar: 1) los datos y circunstancias del actor y demandado, domicilio o residencia donde puedan ser emplazados; 2) hechos, que irán separados y numerados; 3) fundamentos, y 4) petitum, o pretensiones de la parte, que deben ser claras e ir separadas. Las peticiones subsidiarias deben ir separadas y por orden.”<sup>60</sup>*

La demanda está relacionada con el concepto de acción, que significa poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado. Se dirige contra el órgano jurisdiccional y por tanto se corresponde con respecto al órgano jurisdiccional con el deber de inicio del proceso. La demanda es la presentación de esos tres aspectos -acción, pretensión y petición- ante el órgano jurisdiccional. Nadie está obligado a demandar, excepto, luego de una medida precautoria, el actor tiene la obligación en 5 días de formalizar demanda en proceso principal bajo sanción de pago de daños y perjuicios al sujeto pasivo del proceso.

*“Petición, solicitud, súplica, ruego. | Limosna pedida para una iglesia u otra finalidad piadosa; y persona que hace tal colecta. | Pregunta. | Busca. | Intento, empresa. | Pedido, encargo de productos industriales o mercaderías. | Petición formulada en un juicio por una de las*

---

<sup>60</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/demanda/demanda.htm>

*partes. Procesalmente, en su acepción principal para el Derecho, es el escrito por el cual el actor o demandante ejercita en juicio civil una o varias acciones o entabla recurso en la jurisdicción contencioso administrativa.*<sup>61</sup>

Considero, que la demanda es el primer acto de ejercicio de la acción, y en el que se abre o inicia el proceso, que se presenta ante el órgano jurisdiccional competente; pero también debo señalar, que en el proyecto, se dispone que la demanda se la debe redactar por escrito, lo cual podría contrariar lo que dispone el Art. 75 de la Constitución de la República, y los Arts. 17, 22 y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, que garantizan la tutela efectiva, imparcial y expedita de la justicia. De tal modo, que la demanda tiene gran importancia en el proceso civil, laboral, administrativo, tributario, etc, pues es el acto fundamental para iniciar el proceso, ya que a través de ella el actor plantea al juez su versión del litigio, formulando concretamente sus pretensiones, y de conformidad con lo que dispone el proyecto de Código General del Proceso, anunciando la prueba respectiva.

#### **4.2.8 El Juicio de Alimentos.**

La Constitución reconoce, que los derechos de la niñez toman un significado importante y superior a los derechos de las demás personas. Todos estos derechos están identificados con el interés superior del

---

<sup>61</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Elemental Jurídico. Buenos Aires Argentina. Pág.28

menor, como principio válido y jerárquico que prevalece sobre los demás derechos.

El derecho de alimentos, que nace con la norma constitucional, no son otra cosa que los recursos económicos necesarios para que las personas, en este caso los niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidades, puedan satisfacer todas sus necesidades básicas, según la posición económica de la familia.

La alimentación a estas personas comprende, a más de los alimentos, la contribución económica para satisfacer las necesidades de educación, transporte, vestuario, asistencia médica, entre otras. En el Derecho de familia, los alimentos recaen normalmente en un familiar directo como los padres, aunque en la actualidad los abuelos, hermanos y tíos, son objeto de afectación del derecho de alimentos, a favor de las personas que dada su complejidad necesitan de la ayuda económica para alimentarse.

El derecho de familia, ha dado nacimiento al derecho de alimentos que de acuerdo al criterio de Mario Campusano: *“Es aquel que la ley otorga a una persona en cuya virtud está facultada para reclamar de otra con la cual, generalmente, le liga un vínculo de parentesco, los bienes necesarios para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.”*<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> CAMPUSANO LOARTE, Xavi Michael. El Derecho de Alimentos. Ediciones Arízaga. Morelia – México. 2000. Pág. 24

En tal sentido considero, la Ley es la que determina quienes son los responsables de pasar alimentos a determinadas personas; siempre y cuando exista el vínculo de parentesco con el alimentante. Es así que nuestra legislación toma a la relación parento-filial como indispensable para que proceda el derecho de alimentos; el mismo, cumple una función vital y fundamental para el desarrollo de la humanidad, puesto que la garantiza con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna; sin embargo, es necesario mencionar que no solo la relación parentesco – filial es necesaria para dar origen al reclamo de alimentos.

El proceso judicial por alimentos se basa en el trámite especial que la Ley especifica para estos casos. La presentación de la demanda, en los formularios que el Consejo de la Judicatura pone a disposición de los usuarios, da inicio al juicio; para tal efecto, gozan de legitimación activa para demandar la madre o padre que tengan el cuidado y protección del niño, o la persona que se encuentra responsable de dicho cuidado; los menores comprendidos entre los 15 años, podrán demandar sin necesidad de ser representados por sus padres, tutores o curadores.

Los alimentos son debidos a los hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad e inclusive más allá de la tenencia si continúan sus estudios.

Es importante destacar que dentro del concepto de alimentos no solo se encuentran comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia y custodia del hijo teniendo en cuenta solo sus demandas orgánicas alimentarias, sino también los tendientes a permitirle al



alimentado un desarrollo integro que le permita el día de mañana un desenvolvimiento acorde al tiempo que le ha tocado vivir, y que pueda prepararse para competir en un mercado de trabajo que cada día exige más a la sociedad.

Los alimentos para los hijos son fijados por la vía de la mediación o reclamos mediante juicio. En caso de no haber acuerdo, son fijados a través de demanda judicial atendiendo los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentado.

También se tiene en cuenta, para su fijación, las condiciones de vida de las que gozaba el menor antes de la separación de sus padres, las que normalmente se respetan.

Por lo que considero que, el Estado debe proteger los derechos de todas las personas, y así como de la sociedad políticamente organizada, cualquiera que fuere el régimen político dominante, cuenta con un cuerpo de leyes para reprimir a los infractores, este derecho no se lo aplica al libre arbitrio de quienes ejercen el poder judicial, por el contrario, al iniciarse un proceso, durante su desarrollo y hasta cumplir con la decisión tomada por el juez, el demandado, denunciado, procesado o acusado deberá contar con las garantías de un debido proceso con la observancia de los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano; por lo que corresponderá respetarse las garantías básicas determinadas en la Constitución, ya que de no cumplirse con estas garantías no se estará

cumpliendo con un debido proceso y las actuaciones realizadas serán nulas por ser consideradas inconstitucionales.

#### **4.2.9 La Filiación**

Según el tratadista Argentino Julio López del Carril, en la doctrina Francés Josserad señala lo siguiente: *“La palabra filiación se refiere a todos los anillos de la cadena que liga a una persona con su antepasado, aun el más lejano; pero en la aceptación más corriente, que es la nuestra no se refiere más que a la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos, con su padre y su madre; esta relación toma el nombre de filiación cuando se considera desde el lado del hijo, y el de la paternidad o maternidad si uno se coloca en el punto de vista y el lado de los padres.”*<sup>63</sup>

Otras Doctrinas como por ejemplo Carbonier piensa que la filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre, madre y el hijo; Otro doctrinario como Planiol Ripert manifiesta que podemos definir la filiación diciendo que es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre y la otra la madre; y por último Huc estima que los dos términos paternidad y filiación son correlativos; el uno no se puede concebir sin el otro. Pero la palabra filiación presenta un sentido más extenso. Ella corresponde no solamente a la paternidad sino también a la maternidad. El parentesco reposa sobre el hecho de la filiación.

De todas las ideas señaladas se puede decir que hay un concepto igual por lo tanto acotando estas doctrinas mi concepto sobre la filiación es

---

<sup>63</sup> LÓPEZ de Carril. 1976. La Filiación. Editor Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina. Pág. 9

ante todo un hecho natural, por ser efecto de la procreación, hecho que esta conocido y regulado por el derecho y por lo tanto es un hecho jurídico.

Con todo lo expuesto la Filiación es el lazo de parentesco existente entre el progenitor y el hijo mediante un vínculo biológico legalmente comprobado, y que se llama en pocas Palabras Vinculo Biológico Jurídico. La filiación es un proceso que se puede singularizar o establecer el parentesco que tiene un hijo con sus progenitores.

*“Actualmente hay métodos científicos considerados como prueba judicial, los mismos que definen la relación jurídica existente entre el padre o la madre y el hijo, esta prueba científica es el Acido Desoxirribonucleico o prueba de ADN, pues este medio es legalmente aplicable en los juicios de alimentos, esto con el ánimo de poder esclarecer y determinar de manera eficiente la paternidad o filiación que tiene el presunto padre con el menor que reclama alimentos, esta prueba tiene el 99.99% de confiabilidad lo que le permitirá al juzgador tomar decisiones acertadas y poder resolver cualquier duda que tenga sobre si el demandado es el padre o madre del menor”<sup>64</sup>.*

El derecho a conocer la verdadera filiación es el derecho a la identidad de la persona humana, en la actualidad y gracias a la ciencia el concepto jurídico de filiación legítima, ya sea de forma matrimonial o

---

<sup>64</sup> LÓPEZ de Carril. 1976. La Filiación. Editor Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina. Pág. 10

extramatrimonial y se encuentra ligado al alcance de la verdadera y única realidad biológica.

El establecimiento con una certeza de una paternidad o de una maternidad, ante las instancias judiciales, reclama la existencia de normas que permiten que todo individuo sea tenido como hijo de quien biológicamente lo procreó o fecundo. En este orden de ideas todo ordenamiento legal que obstruya el derecho a la verdad en los asuntos de filiación, atenta contra los derechos constitucionales. Conocer la verdad biológica frente a una supuesta paternidad o maternidad es un derecho y para ello se debe acudir al estudio científico que permite despejar toda duda con certeza absoluta.

Por ser la familia la institución base de nuestra sociedad, los asuntos de filiación como son la investigación de la paternidad o maternidad y su impugnación, solo pueden ventilarse y fallarse en aras a la verdad biológica, excepción hecha de actos de voluntad que escapen a esa realidad biológica, como es el caso de los procesos de adopción, Hoy en día, el derecho a conocer la verdadera identidad personal reclama normas que permitan y apliquen este tipo de procesos; todo ser humano tiene derecho a ser tenido como hijo de quien biológicamente lo procreó.

Al analizar lo que es la prueba de ADN, en los procesos sobre la filiación bien lo indica que han existido legislaciones que desde años atrás han tratado de facilitar el reconocimiento de forma confiable que le permita al demandado estar con la confianza de que es su hijo el menor que se

imputa en juicio, es así que mediante investigaciones científicas, se ha llegado a descubrir lo que es el ADN, que su descubrimiento fue considerado como el logro científico más grande de la época, ya que en el mismo no solo servirá para determinar la filiación del padre con el hijo sino también para los casos forenses entre otros, por ello el ADN es uno de los mecanismos científicos considerando como prueba plena dentro de la legislación ecuatoriana y al mismo tiempo le permiten alcanzar la verdad y única realidad biológica desechando cualquier tipo de prueba que pueda o trate de confundir al juzgador al dar su resolución, la misma que podría definir la identidad del menor involucrado en litigio de alimentos y declaratoria de paternidad.

#### **4.2.10 Impugnación de Paternidad**

*“La investigación de la paternidad en el campo jurídico se encuentra expresamente relacionado con el examen del ácido desoxirribonucleico, con la finalidad de poder establecer con exactitud la verdadera descendencia biológica del menor y de esta manera poder realizar el trámite correspondiente de la impugnación de la paternidad y el menor pueda de esta forma contar con una identidad justa.*

*Como sabemos que nuestra legislación protege a la familia, al favorecer la presunción de que el marido es el padre de los hijos que nacen de su mujer, una vez que han expirado los ciento ochenta días desde que se celebró el matrimonio, pero siempre y cuando se pueda demostrar que el*

*menor ha sido concebido durante el matrimonio, pero en cambio es cuestionable el saber bien es el padre.*

*Probablemente y creo que es lo más acertado que el padre es el marido, pero también hay la posibilidad de que sea de otra persona, pero la mujer pudo tener relaciones carnales tanto con el marido como con otro hombre.”<sup>65</sup>*

Considero inicialmente que la paternidad es una obligación intransferible, inviolable, inmutable, eh imprescriptible, existiendo los elementos reales de la concepción de la mujer embarazada y que relacionan al padre del hijo. Así también, el derecho que tiene el marido de impugnar la paternidad no la tiene únicamente cuando está casado, se conserva también en el caso de divorcio o de separación conyugal judicialmente autorizada, respecto de los hijos que nacen dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o de la separación. Pero no tan solo cuando han el menor es producto del matrimonio sino también sí que exista una relación legal entre la pareja, aun así el presunto padre tiene el derecho de impugnar su paternidad cuando considere que no fuera el padre del menor.

*“El término contemplado en la norma es de caducidad, porque en él se establece la extinción del derecho del marido de impugnar la paternidad del hijo o de la hija que se haya en posesión notoria de estado del padre*

---

<sup>65</sup> LARREA HOLGUIN, Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Vol. II Quito 2008

*no biológico, establecida así por el legislador en atención a los intereses superiores de la persona que se encuentra en ese estado. Por ello, cuando no se acciona para impugnar la paternidad, dentro de ese fatal plazo establecido por la ley –sea, dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación- , el derecho del padre registral a impugnar desaparece”.*<sup>66</sup>

En efecto de la jurisprudencia mencionada, se deduce que la impugnación de paternidad puede ser presentada en cualquier momento, cuando el padre registral no ha ejercido posesión notoria de estado. Sin embargo cuando sí ha habido dicha posesión, el proceso tiene que ser tramitado dentro del año siguiente, contado a partir del día en que el hombre tuvo conocimiento de los hechos que lo motivan a dudar de su paternidad. En consecuencia, transcurrido dicho plazo, el hombre pierde la posibilidad de impugnar la paternidad.

#### **4.2.11 Los Derechos del presunto padre dentro del proceso judicial**

*“La igualdad formal de las personas se encuentra establecida en la Constitución de la República del Ecuador como un derecho con lo cual todo individuo tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos, en ningún caso quedará en indefensión, garantizando de esta manera la obtención de una justicia expedita.*

---

<sup>66</sup> Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto 1204-2012, de las once horas del veintiuno de diciembre de dos mil doce.

*El derecho de identidad de los padres a los hijos es, el de darles sus apellidos, pero que sucede, si el padre comprueba científicamente que tiene duda de que no es el verdadero padre biológico de su hijo, la ley ha establecido el interés superior al niño dándole una mayor favorabilidad, si bien es cierto, esta favorabilidad se podría aplicar en controversias de alimentos, pero que no puede aplicarse en otras áreas como en el juicio de impugnación de paternidad.<sup>67</sup>*

De tal manera, la ineficiente legislación en el juicio de impugnación de paternidad, determina una desigualdad entre los presuntos padres e hijos en el tiempo para proponerla y cuando el hijo se niega a someterse a la práctica del examen de ADN no establece presunción de la certeza histórica que se alega, lo que atenta contra el principio de igualdad del presunto padre.

*“Si la impugnación de paternidad hecha por el hombre negando al hijo se llegara a comprobar ante el juez de garantías y declarado judicialmente, sólo así nace el derecho positivo a favor de quien hace la impugnación o por un tercero reclamante a que la madre les haga la indemnización de todo perjuicio que la pretendida paternidad les haya causado. El padre no podrá alegar la impugnación del hijo de una mujer embarazada, si el hombre tuvo relación sexual íntima dice la ley, aun cuando haya sido una sola vez que sucedió, y de acuerdo con el tiempo de embarazo actual y que se referencia la concepción por el acto sexual entre ellos, no cabe alegación por parte del imputado al no tener una prueba convincente*

---

<sup>67</sup> ALBÁN, Fernando Derecho de la Niñez y Adolescencia, Quito-Ecuador, 2003.



*lógica y razonablemente para negarlo ya que no podrá evadir esa responsabilidad de padre en las obligaciones de manutención de la madre embarazada”<sup>68</sup>*

Es entendido que se imponen a las autoridades públicas y van dirigidos hacia ellos, que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción de bienestar social o de la bondad, sino que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos que deben ser respetados, protegidos y promovidos por la sociedad en general. Pero se debe también considerar los derechos fundamentales del presunto padre, puesto que nuestra Carta fundamental nos garantiza la igualdad de derechos.

#### **4.2.12 El Estado de indefensión**

*“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. La garantía constitucional de la defensa en juicio ha dicho la corte, requiere que, en el orden normal de las instituciones, los derechos de los habitantes no sean definitivamente dilucidados sin que se oiga a sus titulares y se les permita invocar y probar los derechos que consideren conducentes a su defensa. Y esa posibilidad de ser oídos, de invocar y*

---

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2001.

*probar los hechos, debe ser ejercitado naturalmente de acuerdo a las leyes procesales respectivas.”<sup>69</sup>*

Es decir, la indefensión en los tantos casos en que se ven de por medio demandas de todo tipo es probable que más de la mitad de estas exigencias se vean expuestas ante la realidad con gran ventaja debido a que muchas personas por no contar con los recursos necesarios o porque simplemente desconocen de las demandas planteadas en su contra no pueden recurrir a la defensas directamente. Por ello que en muchos casos recae sobre un sin número de personas derechos y obligaciones que no le corresponden y que en este caso serio el otorgamiento de la paternidad de una persona.

*“Se debe considerar que es un derecho constitucional a comparecencia del demandado a juicio y sobre todo que esté al tanto de todo trámite que se realice para garantizar su comparecencia a juicio. Por tanto de esta manera se presumirá al padre demandado como inocente del derecho de la paternidad hasta que se compruebe lo contrario, y por ello como lo estipulan los derechos constitucionales se le presumirá su inocencia.”<sup>70</sup>*

A mi parecer, la carga de la paternidad y su prueba no recae ni puede recaer solamente en el padre, ya que la madre es tanta o más responsable de coadyuvar a la clara determinación de la identidad de su

---

<sup>69</sup> TORRES CHAVES, Efraín. “Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia”; Corporación de Estudios y Publicaciones

<sup>70</sup> SALTOS ESPINOZA Rodrigo. “Sistema Didáctico, Teórico y Práctico”; El Derecho Especial de menores y El Código de la Niñez y Adolescencia; Juicio de Alimentos de la Niñez y Adolescencia; Guayaquil- Ecuador; Pág. 19-22.

hijo o hija. Por consiguiente, ambos padres están obligados y deben estar siempre dispuestos sin reserva legal, social o moral, a conferir a su descendiente de la personalidad que le corresponde.

#### **4.2.13 Daño moral, causas y consecuencias**

*“La índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral. En consecuencia, cuando decimos que el daño moral no requiere acreditación, estamos aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, y dando eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acorde con las reglas de la experiencia, puesto que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido.*

*En el caso, el a quo no pudo haber hecho jugar presunción alguna para dar por acreditado el daño moral en los menores de autos, en la medida en que no estaba probado el hecho indicador o premisa menor (lesiones y/o consecuencias físicas o psicológicas argüidas al demandar) que le permitiera sacar una conclusión deductiva”<sup>71</sup>.*

Es decir, que es el Derecho y las normas jurídicas obtienen en gran parte influencia directa de este concepto, pero no todas las normas jurídicas caen bajo el dominio de la moral, existen diferencias muy marcadas entre el Derecho y la Moral como que las normas de Derecho son obligatorias y

---

<sup>71</sup> PARRAGUEZ, Luis. Personas y Familia. Volumen 1. Tercera Edición. Impreso en Gráficas Hernández C. Ltda. Cuenca.

las personas están obligadas a obedecerlas; las normas morales no tienen obligatoriedad y el hecho de que se obedezcan o no depende de la voluntad y conciencia de cada persona.

*“Los hechos deben ser contrarios al derecho, a la ley sustantiva. Pero en el mundo fenoménico del derecho no solamente existen actos antijurídicos prohibidos por la ley, sino también unos permitidos por la ley. Tiene trascendental importancia diferenciar los unos de los otros, entre los que son producidos con dolo y los que son producidos con culpa. No dan lugar a responsabilidad civil otros hechos antijurídicos, como ciertos delitos que, aunque atentan contra valores sociales, no afectan a una persona en particular”<sup>72</sup>*

A mi criterio, el daño moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico. La noción se desarrolla en base a los siguientes presupuestos: la naturaleza de interés lesionado y la extra patrimonial del bien jurídico afectado; como ya se explicó en los conceptos anteriores de la presente tesis el daño moral es el menoscabo o detrimento de sus intereses no patrimoniales, de la honra, su espíritu, porque se configura como un acto antijurídico, mismo que debe cumplir con elementos como son la naturaleza del interés lesionado, aquí radica lo que se refería al menoscabo de la honra y prestigio de una persona y; la extra patrimonial del bien jurídico lesionado que se sintetiza en la calidad que tiene el daño

---

<sup>72</sup> RECASÉNS SICHES, Luis, Introducción al estudio del Derecho, editorial Porrúa, 1979

moral pues se afecta a un derecho que no corresponde al patrimonio y que es valorable económicamente.

#### **4.2.14 Derecho a la Defensa judicial**

*“El derecho a la tutela judicial y al debido proceso constituye uno de los más frecuentes derechos fundamentales que impetran ante la justicia constitucional, tanto en volumen como en alcance y profundidad de sus contenidos. La historia de los derechos fundamentales ha tenido en la construcción de garantías procesales aplicables al proceso penal uno de los hitos esenciales del desarrollo de las condiciones materiales básicas de justicia.*

*A través de los procedimientos se trataba de obtener "la garantía de la seguridad jurídica del individuo frente al poder". Incluso más, esta dimensión hoy día se encuentra en plena faena de determinación de las reglas internacionales que contribuyen a consagrar una jurisdicción universal. En torno a ella se desarrollan un conjunto de principios éticos y jurídicos en materia de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos a través de la justiciabilidad de estas conductas y su juzgamiento por parte de los Estados y del Tribunal Penal Internacional en subsidio”<sup>73</sup>*

Consecuentemente, la consagración de derechos fundamentales en la esfera de la jurisdicción es amplia. Hoy en día, por diversas vías procesales, nos encontramos frente a modelos de justicia constitucional

---

<sup>73</sup> AMBOS, Kai (1998): "La Nueva Corte Penal Internacional", en *La ley* (España, 1998).

que tienden a acentuar el énfasis en las perspectivas no penales del debido proceso. Los criterios y principios configurados para el ámbito penal se han comunicado al derecho administrativo sancionador y hoy se debate su extensión e intensidad a todas las demás materias. El punto radica en los límites. Hasta qué punto alcanza la extensión de garantías irreductibles y esenciales que hacen a la protección de intereses y derechos fundamentales legítimos y la interdicción de la indefensión, y hasta dónde comienza la estructura regular de procedimientos legales de diverso alcance y materias apropiados al procedimiento específico.

*“La tutela Judicial efectiva, va dirigida hacia todas las personas como la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, obtengan una decisión fundada en derecho, sobre las pretensiones propuestas, que si bien se mencionan unas están destinadas a la concepción de un derecho generado por parte del estado, al mismo como generador jurídico, político, que engloba implicaciones de ser soberano y coercitivo, ya están formadas por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado”<sup>74</sup>.*

Es decir sin lugar a dudas la tutela judicial efectiva, surge de la vulneración de un derecho, he allí la necesidad de que se dé la composición de una Litis, que no es más que una contradicción entre las partes consistente en diferentes posturas y argumentos, que a su criterio

---

<sup>74</sup> PICO, Junoy. “Las Garantías constitucionales del proceso”. Barcelona. 1997.

son válidos, es por ello la necesidad de la existencia de un Juez que tenga un conocimiento cabal de la realidad del asunto con respecto a lo tipificado en el ordenamiento jurídico de la Constitución, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado y demás leyes que le van a servir el momento de escuchar a las partes, tanto en sus afirmaciones como negaciones y en la presentación de un sin número de elementos probatorios.

#### **4.2.15 Seguridad jurídica**

*“La seguridad es el estado psicológico del hombre, producido por causas determinantes externas, que le permite prever el futuro y tomar suposición frente a él”<sup>75</sup>.*

Como podemos ver una de las ventajas de tener las reglas claras del juego es que podemos hacer planificación segura respecto de lo que pueda suceder en caso de aplicarlas.

Es la seguridad, por tanto de quien conoce o puede conocer lo previsto como prohibido o permitido por el poder público, respeto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

*“La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos o que, si*

---

<sup>75</sup> DÉLOS JOSEPH, Los fines del Derecho: Bien Común, Seguridad, Justicia, Ed. Univ. Autónoma de México, México D.F., 1967, p. 10

*esta llega a producirse le serán asegurado por la sociedad, protección y reparación”<sup>76</sup>*

Uno de los efectos que produce la seguridad jurídica, es la exigibilidad frente a los demás de las normas que deben aplicarse. Llevándonos a lo más básico, la seguridad jurídica nos ayuda a saber cuáles son nuestros derechos y cuáles son nuestros deberes. Y este efecto es lo que caracteriza a las sociedades moderna, siendo ella misma un valor.

Porque ayuda que se regule la conducta externa del hombre. Pues de acuerdo con cada reglamentación gubernamental tendremos a aquellos que saben que si delinquen tendrán una consecuencia de su acción.

#### **4.2.16 Debido Proceso**

*“La dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.*

*De ese modo, un acto será considerado arbitrario, y por tanto lesivo del derecho fundamental a un debido proceso sustantivo, si no se sujeta a parámetros de razonabilidad; es decir, si su fin no es lícito -en tanto*

---

<sup>76</sup> MADARIAGA GUTIÉRREZ, Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo 21, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica Chile, 1993. p. 19



*vulnera un derecho o un bien jurídico de mayor jerarquía que el que pretende protegerse- y los medios para alcanzarlo no son proporcionales - en tanto no respetan los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto.”<sup>77</sup>*

El debido proceso es aquella garantía que exige de los administradores de justicia que ejercen el poder punitivo del Estado, que todos sus actos y resoluciones sean justos y respetuosos de los valores y derechos fundamentales de los justiciables. el derecho al debido proceso exige que la administración de justicia se realice de una manera razonable, y respetando principios fundamentales como la adecuación, necesidad y proporcionalidad, en la aplicación de las normas procesales penales y del derecho sustantivo penal a cada caso concreto, buscando que no se vulnere ningún derecho del justiciable, y que los medios para alcanzar la aplicación

*“En un sentido más restringido, en cambio el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho.*

---

<sup>77</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, Estado de Derecho, constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional, Revista Jurídica Justicia Viva, N° 14, Lima-Perú, 2002, Pág. 21

*Desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el axioma madre o generatriz del cual dimanar todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal, incluso el del juez natural que suele regularse a su lado”<sup>78</sup>*

El proceso, como se ve, es una de las garantías de los derechos humanos, lo que se considera que es su función privada: tutelar los derechos; y, el debido proceso una garantía contra la acción ilegítima de los poderes públicos. De ello se entiende que un proceso para ser adecuado, o debido, no puede ser ajeno a los fines del Estado y por ello debe tutelar los derechos subjetivos tanto de forma positiva, es decir al llegar a su finalidad, como durante su desempeño, de forma negativa, sin dañar los derechos subjetivos de las personas que puedan involucrarse en el mismo y que no sean la razón principal del mismo.

#### **4.2.17 Principios de la Administración de justicia**

*“La garantía individual o el derecho público subjetivo de acceso a la impartición de justicia, consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. Justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición, de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto se establezcan en las leyes; 2. Justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos, cuyo estudio sea necesario;*

---

<sup>78</sup> SAAVEDRA ROJAS, Edgar, Constitución, Derechos humanos y Proceso Penal, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 67

*y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. Justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución, no sólo apegada a derecho, sino, fundamentalmente, que no dé lugar a que pueda considerarse que existió favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y 4. Justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si dicha garantía está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla, lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, con independencia de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales”.*<sup>79</sup>

Es decir que, para que estos objetivos se plasmen en la realidad, la institucionalización de ciertos principios deviene en imperativo. En otras palabras, no basta que estos sean únicamente enunciados. Para que la

---

<sup>79</sup> LEÓN, Oscar. PRÁCTICA PROCESAL CIVIL, Primera Edición, Editorial Cevallos Editora Jurídica, 2000, Ecuador.

administración de justicia se “constitucionalice”, se requiere en esencia, de un poder judicial fuerte, con capacidad de atender las pretensiones legítimas de los ciudadanos, y esto solo se logra cuando es independiente e imparcial. Se precisa de un número adecuado de juezas y jueces debidamente capacitados, porque de lo contrario, no podrán brindar una tutela adecuada; que cuenten, además, con todos los poderes necesarios para conducir adecuadamente los procesos a su cargo.

*“Partiendo de esta disposición legal se determina que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y es él mismo quien transfiere a los órganos de la Función Judicial esta potestad, los funcionarios judiciales al estar investidos de esta potestad tienen la obligación de velar por que se cumpla el derecho de los ciudadanos a acceder a una administración de justicia adecuada, correcta y equitativa sin ningún tipo de restricciones. Al existir un conjunto serie de principios fundamentales e indispensables por los que se rige el órgano jurisdiccional dentro de la Función Judicial en el país y al estar en manos de la misma la potestad de administrar justicia la Constitución de la República del Ecuador introduce cambios profundos en su estructura: se integran a ella la Fiscalía General del Estado y la Defensoría Pública; el Consejo de la Judicatura se convierte en el órgano de gobierno de toda la función y se modifican las competencias de órganos jurisdiccionales, con el único fin de que se respete el derecho de acceso a la justicia de toda persona”<sup>80</sup>* Bajo este antecedente todos los

---

<sup>80</sup> LEÓN, Oscar. PRÁCTICA PROCESAL CIVIL, Primera Edición, Editorial Cevallos Editora Jurídica, 2000, Ecuador.

tratadistas coinciden en que, la razón y medida de lo que debe significar en un estado de Derecho y dentro del valor de la seguridad jurídica, se materializa en el establecimiento de una función judicial, autónoma, independiente, y respetada, porque a través de ella se protegen efectivamente los derechos y garantías ciudadanos y se permite, no solo la posibilidad amplia, concreta y efectiva de que los ciudadanos puedan acceder a órganos jurisdiccionales especializados para reclamar el reconocimiento de sus derechos, sino que las decisiones judiciales por ellos tomadas, sean acatadas por los ciudadanos y por los órganos del poder público, bajo el principio Constitucional del derecho de protección.

## **4.2 MARCO JURÍDICO**

### **4.1 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.*

*2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.*

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

*8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.*

*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*

*9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

*El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.*

*El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.*

*El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*



*Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos*<sup>81</sup>.

Los principios constitucionales son disposiciones lógicas supremas e imperativas de validez y aceptación universal, en los que se apoya la estructura y organización jurídica y política del Estado. Cabe mencionar, que en el caso de nuestro país, un Estado constitucional de derechos y justicia social, los principios y los derechos constitucionales son inalienables, irrenunciables e interdependientes.

De ahí que la demanda de servicios públicos prestados por las instituciones del Estado y entidades autónomas descentralizadas, son derechos que tienen los pueblos para alcanzar mejores condiciones de vida. Por ello, la gestión de la administración pública descentralizada debe sujetarse a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, oportunidad, responsabilidad, continuidad y calidad, como una estrategia de gestión pública para alcanzar el bien común.

El Artículo 35 establece los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria que señala así: *“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad,*

---

<sup>81</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

*personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria en los ámbitos público y privado.”<sup>82</sup>*

Como decía anteriormente la atención prioritaria se dará a personas que en la sociedad no se hacen respetar sus derechos como el de una vida digna, salud, alimentación, agua potable, etc. Cabe recalcar que dentro del grupo de atención prioritaria están los niños, niñas y adolescentes, para tener un mejor conocimiento citare la norma constitucional que dice:

El Art. 44 de la Constitución de la República determina que *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”<sup>83</sup>*

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 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.

---

<sup>82</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

<sup>83</sup> IBIDEM.

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

*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”<sup>84</sup>.*

El Estado reconoce el derecho de todo niño, niña y adolescente a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. A los padres u otras personas encargadas del menor les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades

---

<sup>84</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Es así que nuestra Constitución Política en su Art. 67 cita que; *“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”<sup>85</sup>.*

Señala el reconocimiento a 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, estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

De la misma forma en el Art. 69 numeral primero del mismo cuerpo legal, se establece que; *“Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:*

*1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación,*

---

<sup>85</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

*desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo*<sup>86</sup>.

Estos principios constitucionales son ponderables, aunque en la realidad sólo pasan a ser teóricos, cuando en el convivir del hombre la nutrición tiene como antesala un problema económico. De este principio se origina que, todo menor tiene derecho a la asistencia y protección del Estado independiente de su condición familiar, social, económica y religiosa.

El derecho alimentario y su correlativa obligación nacen en disposiciones legales, como la Ley Sustantiva Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, considerando los grados de parentesco originarios del matrimonio, unión de hecho o de una relación sexual.

Cabe recalcar que la necesidad del alimentario debe ser actual y no simplemente posible o prevista, es decir, el alimentario debe encontrarse en circunstancias que hagan imposible su supervivencia o por lo menos que se le haga muy difícil sustentarse por sí mismo.

No cabe duda que el derecho alimentario se origina por la consanguinidad entre dos personas, y que no necesariamente estos deben estar dentro de una familia; como ya sabemos la familia es una institución

---

<sup>86</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

permanentemente integrada por personas cuyos vínculos se derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

Art. 76 de la Constitución de la República prevé que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

*“Numeral 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. Numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: Literal c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.”<sup>87</sup>*

De lo expuesto podemos deducir que el Debido Proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido a la función judicial, recibir de esta una recta y transparente administración de justicia. En consecuencia el debido proceso es un derecho fundamental, susceptible de ser protegido sus derechos por medio de la acción de tutela.

Art. 168 dispone que: *“La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: Numeral 6. La sustanciación de los procesos en todas las*

---

<sup>87</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

*materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo*<sup>88</sup>.

El Estado tomará las medidas apropiadas para asegurar, la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes e incluso, de ser necesario garantizar su exigibilidad judicialmente, para lo cual existirá un sistema de administración de justicia especializada que atienda los requerimientos de este sector de la población de manera preferente, oportuna y eficaz.

Es decir, nuestra Constitución establece principios para el total cumplimiento de deberes a la administración de justicia, así mismo en todas las materias, instancias, etapas la aplicación del sistema en las diligencias es el oral. Tomando en cuenta que el debido proceso, es el conjunto de derechos de carácter sustantivo y procesal que le asiste a toda persona humana, reconocidos por la Constitución, que procura la igualdad de las partes, la tutela judicial efectiva, la economía y celeridad procesal, derecho a la defensa, presunción de inocencia, plazo razonable, contradicción e inmediación, publicidad y un juicio justo, en suma el respeto de las garantías fundamentales y a obtener de los órganos judiciales y administrativos un proceso transparente y oportuno. En relación con nuestra temática, nuestra Constitución de la República del Ecuador garantiza mediante los principios y derechos, que todos tenemos

---

<sup>88</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014

el derecho a la defensa, al debido proceso y a la tutela efectiva de una verdadera administración de justicia; es decir que el presunto padre tiene igualdad de derechos en exigencia de una justicia efectiva.

#### **4.3.2 CÓDIGO CIVIL**

El Art. 24 del Código Civil manifiesta: *“Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:*

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;*
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,*
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.”<sup>89</sup>*

La filiación tiene efectos múltiples y muy importantes y de ella resulta el parentesco que es el fundamento del derecho de familia. La relación que une al hijo a su padre y a su madre, lo liga también por medio del padre o de la madre a los parientes de éstos y constituye así la familia. El Art. 233 del Código Civil (Registro Oficial- Suplemento Nro.526 del 09 de junio del 2015) señala que:

*Art.24.- “El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido a él, y tiene por parte al*

---

<sup>89</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014



*marido, quien podrá impugnar la paternidad mediante el examen, comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN).*

*Esta presunción se extenderá al conviviente en los casos de unión de hecho que reúna los requisitos previstos en este Código<sup>90</sup>.*

Las normas que reglan la filiación y estado civil de las personas, son de contenido específicamente restrictivo y formal, de derecho público puro que no pueden aceptar flexibilidades y dispensas ya que miran a la individualidad de las personas y su ser como centro de dignidad y derechos. El marido es la persona que puede impugnar la paternidad, si prueba que desde la concepción tuvo absoluta imposibilidad de concebir a su mujer.

La presunción de que el concebido durante el matrimonio de su madre también ha sido concebido dentro del matrimonio, y es hijo del marido constituye una presunción puramente legal, y que sí admite prueba en contrario. Pero mientras no se destruya la presunción, con la prueba contraria, el hijo gozaba de la condición de legítimo y ahora, de hijo del marido.

Más aún, la presunción favorece al hijo concebido y aún no nacido, es decir, cuando todavía no se puede saber a punto fijo el período en que se produjo la concepción, por carecerse todavía del dato de la fecha del

---

<sup>90</sup> CÓDIGO CIVIL. REGISTROOFICIAL-SUPLEMENTO Nro.526 del 09 de junio del 2015. Corporación de Estudios y Publicaciones. Art. 24. Quito-Ecuador.

nacimiento. Por consiguiente, bien se puede hablar de que la presunción se consolida, se refuerza, cuando ya consta la época de la concepción, y sobre todo si la integridad de aquel período se incluye en el matrimonio de la madre.

En el Art 349 expresamente dice:

*“Personas a quienes se deben alimentos. - Se deben alimentos:*

- 1. Al cónyuge*
- 2. A los hijos*
- 3. A los descendientes*
- 4. A los padres*
- 5. Los ascendientes*
- 6. A los hermanos; y,*
- 7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o Revocada.*

*“No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se les niegue” En lo no previsto en esta ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales.”<sup>91</sup>*

Las disposiciones legales referidas respecto a quienes se deben alimentos son muy claras, en el numeral 2 del Art. 349 del Código Civil dispone que se debe alimentos a los hijos, por lo tanto quien los deba, lo hará en la forma que la ley disponga para el caso en particular.

---

<sup>91</sup> CODIGO CIVIL. Ediciones Legales actualizada a marzo de 2010, Quito-Ecuador

En este cuerpo legal, se establece la filiación y como tal los derechos y el interés superior del niño, niña y adolescente, así como también los deberes y obligaciones. Es así que se menciona que se presume la filiación por la concepción de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente, por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre. Ante esto los progenitores son los principales responsables de sus hijos y como tal corresponsable de las obligaciones de manutención y bienestar de éstos.

#### **4.3.3 CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Los niños, niñas y adolescentes están amparados por el Principio del Interés Superior del Niño, preceptuado en el Art. 11 y el de Prioridad Absoluta en el Art. 12 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia , los cuales me permito citar a continuación:

*El 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.”<sup>92</sup>*

La Ley dice que la pensión alimenticia se debe desde la presentación de la demanda, en cuanto al aumento de la misma se debe desde la presentación del correspondiente suceso, pero que su reducción es exigible a partir de la fecha de la resolución que la declara. Esta disposición está contemplada en el:

*“Art. Innumerado 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.”<sup>93</sup>*

Presentada la demanda de alimentos el Juez obligatoriamente fijara provisionalmente la pensión alimenticia tomando en consideración la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas y el acuerdo al que hayan

---

<sup>92</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Pág. 2.

<sup>93</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Pág. 2.

llegado las partes en la audiencia, pero en ningún caso debe ser inferior a lo que la tabla referida anteriormente establece, es lo que dispone el Artículo 128 del Código de la Niñez y Adolescencia dice textualmente: *“Características Del Derecho.-Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado salvo las pensiones de alimentos que han sido fijados con anterioridad y no hayan sido pagados y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocido con anterioridad casos en los cuales podrán compensarse y trasmitirse a los herederos”*<sup>94</sup>

El artículo 128 menciona las características del derecho como es de que este derecho no es intransferible, intransmisible virtud que solo es beneficiario la persona misma reconocida por ley y no da lugar para que se pueda dar a otra persona, por otro lado tenemos que es irrenunciable por cuanto estaríamos atentando contra la subsistencia de las personas ya que le podría acotar el derecho primero de alimentos que engloba también lo que es vestimenta, habitación, educación salud; motivo suficiente para que este derecho no se ha irrenunciable; inembargable ya que cuenta con un privilegio.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 134 Innumerado 9 menciona que: *“Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias*

---

<sup>94</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Pág. 2.

*Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla. CNA 102 Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos<sup>95</sup>.*

Este cuerpo legal, busca precautelar el principio de interés superior del niño, niña y adolescente; sin embargo es necesario que dicho principio no menoscabe otros derechos como el derecho a la defensa, el principio de contradicción, etc.

Pero lamentablemente, tal menoscabo ha venido suscitándose de manera frecuente en el caso de los juicios de alimentos, ya que las normas previstas en el cuerpo legal antes indicado, son utilizadas de manera mal intencionada por ciertas personas que por descuido o por mala fe presentan la demanda de alimentos y una vez aceptada a trámite y fijada la pensión provisional, dejan paralizada la acción sin citar al demandado permitiendo que dicha pensión provisional se acumule por meses y hasta

---

<sup>95</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

años, llegando a ser una suma muchas veces impagable por el accionado, hecho que sin duda genera indefensión en su contra.

A manera de conclusión, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, establece de forma general las normas en protección de la niña, niño y adolescente en cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, pero principalmente en lo que nos compete, que los alimentos se deben desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara. De ahí la importancia que primero se confirme inicialmente la paternidad, para luego obligarlos a cumplir con esta obligación.

#### **4.3.4 CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

El nuevo Código Orgánico General de Procesos, específicamente en el “Artículo 53.- Citación. La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas. Se realizará en forma personal, mediante boletas o a través del medio de comunicación ordenado por la o el juzgador.

Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto al que haya concurrido.

Si la o el actor ha proporcionado la dirección de correo electrónico de la o del demandado, la o el juzgador ordenará también que se le haga conocer a la o al demandado, por correo electrónico, el extracto de la demanda y del auto inicial, de lo cual, se dejará constancia en el sistema. Esto no sustituye a la citación oficial.”<sup>96</sup>

Es decir que el acto judicial de citación, de acuerdo al nuevo cuerpo legal que entra en vigencia en el mes de septiembre del 2015, menciona que mediante la citación se da a conocer el contenido de la demanda o lo que se refiere a la petición de un diligencia judicial, la misma que puede ser personal, por boleta y por cualquier medio de comunicación.

Así como el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 146 inciso tercero de la calificación de la demanda determina que: “En materia de niñez y adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas”<sup>97</sup>. De tal manera que tanto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como el Código Orgánico General de Procesos, manifiestan que luego de ser calificada la demanda de alimentos se fijará la pensión de alimentos provisional y se enviará a realizar el examen de ADN, mientras que de antemano al imponer una pensión provisional trasgrede los derechos del presunto alimentante y progenitor del alimentado. Por lo que se debería proceder en primero establecer la paternidad del presunto progenitor para luego imponer una

---

<sup>96</sup> CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2015.

<sup>97</sup> IBIDEM



pensión provisional hasta que se establezca y desarrolle la Audiencia de Conciliación.

Consecuentemente, este cuerpo legal establece que luego de presentada la demanda de alimentos, ésta debe ser calificada, para que luego se fijará la pensión de alimentos provisional y se enviará a realizar el examen de ADN, mientras que de antemano al imponer una pensión provisional trasgrede los derechos del presunto alimentante y progenitor del alimentado

La Constitución de la República del Ecuador, el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico General de Procesos debe buscar una correcta armonía con la protección de los derechos de los intervinientes en el sistema procesal, especialmente sujetos procesales, sobre todo en lo que tiene que ver con los derechos del demandado puesto que se debe velar y proporcionar las mismas condiciones en el proceso, de ahí la ilegalidad o inconsistencia jurídica, de que de forma directa se lo está declarando en este caso el padre del actor del juicio de alimentos, tan dolo con la aceptación de clara y completa a la demanda, no sin antes verificar dicha paternidad.

## **4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **4.4.1 Nicaragua**

#### **Ley de Responsabilidad Paterna y Materna.**

La Ley de Responsabilidad Paterna y Materna de Nicaragua tiene por objeto regular el derecho de las hijas e hijos a tener nombres y apellidos y, en consecuencia, el derecho a su inscripción expedita; el derecho de las hijas e hijos a la determinación de la filiación paterna, materna o ambas, a pedir de forma alternativa la resolución de conflictos en materia de alimentos y de visitas a través de mecanismos administrativos y judiciales, ágiles y gratuitos.

En este contexto, el Artículo 18 del cuerpo legal en mención determinar que “para la tramitación de demanda de Pensión Alimenticia en los Juzgados de Familia, las partes podrán agotar el procedimiento conciliatorio administrativo ante el Ministerio de la Familia, con la finalidad de que las personas tengan una respuesta expedita, ágil y gratuita de estos con base al interés superior de la niña, los niños y el adolescente”<sup>98</sup>.

Evidentemente esta disposición constituye una clara diferencia respecto de lo que prevé nuestro ordenamiento jurídico, ya que la legislación de Nicaragua prevé la posibilidad de solucionar administrativamente los conflictos que en materia de pensiones alimenticias puedan surgir; esto sin duda constituye una gran salida para la solución efectiva de las

---

<sup>98</sup> LEY DE RESPONSABILIDAD PATERNA Y MATERNA. Nicaragua 2013. Pág.54

controversias y para la asignación oportuna de las pensiones alimenticias a favor de los niños, niñas y adolescentes. Consecuentemente nuestro ordenamiento jurídico también debería incorporar este tipo de normas que servirían para hacer efectivo el principio de economía y celeridad procesal.

En cuanto al procedimiento a seguirse, la ley determina "que al momento de la inscripción de un niño o niña y no haya reconocimiento del padre; la madre podrá declarar quien es el presunto padre de su hijo o hija"<sup>99</sup>.

Al respecto es necesario indicar que la declaración a la se refiere el artículo antes invocado, estará sujeta a comprobación dentro del proceso de alimentos instaurado por la persona declarante.

Según esta ley, la declaración "se hará mediante acta, ante los funcionarios o funcionarias del Registro del Estado Civil de las Personas del Municipio que corresponda o ante los funcionarios de las ventanillas de inscripción instaladas en los hospitales o centros de salud. Se deberá declarar además de la identidad, el domicilio o lugar de trabajo del presunto padre. Cuando la madre haga la declaración de paternidad de su hijo o hija, el funcionario o funcionaria que corresponda deberá informarles que deberán realizarse la prueba científica de marcadores genéticos o Ácido Desoxirribonucleico (ADN), al presunto padre, a la madre y al hijo o hija"<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> LEY DE RESPONSABILIDAD PATERNA Y MATERNA. Nicaragua 2013. Pág.55

<sup>100</sup> LEY DE RESPONSABILIDAD PATERNA Y MATERNA. Nicaragua 2013. Pág.56

Conforme puede determinarse, las acciones para la declaración de paternidad son de tipo administrativo, y es la autoridad del Registro Civil quien dispone la práctica de la prueba de ADN. Esta misma ley dispone que cuando la madre declare la identidad del presunto padre, se iniciara el trámite de reconocimiento y el funcionario o funcionaria del Registro del Estado Civil de las Personas procederá a inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y el apellido de la madre provisionalmente.

El Registrador o Registradora del Estado Civil que corresponda, citará dentro de los tres días posteriores a la inscripción, mediante notificación al presunto padre para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la respectiva inscripción de paternidad a la que se ha hecho referencia, bajo el apercibimiento que de no hacerlo se procederá a reconfirmar la inscripción del hijo o hija con el apellido de ambos padres.

No obstante, "la inscripción provisional no causará Estado, mientras no se compruebe la paternidad. El interesado debidamente notificado a quien se le haya aplicado el reconocimiento administrativo por la no comparecencia ante el Registro Civil, tendrá un plazo de un mes para presentar ante el Juzgado de Familia, demanda de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. El trámite de impugnación no suspenderá la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre"<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> LEY DE RESPONSABILIDAD PATERNA Y MATERNA. Nicaragua 2013. Pág.57

**Comentario:**

En este caso, de presentarse el presunto padre a la cita hecha por el Registrador negando la paternidad, pero aceptando practicarse la prueba de ADN, el Registrador remitirá al presunto padre, a la madre y al hijo o hija para que se practiquen la prueba de ADN en el laboratorio señalado y debidamente certificado para tal efecto.

De ser positiva la prueba de ADN, se reconfirma la inscripción del niño o niña con el apellido del padre y la madre y, de ser negativa se inscribirá sólo con el apellido de la madre. Las partes citadas, comparecerán para practicarse la prueba del ADN, entregando la cita expedida por el Registrador o Registradora del Estado Civil correspondiente.

**4.4.2. Colombia****Código de la Infancia y la Adolescencia**

En la legislación colombiana, hubo la necesidad de establecer una ley que garantice el pleno derecho de los niños, niñas y adolescentes, para que se garantice el derecho al buen vivir, salud, educación, participación ciudadana, alimentación, vivienda, vestimenta, etc., ante ello en el Gobierno del Expresidente Álvaro Uribe se crea la Ley 1098 o también conocida como Código de la Infancia y la Adolescencia, dicha ley fue creada el 8 de Noviembre del 2006, esta ley garantiza y protege a todos los niños, niñas y adolescentes a que sus derechos no se vulneren,

además se establece con más estrictos principios que son el de Protección Integral, Interés Superior del Niño, Corresponsabilidad y Perspectiva de Género. Al igual que en las demás legislaciones siempre tiene un concepto que indica a que se refiere el derecho de alimentos, es así que en la presente norma en su artículo 24 dice: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto.”<sup>102</sup>

El derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria esta entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos.

La obligación de prestar alimentos es un derecho irrenunciable, y que compete tanto al padre como la madre de reclamarlos, para que el alimentado tenga un desarrollo mental y físico, para que tenga un futuro satisfactorio y pueda generar valores con buen profesionalismo a la sociedad.

---

<sup>102</sup> CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Colombia. Actualizada a 2012. Pág. 12.

Los alimentos que se reclaman durará hasta que el alimentado cumpla la mayoría de edad, a excepción de que si está realizando estudios que le impidan trabajar y depender por sí mismo se los dará hasta que el alimentado sea un profesional, así mismo los alimentos se los darán de por vida cuando el hijo tenga algún tipo de discapacidad que le impida subsistir por sí mismo. También seguirá el juicio de alimentos cuando haya suspensión de la patria potestad, tal como lo manifiesta el siguiente artículo:

Artículo 132.- “Cuando a los padres se imponga la sanción de suspensión o pérdida de la patria potestad, no por ello cesará la obligación alimentaria. Esta obligación termina cuando el niño, la niña o el adolescente es entregado en adopción.”<sup>103</sup>

Es claro establecer que los alimentos se deben aun cuando se suspende la Patria potestad, pero solo se terminan cuando el niño sea entregado en adopción.

Por otra parte a más del Código de la Infancia y la Adolescencia el Código Civil establece desde cuando se deben los alimentos y cuando terminan es así que en el Artículo 421 establece: “Los alimentos se deben desde la primera demanda, y se pagarán por mesadas anticipadas... ()”<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Colombia. Actualizada a 2012. Pág. 68.

<sup>104</sup> CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Colombia. Actualizada a 2012. Pág. 69.

Claramente se establece que los alimentos se deben desde el momento en que se propone la demanda, a mi opinión tiene buena relación con la Legislación ecuatoriana, pues en el Código de la Niñez y Adolescencia se establece que los alimentos se deben desde el momento de presentar la demanda, pero el juez fijara una pensión provisional de alimentos, esto a mi sana opinión al permitir que la ley establezca una pensión provisional de alimentos sin haberse determinado el parentesco del demandado hay una incongruencia jurídica, pues en nuestra legislación hay muchos casos que se han presentado cuando el presunto padre que fue demandado por la pensión de alimentos no tiene ninguna relación de parentesco con el menor, causando gravamen irreparable.

Pero a diferencia de la legislación colombiana para que el juez establezca la cuota provisional de alimentos, se debe establecer la prueba del vínculo que origina la obligación, así en el Código de la Infancia y la Adolescencia señala lo siguiente: Artículo 129.- “En el auto que corre traslado de la demanda, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria... ().”<sup>105</sup>

Si el demandado no paga la pensión alimenticia, el juez para asegurar el pago de la misma establecerá la constitución de un capital para que satisfaga el requerimiento que se solicita en los alimentos.

Al igual que las otras legislaciones en caso de que el demandado incumpla con los pagos y no posea bienes para sanear la deuda, el juez

---

<sup>105</sup> CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Colombia. Actualizada a 2012. Pág.71.



establecerá la orden de captura del demandado y será trasladado a la cárcel, hasta que cumpla con dicha obligación.

### **Comentario:**

En un breve análisis de ésta legislación, se ha demostrado que en esta legislación se sigue las normas del debido proceso correctamente, primero establece que en los juicios de alimentos de hijos no reconocidos, se deberá establecer la paternidad que tiene el demandado y una vez establecida o comprobada por prueba de ADN, el juez podrá fijar la pensión provisional, es decir le impone la correspondiente obligación legal por ser el verdadero padre, pero hay que tener cuidado cuando en el examen de ADN, hay negativa por parte del demandado, se presumirá de derecho que es el verdadero Padre y se le impondrá la obligación correspondiente a derecho.

### **4.4.3. Venezuela**

#### **Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes.**

Al igual que en las demás legislaciones siempre el derecho de alimentos comprenderá todo lo relativo con vestido, habitación, salud, educación, alimentación, esto para ayudar al desarrollo intelectual del menor o del alimentado, dentro de la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes establece un pequeño concepto sobre la obligación de manutención que señala así:

Artículo 365.- “La obligación de manutención comprende todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente.”<sup>106</sup>

Así mismo se establece la subsistencia de la obligación de manutención que es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida, que les corresponde por ley al padre y a la madre con respecto a sus hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad.

Cabe indicar que la obligación de manutención subsiste aun cuando existe privación o extinción de la Patria Potestad. Para poder determinar la cantidad económicamente exacta para el pago de la obligación de manutención el juez debe tomar la necesidad e interés superior del, niño, niña y adolescente que lo requiera, adecuando a la capacidad económica que el obligado u obligada.

El artículo 369 inciso segundo señala lo siguiente: “()... La cantidad a pagar por concepto de Obligación de Manutención se fijará en una suma de dinero de curso legal, para lo cual se tomara como referencia el salario mínimo mensual que haya establecido el Ejecutivo Nacional, para el momento en que se dicte la decisión.

---

<sup>106</sup> LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Venezuela. Actualizada a 2013. Pág. 195

En la sentencia podrá preverse el aumento automático de dicha cantidad, el cual procede cuando exista prueba de que el obligado u obligada de manutención recibirá un incremento en sus ingresos.”<sup>107</sup>

Tal como lo decía anteriormente el monto que se deba cancelar mensualmente por concepto de manutención se lo establecerá de acuerdo al ingreso económico mensual que perciba, pero se debe tomar una cantidad mínima para el pago de manutención, es así que el Ejecutivo Nacional establecerá el salario mínimo para que se dicte la resolución o sentencia que corresponda.

El pago de la Obligación de Manutención debe realizarse por adelantado y no se puede pedir la restitución, cuando se ha cancelado la obligación, y no se la haya consumido por el fallecimiento del alimentado.

El derecho de solicitar la Obligación de Manutención es irrenunciable e inalienable y no puede transmitirse por causa de muerte. Para establecer la pensión de la obligación de alimentos o manutención se requiere establecer el parentesco el demandado con el menor que se solicita alimentos, por otra parte no se necesita establecer la prueba de ADN cuando la filiación este legalmente establecida, tal como lo dice el artículo siguiente:

Artículo 295.- “No se requiere la prueba de los hechos o circunstancias a que se refiere el encabezamiento del artículo anterior, cuando los

---

<sup>107</sup> LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Venezuela. Actualizada a 2013. Pág. 196

alimentos se pidan a los padres o ascendientes del menor de edad, y la filiación esté legalmente establecida.”<sup>108</sup>

Del artículo antes mencionado se debe entender que cuando se encuentra legalmente establecida la filiación, no se requiere de prueba para establecer el parentesco que tiene el menor con el demandado.

Y por último dentro de la legislación Venezolana también se establece cuando una persona no tiene derecho a alimentos tal como lo señala el Artículo 299 que dice así: “No tiene derecho a alimentos el que fuere de mala conducta notoria con respecto al obligado, aun cuando hayan sido acordados por sentencia.”<sup>109</sup>

### **Comentario:**

Es decir, que la cantidad a pagar por concepto de Obligación de Manutención se fijará en una suma de dinero de curso legal, para lo cual se tomara como referencia el salario mínimo mensual que haya establecido, para el momento en que se dicte la decisión. Además se determina que no tienen derecho a alimentos el que intencionalmente haya intentado perpetrar un delito, que merezca cuando menos pena de prisión, en la persona de quien pudiera exigirlos, en la de su cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos; el que haya cometido adulterio

---

<sup>108</sup> LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Venezuela. Actualizada a 2013. Pág. 197

<sup>109</sup> LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Venezuela. Actualizada a 2013. Pág. 199.

con el cónyuge de la persona a quien se trata; y el que sabiendo que ésta se hallaba en estado de demencia no cuidó de recogerla o hacerla recoger pudiendo hacerlo.

**Criterio Personal:**

En referencia a las legislaciones anteriormente citadas, se puede mencionar que en contraste a nuestra legislación, éstas determinan inicialmente la comprobación de la paternidad antes de fijar una pensión de alimentos.

A diferencia que nuestra Constitución de la República, establece principios, derechos y garantías para toso ciudadano, pero que en los procedimientos legales como es el de fijar y mandar a pagar alimentos, no se aplican dichas garantías, ya que sin antes confirmar la presunta paternidad, tan solo con la calificación de la demanda se envía a pagar una pensión de alimentos provisionales, lo que trasgrede gravemente los derechos del presunto padre.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **5.1. Materiales.**

En el presente trabajo de investigación de tesis utilice los métodos inductivo, deductivo y analítico, este es un trabajo regido fundamentalmente por la metodología científica, partiendo desde el planeamiento de una hipótesis en torno a cuya verificación se ha construido todo un amplio proceso teórico relacionado al tema de investigación, así como el acopio empírico necesario para la verificación.

Los principales materiales que hemos utilizados en este trabajo de investigación, es primeramente el análisis detenido de conceptos, doctrinas, recolección bibliográfica relacionados al tema de investigación, seguido de la selección de diferentes temas y contenidos que interesen para el desarrollo y conformación del marco teórico, tomado como referentes una serie de autores y publicaciones que me dieron la pauta para la elaboración entre los cuales analicé la Constitución de la República del Ecuador, el Código General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

### **5.2. Métodos.**

#### **Métodos**

El presente trabajo investigativo requirió del uso de algunos métodos que fueron de singular importancia en los diversos pasos que implica su desarrollo.

**MÉTODO INDUCTIVO.-** Este método me permitió la construcción del discurso de nuestra investigación partiendo del análisis de categorías particulares hacia cuestiones de carácter general.

**METODO DEDUCTIVO.-** Este método lo utilizamos para el análisis de las diversas cuestiones teóricas y jurídicas con respecto a las relaciones legales en materia de derecho de alimentos y establecimiento de la paternidad como requisito para ejercerlo.

**MÉTODO DESCRIPTIVO.-** Me permitió describir y analizar todo el acopio teórico científico y empírico para su sustentación.

**MÉTODO ANALITICO.-** Este método se lo estableció de una forma eficaz, fue el sustento primordial para el desarrollo de nuestra investigación, se abordó doctrina de varios autores, quienes exponen sus opiniones y conceptos, realizando un énfasis análisis-crítico, esto por la imposición de alimentos sin ser padre del menor.

**MÉTODO SINTETICO .-** La aplicación de este método tuvo relevante importancia en el desarrollo de nuestra investigación, al momento de estudiar las normas ecuatorianas, hemos establecido que en el Código General de Procesos y el Código de la Niñez y Adolescencia, se puede fijar la pensión provisional de alimentos, sin determinar el grado de parentesco que tiene el demandado con el menor y es por ello que cuando continua el juicio y luego se realiza la prueba de ADN, se

establece que el presunto padre no tiene ningún grado de parentesco con el menor dañando su imagen, su honra ante su familia y la sociedad.

### **5.3 Técnicas y Procedimientos.**

Para visualizar el desarrollo de la presente investigación se utilizaron básicamente las siguientes técnicas:

1. **La técnica de observación**, nos permitió conocer algunas certezas en torno al campo de investigación. Básicamente observamos la realidad de los hijos de padres desconocidos en materia de ejercicio del derecho a reclamar alimentos, este se ha observado de manera directa en el estudio casuístico referente en el problema de la investigación.

2. **El fichaje**, nos dieron lugar a la organización sistemática de la investigación bibliográfica y documental inherente al presente estudio, especialmente en lo referente a principios doctrinarios del derecho de alimentos, de la prueba biológica de ADN para establecer el grado de parentesco que tiene el demandado con el menor alimentado, esto como requisito para que la madre o representante legal del menor pueda iniciar el juicio de alimentos al padre, además de estos se realizó consultas de revistas jurídicas, paginas jurídicas como el Derecho Ecuador, a través de la red mundial de información que es el INTERNET.

3. **La encuesta**, fue aplicada en un numero de treinta a los Abogados en libre ejercicio profesional, para conocer su criterio y para que me den a



conocer su perspectiva sobre la temática investigar y poder desarrollar con normalidad y absoluta profundidad este trabajo.

La entrevista es una técnica que nos permitió obtener información de grupos o individuos accesibles resolviendo contingencias, solicitando causas, hechos o relatos que permitió clarificar y fundamentar la presente investigación en la etapa de comprobación, y verificación de objetivos, al igual que la vialidad de las recomendaciones. Se aplicaron en número de 5 profesionales del derecho expertos en el tema investigativo.

El procesamiento de datos, el análisis e interpretación de la información se da a través de la tabulación, con la elaboración de cuadros y gráficos estadísticos que permitan receptar mejor la información recolectada.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. Resultados de la Aplicación de las Encuestas

Dentro del plan de investigación jurídica aprobado, he aplicado 30 encuestas a Profesionales del Derecho es decir Abogados en Libre Ejercicio de la Profesión en esta ciudad de Loja, quienes conocen la Temática que Aborda mi Investigación Jurídica, sus resultados me ayudaron como soporte valioso de conocimientos para el informe final. Los encuestados constan de un cuestionario escrito respuestas se detallan así:

#### CUESTIONARIO

##### Primera Pregunta

##### 1. ¿Conoce usted que es el derecho de alimentos?

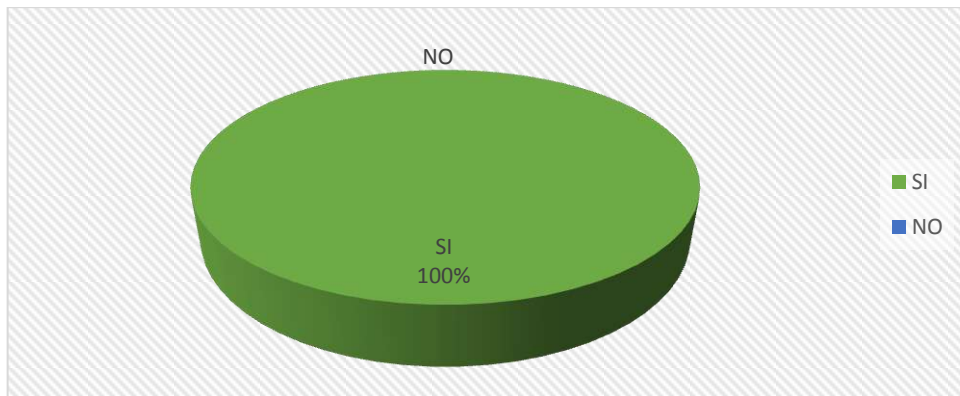
**Cuadro Nro. 1**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100 %
No	0	0 %
Total	30	100 %

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

### Representación Gráfica Nro. 1



**Interpretación:** Según la presente interrogante, 30 personas que corresponden al 100% responden que el derecho de alimentos es aquel que sirve para satisfacer las necesidades básicas del hijo, como educación, salud, alimentos, etc. Esto para su desarrollo tanto físico como intelectual. Ninguna persona responde negativamente.

**Análisis:** Todos los encuestados coinciden con el conocimiento del derecho de alimentos, pues el derecho de alimentos es aquel que se encarga de proteger al menor para tener una calidad de vida digna, como son salud, vivienda, educación, vestimenta, transporte, alimentación, etc., esto con el fin que tengan un desarrollo físico y intelectual para el aporte de conocimientos en nuestra sociedad.

## Segunda Pregunta

2. ¿Usted está de acuerdo que se inicie los juicios de alimentos y se fije la pensión provisional de alimentos al demandado sin determinarse si es el padre del menor?

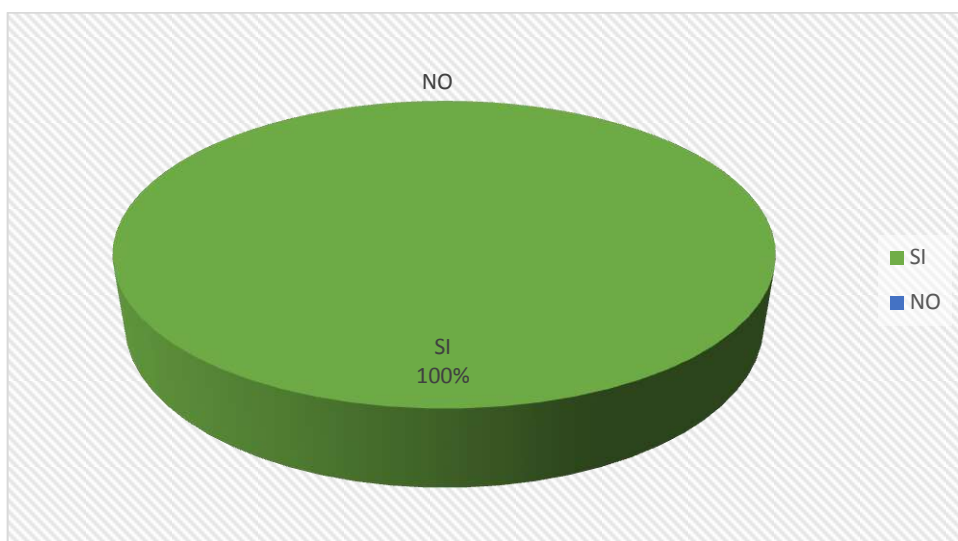
**Cuadro Nro. 2**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

**Representación Gráfica Nro. 2**



**Interpretación:** En esta interrogante la mayoría de encuestados que corresponde al 100% consideran que no es justo que se fije una pensión provisional de alimentos sin determinarse si el demandado es el verdadero padre del menor, esto contraviene el derecho constitucional a la defensa. Ninguna persona responde negativamente.

**Análisis:** Los encuestados coinciden de que no se debe imponer una pensión provisional de alimentos, porque se vulnera el derecho constitucional a la defensa, además los avances tecnológicos que tenemos hoy en día deben ser aplicados para determinarse si el demandado es el padre del menor, para después fijar sin problema alguno la pensión provisional de alimentos.

### Tercera Pregunta

- 3. ¿Cree usted que al momento de fijarse la pensión provisional de alimentos sin determinarse la paternidad del demandado le está causando daño moral y familiar?**

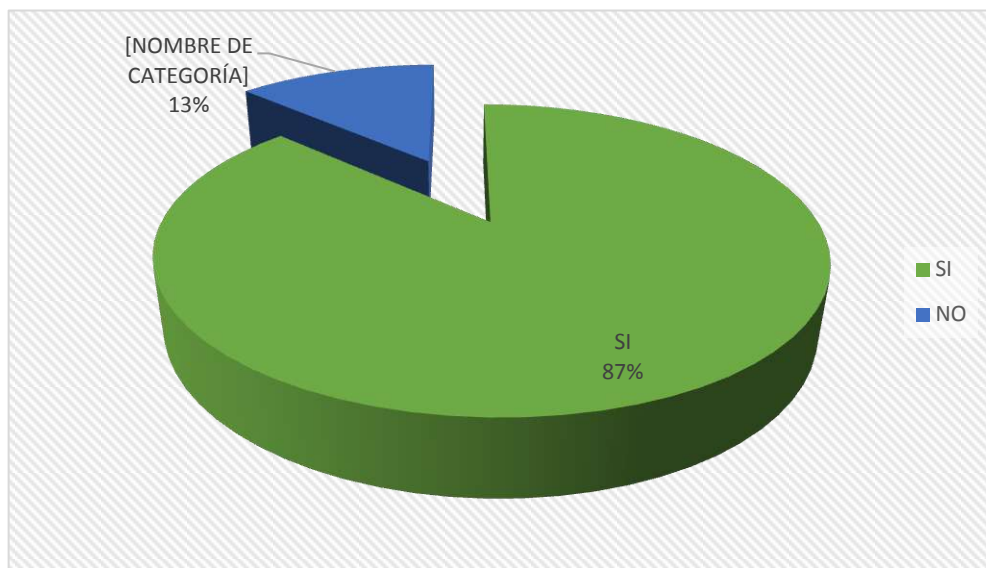
**Cuadro Nro. 3**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	26	87%
No	4	13%
Total	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

**Representación Gráfica Nro. 3**



**Interpretación:** En esta pregunta la mayoría de encuestados que son el 87 % contestan que al momento de imponerse una obligación sin determinarse si el demandado es padre del menor le causando un daño moral, así mismo también familiar, porque su estabilidad matrimonial se vería alterada, así como destruir su buen nombre, su respeto, y eso no se puede recuperar con una indemnización. Por otra parte el 13 % contesta que no le causa daño moral.

**Análisis:** Los encuestados coinciden de que al momento de imponerse una obligación al demandado sin determinarse su paternidad, le están causando daño moral y familiar, no solo por dañar su buen nombre, si no que su estabilidad matrimonial se vería afectada y en algunos casos terminaría esto por la imposición de una obligación sin saber si es el padre del menor.

#### Cuarta Pregunta

4. ¿Cree usted que el accionante debe pagar una indemnización de daños y perjuicios en favor del demandado, cuando se realice la prueba de ADN con el menor alimentado y de resultado negativo?

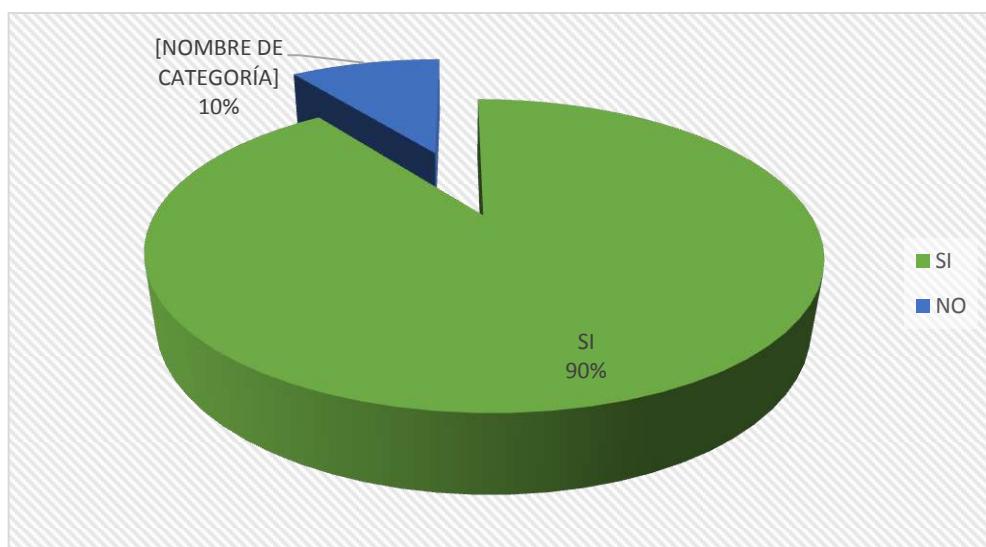
**Cuadro Nro. 4**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	27	90%
No	3	10%
Total	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

**Representación Gráfica Nro. 4**





**Interpretación:** En esta pregunta la mayoría de encuestados que corresponde al 90% contestan afirmativamente y dicen que si la prueba de ADN sale negativa el accionante tiene que pagar una indemnización al demandado, por haberla expuesto de mala fe, y perjudicar su honra y buen nombre ante la sociedad. Los que contestan negativamente que es el 10% establecen que el verdadero padre del menor deberá hacerse cargo de pagar una indemnización por daños y perjuicios que le ha causado al demandado.

**Análisis:** La prueba de ADN es el único medio por el cual se determina si el demandado es el verdadero padre del menor, es por ello que los encuestados coinciden que si el demandado no es el verdadero padre, la accionante que con mala fe impuso esta demanda y pensión provisional de alimentos debe pagar daños y perjuicios que se ha generado por esta mala e improcedente acción a una persona que no sería el verdadero sujeto procesal que contempla el COGEP.

## Quinta Pregunta

**5. ¿Considera usted pertinente que al fijarse la pensión provisional de alimentos sin determinarse la paternidad de la obligación, se está vulnerando los derechos de Libertad y Protección estipulados en la Constitución?**

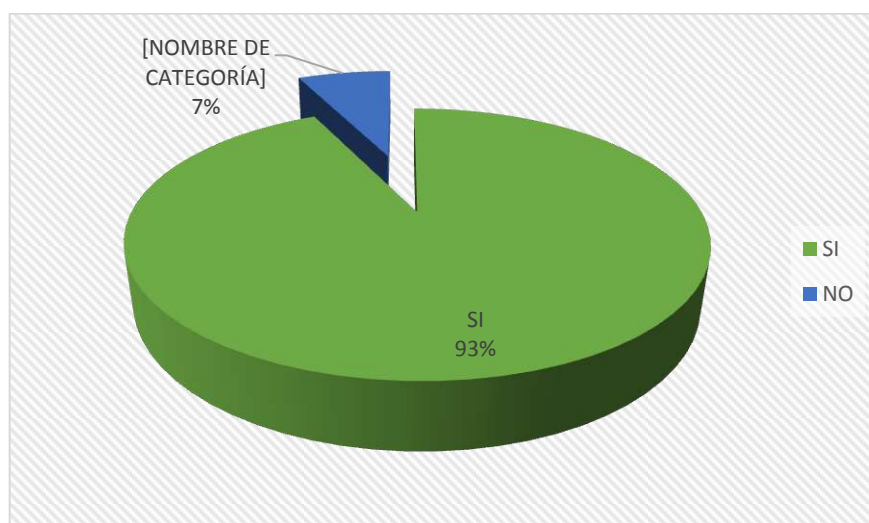
**Cuadro Nro. 5**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	28	93%
No	2	7%
Total	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

**Representación Gráfica Nro. 5**



**Interpretación:** En esta pregunta los que contestan afirmativamente que son el 93% estipulan que el demandado para tener derecho a la defensa primero se debe establecer si es el padre del menor que reclama alimentos y de ahí imponer la pensión alimenticia correspondiente, con esto se garantiza el derecho a la defensa al demandado y a proteger su honorabilidad y buen nombre. Los que contestan negativamente que es el 7% contestan que no se están vulnerando los derechos consagrados en la constitución.

**Análisis:** Es claro entender que la constitución como norma suprema establece garantías y derechos, entre ellos que el demandado tenga tiempo oportuno para presentar la prueba, para que determine si es el padre o no del alimentado, porque si primero se le impone una obligación sin determinarse si es el padre del menor le limitan el derecho a la defensa, causando gravamen irreparable tanto moral como familiar.

## Sexta Pregunta

6. ¿Considera usted que existe incongruencia Jurídica entre la Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia al momento de fijarse la pensión provisional de alimentos, sin determinarse si el demandado es padre del menor?

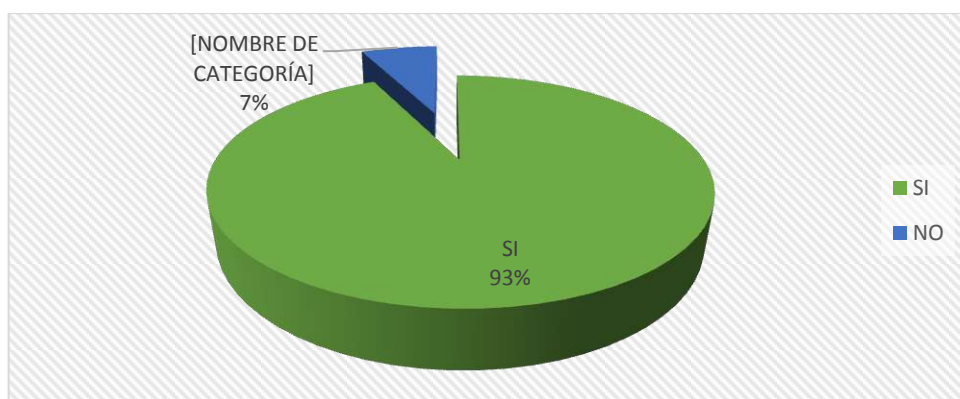
**Cuadro Nro. 6**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	28	93%
No	2	7%
Total	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

**Representación Gráfica Nro. 6**



**Interpretación:** En esta pregunta los que contestan afirmativamente que son el 93% estipulan que si existe incongruencia entre el código y la constitución, se dice que la constitución protege al demandado a que tenga el tiempo oportuno para presentar la prueba, a proteger el buen nombre de las personas pero al imponerse una obligación sin ser padre le están dañando su vida y honra ante la sociedad. Los que contestan negativamente que es el 7% contestan que no existe incongruencia jurídica porque no es exigible la pensión provisional de alimentos.

**Análisis:** En este análisis es claro manifestar que el código de la niñez y adolescencia y la constitución se contraponen entre el derecho positivo, pues al establecerse una pensión provisional sin determinarse si es el padre del alimentado le está vulnerando dos derechos constitucionales que es el de proteger su buen nombre su honra y a que tenga el tiempo oportuno de presentar la prueba, como es el de no establecerse o determinarse que grado de parentesco tiene el alimentado con el demandado, es por ello que primero se debe determinar la paternidad y de ahí imponer la obligación que por ley correspondan.

### Séptima Pregunta

7. ¿Considera usted necesario que se establezca unos parámetros para iniciar una demanda de alimentos?

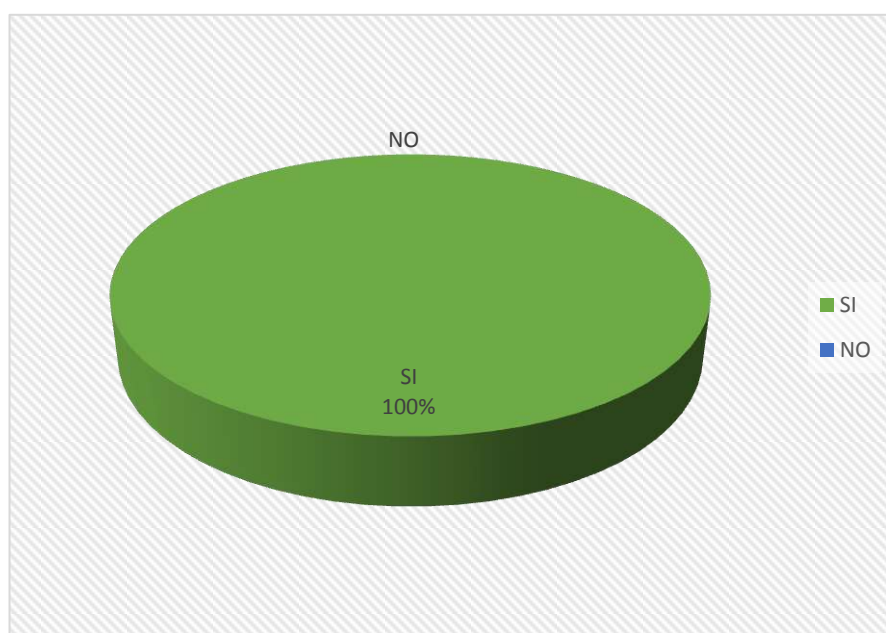
**Cuadro Nro. 7**

Variable	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

FUENTE: Abogados en libre ejercicio de la Ciudad de Loja

AUTORA: Alba Efigenia Salazar Díaz.

**Representación Gráfica Nro. 7**



**Interpretación:** En esta interrogante la mayoría de encuestados que es el 100% establecen que es necesario implementar parámetros para iniciar un juicio de alimentos porque muchas de las veces hay mujeres que en mala fe se aprovechan de la situación legal de los menores para demandar a un señor que no es el padre del menor. Ninguna persona contesta negativamente.

**Análisis:** En este análisis los encuestados han manifestado que es necesario una implementación de parámetros para iniciar una demanda de alimentos, porque hay mujeres madres solteras que inician una demanda de alimentos a una persona que no es el padre dañando su reputación ante la sociedad.

## **6.2. Resultados de la Aplicación de las Entrevistas**

Con el afán de fortalecer las encuestas y aportación más datos que sustenten la presente investigación me he propuesto desarrollar 5 entrevistas a Profesionales del Derecho expertos en Materia de Alimentos. Preguntas que con sus conocimientos me ayudaran a desarrollar mi investigación.

## **Cuestionario**

- 1. A su criterio. ¿Cómo considera que debe iniciar los juicios de alimentos y la declaratoria de paternidad para así garantizar los derechos de los alimentantes?**

### **Respuesta:**

Pues en esta interrogante todos manifiestan que se debe realizar como acto preparatorio una diligencia de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), en la cual se establecerá primeramente el lazo de consanguinidad entre el demandado y el beneficiario para con ello continuar con el trámite correspondiente, con esto se garantizaría el derecho a las dos partes.

### **Comentario:**

Es preciso resaltar que todos coinciden con los mismos criterios, ellos supieron exponer que como acto preparatorio se debe realizar como diligencia previa el ADN, cuyo resultado se podrá continuar con el trámite correspondiente, con esto prevalece la protección de los derechos tanto del menor tanto como del demandado o alimentante, porque no es lógico que se vulnere los derechos de la personas.



**2. ¿Está usted de acuerdo en que el demandado deba pagar una pensión provisional de alimentos sin haberse determinado si es el padre del menor alimentado?**

**Respuesta:**

En esta interrogante los entrevistados manifiestan que no están de acuerdo de que el demandado pague una pensión provisional de alimentos si no se ha comprobado ser el padre del menor, porque el pago del derecho a alimentos de los menores no son reembolsables y en caso de que el demandado resulte no ser el padre del menor no podrá recuperar la cantidad que ha depositado a favor del menor.

**Comentario:**

Las respuestas de los entrevistados son bien claras y directas, si el demandado hace el depósito de la pensión provisional de alimentos que se la impuesto, no podrá recuperar el monto depositado cuando se compruebe que no es el padre biológico del menor.

**3. ¿Considera usted que al momento de imponerle una obligación al demandado sin ser el padre del menor le está causando daño moral y familiar?**

**Respuesta:**

En esta pregunta todos contestan que al momento de fijar una obligación al demandado sin determinarse si es el padre del menor, dañaría su imagen, su nombre y honra tanto a él como a su familia.

**Comentario:**

Si se le establece al demandado una obligación sin ser padre del menor le dañan su imagen y su honorabilidad, además de eso la imposición económica que deba pasar por el menor que probablemente no pueda ser su hijo y prevé a ello no puede recuperar el monto depositado por el alimentado.

**4. ¿Considera usted que el actor de la demanda de alimentos realice un pago por concepto de daños y perjuicios al demandado por no ser el padre biológico del menor beneficiario?**

**Respuesta:**

En esta interrogante hay criterios contrapuestos, cuatro entrevistados señalan que si debe el actor pagar una indemnización de daños y perjuicios al demandado, ya que con mala fe ha dañado su imagen ante su familia y la sociedad, mientras tanto un entrevistado señala que no debe pagar una indemnización de daños y perjuicios al demandado porque algunas inician una demanda pensando de que el demandado es el padre del menor.

**Comentario:**

Hay criterios contrapuestos pero la mayoría establece que si debe pagar una indemnización al demandado por iniciar de mala fe un juicio de alimentos y a más de ello por aprovecharse del derecho superior que todo niño tiene al recibir una prestación económica para su desarrollo.

**5. ¿Considera usted que hay Incongruencia Jurídica entre el Código General de Procesos, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Constitución, cuando se fija una obligación al demandado sin determinarse si es el padre del menor?**

**Respuesta:**

Todos los entrevistados señalan que si existe incongruencia jurídica porque si el código permite que fijen una pensión provisional de alimentos al demandado sin haberse determinado la paternidad está vulnerando el derecho Constitucional a la honra y buen nombre y a que toda persona cuente con el tiempo necesario para actuar su defensa.

**Comentario:**

Es evidente señalar que los entrevistados han contestado que si hay incongruencia o contraposición entre dos normas, pero prevalece la norma superior que es la constitución, señalando derechos como de protección y libertad al demandado, y que si el código de la niñez y adolescencia permite que el demandado sin ser padre del alimentado pague una pensión provisional de alimentos están dejando en indefensión al demandado y dañando su imagen y honra ante la sociedad.

**6. A su criterio. ¿Qué elementos debería incorporarse como normatividad previa a fin de garantizar que los demandados en este tipo de procesos sean los verdaderos padres?**

**Respuesta:**

En esta interrogante todos manifiestan que primero se debe realizar un examen de ADN (Ácido Desoxirribonucleico) como acto pre-procesal con el fin de poder garantizar a todos sus derechos y endilgar una acción sin ningún acto doloso.

**Comentario:**

Evidentemente es claro que para garantizar los derechos de los demandados en materia de alimentos, primero se debe iniciar como un acto pre-procesal el examen de ADN, en el cual intervendrán las partes a dicho examen y con ello si se garantiza primero el lazo de consanguinidad y con ello poder iniciar el proceso por alimentos en beneficio del menor a quien también se le garantiza ese derecho a conocer a su padre

## 7. DISCUSIÓN

### 7.1. Verificación de objetivos

En mi proyecto de investigación jurídica propuse un objetivo general y tres específicos, los cuales se verifican a través del análisis crítico, doctrinario, jurídico y comparado que contiene el marco referencial de literatura y los resultados de la investigación jurídica y de campo, el criterio de los profesionales de Derecho que aportaron en la alternativa propuesta en los objetivos:

#### **OBJETIVO GENERAL:**

***“Determinar la inconstitucionalidad existente en el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a determinar la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial”***

El amplio estudio de carácter jurídico y doctrinario, analítico que consta en el acopio teórico de la presente investigación, fue la pieza fundamental para cumplir con el presente objetivo general, pues en la mayoría de juicios de alimentos sobre hijos no reconocidos se inicia mal y con incongruencia jurídica de normas desde el momento en que el Código General de Procesos y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, permite que se le imponga una obligación al demandado sin determinarse su paternidad, una vez impuesta dicha obligación alimenticia le está causando daño moral en sentido a que su buen nombre, su honra, su

respeto sobre la sociedad y la familia se vería afectada. Además dentro del estudio de comparación legislativa con otros países se pudo determinar que para imponer una obligación al demandado es necesario determinar la paternidad que tiene el presunto padre con el menor beneficiario, para así garantizar los derechos que tienen ambas partes. Es por ello que he podido establecer con facilidad que este objetivo ha sido alcanzado de manera satisfactoria.

#### **OBJETIVOS ESPECIFICOS:**

**Primero:**

***“Demostrar la Incongruencia Jurídica al momento de imponer la Pensión Alimenticia sin determinar la Paternidad del Demandado.”***

La incongruencia jurídica se la determino satisfactoriamente, pues en la doctrina, en el marco jurídico, en las encuestas y entrevistas se logró recolectar un gran aporte de información que me sirvió para la sustanciación de mi investigación, toda esta fuente de información que logre recolectar fue la principal motivación que sirvió para sostener mi tema de investigación, es claro indicar que existe la incongruencia o contraposición de dos normas al momento en que el juez fija una pensión provisional de alimentos, sin saber si el demandado es el verdadero padre del menor, pues el demandado incurre a gastos que de ninguna manera se pueden recuperar, porque claramente la ley que protege a los menores y adolescentes establece que los alimentos no son reembolsables.

**Segundo:**

***“Concretar una reforma jurídica con respecto a la correcta fijación de la Pensión Provisional de alimentos con el fin de evitar daños y perjuicios al demandado.”***

Este objetivo también fue cumplido a cabalidad, en derecho comparado, porque se pudo demostrar que para fijar la pensión provisional de alimentos primero se debe comprobar el grado de parentesco o paternidad que tiene el menor beneficiario con el demandado, así mismo en las encuestas y entrevistas que hemos aplicado señalan que se debe realizar un acto pre-procesal con el fin de que el demandado se practique la prueba de ADN con el menor que reclama alimentos, y se pueda determinar si el demandado es el padre del alimentado y aplicar sin ningún problema una pensión alimenticia y el menor reciba alimentos de su verdadero padre. Ante ello la propuesta de reforma en la pensión provisional de alimentos está totalmente definida.

**Tercero:**

***“Concretar una Propuesta Jurídica que incluya unos parámetros antes de plantear una Demanda de Alimentos.”***

Hemos podido concretar los parámetros necesarios para iniciar una demanda de alimentos, con la elaboración del proyecto de reforma al código general de procesos y código orgánico de la niñez y adolescencia



que consta en la parte final de este trabajo y que se rige sobre la base de los conocimientos, criterios, certezas y experiencias que me permitió recopilar tanto el trabajo de acopio teórico como el acopio empírico y jurídico que componen el presente estudio.

## **7.2. Contrastación de Hipótesis**

En el proyecto de mi investigación jurídica que he propuesto, y formulado una hipótesis general a la que corresponde contrastarla así:

Las disposiciones legales establecidas en el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la fijación de la pensión provisional de alimentos con la aceptación de la demanda, trasgrede los derechos del alimentante, ya que no se comprueba inicialmente su paternidad y como tal su obligación de pasar alimentos, por cuanto no se ha demostrado la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial.

El actual Código General de Procesos y Código Orgánico de la niñez y Adolescencia no cuenta con una normatividad previa a garantizar los derechos del demandado en los procesos de alimentos, pues la constitución como norma suprema garantiza, protege y da libertad a que el demandado tenga el tiempo oportuno para su defensa, y proteger su buen nombre ante la sociedad, pero al momento de imponer una obligación al demandado sin comprobar el grado de parentesco que tiene

con el alimentado es que surge el daño moral y familiar que le ocasionan al demandado.

Para la correcta verificación de la presente hipótesis me remití a elementos provenientes del estudio teórico, analítico, jurídico y crítico del problema, como es el derecho de reclamar y percibir alimentos, este es un asunto de fundamental importancia para los niños, niñas y adolescentes y nace precisamente de las obligaciones morales y legales de los progenitores que están obligados a protegerlos, ampararlos y solventar sus necesidades en el ámbito material y espiritual, pero este derecho le corresponde único y exclusivamente a los verdaderos padres del menor, pues en caso de no ser padre del menor se vulnera un derecho legítimo reconocido en la constitución que es el respeto a las normas que garanticen el debido proceso y el derecho a la defensa, la constitución da protección a que su buen nombre, su honra y su honorabilidad sean respetados. al momento en que los legisladores realizaron la ley reformativa al Código General de Procesos y el Código Orgánico de la niñez y adolescencia dejaron al demandado en estado de indefensión al permitir que cuando existan hijos no reconocidos igual se les imponga una obligación alimenticia al demandado, cabe recalcar que existen muchos juicios fallidos porque la madre o representante legal del menor inicia con mala fe un juicio de alimentos contra personas que no son el padre del menor causándoles como lo decía antes daños y perjuicios.

Para subsanar esta contraposición de normas es necesario establecer, determinar o comprobar que grado de parentesco tiene el beneficiario con el demandado, y de ahí imponer una obligación de carácter económica para así respetar y garantizar los derechos tanto del demandado como del alimentado. Pues Así se aseguran que las acciones de alimentos siempre se dirijan contra el verdadero padre, esto con aras de la seguridad jurídica de los niños y adolescencia de sus derechos de interés superior prevalencia y así también en salvaguardia los derechos de los presuntos progenitores.

El trabajo de campo que hemos realizado, permite observar una notoria mayoría de profesionales del derecho y juristas de reconocido prestigio y dominio del derecho y dominio del derecho de la niñez y adolescencia, pues ellos están convencidos de que sería conveniente y necesario realizar una reforma legal que conduzcan a garantizar los derechos del demandado en los procesos de alimentos, esto con el fin de no imponer una obligación económica sin ser padre o madre del menor alimentado, estableciendo una seguridad jurídica para ambas partes.

### **7.3 Fundamentación jurídica para el proyecto de reforma.**

Los alimentos y en general la satisfacción de las necesidades básicas del niño y del adolescente son un derecho inalienable, las personas que están obligadas de manera directa a la satisfacción de aquellos requerimientos de los menores, son primeramente sus progenitores y aparte de ellos

sus otros parientes en el grado de parentesco que establece la ley. Pero cabe señalar que los alimentos que se deban dar al menor deberán ser propiciados por los verdaderos padres y no por personas ajenas al juicio, que no tienen ningún grado de parentesco con el beneficiado.

El código General de Procesos y Código Orgánico de la niñez y adolescencia establece el estado comparativo de bandas y secuencias de ácido desoxirribonucleico o ADN como medio de prueba científica para determinar la paternidad. Mas sucede que en la actualidad se sigue los procedimientos de alimentos, sin tener en consideración la paternidad del demandado y cuando se lleva a efecto al momento de calificar la demanda de alimentos el juez sin determinar si el demandado es el padre del alimentado califica la demanda de alimentos y posteriormente fija la pensión provisional de alimentos, después manda a que se cite al demandado y con ello recién se solicita la prueba de ADN, y a más de ello el demandado deberá pagar dicho examen, del resultado de la prueba, el juez en sentencia acepta la demanda de alimentos afiliando al menor alimentado con el demandado si en cuyo caso es el padre, pero si el demandado no es el presunto padre el juez desechara la demanda, pero los gastos que el demandado incurrió no los podrá recuperar, porque los alimentos no son reembolsables, así mismo se le causa daño moral, daño que perjudica a su honra, su honorabilidad y su buen nombre tanto en la sociedad como en su familia y el menor no podrá recibir los alimentos, porque al juicio no se lo estableció con el legítimo contradictor, es decir el verdadero padre.

Con todo lo expuesto es evidente señalar la incongruencia Jurídica que existe entre dos normas de diferente jerarquía, pues al tratar de dar agilidad y rapidez a los alimentos los legisladores no se percataron de la vulnerabilidad que podrían recibir los demandados cuando se les impone una obligación sin ser padre del menor, ante ello es evidente que la realización de la prueba de ADN como diligencia preparatoria de la acción por los alimentos, permitiría que esta se entable, solamente cuando exista la certeza real, e incluso la declaratoria de paternidad de la persona a la cual se demanda la prestación alimenticia, entonces no viviríamos la discriminación procesal que sufren en la actualidad los menores reconocidos, ni tampoco se violaría los derechos de los presuntos progenitores en la forma que he indicado en párrafos anteriores, por el contrario se dirigiría la demanda contra el verdadero padre, garantizando el trato igualitario y la seguridad jurídica de aquel y esencialmente de los menores para los que se reclama la correspondiente prestación alimenticia.

## 8. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado los aspectos teóricos de campo de esta investigación, he podido llegar a las siguientes conclusiones:

**Primera.-** He concluido que los alimentos constituyen la base fundamental para el desarrollo y supervivencia de todo ser humano y por lo mismo han sido garantizados como un derecho de todas las personas.

**Segunda.-** He concluido que los Juicios de Alimentos se inician mal desde el momento que la ley permite imponer una obligación al demandado sin determinarse si es el padre del menor, el juez en sentencia rechaza la demanda de alimentos lo cual el menor no podrá recibir alimentos por que el demandado no ha sido su verdadero padre.

**Tercera.-** Hemos concluido que en otras legislaciones como la venezolana y la colombiana señalan, que para pasar una pensión provisional de alimentos es necesario determinar la paternidad que tiene el menor beneficiario con el demandado, para así imponer una obligación justa al verdadero padre del menor y así evitar juicios en vano.

**Cuarta.-** En el derecho de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, existe una evidente insuficiencia normativa, en cuanto no se determina la posibilidad de iniciar como diligencia previa a la acción de alimentos la realización de la prueba de ADN a fin de determinar con absoluta claridad y certeza el parentesco que tiene el demandado, de manera que si se

realiza un acto pre-procesal de dicha prueba siempre la demanda se dirija contra el verdadero padre y el menor podrá disfrutar sin discriminación de ninguna clase de su derecho a recibir alimentos de una forma suficiente y oportuna.

## 9. RECOMENDACIONES

Sobre la base de conclusiones que expuesto anteriormente, me he permitido elaborar las siguientes recomendaciones:

**Primera.-** Se recomienda a la Asamblea Nacional, que al momento de realizar reformas legales tengan en cuenta muchos derechos y principios constitucionales, esto con el fin de evitar que los derechos de los demandados no sean vulnerados.

**Segunda.-** Mi recomendación sería que se establezca un proceso de filiación obligatoria de los menores en el ámbito administrativo, donde se inscriben a los menores, en cuyo caso de no ser reconocido por su progenitor, de oficio la Autoridad del Registro Civil realizará el proceso de investigación de paternidad en contra del presunto padre, el cual se sustanciara de forma satisfactoria, dando como resultado final la filiación o no filiación del presunto padre.

**Tercera.-** Que al momento de hacer justicia, los jueces de manera oportuna y a su sana crítica realicen justicia rompiendo el derecho positivo, esto con el fin de que el demandado o los procesados no sean vulnerados sus derechos y garantías. Ya que la finalidad del juez no solo es aplicar la ley, sino hacer justicia.

**Cuarta.-** Que se reforme el Código General de Procesos y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia esto con el fin de establecer los derechos de los demandados, haciendo que la parte actora realice



indemnizaciones al presunto progenitor por iniciar de mala fe un juicio de alimentos a una persona que no es el verdadero padre del menor causándole daño moral y familiar. Esto con el fin de dar seguridad jurídica a los demandados presuntos padres.

## 9.1 Propuesta De Reforma Jurídica

### REPÚBLICA DEL ECUADOR

### ASAMBLEA NACIONAL

#### Considerando.-

Que, el artículo 11 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta que: Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos de las garantías constitucionales;

Que, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 14, reconoce el derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos;

Que, la Constitución de la República del Ecuador establece derechos de libertad y protección al demandado, esto con la finalidad de que ninguna norma inferior vulnere este derecho;

Que, El Artículo 35 establece los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria que señala así: *“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 en los ámbitos público y privado.*

Que, la Incongruencia Jurídica que existe en el Código de la Niñez y Adolescencia en cuanto a garantizar los derechos del demandado en los procesos de alimentos, coloca en estado de inseguridad

jurídica a los presuntos progenitores, afectando especialmente los derechos fundamentales de los niños y adolescentes;

### **Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia**

**Art. 1.-** A continuación del artículo Innumerado 8, agréguese el siguiente artículo:

**Art. Innumerado 8.1.-** “En el caso de hijos no reconocidos o cuando la filiación no ha sido establecida entre el presunto padre y el beneficiario se iniciara como diligencia previa a los alimentos la realización del examen de ácido desoxirribonucleico ADN en el domicilio del beneficiario, citado el demandado se fijará día y hora para que comparezca el demandado a la realización de la prueba de ADN.

En caso de que no comparezca el demandado al primer señalamiento, se señalara nuevo día y hora para la realización de la prueba como requerimiento y en caso de persistir con la negativa de comparecer, se procederá a declarar la paternidad rebelde.

Igualmente los alimentos se deberán desde el momento en que se propuso la diligencia previa de ADN. Una vez establecida la paternidad del rebelde el juez sustanciara el juicio de alimentos conforme a ley.”

**Art. 2.-** Sustitúyase el artículo Innumerado 9, por el siguiente:

**Art. Innumerado 9.-** “Una vez presentada la demanda y con la calificación de la misma el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias mínimas que con base en

los criterios previstos en la presente Ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la Audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla.”

**Art. 3.-** Sustitúyase el artículo 10, por el siguiente:

**Art. Innumerado 10.-** “Se prohíbe practicar los exámenes de ADN al que está por nacer, sin embargo se lo puede hacer en personas fallecidas cuando ello sea necesario para establecer la relación parento filial.”

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA:** La presente ley entra en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la Ciudad de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los nueve días del mes de febrero del año dos mil dieciséis.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- ❖ AMBOS, Kai, (1998) La Nueva Corte Penal Internacional, en La Ley (España, 1998).
- ❖ ARIES Carlos, PH (1987) EL NIÑO Y LA VIDA FAMILIAR, volumen IV, Ediciones LOM Santiago de Chile Año 2000.
- ❖ ARELLANO García, Carlos Derecho Procesal Civil, Op
- ❖ ARIANNA, Carlos, Los procesos familiares y el concurso del demandado, Revista de Derecho de Familia, número 28, Buenos Aires, Abeledo Perrot,2004
- ❖ ALBAN, Fernando Derecho de la Niñez y Adolescencia, Quito-Ecuador, 2003.
- ❖ AMOROS DORDA, Francisco Javier- Seguridad Jurídica Madrid 9 de mayo 2012.
- ❖ ALCOCER Estrella, Víctor Hugo Practica Forense sobre la Acción Civil de la investigación de la paternidad. Ediciones Carpol. Cuenca –Ecuador.2003.
- ❖ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, Estado de Derecho, Constitución y debido proceso Lima- Perú, 2002.
- ❖ CABANELLAS, de la Torre Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires- Argentina, 1994.
- ❖ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, opinión consultiva OC-17-2002.
- ❖ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2014

- ❖ CODIGO CIVIL. REGISTRO OFICIAL- SUPLEMENTO Nro. 526 del 09 de junio del 2015
- ❖ CODIGO CIVIL Ediciones Legales Actualizada a Marzo 2010, Quito- Ecuador
- ❖ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año 2015. Art 63. Pág. 6
- ❖ CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por la Ley Nro. 100. En Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003.
- ❖ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador. Año 2016. Art 12. Pág. 1
- ❖ CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador 2015.
- ❖ CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. Colombia. Actualizada a 2012.
- ❖ DELOS JESEPH, Los fines del Derecho: Bien, Común, Seguridad, Justicia, Ed. UNIV. Autónoma de México, D.F, 1967.
- ❖ DORANTES TAMAYO, Luis. Teoría del Proceso. Editorial Porrúa. México ,2000.
- ❖ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Editorial Oceano. 2008
- ❖ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA Editorial Espasa Calpe S.A. Madrid – España.2001.

- ❖ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo 1 Editorial Bibliográfica Argentina 1954
- ❖ Federico Puig Peña El Interés Superior del Niño enfoque jurídico Córdoba 1990.
- ❖ GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal. Editorial Oxford. México, 1998.
- ❖ GARCIA ARCOS, JUAN DR, MANUAL TEORICO PRACTICO DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Primera Edición, Del Arco Ediciones Cuenca – Ecuador, Año 2007.
- ❖ GALARZA TOBAR, Carlos, Dr., Comentario al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2010.
- ❖ GOLDSTEIN, Mabel, DICCIONARIO JURIDICO CONSULTOR MAGNO. Circulo Latino Austral. Buenos Aires Argentina. 2008.
- ❖ LARREA HOLGUIN Juan Compendio de Derecho Civil del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 1986.
- ❖ LEON, Oscar. PRACTICA PROCESAL CIVIL, Primera Edición, Editorial Cevallos Editora Jurídica, 2000, Ecuador.
- ❖ LOPEZ de Carril.1976. La Filiación. Editor Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires Argentina.
- ❖ LEY DE RESPONSABILIDAD PATERNA Y MATERNA, Nicaragua 2013.
- ❖ LEY ORGANICA PARA LA PROTECCION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Venezuela Actualizada 2013.

- ❖ HERNANDEZ Alarcón, Cristian. EL DERECHO A LA SUBSISTENCIA Y A LOS ALIMENTOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ASPECTOS PROCESALES. Código Civil Comentado, comentario. Santiago de Chile.2010.
- ❖ MADRAGIA GUTIERREZ, Seguridad Jurídica y Administración Publica Editorial Jurídica Chile 1993.
- ❖ OSSORIO, Ángel, El Epistolario Jurídico, Revista de estudios jurídicos, Barcelona España.
- ❖ PARRAGUEZ, Luis Personas y Familia. Volumen 1. Tercera Edición. Impreso en Graficas Hernández Cuenca.
- ❖ PICO, Junoy Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona 1997.
- ❖ PINO Remigio, Nociones del Derecho Procesal Civil y Comentario de Procedimientos Civiles.
- ❖ RECANSES SICHES, Luis, Introducción al estudio del derecho. editorial Porrúa, 1979.
- ❖ ROMBOLA, Néstor Darío; Roboras, Lucio Martin. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales. Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires – Argentina.2004.
- ❖ SALTOS ESPINOZA Rodrigo, Sistema Didáctico, Teórico y Práctico, El Derecho Especial de menores y el Código de la Niñez y Adolescencia. Guayaquil –Ecuador.
- ❖ TORRES CHAVES, Efraín, comentario al Código de la Niñez y Adolescencia de Estudios y Publicaciones.



- ❖ VELAZCO, Emilio: Sistema de Practica Procesal Civil, Publicaciones de Legislación Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 1991

### **PÁGINAS DE INTERNET**

- ❖ <http://conceptodefinicion.de/derecho-subjetivo/>
- ❖ [http://derecho.languia.2000.com/parte\\_general/principio de certeza](http://derecho.languia.2000.com/parte_general/principio_de_certeza)
- ❖ <http://www.significados.com/persona>
- ❖ <https://www.definicionabc.com/derecho/menor>
- ❖ <http://www.mujeramujer.cl/2011-07-20-1htm>
- ❖ [http://www.derecho.nascentis.com/interese superior del niño](http://www.derecho.nascentis.com/interese_superior_del_niño)
- ❖ [http://www.lista.de\\_palabras.es/palabra\\_significado.php](http://www.lista.de_palabras.es/palabra_significado.php)

## 11. ANEXOS

### a. TEMA:

**“REFORMA AL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS Y CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PATERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL”**

### b. PROBLEMÁTICA:

La Constitución de la República del Ecuador desde su aprobación en el 2008, sustanció en pasos agigantados en la protección de derechos y garantías de las personas, en especial con los grupos vulnerables.

“Para el año 2015, la generación de valor público en pensiones de alimentos por parte de la Defensoría Pública del Ecuador llegó a 77’418.600 dólares y en ese mismo período patrocinó un total de **81.245** causas en materia de pensiones alimenticias”<sup>110</sup>

En la actualidad, dentro de nuestro entorno social, se observa en la figura jurídica del Derecho de alimentos, es una de las más usadas en el diario ejercicio de la abogacía, puesto que el proceso de alimentos es uno de los más comunes, de acuerdo a las cifras reflejadas anteriormente. En este entorno, se vulneran los derechos del presunto alimentante, ya que antes de investigar y determinar la paternidad de éste, tan solo con la aceptación de la demanda se manda a pagar alimentos provisionales.

Ante esto, nuestra Constitución determina en su Art.11 de la Constitución de la República, que el ejercicio de los derechos de todo ciudadano se basará en principios como:

“1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

---

<sup>110</sup> <http://www.defensoria.gob.ec/index.php/noticias/item/758-las-pensiones-alimenticias-tienen-nuevosincrementos-para-el-2015>

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.
3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...”<sup>111</sup>

En esta parte se estipula el principio de igualdad, aunque es difícil de llevarlo a la práctica; el Estado como tal debe lograr la igualdad de oportunidades y los medios para alcanzarlas. De ahí que la obligación del Estado es dar solución a los problemas sociales que vulneran los derechos fundamentales de la sociedad.

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

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”<sup>112</sup>.

La legislación de nuestro país, protege significativamente a los grupos vulnerables, en los que se encuentran las niñas, niños y adolescentes, en este caso en cuanto a los alimentos, esto tomado en cuenta las necesidades del alimentado y la capacidad económica del alimentante.

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes están plenamente garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, lo que está establecido en el artículo 45 que textualmente dice:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El

---

<sup>111</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

<sup>112</sup> IBIDEM

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.”<sup>113</sup>

Todas las medidas legales que tome el Estado para garantizar el bienestar integral de los niños, las niñas y los adolescentes es loable, porque ellos son las personas más vulnerables en el presente y serán los que guiaran en el futuro a la

Patria.

En nuestro marco Constitucional dentro del artículo Art. 75 se establece: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”<sup>114</sup>.

De tal modo que todo ciudadano tiene la garantía de exigir que se cumpla toda norma en respeto de sus derechos existentes, mucho más el requerir la tutela efectiva de los administradores de justicia de forma imparcial y sin interés alguno.

De ahí que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 11 menciona “El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un

---

<sup>113</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

<sup>114</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

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.”<sup>115</sup>

Es importante tener en cuenta este principio de interés superior de la niña, del niño y del adolescente, que prevalece sobre todo, por lo que se debe esperar que sus derechos primordiales como lo es el derecho a la alimentación sean defendidos y garantizados, por el Estado, la Familia y la Sociedad.

En el mismo Código, en el Art. 134 Innumerado 9 menciona que: “Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla. CNA 102 Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos”<sup>116</sup>.

Así como el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 146 inciso tercero de la calificación de la demanda determina que: “En materia de

---

<sup>115</sup> CODIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Pág. 2.

<sup>116</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

niñez y Adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas”<sup>117</sup>.

Cabe mencionar que al existir los derechos del Buen Vivir, garantiza en su Art.75 de la Constitución de la República que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”<sup>118</sup>.

Siendo derecho de todo ciudadano el respaldo del Estado para acceder a una justicia, rápida, eficiente e imparcial; siendo que en la actualidad en el proceso judicial de alimentos, en especial en su instauración, en la aceptación a la demanda se violentan los derechos del demandado de la pensión de alimentos, ya que no se procede de forma justa e imparcial, ya que con la demanda se determina una pensión provisional, siendo necesario lo contrario, primero determinar la paternidad y luego instaurar la pensión provisional.

De tal manera que tanto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como el Código Orgánico General de Procesos, manifiestan que luego de ser calificada la demanda de alimentos se fijará la pensión de alimentos provisional y se enviará a realizar el examen de ADN, mientras que de antemano al imponer una pensión provisional trasgrede los derechos del presunto alimentante o demandado de su supuesta obligación con el menor titular del derecho de alimentos. Por lo que se debería proceder en primer orden establecer la paternidad para luego imponer una pensión provisional hasta que se determine científicamente la relación parentesco filial padre hijo y después dentro del proceso se desarrolle la Audiencia de Conciliación con la plena convicción o certeza que quede legitimado el derecho de percibir alimentos y proporcionarlos por parte del padre y que es verdaderamente hijo de la persona demandada.

---

<sup>117</sup> IBIDEM.

<sup>118</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

### **c. JUSTIFICACIÓN:**

#### **Social**

El problema jurídico y social, materia del proyecto de tesis es trascendente, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad del Estado para con sus ciudadanos, velar por su bienestar, por un desarrollo integral y justo, sin violentar sus derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador tales como: el derecho a la alimentación, a la defensa y a la seguridad jurídica.

La presente investigación está dirigida a cumplir con los puntos expuestos en la delimitación y resolver aquella problematización propuesta. Sin embargo la presente tesis quiere convertirse en un análisis de tipo jurídico y doctrinario que sea debidamente aplicado. Cabe mencionar que este tema posee trascendencia y actualidad, puesto que está dirigida a subsanar una deficiencia existente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos, en cuanto a la trasgresión de los derechos del supuesto padre a beneficio del menor y de su representante legal.

#### **Institucional y Académica**

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**

Esta investigación jurídica, su problemática se inscribe, dentro del área del Derecho Social; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio



investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de derecho positivo, sustantivo y adjetivo para optar por el Título de Abogada.

Socio-jurídicamente la investigación es necesaria, para aportar a que las personas gocen de seguridad jurídica y que no se violenten sus derechos como los contempla la Constitución de la República del Ecuador. De ahí que se pretende realizar una reforma legal al Código Orgánico General de Procesos y Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a la fijación de la pensión provisional de alimentos con la aceptación de la demanda.

#### **d. OBJETIVOS:**

##### **Objetivo General:**

Determinar la inconstitucionalidad existente en el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a determinar la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial.

##### **Objetivos Específicos:**

Desarrollar un estudio doctrinario, jurídico- crítico sobre la inconstitucionalidad del Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a determinar la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial.

Establecer la normativa jurídica nacional e internacional sobre la fijación de la pensión provisional de alimentos con la aceptación de la demanda, sin antes determinar la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial.

Desarrollar un proyecto de reforma jurídica en cuanto al Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a determinar la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial.

#### **e. HIPÓTESIS:**

Las disposiciones legales establecidas en el Código Orgánico General de Procesos y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia sobre la fijación de la pensión provisional de alimentos con la aceptación de la demanda, trasgrede los derechos del alimentante, ya que no se comprueba inicialmente su paternidad y como tal su obligación de pasar alimentos, por cuanto no se ha demostrado la paternidad del demandado con respecto al menor, previo a la demanda judicial.

#### **f. MARCO TEÓRICO:**

##### **DEMANDA**

El maestro Cipriano Gómez Lara define a la demanda como “el primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se satisfaga su pretensión”.<sup>119</sup>

En esta definición se debe resaltar que se contempla a la demanda como el primer acto dentro de un proceso; por lo tanto, toda contienda judicial se inicia por una demanda. De lo anterior se desprende que ésta no sólo es el primer acto dentro del proceso, sino que es un acto esencial, pues está marcará el inicio de cualquier proceso civil.

De la definición del maestro Cipriano Gómez Lara se aprecia que con la demanda se ejerce una acción ante una autoridad judicial, ya que si no se ejerciera una acción, entonces estaríamos, posiblemente, frente a una jurisdicción voluntaria o frente a un acto prejudicial; o bien, si la reclamación se efectuara ante cualquier otra instancia que no fuese judicial, entonces estaríamos frente a una

Interpelación extrajudicial.

De manera coincidente el maestro Dorantes Tamayo sostiene que la demanda “es el acto procesal por el que se ejercita una acción y se inicia un proceso”<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Oxford. México. México, 1998. Pág. 35

## **DERECHO DE ALIMENTOS**

Los alimentos, en derecho de familia, son todos aquellos medios que son indispensables para que una persona pueda satisfacer todas sus necesidades básicas. Esta alimentación comprende los Alimentos propiamente dichos, la educación, el transporte, el vestuario, la asistencia médica, etc. "Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción de un o de una menor"<sup>121</sup>

En definitiva, los alimentos constituyen una obligación legal que implica un conjunto de medios materiales destinados a proveer los recursos necesarios para la subsistencia física y moral de una persona. Las prescripciones atinentes a esta materia, surgen de la vocación social por asegurar la solidaridad familiar y los legítimos afectos que se derivan de las relaciones de parentesco.

## **PRUEBA DE ADN**

El ADN es una de las pruebas biológicas que actualmente existen. Esta "consiste en procedimientos científicos que establecen la imposibilidad o realidad de un vínculo"<sup>122</sup>

Cabe recalcar que aun faltando el supuesto padre (suponiendo que estuviere muerto o ausente), si los abuelos paternos se prestan, la prueba puede realizarse extrayendo para el análisis sangre de ellos.

"El ácido desoxirribonucleico, frecuentemente abreviado como ADN (y también DNA, del inglés deoxyribonucleic acid), es un tipo de ácido nucleico, una macromolécula que forma parte de todas las células. Contiene la información genética usada en el desarrollo y el funcionamiento de los organismos vivos conocidos y de algunos virus, y

---

<sup>120</sup> ARELLANO García, Carlos. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Pág. 152

<sup>121</sup> HERNANDEZ Alarcón. Cristian. EL DERECHO A LA SUBSISTENCIA Y A LOS ALIMENTOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. Código Civil Comentado, comentario. Santiago de Chile. 2010. Pág. 98

<sup>122</sup> ROMBOLA, Néstor Darío; REBOIRAS, Lucio Martín. DICCINARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires-Argentina. 2004. Pág. 75

es responsable de su transmisión hereditaria"<sup>123</sup> Todas las células de una persona poseen exactamente el mismo ADN, por lo que la exactitud y fiabilidad de los resultados es la misma, independientemente del material biológico utilizado.

## **SEGURIDAD JURÍDICA**

La Seguridad jurídica es un principio general del derecho, de honda raigambre, es preciso valorar en su justa medida el que se ha dado en llamar el principio de la confianza legítima autentico corolario de la seguridad jurídica desde una perspectiva subjetiva y que cabe definirlo como la aspiración de los administradores y los operadores del derecho a una consolidación de la uniformidad en las resoluciones de los distintos órganos colegiados de la administración de justicia.

## **MARCO DOCTRINARIO**

### **CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ALIMENTOS**

“Indudablemente que el derecho a recibir alimentos es de orden público; pero restringida a una naturaleza pública familiar. Tal es esa aseveración que el legislador como características esenciales de este derecho considera como un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación y no admite reembolso de lo pagado”<sup>124</sup>

El derecho a alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia. Así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar. Les incumbe a los corresponsables tripartitos del bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y

Adolescentes, por lo cual quien deba prestar alimentos en caso de

Incumplimiento, será sujeto de apremio personal y de medidas reales.

---

<sup>123</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. 1996.

<sup>124</sup> ALBAN, Fernando; GARCIA, Hernán; GUERRA, Alberto. “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Edición actualizada. Quito-Ecuador. 2010. Pág. 169

Este derecho de subsistencia o de sobrevivencia por ser intrínseco a todo niño, niña y adolescente prevalece sobre otro derecho, cualquiera sea su naturaleza.

Los alimentos por su naturaleza tienen características especiales, que son muy diferentes de otras normas del derecho civil. Es una obligación recíproca, personalísima, intransferible, inembargable, imprescriptible, crea un derecho preferente, no es proporcional, compensable ni renunciable, no se extingue por el hecho de que la prestación sea satisfecha.

## **EL JUICIO DE ALIMENTOS**

Los alimentos son debidos a los hijos desde la concepción hasta la mayoría de edad e inclusive más allá de la tenencia si continúan sus estudios.

Es importante destacar que dentro del concepto de alimentos no solo se encuentran comprendidos los recursos indispensables para la subsistencia y custodia del hijo teniendo en cuenta solo sus demandas orgánicas alimentarias, sino también los tendientes a permitirle al alimentado un desarrollo íntegro que le permita el día de mañana un desenvolvimiento acorde al tiempo que le ha tocado vivir, y que pueda prepararse para competir en un mercado de trabajo que cada día exige más a la sociedad.

Los alimentos para los hijos son fijados por la vía de la mediación o reclamos mediante juicio. En caso de no haber acuerdo, son fijados a través de demanda judicial atendiendo los ingresos del alimentante y las necesidades del alimentado.

También se tiene en cuenta, para su fijación, las condiciones de vida de las que gozaba el menor antes de la separación de sus padres, las que normalmente se respetan. "Un juicio de alimentos es el procedimiento

judicial mediante el cual una persona solicita alimentos en beneficio suyo o de terceros”<sup>125</sup>

## **MARCO JURÍDICO**

### **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

El Art. 11 referente a los principios para el ejercicio de los derechos establece que: “1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

---

<sup>125</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro, “Derecho de Familia, Derecho del Menor y de la Juventud”, Edición 2007, Bogotá Colombia, pág. 46

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución...<sup>126</sup>

Los derechos de las personas no solo están sujetos a la norma constitucional, sino que deben acatarse los declarados por instrumentos internacionales de derechos humanos, las cuales son aplicadas directa e inmediatamente. Es el caso de la resistencia como un derecho que lo reconoce la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, para lo cual debe estar debidamente regulado en la norma, como lo es, cuando el asambleísta constituyente lo reconoce como un derecho constitucional en la Constitución de la República del

Ecuador, en el 2008.

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes están plenamente garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, lo que está establecido en el artículo 45 que textualmente dice: “Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano,

---

<sup>126</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011

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.<sup>127</sup>

Todas las medidas legales que tome el Estado para garantizar el bienestar integral de los niños, las niñas y los adolescentes es loable, porque ellos son las personas más vulnerables en el presente y serán los que guiaran en el futuro a la Patria.

Continuando con enunciación de los Arts. Constitucionales hacemos mención del: “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.”<sup>128</sup>

Los artículos de la Constitución citados no hacen otra cosa que garantizar a los niños, niñas y adolescentes, los derechos que le son conferidos en la misma y en otros cuerpos legales, en los que se definen claramente los derechos entre otros los de alimentación.

Artículo 66 numeral 28 de la Constitución del Ecuador indica el derecho básico de los ciudadanos: “Numeral 28. “El derecho a la identidad

---

<sup>127</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR del 2008, artículo 46 Ediciones Legales actualizada a marzo de 2010, Quito-Ecuador.

<sup>128</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR del 2008, artículo 46 Ediciones Legales actualizada a marzo de 2010, Quito-Ecuador. <sup>20</sup> IBIDEM



personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”<sup>20</sup>.

Es decir a tener una singularización del individuo para lo cual es muy importante determinar su filiación es decir el vínculo que tiene el padre con el hijo que contribuirá para que el sujeto llegue a tener un nombre apellido debida mente registrado el mismo que so realizara en el Registro Civil con lo cual estaríamos determinando rasgos como edad, sexo nacionalidad entre otros rasgos más, pero lo principal estaríamos garantizando el debido cuidado y crianza de los individuos.

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

Incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”<sup>129</sup>.

De tal modo que todo ciudadano tiene la garantía de exigir que se cumpla toda norma en respeto de sus derechos existentes, mucho más el requerir la tutela efectiva de los administradores de justicia de forma imparcial y sin interés alguno.

## **CÓDIGO CIVIL**

Siguiendo con esta exposición de normas legales referentes a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el Código Civil en el Titulo XVI que habla acerca de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas. En el Art 349 expresamente dice:

“Personas a quienes se deben alimentos.- Se deben alimentos:

### **1. Al cónyuge**

---

<sup>129</sup> CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2011.

2. A los hijos
3. A los descendientes
4. A los padres
5. Los ascendientes
6. A los hermanos; y,
7. Al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o Revocada.

“No se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se les niegue” En lo no previsto en esta ley, se estará a lo dispuesto en el Código de la Niñez y Adolescencia y en otras leyes especiales.”<sup>130</sup>

Las disposiciones legales referidas respecto a quienes se deben alimentos son muy claras, en el numeral 2 del Art. 349 del Código Civil dispone que se debe alimentos a los hijos, por lo tanto quien los deba, lo hará en la forma que la ley disponga para el caso en particular.

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Los niños, niñas y adolescentes están amparados por el Principio del Interés

Superior del Niño, preceptuado en el Art. 11 y el de Prioridad Absoluta en el Art. 12 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, los cuales me permito citar a continuación:

El 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

---

<sup>130</sup> CODIGO CIVIL. Ediciones Legales actualizada a marzo de 2010, Quito-Ecuador

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.”<sup>131</sup>

La Ley dice que la pensión alimenticia se debe desde la presentación de la demanda, en cuanto al aumento de la misma se debe desde la presentación del correspondiente suceso, pero que su reducción es exigible a partir de la fecha de la resolución que la declara. Esta disposición está contemplada en el:

“Art. Innumerado 8.- Momento desde el que se debe la pensión de alimentos.- La pensión de alimentos se debe desde la presentación de la demanda. El aumento se debe desde la presentación del correspondiente incidente, pero su reducción es exigible sólo desde la fecha de la resolución que la declara.”<sup>24</sup>

Presentada la demanda de alimentos el Juez obligatoriamente fijara provisionalmente la pensión alimenticia tomando en consideración la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas y el acuerdo al que hayan llegado las partes en la audiencia, pero en ningún caso debe ser inferior a lo que la tabla referida anteriormente establece, es lo que dispone el Artículo 128 del Código de la Niñez y Adolescencia dice textualmente: “Características Del Derecho.-Este derecho es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable y no admite compensación ni reembolso de lo pagado salvo las pensiones de alimentos que han sido fijados con anterioridad y no hayan sido pagados y de madres que hayan efectuado gastos prenatales que no hayan sido reconocido con anterioridad casos en los cuales podrán compensarse y transmitirse a los herederos”<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. Pág. 2. <sup>24</sup> IBIDEM.

<sup>132</sup> CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2009

El artículo 128 menciona las características del derecho como es de que este derecho no es intransferible, intransmisible virtud que solo es beneficiario la persona misma reconocida por ley y no da lugar para que se pueda dar a otra persona, por otro lado tenemos que es irrenunciable por cuanto estaríamos atentando contra la subsistencia de las personas ya que le podría acotar el derecho primero de alimentos que engloba también lo que es vestimenta, habitación, educación salud; motivo suficiente para que este derecho no se ha irrenunciable; inembargable ya que cuenta con un privilegio.

Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su Art. 134 Innumerado 9 menciona que: “Con la calificación de la demanda el Juez/a fijará una pensión provisional de acuerdo a la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas que con base en los criterios previstos en la presente ley, elaborará el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, sin perjuicio de que en la audiencia, el Juez/a tenga en cuenta el acuerdo de las partes, que en ningún caso podrá ser inferior a lo establecido en la mencionada tabla. CNA 102 Cuando la filiación no ha sido establecida, o el parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, el Juez/a ordenará en la providencia de calificación de la demanda, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico

(ADN), sin menoscabo de la fijación provisional de alimentos”<sup>133</sup>.

Este cuerpo legal, busca precautelar el principio de interés superior del niño, niña y adolescente; sin embargo es necesario que dicho principio no menoscabe otros derechos como el derecho a la defensa, el principio de contradicción, etc.

Pero lamentablemente, tal menoscabo ha venido suscitándose de manera frecuente en el caso de los juicios de alimentos, ya que las normas previstas en el cuerpo legal antes indicado, son utilizadas de manera mal intencionada por ciertas personas que por descuido o por mala fe presentan la demanda de alimentos y una vez aceptada a trámite y fijada la pensión provisional, dejan paralizada la acción sin citar al demandado

---

<sup>133</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2014.

permitiendo que dicha pensión provisional se acumule por meses y hasta años, llegando a ser una suma muchas veces impagable por el accionado, hecho que sin duda genera indefensión en su contra.

## **CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS**

Así como el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 146 inciso tercero de la calificación de la demanda determina que: “En materia de niñez y

Adolescencia, la o el juzgador fijará provisionalmente la pensión de alimentos y el régimen de visitas”<sup>134</sup>.

De tal manera que tanto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia como el Código Orgánico General de Procesos, manifiestan que luego de ser calificada la demanda de alimentos se fijará la pensión de alimentos provisional y se enviará a realizar el examen de ADN, mientras que de antemano al imponer una pensión provisional trasgrede los derechos del presunto alimentante y progenitor del alimentado. Por lo que se debería proceder en primero establecer la paternidad del presunto progenitor para luego imponer una pensión provisional hasta que se establezca y desarrolle la Audiencia de Conciliación.

### **g. METODOLOGÍA:**

En el desarrollo del trabajo de investigación para la realización de la tesis de grado emplearé el método científico y sus derivados consecuentes: Analítico-

Sintético, Inductivo-Deductivo.

**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.

---

<sup>134</sup> CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador 2015.

**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.

**Método Sintético.-** Es el proceso de desarticulación mental que consiste en ir del todo a las partes. Es así, que se podrán realizar estudios específicos de los efectos jurídicos y sociales generados por la ausencia de una norma sobre un Registro Nacional de Datos Informáticos, con el fin de prevenir y recuperar aparatos tecnológicos robados en nuestro territorio.

**Método Inductivo-Deductivo.-** Este método parte de conocimientos y hechos particulares, para llegar a determinar leyes o conocimientos generales que rigen los fenómenos o viceversa.

## **TÉCNICAS**

- **Fichas Bibliográficas.-** Servirán para recopilar los datos que identifican la fuente de las obras bibliográficas consultadas. Esto servirá para que el lector se encuentre interesado en ampliar los conocimientos sobre el tema y recurra sin dificultad a las obras citadas.
- **Encuesta.-** 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 de la ciudad de Loja.

- **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 5 profesionales conocedores de Derecho.

### h. CRONOGRAMA:

ACTIVIDADES	2016					
	MAR	ABRIL	MAY	JUN	JUL	AGO
Selección del Tema de Tesis.	X					
Desarrollo del Proyecto de Tesis	X	X				
Aprobación del Proyecto		XX				
Investigación Bibliográfica			XX			
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						
Defensa y Sustentación de Tesis						



## **I. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO**

### **RECURSOS HUMANOS E INSTITUCIONALES**

- Postulante: ALBA EFIGENIA SALAZAR DÍAZ
- Director
- Encuestados y Entrevistados: Abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.
- Bibliotecas Físicas y Virtuales de la Universidad de la Universidad de Loja

### **RECURSOS MATERIALES**

<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>COSTO</b>
Documentos bibliográficos	\$200
Revistas jurídicas	\$100
Códigos, Leyes, Reglamentos, Gacetas judiciales	\$500
Internet	\$300
Impresión y encuadernación de la Tesis	\$100
Transporte, alimentación	\$100
Imprevistos	\$200
<b>TOTAL</b>	<b>\$1.200</b>

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

## **i. BIBLIOGRAFIA:**

- ALBAN, Fernando; GARCIA, Hernán; GUERRA, Alberto. “Derecho de la Niñez y Adolescencia” Edición actualizada. Quito-Ecuador. 2010.  
  
Pág. 169
- ARELLANO García, Carlos. Derecho Procesal Civil. Op. Cit. Pág. 152
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año.2011. Pág. 45
- CÓDIGO CIVIL. Ediciones Legales actualizada a marzo de 2010, Quito-Ecuador
- CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015, Quito-Ecuador
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLSCENCIA. Ediciones Legales actualizada a marzo de 2010, Quito-Ecuador
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2014
- DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Servidor Público, Concepto.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XXIV, Editorial Driskill S.A., Buenos Aires, 1977, p.136

- GUERRERO Vivanco Walter, Derecho Procesal Penal, Tomo IV, El proceso Penal, Pudeleco Editores S.A, Cuarta Edición corregida y aumentada, Quito, 2004, p.231
- GOMEZ, Eduardo. Manual de Derecho Constitucional. Corporación de Estudios y Publicaciones. Año.2009-Pág.90
- HERNANDEZ Alarcón. Cristian. EL DERECHO A LA SUBSISTENCIA Y A LOS ALIMENTOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES. Código Civil Comentado, comentario. Santiago de Chile. 2010. Pág. 98
- IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elvia. Garantías Individuales. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Oxford. 2001. Pág. 14
- OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas Guatemala, pp.9
- ROMBOLA, Néstor Darío; REBOIRAS, Lucio Martín. DICCINARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Editorial Ruy Díaz. Buenos Aires-Argentina. 2004. Pág. 75
- ZAVALA Baquerizo Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IX, Edino, Guayaquil, 2007, p.265

**11. 2. Formato de Encuesta**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
 MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
 CARRERA DE DERECHO**

Estimado Abogado (a)

Me encuentro realizando mi tesis de grado titulada “**REFORMA AL CODIGO GENERAL DE PROCESOS Y CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PETERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL**”, previo a la obtención del Título de Abogada, razón por la cual le solicito muy comedidamente contestar la siguiente encuesta:

**1.- ¿Conoce usted que es el derecho de alimentos?**

SI ( )                              NO ( )

**2. ¿Usted está de acuerdo que se inicie los juicios de alimentos y se fije la pensión provisional de alimentos al demandado sin determinarse si es el padre del menor?**

SI ( )                              NO ( )

¿Explique?  
 .....  
 .....

**3. ¿Cree usted que al momento de fijarse la pensión provisional de alimentos sin determinarse la paternidad del demandado le está causando daño moral y familiar?**

SI ( )                              NO ( )

¿Cuál?  
 .....  
 .....



### 11.3 Formato de Entrevista

#### 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: **“REFORMA AL CODIGO GENERAL DE PROCESOS Y AL CODIGO ORGANICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, EN CUANTO A DETERMINAR LA PATERNIDAD DEL DEMANDADO CON RESPECTO AL MENOR, PREVIA A LA DEMANDA JUDICIAL”**; mucho agradeceré a usted se digne contestar las preguntas de la entrevista que detallo a continuación:

**1.- ¿A su criterio. ¿Cómo considera que debe iniciar los juicios de alimentos y la declaratoria de paternidad para así garantizar los derechos de los alimentantes?**

.....

.....

.....

**2.- ¿Está usted de acuerdo en que el demandado deba pagar una pensión provisional de alimentos sin haberse determinado si es el padre del menor alimentado?**

.....

.....

**3.- ¿Considera usted que al momento de imponerle una obligación al demandado sin ser el padre del menor le está causando daño moral y familiar?**

.....  
.....

**4.- ¿Considera usted que el actor de la demanda de alimentos realice un pago por concepto de daños y perjuicios al demandado por no ser el padre biológico del menor beneficiario?**

.....  
.....

**5.¿Considera usted que hay Incongruencia Jurídica entre el Código de la Niñez y Adolescencia y la Constitución, cuando se fija una obligación al demandado sin determinarse si es el padre del menor?**

.....  
.....

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

## INDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACION.....	ii
AUTORIA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACION.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
<b>1. TITULO.....</b>	<b>1</b>
<b>2. RESUMEN.....</b>	<b>2</b>
<b>2.1 ABSTRACT.....</b>	<b>9</b>
<b>3. INTRODUCCION.....</b>	<b>15</b>
<b>4. REVISION DE LA LITERATURA.....</b>	<b>17</b>
<b>5. MATERIALES Y METODOS.....</b>	<b>141</b>
<b>6. RESULTADOS .....</b>	<b>145</b>
<b>7. DISCUSION.....</b>	<b>155</b>
<b>8. CONCLUSIONES.....</b>	<b>173</b>
<b>9. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>175</b>
<b>9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA.....</b>	<b>177</b>
<b>10. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>180</b>
<b>11. ANEXOS.....</b>	<b>185</b>
<b>INDICE.....</b>	<b>215</b>