



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 10 DEL
TÍTULO V, DEL LIBRO II DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO
ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**

TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
GRADO DE ABOGADO

AUTOR: Hitler Douglas Calderón Serrano

DIRECTOR: Dr. Carlos Manuel Rodríguez

Loja- Ecuador

2012

CERTIFICACIÓN.

Dr. Carlos Manuel Rodríguez, Catedrático de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia.

CERTIFICA.

Que la presente tesis titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 10 DEL TÍTULO V, DEL LIBRO II DE LA LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**, desarrollada por el señor Hitler Douglas Calderón Serrano, ha sido elaborado bajo esta dirección respondiendo a los requisitos de fondo y de forma que exigen los respectivos reglamentos e instructivos, por ello autorizo su presentación y su sustentación.

Loja, febrero del 2012

Dr. Carlos Manuel Rodríguez.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Los conceptos, expresiones e ideas vertidas en la presente tesis, y en general en todo su contenido son de exclusiva responsabilidad del autor..

Hitler Douglas Calderón Serrano.

DEDICATORIA

A Dios, mis Queridos Docentes Tutores, por su ardua tarea de educarme, transmitiéndome sus sabios conocimientos, a mis Padres, Hermanos, Esposa e Hijos quienes me han apoyado incondicionalmente durante toda la etapa estudiantil y en la consecución de la presente Tesis.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

Uno de los sentimientos que Dios ha dotado a las personas y que a la vez va madurando y puliendo en su diario convivir y su medio, es la percepción de reconocimiento; razón suficiente, al culminar la presente Tesis quiero hacer uso de este afecto sincero para ser ostensible mi eterno reconocimiento a la Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa de la Carrera de Derecho, a sus Autoridades y Personal Docente, en especial a mi Esposa quien con sus sabios consejos y su desinteresado apoyo me ha llevado a culminar y obtenerla profesión de Abogado.

Hitler Douglas Calderón Serrano

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN.
 - 2.1. Abstract.
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.1.1. Niño y adolescente
 - 4.1.2. El derecho de alimentos
 - 4.1.3. Obligación de alimentos
 - 4.1.4. Prueba
 - 4.1.5. Ácido desoxirribonucleico
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.2.1. Naturaleza y características del Derecho a alimentos
 - 4.2.2. Obligación de prestar alimentos
 - 4.2.3. El examen de ADN y la presunción de inocencia
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1. Análisis de las disposiciones relacionadas con la temática constante en la Constitución de la República del Ecuador.
 - 4.3.2. Análisis crítico del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a quien se debe alimentos
 - 4.3.2.1. Beneficiarios del derecho a alimentos.
 - 4.3.2.2. Procedimientos, Medidas de Protección.
 - 4.3.2.3. Medidas por falta de prestación de alimentos

4.3.2.4. Apremio Personal.

4.3.2.5. Apremio Real.

4.3.3. Análisis del Código Civil en lo referente a alimentos

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay

4.4.2. Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales utilizados

5.2. Métodos

5.3. Procedimientos y Técnicas.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta

6.2. Resultados de la aplicación de entrevistas

6.3. Estudio de casos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica, empírica y doctrinaria de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ANEXOS 1. Encuesta

ANEXOS 2. Entrevista

ANEXOS 3. Proyecto

1. TÍTULO

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 10 DEL
TÍTULO V, DEL LIBRO II DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO
ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.”**

2. RESUMEN.

El desarrollo de esta investigación parte del estudio de que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero se da el caso que no se exige a la madre en calidad de actora un término prudencial para que comparezca ante la negativa a someterse a las pruebas de ADN, lo que conlleva a que igual se declara la paternidad del requerido, conllevando de esta manera a violar derechos que tenga el demandado a la legítima defensa, presumiéndose de hecho la no paternidad del demandado.

Se concede una importancia judicial el examen de ADN, ya que según los datos ofrecidos por los expertos en genética, a través de este examen existe el 99.9999 por ciento de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. Con el fin de evitar un segundo largo y tortuoso juicio sobre la declaración judicial de paternidad o maternidad, el legislador ha facultado al Juez que el momento de fijar el monto de la persona alimenticia simultáneamente debe declarar la paternidad o maternidad ordenando se inscriba en el Registro Civil.

Es por ello que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencial para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas del ADN, violando la

presunción de inocencia del demandado, debiéndose establecer de hecho la no paternidad del mismo.

2.1. Abstract.

The development of this research study that part of the Organic Code of Childhood and Adolescence permits exist in the event of refusal by the defendant to submit to DNA testing, it is presumed the family relationship, but it is the case is not required as the mother of plaintiff a reasonable time to appear before the refusal to submit to DNA testing, which leads to equal declaring paternity required, thus leading to violate rights have the respondent to self-defense, in fact presumed non-paternity of the defendant.

Legal importance is given a DNA test, since according to data provided by experts in genetics, through this review there is 99.9999 percent chance of establishing paternity or maternity under discussion. In order to avoid a second long and winding judgment on the judicial declaration of paternity or maternity, the legislature has empowered the judge when fixing the amount of food a person should simultaneously declare parenthood ordered to enroll in the Registry civil.

That is why the Organic Code of Childhood and Adolescence allows to exist in the event the defendant's refusal to submit to DNA testing, it is presumed the family relationship, but the lack in the process is required to mother as a plaintiff a reasonable time for appearance before the refusal to submit to DNA testing, violating the presumption of innocence of the defendant, it being necessary to establish paternity in fact not the same.

3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, cual es, la normativa del derecho de alimentos, en cuanto a determinar la declaratoria de paternidad por el examen de ADN presentado entre las partes.

Para su tratamiento se ha partido del estudio jurídico y crítico del Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la filiación o parentesco en el juicio de alimentos.

En el marco de la investigación de campo, se ha receptado el criterio que tienen los abogados, acerca de que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas del ADN, violando la presunción de inocencia del demandado, debiéndose establecer de hecho la no paternidad del mismo.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: Marco conceptual: Conceptos Básicos: Niño y adolescente, derecho a alimentos; obligación de alimentos, prueba y ácido desoxirribonucleico; Marco Doctrinario: Naturaleza y características del derecho a alimentos, obligación de prestar alimentos, el examen de ADN y la presunción de inocencia; Marco

Jurídico: Análisis de las disposiciones relacionadas con la temática constante en la Constitución de la República del Ecuador, análisis crítico del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a quien se debe alimentos, beneficiarios del derecho a alimentos, procedimientos, Medidas de Protección, medidas por falta de prestación de alimentos, apremio Personal, apremio Real, análisis del Código Civil en lo referente a alimentos; y, Legislación Comparada de los países de Uruguay y Paraguay.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

De esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1.MARCO CONCEPTUAL.

Es necesario iniciar el desarrollo del presente trabajo de investigación jurídica haciendo referencia algunos conceptos, cuya comprensión es fundamental, para abordar más adelante el marco jurídico relacionado con la problemática principal y los criterios que respecto a ella existen de parte de algunos tratadistas que se han encargado de escribir sobre la obligatoriedad de prestar alimentos ante los niños, niñas y adolescentes. Estos conceptos son los que se analizan en el presente trabajo de investigación.

4.1.1. Niño y adolescente.

El concepto de niño y adolescente en el campo de las ciencias jurídicas pasa primero por la definición del “menor de edad”, por lo que para el debido afianzamiento teórico de esta investigación conceptuaré previamente esta categoría:

La palabra *menor*, concebida en sentido general tiene algunas acepciones. El connotado tratadista, Guillermo Cabanellas, define a este término de la siguiente forma: “*Menor. Más pequeño. Con menor cantidad. De dimensiones más reducidas. Menor de edad. Más joven, de menos años.*”¹

¹ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Buenos Aires, 2002, p. 254.

El mismo autor, refiriéndose concretamente a los términos articulados *menor de edad*, define como aquel, “***Quien no ha cumplido todavía los años que la ley establece para gozar de la plena capacidad jurídica normal y regir su persona y bienes con total autonomía de padres y tutores. Por analogía, al que no ha alcanzado el límite de edad determinado para realizar algún acto por su iniciativa; como los 18 años para trabajar con total independencia y percibir su salario.***”²

Entonces, puede establecerse el criterio de que la diferencia entre la minoría y la mayoría de edad está dada precisamente por la capacidad jurídica para la realización de ciertos actos, considerada obviamente en concordancia con el grado de madurez física y psíquica del individuo. Sin embargo, este límite entre la mayoría y la minoría de edad, debe ser claramente establecido por la ley, en estricta atención a las características propias de cada sociedad y en especial a las peculiaridades de los individuos que la conforman.

El Dr. Manuel Sánchez Zuraty, también aporta con su criterio con respecto a la definición de menor de edad: “***es la persona que no ha llegado a cumplir dieciocho años de edad.***”³

Sin embargo, a mi modo de ver, no es tan sencilla la definición de menor de edad, pues no se puede decir que se trata únicamente de las personas que no han cumplido la mayoría de edad, sino más bien de aquellas que por razón de su inmadurez, es decir, por su incompleto desarrollo físico y psicológico, claramente reconocido por la ley, no se encuentran en condiciones de asumir de manera idónea sus deberes y derechos ciudadanos, y por tanto la ley les niega capacidad

² CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Buenos Aires, 2002, p. 384.

³ SÁNCHEZ Z., Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit. Casa de la Cultura, Núcleo del Tungurahua, Ambato, 1989, p. 191.

legal para ejercer sus de derechos y contraer obligaciones, así por ejemplo, el menor de edad no tiene el derecho a interponer un recurso de amparo constitucional, tiene que hacerlo a través de su representante legal, que obviamente es una persona con capacidad legal; tampoco tiene capacidad para adquirir obligaciones, como por ejemplo para suscribir una letra de cambio o un pagaré.

Para Galo Espinosa Merino, en su Enciclopedia Jurídica, indica que niñez “*Es el periodo de la vida humana que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia. Principio o primer tiempo de cualquier cosa.*”⁴

La niñez significa un estado de juventud que en si va desde el periodo de nacimiento hasta la adolescencia, esto se debe ya que es un periodo de crecimiento físico del cuerpo de una persona, y en si es tomando en cuenta como algo que va en desarrollo de cualquier cosa.

4.1.2. El derecho de alimentos.

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

⁴ ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 497

subsistencia porque únicamente satisfaciendo estos elementos, el niño, niña y adolescente pueden desarrollarse al menos en el campo material.”⁵

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

El doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia da una definición del derecho de alimentos señalando que es *“la facultad que concede la ley a los menores de edad y demás personas adultas que por sí mismas no pueden sostenerse económicamente para recibir una cantidad determinada de dinero mensual fijada por el Juez en alimentos y bebidas, vestuario, educación habitación, asistencia médica y recreación.”⁶*

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

La definición de Albán Escobar se compara con la de Víctor Hugo Vallas citado por Juan Larrea Holguín en su Derecho Civil del Ecuador, quien sostiene que *“la palabra alimentos tiene en derecho un sentido técnico, pues comprende no solo la nutrición, sino todo lo necesario para la vida,*

⁵ ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia, Impresión, Gemagrafic, Quito – Ecuador, 2003, p. 147.

⁶IBIDEM, p. 147

*como el vestido y la alimentación, debiendo agregarse los gastos accidentales, que son los de enfermedad.*⁷ Para Cabanellas define la prestación de alimentos como la *“Obligación impuesta por la ley a ciertos parientes de una o varias personas, a las cuales ha de proporcionar lo necesario para su subsistencia, vestido y habitación, además de lo preciso para la asistencia médica y farmacéutica, de acuerdo con las condiciones de quien la recibe y los medios de quien la debe. No admite compensación con otras obligaciones, ni puede constituir objeto de transacción. No cabe renunciar este derecho, ni cederlo por actos entre vivos, ni constituir derechos a favor de terceros, ni ser embargada la suma en que consista.”*⁸ Para Mariana Argudo Chelín en su obra Derecho de Menores manifiesta que *“Los alimentos comprenden la manutención, el vestuario, la vivienda, las medicinas y la educación, esto es, todo aquello que salvaguarda la existencia física y moral del menor, pues la educación comprende un proceso formativo que implica un desembolso económico.”*⁹

Ensayando una definición debo manifestar que el derecho de alimentos, es la prestación que determinadas personas, económicamente solventes, han de posibilitar económicamente a sus parientes para que puedan subsistir a las necesidades más importantes para su congrua alimentación. Los alimentos son indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación mientras sea menor de edad y aun después, hasta la edad de veintiún años si se encuentra cursando estudios superiores que le impiden o dificulten realizar alguna actividad. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo, ayuda prenatal y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. Esta prestación de alimentos es la expresión jurídica de un deber moral, la obligación de ayudar a las personas íntimamente vinculadas por los lazos de parentesco o a quienes se debe una especial gratitud.

⁷ LARREA HOLGUÍN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, p. 369

⁸ CABANELLLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, p. 384.

⁹ ARGUDO CHELÍN, Mariana: Derecho de Menores, Segunda Edición, p. 39

4.1.3. Obligación de alimentos.

Para Galo Espinosa Merino, obligación es la *“Obligación o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Aspecto jurídico de la relación jurídica, o situación por virtud de la cual una persona llamada deudor se haya comprometido hacer u omitir algo de otra llamada acreedor.”*¹⁰

Este concepto se refiere a la obligación como un deber jurídico normalmente establecido de realizar u omitir determinado acto. Claro está que esta definición se encuentra referida a las obligaciones de orden legal, por cuanto también obligaciones morales, que quedan sometidas a la coexistencia del obligado por esa calificación social.

La obligación de alimentos para Manuel Ossorio, es *“La que impone prestar o procurar alimentos en el sentido jurídico de todos los medios de subsistencia, no sólo la fisiológica. Suele ser legal, que afecta a los parientes próximos en casos de incapacidad de lograr su sustento alguna persona; convencional, cuando así se haya convenido, por liberalidad o con carácter remuneratorio; y, puede ser testamentaria, en forma de legado de alimentos.”*

De acuerdo a este artículo, la obligación alimentaria es la prestación que está obligado una persona a dar a otra ya sea por ley, convencional o testamentaria. El primer supuesto ha de estarse a la letra de la ley; el segundo, a los términos de lo convenido; en el último, al texto testamentario que efectúe esa liberalidad. Lo que puedo aportar es que la obligación alimentaria no admite renuncia ni compensación.

¹⁰ ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 506

4.1.4. Prueba.

La prueba para Galo Espinosa Merino prueba es la “*Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Medio de evidencia que crea en el juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proposiciones formuladas en el juicio.*”¹¹

Con la prueba se busca la exposición de la verdad, siendo un conjunto de actuaciones realizadas en juicio, con el objeto de demostrar la verdad o falsedad de los asertos efectuados en el mismo

Mabel Goldstein indica que prueba es “*La actividad desarrollada por las partes, a fin de lograr la convicción del juez respecto de los hechos controvertidos.*”¹²

Las pruebas son un conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas. Con esto puedo decir que la prueba en su relieve jurídico es toda razón o argumento para demostrar la verdad o la falsedad en cualquier esfera o asunto. En los procedimientos, son objeto de prueba los hechos controvertidos, y solamente los hechos.

¹¹ ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 594

¹² GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 463

4.1.5. Ácido desoxirribonucleico

El ADN o ácido desoxirribonucleico “Es un ácido nucleico que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y el funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos y algunos virus. El papel principal de moléculas de ADN es el de ser portador y transmisor entre generaciones de información genética. El ADN a menudo es comparado a un manual de instrucciones, ya que este contiene las instrucciones para construir otros componentes de las células, como moléculas de ARN y proteína. Los segmentos de ADN que llevan esta información genética se llaman GENES, pero otras secuencias de ADN tienen funciones estructurales, o están implicadas en la regulación del empleo de esta información genética.

Dentro de las células, el ADN está organizado en estructuras llamadas cromosomas. Estos cromosomas se duplican antes de que las células se dividan, en un proceso llamado replicación de ADN. Los organismos Eucariotas almacenan la inmensa mayoría de su ADN dentro del núcleo celular y una mínima parte en los orgánulos celulares mitocondrias, y en los cloroplastos en caso de tenerlos; mientras que en Procarióticas, se encuentra en el citoplasma de la célula. Las proteínas cromáticas como las histonas comprimen y organizan el ADN dentro de los cromosomas. Estas estructuras compactas dirigen las interacciones entre el ADN y otras proteínas, ayudando al control de las partes del ADN que son transcritas.”¹³

El ADN es el ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irrepetible en cada ser ya que la combinación de elementos se construye de manera única. Este ácido contiene, además, los datos genéticos que serán hereditarios de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión es de gran importancia para realizar cualquier tipo de investigación científica que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo.

¹³ CONCEPTO DE ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO, FUNCIONES
<http://espanol.answers.yahoo.com/question/index?qid=20080411141441AAxFyDI>

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Naturaleza y características del Derecho a alimentos.

El doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia señala que *“El derecho a recibir alimentos es de orden público, pero restringida a la naturaleza pública familiar. Tal es esta aseveración que el legislador como características esenciales de ese derecho considera como un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación. El derecho de alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia. Así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar.”*¹⁴

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

La prestación de alimentos incumbe corresponsables tripartitos de bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes por lo cual quien deba prestar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto al apremio personal y de medidas reales. Este derecho de alimentos por ser intrínseco a todo niño, niña o adolescente prevalece sobre otro derecho, cualquiera sea su naturaleza.

¹⁴ ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia, Impresión, Gemagrafic, Quito – Ecuador, 2003, p. 149

Se concede una importancia judicial al examen de ADN con mucha razón, ya que según los datos ofrecidos por los expertos en genética, a través de este examen existe el 99.9999 por ciento de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. Con el fin de evitar un segundo largo y tortuoso juicio sobre la declaración judicial de paternidad o maternidad, la ley determina que el Juez que al momento de fijar el monto de la pensión alimenticia simultáneamente debe declarar la paternidad o maternidad ordenando se inscriba en el Registro Civil.

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

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

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

Es intransmisible, el derecho de alimentos no es susceptible de ser transmitido por sucesión por causa de muerte, ya que por ser de naturaleza pública familiar y ser un derecho personalísimo con la muerte del titular se extingue este derecho.

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

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

No admite compensación; Juan Larrea Holguín con su criterio jurídico y después de haber señalado el Art. 362 del Código Civil, realiza el siguiente análisis: ***“Que los alimentos no pueden transferirse ni por acto entre vivos, ni por herencia; al siguiente esto es, el Art. 381 (363), ibídem sostiene que prohíbe la compensación, que por regla general puede extinguir obligaciones; y de esta prohibición deriva también del carácter intransferible de los alimentos.”***¹⁵

Con esto considero que, no podrán compensarse el derecho de alimentos en general, entre otras obligaciones porque no constituye una obligación ni líquida, ni pura, ni de plazo vencido, sino precisamente lo contrario, que debe determinarse

¹⁵LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Quinta edición, p. 436.

su monto, porque se determina las circunstancias económicas de las partes litigantes.

No se admite reembolso de lo pagado, cuando se haya fijado una pensión alimenticia provisional y posteriormente se lo deje sin efecto aún por orden judicial o voluntariamente, el alimentado no está obligado de devolver el dinero recibido por este concepto. Es decir no está permitido ni cobro por parte del alimentante ni pago de lo recibido por el alimentado.

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

4.2.2. Obligación de prestar alimentos.

En lo relacionado a las personas obligadas a prestar alimentos, Rut de Cevallos, en su obra *La Deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro*, manifiesta “*La obligación alimenticia se desprende del núcleo familiar, del parentesco, pues es lógico que toda persona necesitada, antes de pedir ayuda a un extraño, recurra en pos de ella a la familia de la cual forma parte.*”

Se trata en todo caso de un interés individual tutelado por razones de humanidad y como una manera de defender la familia y los lazos del parentesco. Algunos legisladores consideran que el fundamento de la obligación de alimenticia es la indigencia, lo cual es solo una condición más no la causa generadora de esta obligación, pues, de ser así, tendríamos también que considerar en forma correlativa la fortuna del obligado a darlo. Cuando por razones del parentesco y matrimonio los lazos sociales y efectivos se estrechan, surge la norma obligatoria reconocida por todos los códigos y pasa de un deber moral, de un derecho natural, a una obligación civil, que debe hacerse en forma justa equitativa. Surge la norma positiva que lo hace exigible y obligatorio. Este interés individual que lo constituye la obligación alimenticia, es protegido por el orden público, así en nuestra legislación tenemos que como excepción a las normas generales, en tratándose de alimentos, hay prisión por deudas, bajo la medida de apremio personal, embargo o retención de las remuneraciones del trabajo y otras disposiciones plasmadas en los diversos códigos y leyes.”¹⁶

Del análisis de esta autora se deduce que la obligación alimenticia, comprende la satisfacción de todas las necesidades humanas, a fin de que quien reciba, lleve una vida digna, acorde con la sociedad en que se desenvuelve.

La prestación de alimentos es una obligación de los progenitores, o en su parte de quienes hacen sus veces, y consiste en la dotación de medios para sus subsistencia digna de la persona humana, acorde con la capacidad económica de los responsables.

¹⁶ DE CEVALLOS, Seni Ruth: *La Deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro*, p. 23, 24

Como acertadamente ha dispuesto el legislador, la limitación, suspensión, privación o pérdida de la patria potestad, no constituye ninguna causa para negar la prestación de alimentos a los niños, niñas y adolescentes. La explicación tiene dos elementos: a) Porque la patria potestad en cualquier momento puede ser restituido a los progenitores; y, b) Porque una de las mayores responsabilidades de los padres es asegurar su subsistencia.

La prestación alimenticia la debe el padre y la madre juntos; la patria potestad la ejercen en conjunto, en consecuencia la obligación de pasar alimentos es responsabilidad de los dos. Los primeros obligados a prestar alimentos son los abuelos, decisión que la toma la autoridad competente, en este caso el Juez de la Niñez y Adolescencia, ya que se basa a un orden de encontrarse en el primer grado de parentesco en este caso subsidiario o sea que reemplaza al obligado principal. Los segundos obligados a prestar alimentos son los hermanos que hayan cumplido 21 años de edad y realicen alguna actividad económica que les permita auto sostenerse y ayudar a la familia, pero que no estén cursando los estudios superiores, y que no tengan ningún tipo de discapacidad que le impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismos. En tercer grado subsidiario de pagar alimentos se encuentran los tíos. En todos estos caso que comprobarse debidamente la ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad de los obligados principales, y que dicha obligación sea pagada por los abuelos, los hermanos y los tíos como orden precedente.

No en vano, en el plano efectivo, se dice que el amor de abuelo es más intenso con el nieto que con el hijo. Y nada más justo como efecto de este sentimiento,

también exista la obligación jurídica de contribuir con el nieto y más personas familiares cercanas. Finalmente el legislador ha escogido a los tíos para la prestación alimenticia, con seguridad siguiendo la explicación similar a la de los abuelos, pues la relación familiar entre tío y sobrino es, del mismo modo estrecha. Como se observa, la relación jurídica familiar se expresa con más fuerza en la prestación de alimentos y derecho a reclamarlos. La prestación de alimentos procede aún en los casos en que el alimentado y el obligado convivan bajo el mismo techo. La prestación es una carga impositiva u obligación que se debe a ciertas personas. Los progenitores y demás personas de acuerdo al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por la sola existencia de esta condición jurídica tienen la obligación de prestar alimentos a los menores de edad. La prestación de alimentos es sinónimo de deuda alimentaria.

Sobre la Prestación de alimentos Cabanellas citado por Fernando Albán Escobar, la define diciendo que es ***“La obligación impuesta por la ley a ciertos parientes a una o varias personas, a los cuales han de proporcionar lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, a demás de lo preciso para la existencia médica y farmacéutica, de acuerdo con las condiciones de quien la recibe y de los medios de quien debe. No admite compensación con otras obligaciones, ni puede constituir objeto de transacción. No cabe renunciar este derecho, ni cederlo por acto entre vivos, ni constituir derechos a favor de terceros ni ser embargada la suma en que consiste.”***¹⁷

El derecho a alimentos es la facultad que concede la ley a los niños, niñas y adolescentes y demás personas abuelos que por sí mismo no pueden sostenerse económicamente para recibir una determinada cantidad de dinero mensual fijada por el Juez competente con el fin de satisfacer la subsistencia diaria consistente en alimentos y bebidas, vestuario, educación, habitación, asistencia médica y

¹⁷ ALBAN ESCOBAR, Fernando: Derecho a la Niñez y Adolescencia, Primera Edición, Quito - Ecuador, 2003, p. 148

recreación. Entendido de esta forma el derecho de alimentos o el derecho de subsistencia del menor se entiende la verdadera importancia de esta institución jurídica uno de los mayores deberes de los progenitores y demás personas encargadas del cuidado del niño.

De acuerdo a ello, el Estado en cumplimiento de su deber de intervenir subsidiariamente en la atención de este tipo de situaciones, está obligado a proteger a los niños y adolescentes, cuando sus padres no puedan, o no quieren, darles esa protección; más aun si, como en este caso, la protección con la que actualmente actúan ellos se fundamenta principalmente en una fórmula injurídica, injusta, impráctica e inmoral, la prisión por deudas alimenticias, cuyos pagos fueron demandados al respectivo progenitor por sus propios hijos. La obligación de alimentar y educar al hijo es debido al vínculo jurídico que une a las dos personas y que consiste en la relación de parentesco establecido en la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente en primer grado que es el hijo. Esta obligación de alimentar y cuidar a los hijos constituyen derechos y deberes de los padres, y este no solo es un derecho y prerrogativa de los padres, sino, y muy fundamentadamente el cumplimiento de una obligación que les impone su condición de progenitores.

4.2.3. El examen de ADN y la presunción de inocencia.

En el proceso que se sigue por alimentos, se otorga la posibilidad de declarar la paternidad y maternidad del alimentante, pero más sucede, que cuando la madre no acude a realizar el examen de ADN, no existe la obligación a someterse a este

examen, por lo que se viola la presunción de inocencia, al declarar el Juez de la causa, la presunción de paternidad al demandado por el derecho a alimentos en dicha resolución.

Dr. Efraín Torres Cháves, señala en cuanto a la presunción de paternidad en la demanda de alimentos señala: *“Se trata, al poner en servicio la razón natural, a favor de una necesidad real e inmediata, para el hambre y más necesidades primarias de un niño que no puede esperar un trámite legal común y lento, como son los que se realizan en la justicia ordinaria del Ecuador.”*¹⁸

De esto se desprende una fijación de pensiones alimenticias provisionales. Pero para su cumplimiento el Juez no está facultado a disponer a su arbitrio, para ello deben aparecer del expediente indicios suficientes, es decir que por medio de la prueba documental o testimonial aparezcan la existencia de la paternidad o maternidad; precisos esto es, que en forma inequívoca y clara conste que el progenitor tiene esta calidad; y concordantes, es decir, que exista vinculación entre la existencia de la paternidad o maternidad y el presunto progenitor procesado.

También existe la importancia del examen de ADN, y de acuerdo a este examen existe el 99.9 % de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. En la fijación de alimentos el legislador ha facultado al Juez que en el momento de fijar el monto de la prestación de alimentos simultáneamente debe

¹⁸ TORRES CHÁVES, Efraín: Breves comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 100

declarar la paternidad y maternidad del o la demandada ordenado se inscriba en el Registro Civil correspondiente.

El examen de ADN debe de practicarse en la demanda de alimentos, y no por la ausencia de la actora, resolver la paternidad del demandado, sino que debe exigirse la posibilidad de que se sometan a este examen, y ello no ir en contra del debido proceso garantizado en la norma constitucional, y ello indica Mario Madrid-Malo Garizábal:

“El debido proceso es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeterlegem. Como las demás potestades del Estado, a la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan en sentido positivo y negativo a los servidores públicos. Estos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y sólo puede actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia; es el derecho a un proceso justo; a un proceso en el que no haya negación o quebrantamiento de los derechos que cada uno que tenga jurídicamente atribuido o asignado.”¹⁹

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material. Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.

Madrid-Malo cita a Fernando Velásquez en los siguientes términos: ***“...El debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso, que se aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la***

¹⁹MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario: “Derechos Fundamentales”, 3R Editores, Segunda Edición. Bogotá – Colombia, 1997, p. 146

libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho.”²⁰

Estimo que se trata efectivamente de un derecho fundamental, reconocido y garantizado en nuestra Constitución, y que tiene un ámbito de aplicación que desborda el campo estrictamente penal, y entra por ejemplo, al campo de alimentos en la legislación de menores. Vale la pena recordar que la responsabilidad civil consiste en la obligación jurídica que tiene un sujeto de Derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo, capaz o incapaz.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Análisis de las disposiciones relacionadas con la temática constante en la Constitución de la República del Ecuador.

En 1998, por primera vez en la historia constitucional del Ecuador, se introducen principios y normas específicos que establecen atención prioritaria y preferente a favor de los derechos de las mujeres, de los niños, de las personas con discapacidad, de las personas de la tercera edad, entre otros y, el compromiso del Estado para garantizarlos y protegerlos. Estas novedades tenían como antecedente, la aprobación por parte de nuestro país, de convenciones y protocolos internacionales sobre derechos humanos a favor de grupos específicos de la población que, por circunstancias de edad, sexo, discapacidad u otras, se encontraban en situación de vulnerabilidad para el ejercicio de sus derechos

²⁰MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario: “Derechos Fundamentales”, 3R Editores, Segunda Edición. Bogotá – Colombia, 1997, p. 51

humanos. La Constitución de 1998, desarrollaba estos principios y normas, dentro de los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

La actual Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R. O. N° 449 del 20 de octubre del 2008 desarrolla todo lo concerniente a los derechos de las personas en el Título II: Derechos. Esta Constitución divide este título en los siguientes capítulos:

- “1°. Principios de aplicación de los derechos*
- 2°. Derechos del buen vivir*
- 3°. Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*
- 4°. Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*
- 5°. Derechos de participación*
- 6°. Derechos de libertad*
- 7°. Derechos de la naturaleza*
- 8°. Derechos de protección.”²¹*

La primera gran diferencia de la nueva Constitución con la de 1998, es el abordaje de los derechos humanos en una clasificación novedosa, que se aparta de la clásica: derechos civiles, derechos políticos, derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos, que siguen el orden de primera, segunda y tercera generación. Desde mi óptica, este novedoso abordaje permite que la Constitución cumpla un papel didáctico, más fácilmente comprensible para los ciudadanos no entendidos en la ciencia del Derecho.

La actual Constitución de la República del Ecuador desarrolla los temas de derechos de la familia, derechos de la niñez, derechos de las personas mayores de 65 años y de aquellas con discapacidad y otros sectores vulnerables, en los

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011

capítulos “Derechos de Libertad” y “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”.

También debo acotar que, mientras la Constitución de 1998 sólo desarrolla principios y normas a favor de los niños, personas con discapacidad y personas de la tercera edad, la actual Constitución norma los derechos especiales de otros grupos de ciudadanos considerados de atención prioritaria, tales como jóvenes, migrantes y sus familias, mujeres embarazadas, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad.

En el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador consagra un principio de atención prioritaria en los siguientes términos: ***“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”***²²

Este artículo dispone atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado para 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. Aquí encontramos varias innovaciones: a) no se refiere al genérico niños y adolescentes para nombrar a las personas menores de 18 años sino que visibiliza a través del lenguaje, las diferencias y peculiaridades de niños, niñas, que son personas de ambos sexos menores de doce año, y adolescentes, que son las personas mayores

²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 35

de doce años y que no han cumplido la mayoría de edad; b) se refiere a “personas adultas mayores” para referirse a las personas mayores de 65 años a quien la Constitución de 1998 llamaba de la tercera edad, por cuanto es el término que, a nivel de las naciones del mundo, se usa para referirse a este grupo etario que quiere dignidad aún en la mención de su colectivo; en diversos foros, las personas mayores de 65 años han manifestado que, no quieren que se los llame ancianos ni personas de la tercera edad, por considerar esa denominación, peyorativa; c) introduce entre las personas de atención prioritaria a aquellas privadas de libertad; d) dispone que la atención prioritaria también la reciban personas víctimas de violencia sexual y no sólo de violencia doméstica, lo que amplía la posibilidad de atender a todas las víctimas de este flagelo, en cualquier sitio y circunstancia que se haya efectuado el delito; e) introduce la figura de “doble vulnerabilidad” para que personas con esta condición reciban una especial protección del Estado; se refiere, por ejemplo, a mujeres embarazadas y discapacitadas, adolescentes embarazadas, adultos mayores con discapacidad, entre otras condiciones.

Es necesario indicar que con esta disposición los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a que se les preste alimentos, por estar protegidos dentro de los grupos de atención prioritaria, pero también los adultos mayores se encuentra en el mismo nivel de protección especial de forma prioritaria en el ámbito público y privado, lo que significa que tanto los niños, niñas y adolescentes como los abuelos son protegidos y no pueden desmejorar la situación de ninguno por proteger a uno de ellos, es así que la prestación de alimentos que se les debe a los niños, niñas y adolescentes, deben ser cubiertos primeramente por los obligados principales y en ausencia de estos quienes asumen esta responsabilidad

son los abuelos, pero debe observarse que al momentos que se solicitan alimentos a los abuelos mayores de sesenta y cinco años de edad no vulneren sus derechos que les corresponde por estar protegidos y tener atención prioritaria como lo señala la Constitución de la República del Ecuador.

En cuanto a los procesos que se siguen a los abuelos mayores de sesenta y cinco años de edad, como obligados subsidiarios, es necesario indicar que casi nunca faltan los jueces o las juezas que, para satisfacer tan primerísima exigencia de la parte actora, están siempre prestos a precipitarse de inmediato a ordenar la prisión correspondientes en contra los abuelos mayores de sesenta y cinco años de edad como obligados subsidiarios, sin que se les importe para nada el mandato constitucional que desde el numeral 11 del Art. 77 de la Constitución de la República del Ecuador les indica: “***La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la prisión de libertad contempladas en la Ley.***”²³

Este artículo está dedicado a las garantías básicas que deben observarse en todo proceso penal, lo cual de paso vale para confirmar que en ningún proceso de alimentos puede ordenarse ninguna privación de la libertad, porque no es un proceso penal.

En cuanto a los derechos de niñas, niños y adolescentes, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 44/25 el 20 de noviembre de

²³CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 77

1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Nuestro país la aprobó legalmente el 23 de marzo de 1990, habiendo sido el primer país de América y el tercero en el mundo en así hacerlo. Esta es la Convención Internacional más votada puesto que ningún país, sin excepción ha dejado de hacerlo.

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 6 establece que: “**Todas las ecuatorianas y ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.**”²⁴

Principio de Corresponsabilidad.- La Constitución de la República del Ecuador se establece claramente que, el estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes para asegurar el ejercicio pleno de derechos. Hay que acotar que, aún después de casi 20 años de vigente la Convención de Derechos del Niño, hay personas del Ecuador y de otros países, que han manifestado su desacuerdo de que los temas de derechos de familia y niñez sean también responsabilidad del Estado y la sociedad.

Principio del Interés Superior de los niños.- Este principio, que es un principio de interpretación y aplicación de la ley, se mantiene en la actual Constitución que claramente establecen que los derechos de niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los de las demás personas.

El Art. 44 inciso 2 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: “**Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su**

²⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 6

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.”²⁵

La inclusión de esta norma nos permite apreciar:

a) Concuerda con las responsabilidades que madre y padre tienen respecto al cuidado, crianza, educación, alimentación, protección de los derechos de hijos o hijas, aún estando separados de ellos por cualquier motivo, de acuerdo a lo señalado en el Art. 69 de la Constitución, lo que va a servir de base al nuevo concepto de patria potestad, tenencia y derechos a mantener relaciones con los progenitores, que establece la Convención de los Derechos del Niño y el actual Código de Niñez y Adolescencia.

b) Refuerza los derechos ciudadanos de niños, niñas y adolescentes de acceder a la educación, a la salud, a las manifestaciones culturales, derechos desarrollados en otros capítulos del mismo Título II de la Constitución de la República del Ecuador;

c) Reconoce que la familia es el ambiente natural en el cual los niños, niñas y adolescentes van a aprender a socializar y el derecho de ellos a ser parte importante de la familia y de su comunidad;

²⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 44 inc. 2

d) Reconocen el derecho de niños, niñas y adolescentes al buen trato emocional, físico y espiritual, para dar base constitucional a algunos artículos del Código de Niñez y Adolescencia que norman las relaciones de los niños y su familia y a la Ley contra la violencia doméstica; y,

e) Siendo que sólo al Estado le corresponde utilizar políticas públicas, se evidencia el compromiso del Estado de proponer políticas públicas sociales dirigidas a apoyar a la familia para que cumpla sus fines o a suplir la falta de familia biológica con medidas de protección y, a coordinar y armonizar las políticas de las diversas entidades e instituciones del Estado a favor de los derechos de la niñez y adolescencia.

5. Protección de derechos de los no nacidos. Consiste en que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad.

En el artículo relativo al derecho a la inviolabilidad de la vida, la Constitución de la República del Ecuador ha quitado la mención “desde su concepción” y que esta exclusión debe entenderse como inducción a la permisión del aborto.

Es necesario señalar que, tanto la Convención sobre Derechos del Niño como la Constitución, reconocen la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en relación a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este controvertido artículo de la Constitución de la República del Ecuador, se regula el compromiso del Estado en relación a la vida de los niños y niñas

concebidos que están por nacer pero ninguno de los tres instrumentos jurídicos mencionados aborda el compromiso de la familia y la sociedad respecto a los niños y niñas por nacer, cuestión que no necesitaría estar normada en ley alguna sino que debería estar normada por el amor y la ética individual.

La Constitución de la República del Ecuador logra un mayor compromiso del Estado en relación a los derechos de la niñez, al introducir la frase “el cuidado y protección” como obligación del Estado para garantizar la vida de los niños y niñas desde su concepción, frase que es tomada de la Convención de los Derechos del Niño. Nunca antes la sociedad ecuatoriana reclamó porque se incluya el derecho a la vida desde su concepción en el texto constitucional porque está fuera de cuestionamiento que la ley penal ecuatoriana tipifica como delito y penaliza el aborto.

La Constitución en ningún artículo, instituye o permite el aborto. En todo caso, corresponde también a las familias y a la sociedad, tomar medidas para cuidar la vida de los niños y niñas por nacer, como por ejemplo, brindar amparo a las adolescentes embarazadas y no discriminarlas de los colegios o del seno familiar, no despedir de su trabajo a las mujeres cuando están embarazadas pues, aunque la ley diga lo que diga, nuestra sociedad discrimina a las adolescentes embarazadas, permitiendo aquello impedir el ejercicio de sus más elementales derechos. Como respuesta a esta mala práctica social, la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 43, introduce la obligación especial del Estado a favor de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, para garantizar que no sean discriminadas

en los ámbitos educativo, social y laboral, lo que permitirá sancionar a los que así actúan.

Pero tampoco es dable, en el supuesto que la ley permitiera el aborto, y por ello el hombre consienta e insinúe estas prácticas, que si fueran legales, éticamente son inmorales, evidenciando aquello a no tener sentimientos, e influye a desesperar a la mujer a cometer un error que en el futuro puede arrepentirse conllevando a que la mujer tenga problemas psicológicos, llevando su dolor toda la vida.

Por último, para quienes tengan duda, el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador establece en su inciso segundo que, “*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.*”²⁶

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, que es un tratado internacional ratificado por el Ecuador, permite una interpretación adecuada de este artículo.

Derechos específicos.- El Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador establece los derechos de supervivencia, desarrollo, integración y participación que están contenidos también en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y desarrollados en el Código de Niñez y Adolescencia.

²⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 424

Compromisos del Estado para asegurar a niños, niñas y adolescentes las garantías constitucionales. La Constitución en su Art. 46 va profundiza algunos principios de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que prescribe

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

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

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil.

El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

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

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

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

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

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

Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

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

9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.²⁷

8. Administración de Justicia.- En la Constitución de la República del Ecuador se especifica que no sólo debe haber una administración de justicia especializada de niñez y adolescencia sino que además, debe haber operadores de justicia capacitados en la doctrina de protección integral de derechos; este artículo establece la división de la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

4.3.2. Análisis crítico del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a quien se debe alimentos

El Código Civil al presentar la definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes, en el Art. 21, manifiesta: *“Llámesse infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”*²⁸

De acuerdo a esta definición, absolutamente clara, es menor de edad, al menos para el derecho ecuatoriano, todo el que aún no ha cumplido dieciocho años de

²⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 46

²⁸ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a enero del 2011, Art. 21

edad, y obviamente, es mayor de edad, quien ha cumplido dicha edad. Esto permite deducir, que para el legislador ecuatoriano, la edad en que un individuo alcanza la madurez física y psicológica suficiente para ser sujeto capaz de obligaciones y derechos es a los dieciocho años de edad. Este asunto varía en otras legislaciones, así por ejemplo en los Estados Unidos de América, la mayoría de edad se alcanza a los veintiún años.

Con este antecedente, debe observarse lo que al respecto manifiesta el Código de la Niñez y Adolescencia publicado en el Registro Oficial Nro. 737 del viernes 3 de enero del 2003, y vigente a partir del mes de julio del presente año, el que en su Art. 4, contiene el siguiente concepto: “*Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.*”²⁹

Los adolescentes son las personas que biológica y psicológicamente empiezan a experimentar los cambios que presupone el desarrollo entre la fase final de la niñez y la adultez, es decir, el proceso transformador del niño en adulto. El Código Civil, reconoce a los adolescentes como púberes o menores adultos.

En relación con este asunto, debe observarse primeramente que el Art. 389 del precitado Código de la Niñez y Adolescencia, no deroga de manera expresa el Art. 21 del Código Civil, y por lo tanto en nuestra legislación existirían evidentes diferencias en cuanto a la clasificación de los niños y adolescentes. El Código Civil, que reconoce como niños a todas las personas que no han cumplido siete

²⁹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Art. 4.

años, y como impúberes a las niñas que aún no han cumplido doce años y a los varones que aún no han cumplido catorce, y según el Código de la Niñez y la Adolescencia son niños, todos aquellos que no han cumplido doce años y adolescentes todos los individuos comprendidos entre doce y dieciocho años. Obviamente prevalece la ley especial.

Me parece, un tanto incoherente la clasificación de niños y adolescentes que realiza el Código de la Niñez y la Adolescencia, en virtud de que no responde estrictamente a las características antropogenéticas de los individuos que conforman la sociedad ecuatoriana, pues es evidente e innegable que no siempre, los cambios fisiológicos que marcan la frontera entre la niñez y la adolescencia no ocurren de manera genérica, para varones y mujeres, en el mismo período próximo a los doce años. Es claro, que al menos en lo que respecta al Ecuador, dichos cambios ocurren en torno a los doce años en la mujer, y a los catorce años en los varones, por lo que a mi modo de ver, resultaría mucho más adecuada la clasificación de púberes e impúberes a que se refiere el Art. 21 del Código Civil, y que debió haber sido considerada para los efectos del Código de la Niñez y la Adolescencia, sin embargo, por la naturaleza de este estudio, al hablar de niños y adolescentes, me remitiré estrictamente a los términos en que son clasificados por este último cuerpo legal.

En todo caso, a mi modo de ver, al surgir conflicto entre la clasificación de los menores de edad que realiza el Código Civil y la que se observa en el Código de la Niñez y la Adolescencia, necesariamente prevalecería la segunda, por tratarse de una ley cuyo objetivo esencial se orienta precisamente a garantizar los

derechos de los niños y adolescentes con carácter prevalente sobre los derechos de otras personas, conforme los establece la Constitución Política de la República del Ecuador.

El Art. Innumerado 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. No. 463, del 28 de julio del 2009, preceptúa: “*El presente Título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.*”³⁰

Esta disposición permite que el derecho a alimentos se regulará por las disposiciones señaladas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, todo cuanto fuere aplicable para los niños, niñas y adolescentes; y que para las demás personas que gozan de este derecho, no se regulará por las normas de este mismo cuerpo de leyes, sino que su sometimiento se normalizará por lo señalado en el Código Civil.

El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe “*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.*”³¹**

³⁰CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Art. innumerado 1

³¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 44

Esta disposición legal no especifica una atención como política de Estado, sino que va más allá, que su atención será compartida entre el Estado, la sociedad y la familia, esto con la finalidad de asegurar el pleno ejercicio de sus derechos. En cuanto a la naturaleza y principios de las políticas, la legislación establece en señalar el carácter obligatorio de las políticas, esta característica se encuentra plenamente recogida por nuestra Constitución.

El Art. 46 *ibídem* garantiza, por su lado, entre otras cosas ..., **“Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.”**³²; garantías que están en relación con los artículos 351, 352 y 355 del Código Civil, Ley Supletoria; con los artículos 1, 11 y 18 del Código de la Niñez y Adolescencia, en especial con el inciso segundo del 26 *ibídem*, que establece el derecho a **“Prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, a vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.”**³³, en suma el derecho a una vida digna.

El fundamento del derecho a alimentos que gozan los niños, niñas y adolescentes, se fundamentan en el derecho a tener una vida digna, es decir tiene que gozar las necesidades básicas en las que una persona pueda vivir con decencia y decoro, considerados como servicios básicos que aseguren la alimentación nutritiva,

³² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Art. 46

³³ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Legislación Codificada, Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, septiembre - 2011, Art. 26 inciso 2.

equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, a vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.

La Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. No. 463, del 28 de julio del 2009, es su artículo 5, prescribe que los abuelos son los primeros obligados subsidiarios a prestar alimentos, sea pagada o completada, “*en atención a su capacidad económica y siempre y cuando no se encuentren discapacitados.*”³⁴

Esta disposición legal, determina como obligación subsidiaria de pagar alimentos a niños, niñas y adolescentes, hasta 21 años, a tres grupos de personas como son abuelos, hermanos y tíos.

En cuanto a los hermanos estos deben pagar alimentos si es que no se encuentran cursando los estudios superiores, o que padezcan de una discapacidad o sus circunstancias físicas y mentales les impida o dificulte procurarse los medios para subsistir por sí mismas. En cuanto a los abuelos como obligados subsidiarios señala el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia a todos en general, no existiendo circunstancia alguna para los casos en que no deban prestar alimentos.

Y más aun deben observarse los derechos de los abuelos mayores de sesenta y cinco años de edad, ya que con los niños, niñas y adolescentes, estos constituyen

³⁴CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Legislación Codificada, Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, septiembre - 2011, Art. 5

grupos de atención prioritaria, por lo que el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador los considera como tales, que recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en la que se deben sacar a los abuelos como obligados subsidiarios en la prestación de alimentos.

Es así que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia debe señalar que son obligados los abuelos, no como primera prioridad, sino todo lo contrario como último recurso, debe observarse la edad en que están incursionados los abuelos, que al momento de prestar alimentos ellos estén o tengan un trabajo estable y suficiente, porque al señalar en atención a su capacidad económica, no significa que tengan dicha capacidad cuando ellos por lo general viven de una pensión y no de un trabajo, que los abuelos por circunstancias de su vejez, porque ellos generalmente entran, a un grupo de personas que tienen derechos especiales por ser junto con los niños, niñas y adolescentes grupos de atención prioritaria, que necesitan de una atención especial.

Al señalarse la obligación de dar alimentos, como primera prioridad a este grupo de personas, va en contra los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 36 que les garantiza una atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado; y, de sus derechos específicos consagrados en la Ley del Anciano, porque en ella se garantiza una existencia digna que permita su desenvolvimiento normal como elementos útiles a la sociedad, en la que ellos tienen derecho de recabar alimentos de otras personas, bajo la denominación de prestación de alimentos, que por ley tiene el carácter genérico de contribuir con una pensión alimenticia, para satisfacer su situación de

cubrir sus más elementales necesidades, situación que deja entrever que al ser considerados obligados subsidiarios, existe un vacío legal, considerándose un verdadero problema social, por la tutela efectiva del principio de humanidad, y de interés de atención prioritaria de las personas adultas y adultos mayores, respecto a su subsistencia, habitación, salud, vestuario, asistencia médica y recreación.

Es así que los abuelos mayores de sesenta y cinco años de edad no deben ser considerados obligados subsidiarios, por la violación de sus derechos, al ser considerados y tratados dentro de las garantías en la Constitución como grupos que merecen una atención especializada tanto en el ámbito público como privado.

Al dictarse medidas cautelares a las abuelas y los abuelos, se ha confundido sin pudor alguno de la responsabilidad civil con la responsabilidad de carácter personal, con la agravante de que ni siquiera los padres respectivos, que son los obligados originales y directos de estas deudas, tienen la tal responsabilidad como medida cautelar de carácter personal. El endoso del sufrimiento de la prisión ajena, constituye una norma jurídica, que viola los principios más elementales del Derecho.

Existe un principio general del Derecho Universal que actualmente nadie en su sano juicio discute, que es el que toda persona responda por sus propias acciones u omisiones, salvo el caso que la ley declara jurídicamente incapaces, como los infantes. Ese principio ejerce la rectoría del tema que en Derecho se conoce con el nombre de la responsabilidad jurídica, cuyo desarrollo conduce finalmente a la identificación de las consecuencias de esa responsabilidad; para lo cual es

imprescindible advertir que ese desarrollo impone el reconocimiento previo de que existen dos vertientes generales de esa responsabilidad, a saber.

El Art. 362 del Código Civil prescribe que: “*El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.*”³⁵

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

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

Sin embargo, según lo dispuesto en el Art. Innumerado 3 del Título V, del Libro II de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, cuando las pensiones alimenticias se hayan convertido en una deuda por falta de pago o

³⁵ CÓDIGO CIVIL: Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2011, Art. 362.

no se hayan ejecutado las acciones que permiten el referido Código, tales deudas alimentarias si podrán ser compensadas, transmitidas activa o pasivamente a los herederos y hasta prescribir. El Art. 2415 del Código Civil en cuanto se refiere al tiempo para la prescripción extintiva dice que: “*Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.*”³⁶ La acción ejecutiva se convierte en ordinaria en el lapso de cinco años; en cuyo caso se preceptúa solamente otros cinco para ser exigible por la vía judicial luego se convierte en una obligación natural.

4.3.2.1. Beneficiarios del derecho a alimentos.

Los beneficiarios del derecho a pedir alimentos se hallan establecidos en el Art. 4 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, señala que: “*Tienen derecho a reclamar alimentos:*

1. Las niñas, niños 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 y carezca 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 mismos, conforme conste del respectivo certificado emitido por el Consejo Nacional de Discapacidades CONADIS, o de la institución de salud que hubiere conocido del caso que para el efecto deberá presentarse.”³⁷

³⁶CÓDIGO CIVIL: Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2011, Art. 2415 inciso 1

³⁷CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril - 2010, Art. innumerado4

Los niños, niñas y adolescentes no emancipados, como se conoce, la emancipación pone fin de la patria potestad de los menores. Pero según nuestro legislador la emancipación voluntaria solo procede con los menores adultos, esto corresponde a los adolescentes comprendidos desde los 16 años y menores a dieciocho años, quienes pueden “disfrutar” de la libertad y responsabilidades que conlleva tal emancipación. Dentro de esta primera categoría de titulares del a pedir alimentos, los niños y niñas podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal; mientras que los adolescentes podrán ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos.

La emancipación legal de niños, niñas y adolescentes puede producirse por alguna de las causales establecidas en el Art. 310 del Código Civil y son las siguientes: ***“1.- Por la muerte del padre, cuando no existe madre; 2.- Por el matrimonio del hijo; 3.- Por la sentencia que da la posesión de los bienes del padre o madre ausente; 4.- Por haber cumplido la edad de dieciocho años.”***³⁸ La emancipación judicial en cambio se produce por sentencia del Juez, si ambos progenitores estuvieren incurso en alguna de las causas detalladas en el Art. 311 *ibídem*.

Los adultos hasta la edad de veintiún años, si se encuentran cursando estudios superiores que les impidan o dificulten el dedicarse a alguna actividad productiva y carezcan de recursos propios, por regla general se deben alimentos a los menores de dieciocho años. Cumplida la mayoría de edad, sin embargo esta prestación alimenticia se expande hasta la edad de 21 años del alimentado bajo

³⁸CÓDIGO CIVIL: Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2011, Art. 310.

dos condiciones: a) Que acredite estar cursando en la Universidad o cursos superiores; b) Que por esta circunstancia se ve imposibilitado de sostenerse económicamente por su cuenta.

Esta obligación legal es más que acertada por que el hecho de cumplir dieciocho años de edad no significa de ningún modo que la persona está en condiciones de auto sostenerse. Por el contrario, considero que él o la joven requieren de una mayor ayuda de progenitores, parientes y demás personas que se hallan bajo su cuidado para ayudarles a terminar una carrera profesional. Esta obligación moral debería también ser asumida por el Estado ecuatoriano, especialmente con alumnos que demuestran dedicación y deseos de superación personal.

Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos, esta tercera y última titularización para reclamar alimentos es humana y solidaria. Ninguna persona por más que haya cumplido la mayoría de edad o se halle en una situación económica ventajosa está exenta de algún acontecimiento futuro e incierto que le impida desarrollar sus actividades cotidianas. La desgracia de un momento a otro puede invadirle y por algún caso fortuito, negligencia, imprudencia, etc. quedarse en estado de postración física y mental. En esta situación es ineludible plegar y moralmente, socorrerle al menos para sus subsistencia o sobrevivencia.

Los titulares del derecho a pedir alimentos por esta razón no son pocos. Todo lo contrario, hoy que han aumentado los accidentes de tránsito, la mayoría de las personas que tienen suerte de sobrevivir quedan minusválidos y no pueden por si

mismos sostenerse peor aún sostener a su familia. Por ello me parece acertada la decisión del legislador sobre esta titularización.

4.3.2.2. Procedimientos, Medidas de Protección.

Para garantizar los derechos de la infancia y adolescencia el Código de la Niñez establece que se deben tomar medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas para dar efectividad a los derechos declarados. Estas obligaciones se establecen de manera general en el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia al que se lo define en el Art. 190 como:

“...un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos; sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos jurídicos internacionales.”³⁹

Estos objetivos del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, no protegen cabalmente los derechos de la niñez y adolescencia, porque hasta el momento no hay una coordinación, por ejemplo entre municipios y Consejos de la Niñez y Adolescencia, esto se debe a que no existe suficiente presupuesto para cumplir con las políticas y objetivos de que tienen cada institución, por lo que se hace necesario apoyo económico

³⁹CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Art. 190.

gubernamental para garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia. El Código de la Niñez y Adolescencia, su protección necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital a un proceso y su terminación obvia su existencia directa de todas las clases de derechos declarados, inclusive de los económicos, sociales y culturales, para esto se puede identificar, entre otras medidas, tres procedimientos principales: el procedimiento contencioso general, la acción judicial de protección y el procedimiento administrativo de protección de derechos.

Generalmente se dividen a los procedimientos en administrativos y jurisdiccionales. El primero se encuentra en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Libro III que trata del Sistema Nacional de descentralización de protección integral de la Niñez y adolescencia, Título VIII del Procedimiento Administrativo de protección de derechos del Art. 235 al 244. Y los procedimientos Jurisdiccionales en el mismo Libro del Título X de la Administración de Justicia de la Niñez y Adolescencia del Art. 255 al 293, estos son:

a) Los procedimientos administrativos son lo que se llevan frente a los órganos locales de protección, se caracterizan por preservar todas las garantías del debido proceso y ser sumamente rápidos.

b) Los procedimientos judiciales se establecen para protección de derechos difusos o para casos de incumplimiento de las medidas de protección resueltas por

los órganos administrativos de protección. Estos procedimientos son generalmente orales, rápidos y rodeados de todas las garantías constitucionales.

c) Otros procedimientos son los vinculados a los derechos de familia, por ejemplo alimentos, tenencia, generalmente existe un procedimiento único con rasgos especiales para algunas causas.

El Código de la Niñez y Adolescencia establece una serie de principios específicos, estos además de los contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales, que rigen la actuación del sistema nacional descentralizado, por tanto de las jueza y los jueces de la niñez y adolescencia y de las juntas cantonales de protección de derechos.

El artículo 191 establece los siguientes principios aplicables a las juntas y a los jueces: legalidad, economía procesal, motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional, eficiencia y eficacia.

En los artículos 256 y 257 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se establecen los principios rectores específicos que rigen la actuación de la administración de justicia especializada: humanidad en la aplicación del derecho, priorización de la equidad por sobre la ritualidad del enjuiciamiento, legalidad, independencia, gratuidad, moralidad, celeridad y eficiencia, inviolabilidad de la defensa, contradicción, impugnación, intermediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 11 y 258, del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en todo procedimiento, judicial o administrativo, la jueza o el Juez o la autoridad competente, debe velar porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente y se debe escuchar su opinión. .

El artículo 3 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece el principio de supletoriedad general formulado en los siguientes términos: ***“En lo no previsto expresamente por este Código se aplicarán las demás normas del ordenamiento jurídico interno, que no contradigan los principios que se reconocen en este Código y sean más favorables para la vigencia de los derechos de la niñez y adolescencia.”***⁴⁰

Este principio de supletoriedad, como lo señala el Dr. Efraín Torres Cháves en su obra Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, ***“es universal para llenar los vacíos que en toda ley puedan presentarse. Este se concreta en que a falta de normas explícitas se aplican las previstas en otras genéricas.”***⁴¹

Este principio de supletoriedad, considero que es fruto de la filosofía que ha inspirado el Código de la Niñez y Adolescencia, en que la ley genérica suple por la ausencia legal que se encuentre en este Código.

Los procedimientos administrativos de protección de derechos, no es exclusivo de los organismos administrativos de protección de derechos (las juntas cantonales

⁴⁰ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Art. 3.

⁴¹ TORRES CHÁVES, Efraín: Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, p. 3

de protección de derechos), este es el procedimiento pertinente para que las juezas y los jueces de la niñez y adolescencia conozcan y resuelvan las medidas administrativas de protección, tanto las contenidas en el Libro Primero, como las del Libro Tercero.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 235 del Código de la Niñez y Adolescencia tres son los asuntos para los que este procedimiento es el adecuado: ***“a) La aplicación de medidas de protección cuando se ha producido una amenaza o violación de los derechos individuales o colectivos de uno o más niños, niñas o adolescentes; b) el conocimiento y sanción de las infracciones sancionadas con amonestación; y, c) el conocimiento y sanción de las irregularidades cometidas por las entidades de atención.”***⁴²

En la aplicación de medidas de protección, este procedimiento se encuentra dirigido exclusivamente a la toma de medidas administrativas de protección contenidas en los artículos 79, 94 y 217 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que las medidas judiciales de protección y todos los temas contenidos en el Libro Segundo de la Ley se tramitan con procedimiento contencioso tipo ante las juezas y los jueces de la niñez y adolescencia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 271.

De igual forma el procedimiento adecuado para la protección de derechos colectivos o difusos es la acción judicial de protección, esto por lo determinado en el artículo 264, que tiene por objeto obtener un requerimiento judicial para la protección de estos derechos, consistente en la imposición de una determinada conducta de acción u omisión, dirigido a la persona o entidad requerida, con las prevenciones establecidas en la Ley.

⁴²CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Art. 235.

El Art. 95 numeral 1 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sanciona con amonestación para el caso de violación a las disposiciones sobre trabajo, ya que la otra sanción de amonestación es para las entidades de atención, sin embargo la competencia específica para sancionar a las entidades de atención corresponde a los organismos que aprobaron su funcionamiento.

El artículo 213 contiene las sanciones aplicables a las entidades y a los programas de atención: amonestación escrita y plazo para superar la causa que motiva la sanción; multa de quinientos a cinco mil dólares, que se duplicará en caso de reincidencia; suspensión de funcionamiento, por un período de tres meses a dos años; cancelación de uno o más programas; y, cancelación de la autorización y registro.

4.3.2.3. Medidas por falta de prestación de alimentos.

En el Art. Innumerado 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia indica que *“El presente título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.”*⁴³

En este título se aplican, las medidas adecuadas para la prestación de alimentos que se deben a los niños, niñas y adolescentes, y a falta de alguna norma se

⁴³CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril - 2010, Art. innumerado 1

aplicarán en lo que respecta a las disposiciones del Código Civil. Entre las medidas a aplicarse tenemos los apremios personales y los apremios reales.

4.3.2.4. Apremio Personal.

El Art. Innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, sobre el apremio personal expresa:

“En caso de que el padre o madre incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias, el Juez/a a petición de parte y previa constatación mediante la certificación de la respectiva entidad financiera o del no pago, y dispondrá el apremio personal hasta por 30 días y la prohibición de salida del país. En caso de reincidencia el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta por un máximo de 180 días.

En la misma resolución en la que se ordene la privación de libertad, el Juez/a ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda la declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado/s, por parte de quien solicita dicha medida.

Previo a disponer la libertad del alimentante moroso, el Juez/a que conoció la causa, realizará la liquidación de la totalidad de lo adeudado y receptorá el pago en efectivo o cheque certificado. Pagada la totalidad de la obligación, el Juez/a dispondrá la libertad inmediata.

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

Similar procedimiento se cumplirá cuando el obligado haya dejado de pagar dos o más obligaciones asumidas mediante acuerdos conciliatorios.”⁴⁴

El apremio personal ha existido siempre como una forma de existencia judicial en el pago de las pensiones alimenticias. Lamentablemente en la mayoría de los casos, toca recurrir a esta medida coercitiva con el fin de que el alimentante cumpla con su obligación, ya que voluntariamente si no ha cumplido con la

⁴⁴CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril - 2010, Art. innumerado 22

obligación, la cumpla por la amenaza de su privación de libertad y en otros casos extremos obtener la misma. El apremio personal se pide y se concede, como una medida coercitiva, si el alimentante incumple con sus obligaciones.

Uno de los desaciertos que encuentro dentro de la dogmática jurídica, es la confusión del legislador entre ‘apremio’ y ‘arresto’, medidas graves ambas, de diferente entidad jurídica con el ‘allanamiento del lugar’, ‘prohibición de salida del país’ y una posible ‘prisión perpetua’, hasta que pague de modo íntegro lo adeudado por un año o más de alimentos.

En el primer inciso del Art. 22 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia se establece el apremio personal en el caso de no pago de dos o más pensiones y más abajo dice, que el primer apremio será de hasta 30 días, pero en caso de reincidencia por el no pago de las pensiones de alimentos, el apremio personal se extenderá por 60 días más y hasta un máximo de 180 días.

La aplicación de apremios personales frente al incumplimiento de pago de pensiones, establecidas en las Reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicado en el Suplemento del R. O. Nro. 643 del 28 de julio del 2009, lamentablemente no busca alternativas para hacer de la prisión la excepción y no la norma. Quizá sea porque en la práctica esta sanción ha resultado ser eficaz para aquellos casos de excepción en los que se incumple. Por ello parece exagerado 30 días para el caso de no pago y en caso de reincidencia una extensión

por 60 días más y hasta 180 días. En estos casos la norma resulta ineficaz para el fin perseguido y se queda simplemente en lo punitivo.

Sobre la base de la información constante en la tarjeta de pago de la cual aparezca que el deudor no ha pagado dos o más pensiones alimenticias, el actuario del juzgado sentará la razón en este sentido, correspondiéndole al Juez, conforme a esta disposición legal, ordenar el apremio personal, la potestad de ordenar el allanamiento del lugar en donde se halle el deudor con el fin de arrestarlo.

Tan solo el peticionario deberá declarar bajo juramento indicando que se halla oculto en tal lugar. El plazo mínimo de la privación de la libertad es de treinta días, sin embargo, cuando el deudor sea reincidente este plazo se extenderá hasta un máximo de ciento ochenta días. Naturalmente si el prestador satisface lo adeudado incluyendo los gastos que hayan demandado el apremio personal y el allanamiento antes de las fechas prefijadas puede recobrar su libertad. Si como forma de la prestación alimenticia se constituyó usufructo, uso o habitación, percepción de pensiones alimentarias, depósito de una suma de dinero u otra forma similar, el deudor está obligado a solucionar la falta de pago, lo cual en mi opinión permite una efectiva protección del menor de edad.

La prohibición de salida del país, como lo señala el Art. 20 de la Ley reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es una medida coercitiva que forma parte del apremio personal con el fin de evitar que el alimentante abandone el país sin que previamente otorgue garantía personal o real suficiente y a satisfacción del Juez; al respecto esta disposición dispone que:

“En caso de incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, el Juez/a dispondrá la prohibición de salida del país del deudor/a y su incorporación en el registro de deudores que el Consejo de la Judicatura establecerá para el efecto. El registro de deudores de la jurisdicción que corresponda, se publicará en la página Web del Consejo de la Judicatura y este a su vez remitirá el listado a la Superintendencia de Bancos y Seguros para la incorporación de los deudores en el Sistema de Registro o Central de Riesgos. Una vez cancelada la obligación el juez o la jueza dispondrá tanto al Consejo de la Judicatura como a la Superintendencia de Bancos la eliminación del registro.”⁴⁵

La esencia del arraigo es la misma de la prohibición de salida del país, con la diferencia de que esta medida coercitiva se la aplica a los extranjeros. Más, es un tecnicismo jurídico ya que no existe ninguna diferencia intrínseca entre prohibición de salida del país y arraigo.

4.3.2.5. Apremio Real.

El Art. 26 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia señala: *“Para asegurar el pago de la prestación de alimentos, el Juez/a podrá decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código de Procedimiento Civil.”⁴⁶*

Esta disposición se remite a los Arts. 924, 925 y 932 del Código de Procedimiento Civil para compeler al depósito o pago de alimentos, se resumen así:

- Los apremios son medias coercitivas de las que se vale un juez para que sean obedecidas sus providencias:

⁴⁵ CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril - 2010, Art. innumerado 20.

⁴⁶ IBIDEM, Art. innumerado 26

- Hay apremio personal, cuando se lo aprehende y se conduce a una persona para que cumpla la orden del juez/a;
- Es apremio real cuando se cumple aprehendiendo las cosas o ejecutando los hechos a que ella se refiere;
- Los apremios se ejecutan por el alguacil, respaldado por la policía;
- El apremio desemboca en la retención de las cosas, solamente en la devolución de procesos, para ejecutar providencias urgentes, para realizar depósitos, para cumplir una posesión provisional, para aseguramiento de bienes, para que se proporcionen alimentos forzosos; y,
- El Art. 928 del Código de Procedimiento Civil en su penúltimo inciso señala que ***“Si el apremiado no cumple inmediatamente con lo que el juez/a hubiese dispuesto, será puesto a disposición del fiscal.”***⁴⁷, la resolución del Juez/a de ponerlo a orden del Fiscal se refiere en los casos hacia la devolución de procesos o para ejecutar providencias urgentes, como depósito, posesión provisional, aseguración de bienes, arraigo y las demás que estén expresamente determinadas en la ley.

El apremio real es una medida coercitiva en virtud de la cual se aprehende otras cosas de propiedad del deudor cualquiera sea su naturaleza. El apremio real, de acuerdo al Art. 925 del Código de Procedimiento Civil, se produce cuando ***“la orden judicial puede cumplirse aprehendiendo las cosas, o ejecutando a que ella se refiere.”***⁴⁸ Este apremio real se ejecuta a través del embargo, el secuestro y la retención.

⁴⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, 2011, Art. 928

⁴⁸ IBÍDEM, Art. 925

El embargo es una figura jurídica de aplicación del apremio real por el cual el moroso de la prestación alimenticia al incumplir con el mandamiento de pago dictado por el Juez/a competente, dispone la aprehensión de bienes raíces o muebles entregándolos al depositario judicial quedando a disposición de éste. Embargados aquellos se procederá conforme las normas establecidas para ejecutar la sentencia en los juicios ejecutivos. Embargo que no alcanza aquellos bienes puntualizados en el numeral primero del Art. 1634 del Código Civil. Estos son:

“No son embargables: Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores. La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que deba el Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas. Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debidos por ley.”⁴⁹

La retención se hará notificando a la persona en cuyo poder estén los bienes que se retengan, para que ésta, bajo su responsabilidad, no pueda entregarlos sin orden judicial. Se entenderá que la persona en cuyo poder se ordena la retención, queda responsable, si no reclama dentro de tres días.

Si el tenedor de los bienes se excusa de retenerlos, los pondrá a disposición del Juez, quien, a su vez, ordenará que los reciba el depositario. La retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de la misma hasta el pago de lo debido por razón de ella. No figura privilegio, sino una prenda constituida unilateralmente, al amparo de un derecho reconocido por ley.

⁴⁹ CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, 2011, Art. 1634

Tanto el apremio personal como el apremio real también pueden cesar cuando el prestador rinda suficiente garantía o fianza. Pero ésta tiene que otorgarse a satisfacción del Juez, cuya responsabilidad es la de proteger el derecho a la subsistencia o sobrevivencia del niño, niña o adolescente.

El Art. 27 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia dispone “Art. 27.-Cesación de los apremios.- La prohibición de salida del país y el apremio personal a los que se refieren los artículos anteriores podrán cesar si el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por el Juez/a. En el caso de garantía personal, el garante o fiador estará sujeto a las mismas responsabilidades y podrá ser sometido a los mismos apremios que el deudor principal.

Los demás apremios e inhabilidades sólo cesarán con la totalidad del pago adeudado y sus respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado.”⁵⁰

La cesación del apremio, significa la suspensión de esta medida de carácter cautelar, que ha dictado un juez/a, en este caso de la Niñez y Adolescencia y ésta termina cuando el alimentante ha prestado una garantía personal que puede consistir en una hipoteca de una casa o el usufructo de la misma, puede ser del garante o fiador, que al momento de constituirse como tales tienen las mismas responsabilidades que el alimentante principal, que en caso de incumplimiento del pago de alimentos se les puede dictar las mismas medidas de carácter cautelar personal como si fueran por principales alimentantes.

⁵⁰CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Corporación de Estudios y Publicaciones, abril - 2010, Art. innumerado 27

4.3.3. Análisis del Código Civil en lo referente a alimentos

El Art. 349 del Código Civil establece los alimentos que se debe por Ley a ciertas personas:

“Se deben alimentos:

1o.- Al cónyuge;

2o.- A los hijos;

3o.- A los descendientes;

4o.- A los padres;

5o.- A los ascendientes;

6o.- A los hermanos; y,

7o.- 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 los 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.”*⁵¹

El Código Civil en el artículo 349 imperativamente dispone que se debe alimentos al cónyuge, a los hijos, a los descendientes, a los padres, a los ascendientes, a los hermanos y al que hizo una donación cuantiosa, si no hubiere sido rescindida o revocada. Los alimentos que se deben por Ley se entienden concebidos para toda la vida del alimentario y su derecho de petición no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse, ni cederse o renunciarse.

A quien se demanda alimentos ya sean a los padres, a los hijos, al cónyuge, a los ascendientes, a los hermanos, o a quienes hicieron una donación cuantiosa, tiene un carácter declarativo que por el parentesco se lo declara apto para obligar al deudor, pero también es una cuestión determinativa de la pensión alimenticia

⁵¹ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 349

adecuada y una condena en el cual se impone al deudor la prestación y asegura la vía ejecutoria del acreedor.

El Art. 362 del Código Civil prescribe que: “*El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.*”⁵²

Es irrenunciable, es decir queda merced a este principio que beneficiarios renuncie al derecho a alimentos. Los progenitores, tutores, parientes o terceras personas bajo las causas se halle su cuidado, no deben ni pueden renunciar a este derecho. Cualquier estipulación que signifique renuncia se tendrá por no existente o será de nulidad absoluta. La Ley prohíbe que exista renuncia al derecho de los alimentos, que en mucho de los casos se puede llegar en un momento determinado es aún acuerdo sobre el monto y la forma en que se darán los alimentos, la misma que debe ser aprobada por la autoridad competente.

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

⁵² CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 362

No podrán compensarse el derecho de alimentos en general, entre otras obligaciones porque no constituye una obligación ni líquida, ni pura, ni de plazo vencido, sino precisamente lo contrario, que debe determinarse su monto, porque se determina las circunstancias económicas de las partes litigantes. No se admite reembolso de lo pagado, cuando se haya fijado una pensión alimenticia provisional y posteriormente se lo deje sin afecto aún por orden judicial o voluntariamente, el alimentado no está obligado de devolver el dinero recibido por este concepto. Es decir no está permitido ni cobro por parte del alimentante ni pago de lo recibido por el alimentado.

El Art. 2415 del Código Civil en cuanto se refiere al tiempo para la prescripción extintiva dice que: “*Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco.*”⁵³

Las personas de cualquier edad que no estén en condiciones físicas o mentales de procurarse los medios para subsistir por sí mismos, esta tercera y última titularización para reclamar alimentos es humana y solidaria. Ninguna persona por más que haya cumplido la mayoría de edad o se halle en una situación económica ventajosa está exenta de algún acontecimiento futuro e incierto que le impida desarrollar sus actividades cotidianas.

⁵³ CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2011, Art. 2415

La desgracia de un momento a otro puede invadirle y por algún caso fortuito, negligencia, imprudencia, etc. Quedarse en estado de postración física y mental. En esta situación es ineludible plegar y moralmente, socorrerle al menos para sus subsistencia o sobrevivencia. Los titulares del derecho a pedir alimentos por esta razón no son pocos. Todo lo contrario, hoy que han aumentado los accidentes de tránsito, la mayoría de las personas que tienen suerte de sobrevivir quedan minusválidos y no pueden por sí mismos sostenerse peor aun sostener a su familia. Por ello, me parece acertada la decisión del legislador sobre esta titularización.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay.

El Art. 201 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay sobre la no comparecencia del presunto padre o madre señala: *“Si citado por segunda vez y bajo apercibimiento, el presunto padre o la presunta madre no comparece en autos, el Juez competente pondrá esta circunstancia en conocimiento del Ministerio Público quien podrá proponer dos o más personas idóneas para que entre ellos se elija el curador “ad litem” del menor, quien instaurará y proseguirá la acción. Las citaciones previstas en el inciso anterior serán con plazo de diez días.”*⁵⁴

Esta disposición trata de la no comparecencia del presunto padre o presunta madre, pues se otorga una segunda oportunidad, para que en esta, el juez competente elija hasta mientras un curador ad litem y puedan representar a los

⁵⁴ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE URUGUAY, Ley 17.823, <http://archivo.presidencia.gub.uy/ley/2004090801.htm>

menores y seguir con las acciones de la investigación de la paternidad o maternidad.

4.4.2. Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay.

El Art. 183 del Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay señala ***“En las acciones de reconocimiento de la filiación de un niño concebido dentro del matrimonio o fuera de él, así como de contestación o desconocimiento de ella, se seguirán los trámites del proceso de conocimiento sumario previsto en el Código Procesal Civil, salvo en lo relativo a la prohibición de presentar alegatos, para lo cual se establece un plazo de seis días comunes.”***⁵⁵

En este caso la filiación de un niño se resuelve a lo señalado en el Código Procesal Civil, esta es una regla general, tal es el caso del Ecuador que la declaración de la filiación se resuelve a lo señalado a las normas del Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. Esto haciendo una referencia con la declaración de la paternidad o maternidad de un hijo, pero para el caso de alimentos el Art. 184 del Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay indica:

“La prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otras pruebas científicas equivalentes serán consideradas preferencialmente. En caso de renuencia de someterse a la misma, la oposición deberá considerarse como presunción de paternidad o maternidad. El Poder Judicial arbitrará los medios necesarios para facilitar la realización de dichas pruebas y por acordada reglamentará este artículo.”⁵⁶

El Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay, permite que se lleve a cabo las pruebas de ADN, que puede ser utilizado para la filiación de un menor de edad

⁵⁵ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PARAGUAY, http://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Paraguay.pdf

⁵⁶ IBÍDEM

o un hijo. Tal como se señala en nuestro Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador quien se negare a someterse a las pruebas de ADN, deberá declararse su paternidad o maternidad, pero con la diferencia que en la legislación paraguaya el Poder judicial se le ha dado la facultad que por todos los medios se faciliten la realización de estas pruebas, simbolizando aquello que si la madre no quiera someterse a la prueba pericial de sangre de ácido desoxirribonucleico el Poder Judicial buscará todos los medios para que la madre se someta a estas pruebas, mientras que en la legislación del Ecuador indica que la ausencia a someterse a las pruebas se declarará la paternidad o maternidad y nada más, sin que se busque los medios adecuados para que no exista violación de los derechos de las partes con el fin de se lleve a cabo las pruebas de ADN.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales utilizados.

El desarrollo de la presente investigación, empecé con la recolección de bibliografía relacionada al tema de investigación, seguido de la selección meticulosa de los diferentes temas y contenidos que interesen para el desarrollo y conformación del marco teórico, tomando como referentes una serie de autores y publicaciones, así como doctrina y jurisprudencia, y aplicado a la investigación de campo, técnicas que me sirvieron para analizar la problemática de estudio, que me dieron la pauta para su elaboración, entre los cuales analicé la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal, Jurisprudencia y otros cuerpos legales, así como obras que tuvieron relación con el presente tema a investigarse.

5.2. Métodos.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación me he permitido utilizar varios métodos, los cuales han coadyuvado para llevar a concretar una propuesta siendo éste el objetivo principal de la investigación; entre los métodos utilizados: El Método Inductivo, Analítico y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método deductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

La información empírica, se obtuvo de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto de la obligación de prestar alimentos. Así como deben observarse los derechos de los demandados, ya que el Código de la Niñez y Adolescencia privilegia a las madres como actoras en los juicios de alimentos.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.3. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción estuvo establecido en que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas del ADN, violando la presunción de inocencia del demandado, debiéndose establecer de hecho la no paternidad del mismo.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de treinta personas para las encuestas aplicada en la ciudad de Quito; técnica que se planteó cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores, las entrevistas de aplico a profesionales y funcionario del Distrito Judicial de Pichincha; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma al Art. Innumerado¹⁰ del Título V, del Libro II de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como el arribo de a las conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica de reforma.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta.

En la aplicación a la encuesta, se lo ha planteado en un número de treinta abogados en libre ejercicio profesional, cuyos resultados se ha creído conveniente graficarlos, y su análisis e interpretación constan a continuación:

Pregunta Nro. 1

¿Considera usted que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad?

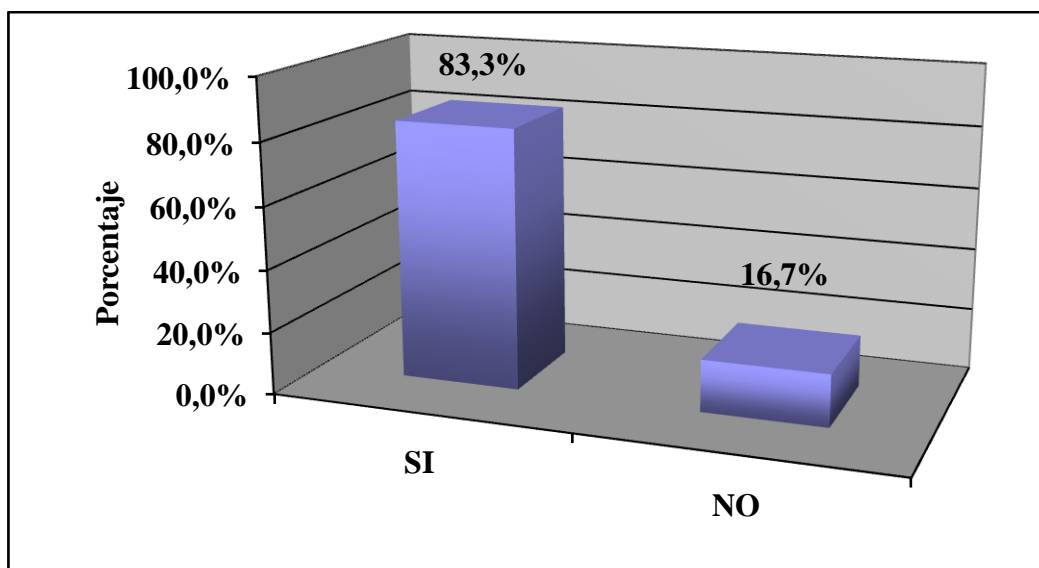
CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	83.3 %
No	5	16.7 %
TOTAL	30	100%

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional de Quito

Autor: Douglas Calderón

GRÁFICON° 1



INTERPRETACIÓN:

De un universo de treinta encuestados, veinticinco que corresponde el 83.3% indicaron estar de acuerdo que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad. En cambio que equivale el 16.7% expresaron no estar de acuerdo que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad

ANÁLISIS:

Muchas de las veces una persona madre que ha concebido un niño, aprovecha de las oportunidades para demandar a una persona con cierto nivel económico bueno, y solicitar la demanda de alimentos para determinado niño, pero no puede ser posible que esta persona para evitar el examen de ADN se le declare la paternidad al demandado, sin que se exija la comparecencia de la parte actora, violando la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad.

Pregunta Nro. 2

¿Está usted de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen?

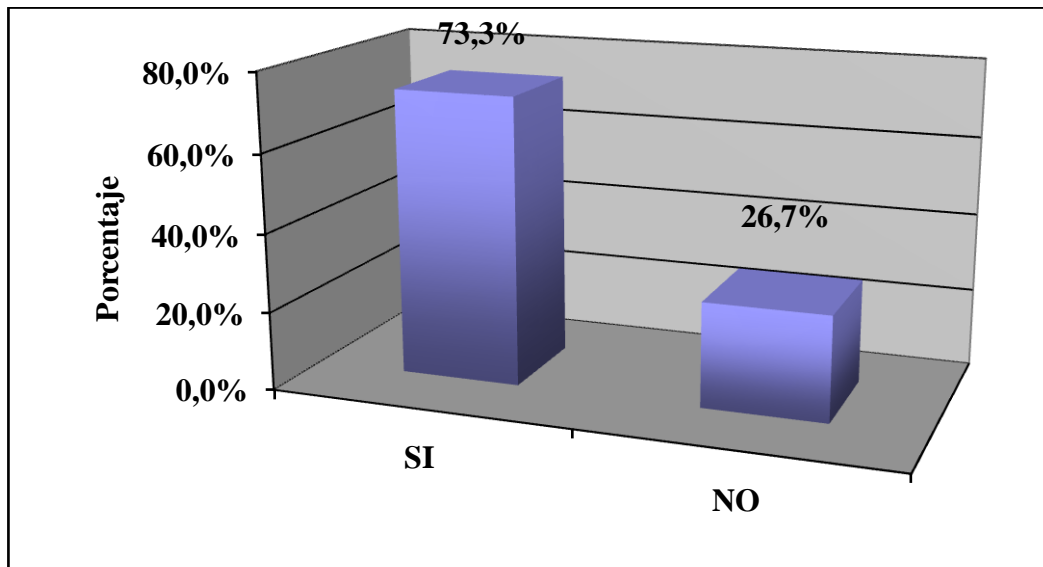
CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73.3
NO	8	26.7%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional de Quito

Autor: Douglas Calderón

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN:

En la pregunta número dos, veintidós encuestados que corresponde el 73,3% señalaron estar de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen. Y ocho personas que viene a constituir el 26.7% señalaron no estar de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen

ANÁLISIS:

Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia, declara la paternidad del demandado que no ha comparecido al examen de ADN, pero el demandado se encuentra en indefensión cuando a esta prueba no asiste la madre como parte actora en el juicio de alimentos, lo cual debe de considerarse que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen.

Pregunta Nro. 3

¿Está usted de acuerdo si no comparece la madre como parte actora de un juicio de alimentos a someterse al examen de ADN, se presumirá de hecho la no paternidad del demandado?

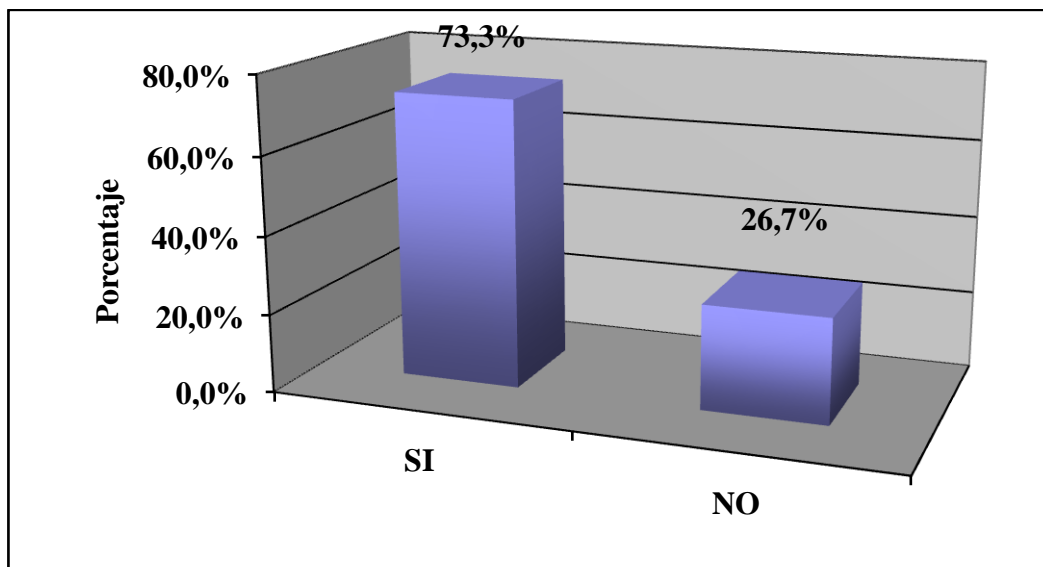
CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	22	73.3
NO	8	26.7%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional de Quito

Autor: Douglas Calderón

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN:

En la pregunta número dos, veintidós encuestados que corresponde el 73,3% señalaron estar de acuerdo que si no comparece la madre como parte actora de un juicio de alimentos a someterse al examen de ADN, se presumirá de hecho la no paternidad del demandado. Y ocho personas que viene a constituir el 26.7% señalaron no estar de acuerdo que si no comparece la madre como parte actora de un juicio de alimentos a someterse al examen de ADN, se presumirá de hecho la no paternidad del demandado.

ANÁLISIS:

Una madre se vale, por su circunstancia de ser personas prioritarias, para demandar en juicio de alimentos a personas con nivel económico bueno, sin que por ello se respete la presunción de inocencia que deben tener todas las personas, es así si no comparece la madre como parte actora de un juicio de alimentos a someterse al examen de ADN, debe de presumirse de hecho la no paternidad del demandado, porque la mayor parte de estos casos, éstas personas no son los verederos padres sino que se valen de la oportunidad y se aprovechan de las circunstancia a sacar beneficios de derecho que no les pertenecen.

Pregunta Nro. 4

Indique con una X ¿Qué ventajas conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN?

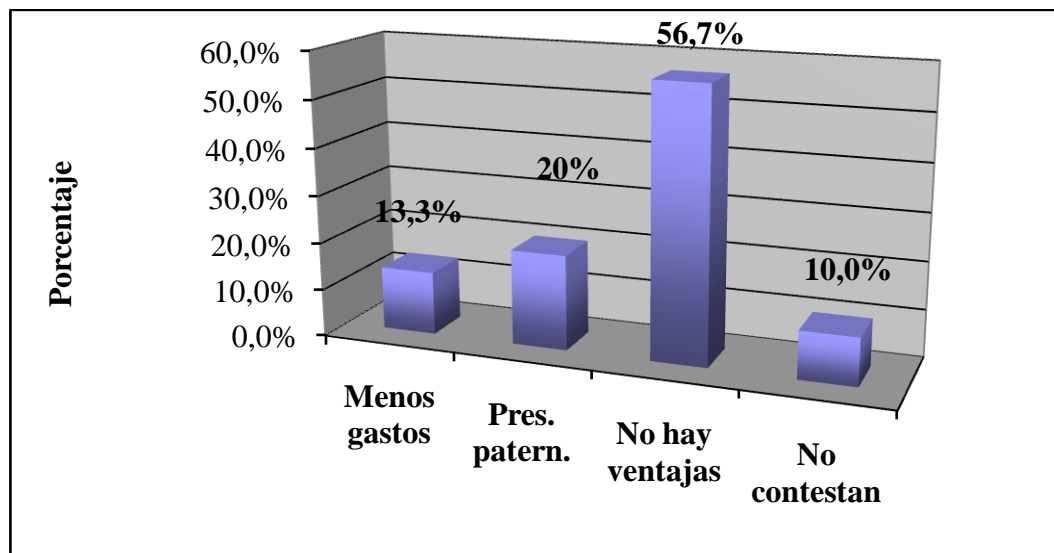
CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Menos gastos	4	13.3
La presunción de paternidad	6	20%
No hay ventajas	17	56.7%
No contesta	3	10%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional de Quito

Autor: Douglas Calderón

GRÁFICO N° 4



INTEPRETACIÓN:

En cuanto a esta pregunta cuatro encuestados que corresponde el 13.3% opinaron que como ventajas conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN, menos gastos en este examen; seis personas que corresponde el 20% expresaron que la ventaja es declarar la presunción de paternidad al demandado; diecisiete personas que equivale el 56.7% señalaron que no hay ninguna ventaja que conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN; y, tres personas que corresponde el 10% no contestaron a la pregunta planteada.

ANÁLISIS:

Tomando como referencia esta pregunta, es mínimo el porcentaje de encuestados que consideran que es ventajoso, que conlleva de la negativa del demandado y demandada a someterse a las pruebas de ADN, que existan menos gastos. Pero existe un gran porcentaje que consideran que no existe ninguna ventaja de la negativa del demandado y demandada a someterse a las pruebas de ADN.

Pregunta Nro. 5

Indique con una X ¿Qué desventajas conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN?

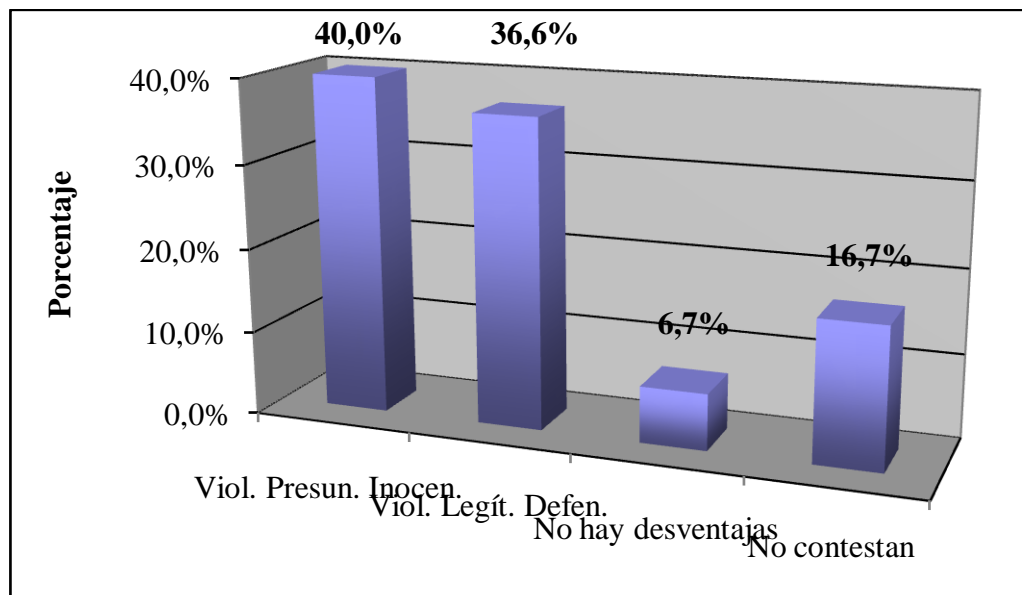
CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Viola presunción de inocencia	12	40%
Viola la legítima defensa	11	36.6%
No hay desventajas	2	6.7%
No contestan	5	16.7%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional de Quito

Autor: Douglas Calderón

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN:

Entre las desventajas conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN, doce que corresponde el 40% señalaron que viola la presunción de inocencia de parte del demandado; once personas que equivale el 36.6% señalaron que la desventaja es que se viola la legítima defensa; dos personas que engloba el 6.7% expresaron que no conlleva a ninguna desventaja; y, cinco personas que equivale el 16.7% no contestaron a la presunta planteada.

ANÁLISIS:

Tomando en consideración de los encuestados que señalaron las desventajas que conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN, está entre la presunción de inocencia y la legítima defensa, con ello se observa que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no observa los derechos de parte de los demandados, beneficiando, más bien no al niño sino a la madre como persona actora en presentación de un juicio de alimentos.

Pregunta Nro. 6

¿Cree usted que debe reformarse el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado?

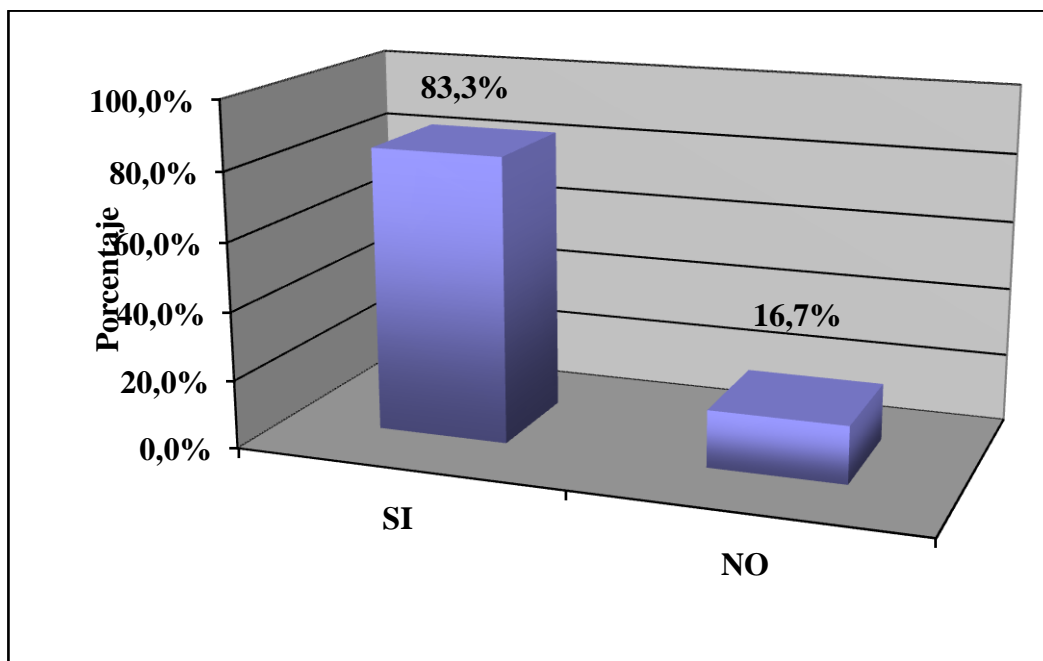
CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	25	83.3
No	5	16.7%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional de Quito

Autor: Douglas Calderón

GRÁFICO N° 6



INTERPRETACIÓN:

En la última pregunta veinticinco personas que equivale el 83.3% señalaron que debe reformarse el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado; en cambio cinco personas que corresponde el 16.7% expresaron no estar de acuerdo que debe reformarse el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado.

ANÁLISIS:

De acuerdo a estas respuestas es necesaria una reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado, es así que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas del ADN, violando la presunción de inocencia del demandado, debiéndose establecer de hecho la no paternidad del mismo.

6.2. Resultados de la aplicación de entrevistas.

Como lo establece el proyecto de investigación jurídica presentada ante la Carrera de Derecho y aceptada por la autoridad académica correspondiente, he realizado la aplicación de cinco entrevistas a un grupo de profesionales del derecho del Tribunal de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, actuales jueces de los juzgados de dicha judicatura, quienes conocen del tema materia de la presente investigación, por su experiencia laboral y sus constantes estudios en la materia, la entrevista se aplicó con el objetivo de obtener criterios concernientes y detallada referente a la necesidad de regular en el Código de la Niñez y Adolescencia el juicio de alimentos la filiación o parentesco por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas de ADN.

PREGUNTA 1.- ¿Considera usted que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad?

R.1. Si a una persona no se le permite el derecho a defenderse se violan los derechos que constan en la Constitución y en la Ley, por lo que tal como lo señala usted si la madre no comparece a someterse a las pruebas de ADN se violan los derechos de la parte demandadas.

R.2. Claro que si, y eso nada dice el Código de la Niñez y Adolescencia que si no comparece la madre a someterse a las pruebas de ADN se declare la no paternidad.

R.3. Creo lo que busca el Código de la Niñez y Adolescencia es la protección del menor, por lo que se mira es el bienestar. Si no comparece a la prueba de ADN, debe el presunto progenitor demandar un juicio de paternidad, por lo que aquí lo que se trata que por alimentos se pueda declarar la paternidad o maternidad del menor.

COMENTARIO PERSONAL.- En un juicio de alimentos, quien demanda es la madre, en representación de su hijo, porque ella es la que asume la responsabilidad de crianza del niño, niña o adolescente, y en este proceso como pruebas que se solicitan es el examen de ADN; en este sentido estoy que se declare la paternidad por la comparecencia del padre a no someterse a estas pruebas, quizás por no asumir responsabilidades, pero si no se presenta la madre a este examen, se viola el principio de presunción de inocencia porque el demandado duda de la paternidad del menor de edad o simplemente indica que no es su hijo, y es inadecuado comprender que aun la no comparecencia de la madre se declare su paternidad.

PREGUNTA 2. ¿Está usted de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen?

R.1. Me supongo que el Asambleísta debe mirar y dar protección a todas las partes, no solo beneficie a la parte actora sino a los demandadas, y estoy de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, debe obligársele a someterse a estas pruebas.

R.2. Debe obligarse que la madre se someta a las pruebas de ADN, porque muchas de las veces, demandas a personas que realmente no son los verdaderos progenitores.

R.3. Debe exigirse que la madre se someta a las pruebas de ADN, porque allí se confirma o se descarta la presunta paternidad o maternidad.

COMENTARIO PERSONAL.- En un juicio de alimentos, debe exigirse a la madre a que se someta al examen de ADN, porque muchas de las actoras en esta clase de juicios, buscan demandar a una persona con nivel económico adecuado para que asuman responsabilidades de alimentos de un menor de edad, y es una artimaña que la actora que no se someta al examen de ADN se declare aun la paternidad del demandado, con ello asume responsabilidades alimentarias que moralmente no le corresponden.

PREGUNTA. 3.-¿Cree usted que debe reformarse el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado?

R.1. Si.

R.2. Estoy de acuerdo, y que se convoque a un segundo examen de ADN.

R.3. Lo que el Código de la Niñez y Adolescencia, debe permitir y convocar en caso de no comparecencia del presunto padre o madre a convocar a una nueva examen de ADN.

COMENTARIO PERSONAL.- Si una persona se niega a someterse a las pruebas de ADN, el Código de la Niñez y Adolescencia declarará su filiación, en este caso por la ausencia del demandado o demandada, pero nada se dice si existe la negativa a someterse a estas pruebas por parte de la actora o actor, por lo que considero que existe un vacío legal que el Asambleísta debe enmendar, solucionado que en caso de negativa de la actora se exija en este caso a las pruebas de ADN, porque ella es quien presente el libelo o la acción de alimentos, caso contrario se viola el derecho a la defensa que tenemos todas las personas, en este caso del demandado, siendo este Código una ley de privilegio de los actores y no se observa los derechos de los demandados.

6.3. Estudios de casos.

Caso 1.

Versión del caso.- la señora J. I. M. G., quien es madre y representante legal de la niña A. J. M. G., quienes a la fecha de presentación de la demanda tenían 1 año 2 meses de edad, para demandar en juicio de alimentos al señor M. Y. C. M.

Demanda.- en lo principal de su demanda manifiesta "...bajo promesas incumplidas de amor eterno y matrimonio Y. M. C. M, logró seducirme y acceder carnalmente a la compareciente, embarazándome y más tarde naciendo nuestra hija A. J. M. G., conforme lo justifico con la partida de nacimiento, quien se niega a reconocerla y ni siquiera me presta la ayuda económica para satisfacer sus necesidades, por lo que solicita una pensión de cien dólares para su hija ...". Fundamenta su demanda en lo establecido en los Arts. 131 y siguientes del Código de la Niñez y Adolescencia. Señala el trámite Contencioso General y fija su cuantía en MIL DOSCIENTOS DOLARES AMERICANOS

Resolución.- Aceptada a trámite la demanda (fojas 7vta), el demandado es citado personalmente a través de la oficina de citaciones a fojas 8, quien comparece a juicio a ejercer su derecho a la defensa señalando casillero judicial y autorizando a su abogado defensor el ejercicio de su defensa (Fjs 10). Se convoca a las partes a la Audiencia de conciliación (fojas 11), la misma que se desarrolla el 28 de Febrero del 2007, en la que no llegan a un acuerdo las partes; posteriormente se convoca a las partes a la Audiencia de Prueba, diligencia que se lleva e efecto el

día veintitrés de Mayo del 2007, a la que no concurre el demandado. Por agotado el proceso; y, encontrándose la causa en estado de resolver; para hacerlo este Juzgado considera: PRIMERO.- 1.1.- En la tramitación del proceso no se ha omitido solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, por lo que se declara válido todo lo actuado. 1.2.-SIN EMBARGO SE DEJA CONSTANCIA QUE LA FALTA DE GESTIÓN DE LOS LITIGANTES HA CAUSADO EL RETRASO EN LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO, en vista que las partes abandonan el proceso y comparecen solicitando la prueba de ADN el siete de octubre del 2011 (Fjs 39), por lo que este retraso, no es responsabilidad del suscrito Juez que he asumido el conocimiento y competencia del presente asunto con fecha 16 de febrero del 2011. SEGUNDO.- La compareciente ha justificado su personería para incoar la presente acción, con el documento de fojas 1 y con los resultados de la prueba de ADN que consta en autos. TERCERO: Es necesario referirse a la verdadera identidad del demandado, ya que en la demanda inicial se hace constar a éste como Y. M. C. M., cuando lo correcto es M. Y. C. M., al respecto es necesario indicar que a Fjs 76 mediante decreto se aclaró la identidad del demandado debido a que como consta de autos a Fjs. 10 el demandado comparece contestando la demanda como M. Y. C. M., con el Dr. L. A. Q.; en la Audiencia de Conciliación sólo comparece como Y. C. M., el mismo abogado defensor pidiendo se lo declare parte (Fjs.11); A Fjs 13, 17, 21,24, 25,29, 30,31,32,33, comparece como Y. M. C. M., EN DONDE CAMBIA YA SUS NOMBRES, E INCLUSO LA PRUEBA LA ACTUA CON ESTA IDENTIDAD como Y. M. C. M.; y posteriormente presenta escritos cambiando de nombres nuevamente como M. Y. C. M. con su nuevo defensor (fs. 49) sin embargo a fs. 53 nuevamente cambia sus nombres como Y. M. con el mismo

abogado, y en el escrito de Fjs. 73, presenta la cédula de ciudadanía indicando que se llama M. Y. C. M.. Ante estos hechos es indudable que el demandado se trata de la misma persona, y no se puede aceptar el cambio de nombres con el fin de tratar de justificar que no es el demandado la persona que la actora le sigue el juicio, para que contribuya con la pensión de alimentos, por lo que cabe aplicar lo que estipula el art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y adolescencia, que se refiere al interés superior del niño, principio orientado a satisfacer el conjunto pleno y efectivo en garantía de la alimentaria y es nuestro deber ajustar las decisiones a fin de que se cumpla, y no es aceptable que con ánimo de evadir la responsabilidad, el demandado diga que se llama M. Y. cuando en todo el proceso lo ha litigado como Y. M., en conclusión mi autoridad está convencida de que se trata de la misma persona; y, que mejor ahora que justificado legalmente su identidad, por lo que para la fijación de alimentos se toma en cuenta al demandado como M. Y. C. M.. CUARTO: Durante el desarrollo del proceso la actora solicita la confesión judicial al demandado, la misma que se lleva a efecto el 29 de mayo del 2007 (Fjs.26 vta y 27), y revisada la misma en nada le favorece a las pretensiones de ésta. QUINTO.- EL demandado por su parte justifica los siguientes presupuestos: 5.1.- De fojas 14 a 15 justifica que tiene dos hijos que responde a los nombres de: S. Y. y M. J. C. CH. de 15 y 8 años de edad. 4.2.- A Fjs. 16 justifica que la niña S. Y. se encuentra estudiando en la unidad educativa M. H. en el quinto año de educación básica. 4.3.- A fojas 28 justifica que no tiene registrado a su nombre bienes en el cantón Loja. SEXTO.- En el desarrollo del juicio la actora solicita la prueba de ADN, la misma que fue señalada por última vez a Fjs. 76, cuyos resultados constan de fojas 79 a 82 y en sus conclusiones dice “Según que la prueba no se pudo llevar a cabo de la inasistencia de la actora

conforme la razón del secretario del abogado a fojas 81, ante esta negativa es aplicable lo que manifiesta el literal a) del artículo innumerado 10 del Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que manifiesta “En el evento de existir negativa del demandado o demandada a someterse a las pruebas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco...”;

SEPTIMO.- La paternidad según el diccionario de legislación y jurisprudencia de Joaquín Escriche es “La calidad de padre o la relación que tiene con su hijo. Las palabras paternidad y filiación expresan calidades correlativas; esto es, aquella la calidad de padre, y, este la calidad de hijo...” al respecto es necesario puntualizar lo que señala el Art. 252 del Código Civil “el que no ha sido reconocido voluntariamente, podrá pedir al Juez que lo declare hijo de determinado padre o madre”. Bajo estas circunstancias con los resultados de las prueba de ADN, conlleva no solo la representación del hijo durante su minoría de edad, respecto de sus derechos, sino más importante aún representa para la niña, el derecho de una identidad, pues podrá ser reconocida legal y socialmente, como hijo de sus padres y usar los apellidos de ambos, el derecho a ser alimentado, conforme sus necesidades y las posibilidades del alimentante, y el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, que expresamente se determina en el Inciso 2 del Art. 45 que dice “las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad física y psíquica, a su identidad...”. OCTAVO.- El Art. 7 numeral 1 de la Convención de los Derechos del Niño que manifiesta “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” identidad y paternidad que en este caso ha sido determinada

científicamente, y es deber del Juzgador como garante de los derechos y para el desarrollo integral del menor, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos conforme lo expresa el Art. 66 numeral 28 de la Constitución de la República. Entonces el derecho a la identidad es un derecho humano y por tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades; éste derecho comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluye el derecho a tener un nombre y la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad, es por ello que tanto las normas nacionales e internacionales señalan claramente el derecho al nombre como uno de los primeros derechos al que deben acceder las personas al nacer, su importancia no sólo radica en el hecho de ser un componente importante de la identidad de las personas, sino que ello dota de existencia legal a las personas y les permite el ejercicio de sus otros derechos. De lo antes expuesto es procedente disponer la paternidad del demandado respecto de la niña para quien se reclama alimentos, conforme se lo hará más adelante.

NOVENO.- El Art. 115 del Código de Procedimiento Civil dice: “la prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos...” el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un

conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

DÉCIMO.- Sentadas estas premisas consecuentes con la ley y la doctrina, y del examen del acervo probatorio indicados en los considerandos cuarto y quinto de la presente resolución, aplicando el principio de la sana crítica y de la prueba aportada por el demandado se determina que este no tiene bienes inmuebles, y era obligación de la actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en su demanda conforme lo dispone el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil; y revisada y analizada la prueba no se comprobado cual es la capacidad económica del demandado; por lo tanto para la fijación de la pensión alimenticia se toma en cuenta el salario de \$ 292,00 y como el demandado tiene 2 cargas familiares más, que ha demostrado legalmente, se lo ubica en el primer nivel, casillero 3.

DÉCIMO.- Para la fijación de la pensión alimenticia es importante destacar lo que expresa la Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 27 numeral 2 que dice “... A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. ” cuya norma tiene concordancia con el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que manifiesta “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 los niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías...” y si bien es cierto no podemos imponer una pensión que sea acorde con las necesidades del menor, por lo menos se debe imponer una pensión que aporte en algo a satisfacer las necesidades de éste, conforme lo dice la propia Convención «DENTRO DE SUS POSIBILIDADES Y MEDIOS ECONÓMICOS». Con los fundamentos expuestos en los considerandos Quinto, Sexto y Séptimo de la presente sentencia y de conformidad con el Art. 45.2 y 66.28 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño y los Arts. 11, 100, 102 e Innumerados 10 (135) literal b) y 39 (147.17) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el suscrito Juez ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se declara al señor M. Y. C. M., padre de la niña: A. J. M. G., disponiendo, que el Jefe del Registro Civil de Pichincha, proceda a la subinscripción al margen de la partida de nacimiento de la menor, inscrita en el Tomo 12, Página 62, Acta 4112, del año 2005; con los nombres y apellidos de A. J. C. M., hija de M. Y. C. M., dejando los demás datos inalterables; una vez ejecutoriada la presente sentencia, se dispone que la Secretaria del Juzgado confiera copias debidamente certificadas para que proceda a su marginación.- Respecto de la pensión de alimentos con los fundamentos expuestos en los considerandos cuarto, quinto, Octavo, Noveno y Décimo y de

conformidad a lo que establece los Arts. 44, 45 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el Art. 27.2 de la Convención de los Derechos del Niño y los Arts. 11, 100, 102, y los Arts. Innumerados 9 (134), 15 (140) y 39 (147.17) del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Juez Segundo Adjunto de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja en uso de sus atribuciones, RESUELVE: aceptar en parte la demanda de alimentos e imponer al Sr. M. Y. C. M., la obligación de pago de alimentos de la siguiente forma: a) La cantidad de CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA más los beneficios de ley, como pensión mensual de alimentos en favor de A. J. M. G., los mismos que correrán a partir de la citación con la demanda, esto es, el 15 de diciembre del 2006 hasta el mes de diciembre del 2010, dado que el presente proceso se tramita con el procedimiento Contencioso General; y, b) A partir del mes de enero, hasta el mes de diciembre del año 2011, la cantidad de CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más los beneficios de ley como pensión mensual de alimentos en favor de la misma alimentaria; y, c) A partir del mes de enero del 2012 la cantidad de SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, más los beneficios de ley como pensión mensual de alimentos en favor de la misma alimentaria, valores que deberán ser cancelados los cinco primeros días de cada mes por mesadas anticipadas, los mismos que serán depositados en la cuenta que el Juzgado mantiene en el Banco de Guayaquil, para que posteriormente sean cobrados por la actora.- HAGASE SABER.-

COMENTARIO.- En lo principal de esta demanda se declara la paternidad en el juicio de alimentos, tomando como prueba la petición del examen de ADN, pero

es el caso que en este proceso no se presenta la madre a someterse a este examen, y el Juez tomando en cuenta lo que señala el Art. innumerado 10 de la Ley Reformatoria del Código de la Niñez y Adolescencia, y se declara la paternidad del demandado, sin que se exija la presencia de la madre a someterse a las pruebas de ADN, más se señala por negativa del demandado o demandada a someterse a las pruebas de ADN se declara la filiación, y no hace relación por negativa de la actora o actor a someterse a las pruebas de ADN.

Caso 2.-

Versión del Caso.- No. Causa:2011-0080, judicatura: Juzgado Primero de Niñez y Adolescencia de Pichincha, actor: M. L. L. M., demandado: J. V. W. R.

Calificación de la demanda.- ISTOS: Avoco conocimiento de la presente causa, por el sorteo realizado.- La demanda que antecede, es clara, precisa y reúne los requisitos legales, por lo que se le acepta al trámite correspondiente, CÍTESE con la demanda y ésta providencia al señor W. R. J. V., advirtiéndole que debe comparecer a juicio, señalar domicilio judicial y/o dirección del correo electrónico y anunciar las pruebas respectivas, conforme dispone el inciso final del Art. Innumerado 34 de la Ley Reformatoria al Título Quinto, Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, y que, en caso de no comparecer se procederá en rebeldía.- La Citación, se realizará mediante boleta única de citación con el apoyo de un Agente Policial, quien sentará la razón respectiva.- Con sujeción a lo previsto en el Art. innumerado 35 del Invocado Cuerpo Legal, al señor W. R. J. V., SE LE IMPONE LA OBLIGACION DE SUMINISTRAR LA CANTIDAD

DE SETENTA Y CINCO DOLARES MENSUALES, MAS LOS CORRESPONDIENTES BENEFICIOS LEGALES, en concepto de alimentos provisionales a favor de la niña SH. M. M. L. Se dispone a la señora L. M. M. L., aperturar la tarjeta Kardex en la Oficina de Recaudación, para que el demandado deposite los valores correspondientes a la pensión alimenticia en el Banco de Guayaquil, durante los primeros cinco días de cada mes. La confesión judicial del demandado se receptorá al momento de la Audiencia respectiva. "Amparado en lo previsto en el segundo inciso del Art. innumerado 9 de la invocada Ley Reformatoria, se ordena la práctica del ADN en las personas de W. R. J. V., L. M. M. L. y LA NIÑA SH. M. M. L.- Para la práctica de ésta diligencia se señala el veinte y cinco de febrero del dos mil once a las nueve horas a fin de que las personas mencionadas comparezca al Laboratorio DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO a realizarse el examen del ADN.- Se designa perito a la Licenciada VERONICA ROCIO MIÑO CARRILLO, especializada en Bioanálisis Clínico, la misma que se posesionará del cargo al momento mismo de la diligencia. Actúe él señor Coordinador del Laboratorio de la Fiscalía General del Estado en Representación del suscrito Juzgador, en ésta diligencia. Agréguese al proceso la documentación aparejada a la demanda; Téngase en cuenta el casillero judicial señalado por la actora.- NOTIFIQUESE

Resolución.- VISTOS: A fs. 3 y 4 comparece L. M. M. L., en calidad de madre y representante legal de la niña SH. M. M. L., y manifiesta que el señor W. R. J. V. es el padre de su prenombrada hija, pero que el señor W. R. J. V. ha abandonado a la compareciente cuando a estado embarazada de dos meses de su mencionada hija y que no le ayuda para la formación y crianza de esta niña. Con estos

antecedentes demanda a W. R. J. V., la prestación alimentaría en la cantidad de USD200.00 DOCIENTOS DOLARES mensuales, más los beneficios de ley a favor de la niña SH. M. M. L. Fundamenta su demanda en los artículos 44,45,69.1.5; 83.16 de la Constitución de la República; los artículos 27,29,30 y 31 de la Convención de los Derechos del Niño; 20 y 26 del Código de la Niñez y Adolescencia; 2,4,5,15 y 16 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial 643 del 28 de Junio del 2009. Calificada la demanda a fs. 7, se ha dispuesto a citar al demandado, quien comparece a fs. 24 y señala casillero judicial. Concluido el trámite legal está judicatura para resolver se fundamenta en las siguientes consideraciones: PRIMERA.- Este Juzgado es competente para conocer, tramitar y resolver esta demanda en virtud del sorteo realizado.- SEGUNDA.- En la sustanciación de esta causa se ha observado el trámite respectivo y no se ha omitido solemnidad sustancial alguna, por lo que se declara su validez; TERCERA.- Con la partida de nacimiento de la niña SH. M. M. L.fs. 1, se determina que a la presente fecha tiene tres años de edad, que es hija de la actora y que no está reconocida por parte de su progenitor; CUARTA.- A la Audiencia Única fs. 35, comparecen la actora y el demandado acompañados de sus abogados los doctores Héctor Patricio Romero y José Vicente Mancero, respectivamente. El demandado ofrece la cantidad de USD160.00 dólares en concepto de pensión alimenticia a favor de la alimentaria y se oficia al Registro Civil para el reconocimiento de la misma como hija del demandado. La actora por su parte acepta la oferta del demandado; QUINTA.- De fs. 19 a la 21 consta el Informe de Investigación Biológica de Paternidad de 19 de Abril del 2011 suscrito por el Dr. Ángel Guevara, Coordinador del Laboratorio de ADN de la Fiscalía General del

Estado y la Lcda. Verónica Miño Perito acreditada del referido Laboratorio, la misma que no se ha podido llevar a efecto por la inasistencia de la demandada conforme la razón de la secretaría del juzgado que obra a fojas 21vta y de la certificación conferida por el Dr. Ángel Guevara Coordinador del Laboratorio de ADN de la Fiscalía General del Estado y la Lcda. Verónica Miño Perito acreditada del referido Laboratorio, ante esta negativa es aplicable lo señalado en el Art. innumerado 10 de la ley reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia; SEXTA.-La Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, en el Artículo innumerado 37 inciso segundo señala que en caso de existir conciliación se fijará la pensión alimenticia convenida por las partes y el artículo Innumerado 10 letra b) ibídem prescribe: “ Si el resultado del examen de ADN es positivo, el Juez/a declarará la filiación y la correspondiente paternidad o maternidad y dispondrá la inscripción de la respectiva Resolución en que así lo declare en el Registro Civil, o la relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos. En la misma providencia fijará la pensión definitiva de alimentos, la cual será exigible desde la fecha de presentación de la demandada”. Por las consideraciones expuestas, este Juzgado, ADMINISTRANDO JUSTICIA , EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR , Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, acepta la demanda planteada por la señora L. M. M. L. y amparado en la conclusión del informe extendido por el Coordinador del Laboratorio de ADN de la Fiscalía General del Estado fs. 20 y 21, DECLARA LA PATERNIDAD del señor W. R. J. V., ecuatoriano, respecto de la niña SH. M. M. L., y dispone oficiar al señor Director General del Registro Civil, para que ordene la subinscripción y marginación de la partida de nacimiento de la mencionada

niña, inscrita en el año 2008 tomo 7-B, página 235, Acta 2635 . La niña SH. M. en lo venidero llevará los apellidos J.M., correspondientes a su padre y madre respectivamente y considerando que el monto de la pensión alimenticia convenido por las partes guarda conformidad con la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas, elaborada por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Registro Oficial No. 234 de 13 de Julio del 2010, se aprueba lo convenido por los justiciables, consecuentemente, se impone al demandado W. R. J. V., la obligación de suministrar la cantidad de (USD 160.00) CIENTO SESENTA DOLARES mensuales , más los beneficios determinados en el artículo Innumerado 16 de la Ley Reformatoria al Código de la Niñez Y Adolescencia, en concepto de pensión alimenticia a favor de su hija SH. M. J. V. De conformidad con lo previsto en el Artículo innumerado 8 ibídem la pensión alimenticia es exigible desde la fecha de la presentación de la demanda. El monto de la pensión alimenticia debe indexarse, automáticamente, en el mismo porcentaje en que se incremente el salario básico unificado.-NOTIFIQUESE.

COMETARIO.- En el presente caso se establece la paternidad aun sin la presencia de la madre de la menor a someterse a las pruebas de ADN, y el Juez resuelve por lo señalado en el Art. 10 innumerado de la ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, sin observar que la ausencia no es del demandado sino de la actora a someterse a estas pruebas, por lo que ello va en contra de la legítima defensa del demandado, en este caso a pesar de ello hubo un acuerdo en el monto de la prestación de alimentos, pero el examen de ADN no se realizó por la ausencia de la actora a este libelo.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

En la presente investigación me propuse realizar un objetivo general y tres objetivos específicos, los mismos que a lo largo de mi trabajo investigativo se han verificado. A continuación indicaré los objetivos planteados y su respectiva verificación.

OBJETIVO GENERAL.

El objetivo general aplicado consistió en **“Realizar un estudio jurídico y crítico del Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la filiación o parentesco en el juicio de alimentos.”**

Precisamente este objetivo se cumple en su totalidad ya que se ha realizado el respectivo estudio razonado de lo establecido en la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en la forma como se ha establecido de la prestación de alimentos y en especial de la presunción de paternidad, y el tipo de filiación y parentesco que señala tanto este código como el Código Civil.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- **Determinar jurídicamente las ventajas y desventajas, de la filiación o parentesco del demandado o demandada en la fijación de alimentos en la negativa de someterse a las pruebas de ADN.**

El primer objetivo específico se cumple satisfactoriamente, ya que en aplicación de la encuesta en la pregunta cuarta un 56.7% señalaron que no hay ventajas de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN. En cuanto a las desventajas que conlleva de la negativa de la actora y demandado a someterse a las pruebas de ADN, es que en la presunta quinta un 40% señalaron que se viola la presunción de inocencia y un 36.6% que se viola la legítima defensa.

- **Establecer la necesidad de cambios sustanciales a la normativa del derecho de alimentos, en cuanto a determinar la filiación o parentesco en los juicios de alimentos.**

El segundo objetivo se cumple cabalmente, ya que en la pregunta sexta un 83,3% indicaron que es necesario reformar el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado.

- Presentar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para regular en el juicio de alimentos la filiación o parentesco por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas de ADN.

Este objetivo se cumple plenamente, y ello se corrobora con el planteamiento de una propuesta de reforma a la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, en sentido que se permita la legítima defensa en la filiación o parentesco del demandado o demandada en la fijación de alimentos en la negativa de someterse a las pruebas de ADN.

7.2. Contrastación de hipótesis.

La hipótesis planteada en el proyecto de reforma es el siguiente **“El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas del ADN, violando la presunción de inocencia del demandado, debiéndose establecer de hecho la no paternidad del mismo.”**

La hipótesis es positiva, y eso se corrobora con el análisis hecho en la revisión de literatura, con apoyo a la aplicación de la encuestas, que en la pregunta uno un 83.4% señalaron que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y

el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad; y en la pregunta dos un 73.4% señalaron que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen.

7.3. Fundamentación jurídica, empírica y doctrinaria de la propuesta de reforma.

La prestación de alimentos es una obligación consustancial de los progenitores y, a su vez, representa un derecho intrínseco del niño, niña y adolescente. Como lo manifiesta el doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia *“El derecho de alimentos no se refiere exclusivamente a satisfacer la necesidad fisiológica primarias a través de la comida y bebida diaria o subsistencia, sino que además, comprende la satisfacción de la habitación, educación, vestuario, asistencia médica, recreación y distracción. Por ello en mi opinión debería sustituirse el término de “derecho a alimentos. Por el de derecho de subsistencia porque únicamente satisfaciendo estos elementos, el niño, niña y adolescente pueden desarrollarse al menos en el campo material.”*⁵⁷

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

⁵⁷ ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia, GEMAGRAFIC, Quito – Ecuador, 2003, p. 147.

En lo relacionado a las personas obligadas a prestar alimentos, Rut de Cevallos, en su obra La Deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro, manifiesta *“La obligación alimenticia se desprende del núcleo familiar, del parentesco, pues es lógico que toda persona necesitada, antes de pedir ayuda a un extraño, recurra en pos de ella a la familia de la cual forma parte.*

*Se trata en todo caso de un interés individual tutelado por razones de humanidad y como una manera de defender la familia y los lazos del parentesco. Algunos legisladores consideran que el fundamento de la obligación de alimenticia es la indigencia, lo cual es solo una condición más no la causa generadora de esta obligación, pues, de ser así, tendríamos también que considerar en forma correlativa la fortuna del obligado a darlo. Cuando por razones del parentesco y matrimonio los lazos sociales y efectivos se estrechan, surge la norma obligatoria reconocida por todos los códigos y pasa de un deber moral, de un derecho natural, a una obligación civil, que debe hacerse en forma justa equitativa. Surge la norma positiva que lo hace exigible y obligatorio. Este interés individual que lo constituye la obligación alimenticia, es protegido por el orden público, así en nuestra legislación tenemos que como excepción a las normas generales, en tratándose de alimentos, hay prisión por deudas, bajo la medida de apremio personal, embargo o retención de las remuneraciones del trabajo y otras disposiciones plasmadas en los diversos códigos y leyes.”*⁵⁸

Del análisis de esta autora se deduce que la obligación alimenticia, comprende la satisfacción de todas las necesidades humanas, a fin de que quien reciba, lleve una vida digna, acorde con la sociedad en que se desenvuelve

La prestación de alimentos es una obligación de los progenitores, o en su parte de quienes hacen sus veces, y consiste en la dotación de medios para sus subsistencia digna de la persona humana, acorde con la capacidad económica de los responsables.

⁵⁸ DE CEVALLOS, Seni Ruth: La Deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro, p. 23, 24

En el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador consagra un principio de atención prioritaria en los siguientes términos:

“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”⁵⁹

Este artículo dispone atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado para 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. Aquí en cuanto a los niños, niñas y adolescentes, no se refiere al genérico niños y adolescentes para nombrar a las personas menores de 18 años sino que visibiliza a través del lenguaje, las diferencias y peculiaridades de niños, niñas, que son personas de ambos sexos menores de doce años, y adolescentes, que son las personas mayores de doce años y que no han cumplido la mayoría de edad.

Es necesario indicar que con esta disposición los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a que se les preste atención, por estar protegidos dentro de los grupos de atención prioritaria, pero también los adultos mayores se encuentran en el mismo nivel de protección especial de forma prioritaria en el ámbito público y privado, lo que significa que tanto los niños, niñas y adolescentes como los

⁵⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 449, 20 de octubre 2008, Art. 35

abuelos son protegidos y no pueden desmejorar la situación de ninguno por proteger a uno de ellos, es así que la prestación de alimentos que se les debe a los niños, niñas y adolescentes, deben ser cubiertos primeramente por los obligados principales y en ausencia de estos quienes asumen esta responsabilidad son los subsidiarios como obligados a prestar alimentos.

El doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia señala que “El derecho a recibir alimentos es de orden público, pero restringida a la naturaleza pública familiar. Tal es esta aseveración que el legislador como características esenciales de ese derecho considera como un derecho que no puede ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación. El derecho de alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia. Así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar.”⁶⁰

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

⁶⁰ ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia. MEGAGRAFIC, Quito-Ecuador, 2003, p. 149

El Art. 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. No. 463, del 28 de julio del 2009, preceptúa: ***“El presente Título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.”***⁶¹

Este artículo dispone que la prestación de alimentos sea regulada por este título, y cuyo derecho lo tienen tanto los niños, niñas y adolescentes como también los adultos y adultas mayores, que por sí mismas no puedan sostenerse económicamente para recibir una determinada cantidad de dinero mensual fijada por el Juez competente con el fin de satisfacer la subsistencia diarias consistente en alimentos, bebidas, vestuario, educación, asistencia médica y recreación. Se establece también que para las personas que tienen derecho a alimentos y no estén contempladas en esta norma se regirán por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

La prestación de alimentos incumbe corresponsables tripartitos de bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes por lo cual quien deba prestar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto al apremio personal y de medidas reales. Este derecho de alimentos por ser intrínseco a todo niño, niña o adolescente prevalece sobre otro derecho, cualquiera sea su naturaleza.

⁶¹ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, septiembre - 2011, Art. 126

Se concede una importancia judicial al examen de ADN con mucha razón, ya que según los datos ofrecidos por los expertos en genética, a través de este examen existe el 99.9999 por ciento de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. Con el fin de evitar un segundo largo y tortuoso juicio sobre la declaración judicial de paternidad o maternidad, la ley determina que el Juez que al momento de fijar el monto de la pensión alimenticia simultáneamente debe declarar la paternidad o maternidad ordenando se inscriba en el Registro Civil.

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

La prestación de alimentos es la consecuencia de la relación de parientes y de filiación porque no solo los progenitores están obligados a proporcionarla sino también le están obligados los hermanos, abuelos y tíos.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA. Si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad.

SEGUNDA. El Código de la Niñez y Adolescencia no se exige a la actora, a que se someta al examen de ADN en el juicio de alimentos.

TERCERA. Si no comparece la madre como parte actora de un juicio de alimentos a someterse al examen de ADN, el Juez en su resolución aun sin esta prueba declara la paternidad del demandado.

CUARTA. Se perjudica al demandado al declararse la paternidad, aun sin haberle sometido a la madre a someterse a las pruebas de ADN.

QUINTA. Se viola la legítima defensa y la presunción de inocencia de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN.

SEXTA. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, no señala el caso de la no comparecencia de la actora a someterse a las pruebas de ADN, con lo cual el Juez tiene la posibilidad de declarar la paternidad del demandado, sin que éste tenga la posibilidad de defensa como obligación del presunto progenitor.

9. RECOMENDACIONES

PRIMERA. Se recomienda a los jueces, que se exija a la madre que demanda alimentos a una persona, se someta al examen de ADN, para evitar la violación de la presunción de inocencia.

SEGUNDA. Se recomienda al Juez de la Niñez y Adolescencia, dictar medidas cautelares personales para que se exija a la madre a someterse a las pruebas de ADN en el juicio de alimentos.

TERCERA. Se recomienda al juez que lleva a cabo un juicio de alimentos, que en su resolución no declare la paternidad, cuando la actora no se ha sometido al examen de ADN, porque en estos casos no hay la negativa del demandado a someterse a estas pruebas, con lo cual debe exigirse la comparecencia de la parte actora.

CUARTA. Se recomienda a los abogados se exija a las autoridades la presencia de las partes a someterse al examen de ADN, para con ello se pueda declarar o no la paternidad o maternidad.

QUINTA. Se recomienda a la Asamblea Nacional se reforme el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado.

9.1. Propuesta de reforma.

ASAMBLEA NACIONAL.

Considerando:

Que el Art. 76 numeral 7 literal a y b de la Constitución de la República del Ecuador señala nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado de procedimiento, y contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Que el Art. 10 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, como obligación de presunto progenitor establece que: “El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente, establecido de acuerdo a las siguientes reglas: a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia, lo cual será exigible desde la prestación de la demanda”

Que, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”;

Que, el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador establece la obligación del Estado de garantizar a las niñas, niños y adolescentes “su interés superior”, consistente en que sus “derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”;

Que, el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución de la República determina que es deber del Estado proteger a las familias transnacionales y los derechos de sus miembros;

Que el Art. Innumerado 10 del Título V, Del Libro II de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, permite que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad, por lo que es necesario que se exija el examen de ADN a la actora de la presentación del juicio de alimentos.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA LEY REFORMATORIA AL TITULO V,
LIBRO II DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**

Art. 1. A continuación del Art. Innumerado 10 del literal a) agréguese un inciso que diga:

“Si la parte actora no se presenta al examen de ADN, se convocará por última vez a un segundo examen, caso contrario será prueba de la parte demandada y se declara su no paternidad.”

Art. Final.- La presente Ley Reformatoria a la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los... días del mes de... del dos mil...

Presidente

Secretario

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia, p. 147, 149
- ARGUDO CHELÍN, Mariana: Derecho de Menores, Segunda Edición, p. 39
- CABANELLLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, p. 384.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Buenos Aires, 2002, p. 254, 384
- CÓDIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a enero del 2010, Art. 362, 2415
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE URUGUAY, Ley 17.823, <http://archivo.presidencia.gub.uy/ley/2004090801.htm>
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PARAGUAY, http://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Paraguay.pdf
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, R.O. 737, 3-ene-2003, Art. 26

- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Ley Reformatoria al Título V, Libro II, Art. 1, 4, 5, 10

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 449, 20 de octubre 2008, 6, 35, 44, 46, 77, 424

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 497

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, p. 369

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

- SÁNCHEZ Z., Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit. Casa de la Cultura, Núcleo del Tungurahua, Ambato, 1989, p. 191.

- TORRES CHÁVES, Efraín: Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, p. 3

11. ANEXOS

ANEXOS 1. Encuesta

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Señor abogado:

En calidad de egresado de la Carrera de Derecho, con la finalidad de desarrollar mi tesis intitulada “**NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 10 DEL TÍTULO V, DEL LIBRO II DE LA LEY REFORMATIVA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**”, le solicito se sirva contestarme las siguientes preguntas:

1. ¿Considera usted que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....

2. ¿Está usted de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....

3. ¿Está usted de acuerdo si no comparece la madre como parte actora de un juicio de alimentos a someterse al examen de ADN, se presumirá de hecho la no paternidad del demandado?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....

4. Indique con una X ¿Qué ventajas conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN?

a) Menos Gastos ()

- b) Presunción de paternidad ()
- c) No hay ventajas ()

5. Indique con una X ¿Qué desventajas conlleva de la negativa de la actora y demandada a someterse a las pruebas de ADN?

- a) Viola presunción de inocencia ()
- b) Viola la legítima defensa ()
- c) No hay desventajas ()

6. ¿Cree usted que debe reformarse el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado?

SI () NO ()

¿Por qué?.....
.....

Gracias por su colaboración

ANEXOS 2.Entrevista

1.- ¿Considera usted que si la madre que demanda alimentos a una persona, y se solicita como prueba el examen de ADN, y si ella no se presenta a este examen y el Juez declara la paternidad a pesar de esta negativa, viola la presunción de inocencia que debe tener el demandado al declararse dicha paternidad?

2. ¿Está usted de acuerdo que se exija a la actora, si solicita el examen de ADN en el juicio de alimentos, a someterse a dicho examen?

3.- ¿Cree usted que debe reformarse el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, para que se exija la comparecencia de la parte actora, de la negativa a someterse a examen de ADN, caso contrario se declare la no paternidad del demandado?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 10 DEL
TÍTULO V, DEL LIBRO II DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO
ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”**

**PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
GRADO DE ABOGADO**

AUTOR:

Hitler Douglas Calderón Serrano.

Loja- Ecuador

2011

1. TEMA.

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. INNUMERADO 10 DEL TÍTULO V, DEL LIBRO II DE LA LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”

2. PROBLEMÁTICA

El Art. 10 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, como obligación de presunto progenitor establece que: *“El Juez/a fijará la pensión de alimentos a favor del niño, niña o adolescente a una persona cuya filiación o parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos no ha sido legalmente, establecido de acuerdo a las siguientes reglas:*

a) En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia, lo cual será exigible desde la prestación de la demanda”⁶²

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

Pues se concede una importancia judicial al examen de ADN con mucha razón, ya que según los datos ofrecidos por los expertos en genética, a través de este

⁶² CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Ley Reformatoria al Código de la Niñez y Adolescencia, septiembre - 2009, Art. 10

examen existe el 99.9999 por ciento de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. Con el fin de evitar un segundo largo y tortuoso juicio sobre la declaración judicial de paternidad o maternidad, el legislador ha facultado al Juez que el momento de fijar el monto de la persona alimenticia simultáneamente debe declarar la paternidad o maternidad ordenando se inscriba en el Registro Civil.

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

Pero se da el caso que no se determina o exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas de ADN, lo que conlleva a que igual se declara la paternidad del requerido, conllevando de esta manera a violar derechos que tenga el demandado a la legítima defensa, presumiéndose de hecho la no paternidad del demandado.

3. JUSTIFICACIÓN.

(Justificación académica)

- La investigación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente, dentro del Área del Derecho Social, principalmente en el campo del Derecho de Familia, por tanto, se justifica académicamente en cuanto cumpla la

exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherente a las materia de Derecho Positivo, para optar por el Grado de Abogado.

(Justificación socio-jurídica)

- En lo sociológico se propone que hay la necesidad de garantizar el derecho a la defensa para el caso que una madre como actora se niega a someterse a juicio a las pruebas ADN, a la filiación o relación de parentesco en los juicios de alimentos
- Esta problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica, porque al Estado a través de sus diferentes Instituciones que le representan le corresponde adoptar el derecho a la defensa del demandado, cuando la parte actora no se someta a las pruebas de ADN, en la que el juez tiene la potestad de declara la paternidad de alimentante..
- Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográfica, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para el estudio causal explicativo crítico del incumplimiento del derecho a la defensa en los juicios de alimentos.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico y crítico del Código de la Niñez y Adolescencia en relación a la filiación o parentesco en el juicio de alimentos.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar jurídicamente las ventajas y desventajas, de la filiación o parentesco del demandado o demandada en la fijación de alimentos en la negativa de someterse a las pruebas de ADN

En el evento de existir negativa por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas científicas de ADN que el Juez/a disponga, se presumirá de hecho la filiación o relación de parentesco en el caso de los demás parientes consanguíneos, con el alimentario y en la misma providencia, lo cual será exigible desde la prestación de la demanda

- Establecer la necesidad de cambios sustanciales a la normativa del derecho de alimentos, en cuanto a determinar la filiación o parentesco en los juicios de alimentos.

- Presentar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y Adolescencia, para regular en el juicio de alimentos la filiación o parentesco por parte del demandado o demandada a someterse a las pruebas de ADN.

5. HIPÓTESIS

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia permite que en el evento de existir negativa por parte del demandado a someterse a las pruebas de ADN, se presumirá la relación de parentesco, pero la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la negativa a someterse a las pruebas del ADN, viola los derechos de defensa del demandado, debiéndose establecer de hecho la no paternidad del mismo.

6. MARCO TEÓRICO

En el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador consagra un principio de atención prioritaria en los siguientes términos:

*“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”*⁶³

⁶³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 449, 20 de octubre 2008, Art. 35

Este artículo dispone atención prioritaria y especializada en el ámbito público y privado para 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. Aquí en cuanto a los niños, niñas y adolescentes, no se refiere al genérico niños y adolescentes para nombrar a las personas menores de 18 años sino que visibiliza a través del lenguaje, las diferencias y peculiaridades de niños, niñas, que son personas de ambos sexos menores de doce años, y adolescentes, que son las personas mayores de doce años y que no han cumplido la mayoría de edad.

Es necesario indicar que con esta disposición los niños, niñas y adolescentes, tienen derecho a que se les preste alimentos, por estar protegidos dentro de los grupos de atención prioritaria, pero también los adultos mayores se encuentra en el mismo nivel de protección especial de forma prioritaria en el ámbito público y privado, lo que significa que tanto los niños, niñas y adolescentes como los abuelos son protegidos y no pueden desmejorar la situación de ninguno por proteger a uno de ellos, es así que la prestación de alimentos que se les debe a los niños, niñas y adolescentes, deben ser cubiertos primeramente por los obligados principales y en ausencia de estos quienes asumen esta responsabilidad son los subsidiarios como obligados a prestar alimentos.

El doctor Fernando Albán Escobar en su obra Derecho de la Niñez y Adolescencia señala que “El derecho a recibir alimentos es de orden público, pero restringida a la naturaleza pública familiar. Tal es esta aseveración que el legislador como características esenciales de ese derecho considera como un derecho que no puede

ser transferido, transmitido, objeto de renuncia, no prescribe y tampoco es susceptible de compensación. El derecho de alimentos atañe al Estado, la sociedad y la familia. Así apreciado rebasa el ámbito estrictamente personal o familiar.”⁶⁴

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

El Art. 1 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, publicada en el R.O. No. 463, del 28 de julio del 2009, preceptúa: ***“El presente Título regula el derecho a alimentos de los niños, niñas, adolescentes y de los adultos y adultas considerados como titulares de derechos establecidos en esta Ley. En lo que respecta a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicarán las disposiciones sobre alimentos del Código Civil.”***⁶⁵

Este artículo dispone que la prestación de alimentos sea regulada por este título, y cuyo derecho lo tienen tanto los niños, niñas y adolescentes como también los adultos y adultas mayores, que por sí mismas no puedan sostenerse económicamente para recibir una determinada cantidad de dinero mensual fijada

⁶⁴ ALBÁN ESCOBAR, Fernando: Derecho de la Niñez y Adolescencia. MEGAGRAFIC, Quito-Ecuador, 2003, p. 149

⁶⁵ CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, septiembre - 2011, Art. 126

por el Juez competente con el fin de satisfacer la subsistencia diarias consistente en alimentos, bebidas, vestuario, educación, asistencia médica y recreación. Se establece también que para las personas que tienen derecho a alimentos y no estén contempladas en esta norma se regirán por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

La prestación de alimentos incumbe corresponsables tripartitos de bienestar y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes por lo cual quien deba prestar alimentos en caso de incumplimiento, será sujeto al apremio personal y de medidas reales. Este derecho de alimentos por ser intrínseco a todo niño, niña o adolescente prevalece sobre otro derecho, cualquiera sea su naturaleza.

Se concede una importancia judicial al examen de ADN con mucha razón, ya que según los datos ofrecidos por los expertos en genética, a través de este examen existe el 99.9999 por ciento de probabilidades de establecer la paternidad o maternidad en discusión. Con el fin de evitar un segundo largo y tortuoso juicio sobre la declaración judicial de paternidad o maternidad, la ley determina que el Juez que al momento de fijar el monto de la pensión alimenticia simultáneamente debe declarar la paternidad o maternidad ordenando se inscriba en el Registro Civil.

Pero en esta regla, me parece en cierto sentido acertado, porque en muchos casos con el propósito de eludir responsabilidades, el o la progenitora se niegan a realizar el examen de ADN, anteponen un sinnúmero de excusas. Por lo tanto, si

luego de requerirle, la práctica de este examen, si ha existido negativa por parte del demandado se presumirá la paternidad o maternidad del requerido.

La prestación de alimentos es la consecuencia de la relación de parientes y de filiación porque no solo los progenitores están obligados a proporcionarla sino también le están obligados los hermanos, abuelos y tíos.

7. METODOLOGÍA.

7.1. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La investigación bibliográfica consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías a los derechos humanos, respecto de la filiación o relación de parentesco al demandado o demandada en la negativa de someterse al examen de ADN. Así como deben observarse los

derechos de los demandados, pues si la madre se niega al examen de ADN, debe darse un término prudencia a que se someta al examen de ADN, caso contrario viola el derecho del demandado a la legítima defensa

Durante esta investigación se utilizará los siguientes métodos: El Método Inductivo, Analítico y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el razonamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

7.2. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido la inexistencia que en el proceso se exija a la madre en calidad de actora un término prudencia para la comparecencia ante la

negativa a someterse a las pruebas del ADN, viola los derechos de defensa del demandado

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma al Art. Innumerado 10 del Título V, del Libro II de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como el arribo de las conclusiones, recomendaciones.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Modalidad de Estudios a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

7.3. Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento de Régimen Académico que establece: Resumen en Castellano y Traducido al Inglés; Introducción, Revisión de

Literatura; Materiales y Métodos; Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de este esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

En primer orden, se concreta el Acopio Teórico, comprendiendo: a) un Marco Teórico Conceptual, el que contiene: El derecho de alimentos, ADN, filiación, parentesco; b) un Marco Jurídico, acerca del Derecho de la familia en la Constitución, la filiación y paternidad señalado en el Código Civil, análisis del juicio de alimentos y filiación señalados en el Código de la Niñez y Adolescencia;; c) Marco Doctrinario sobre la problemática que la filiación o relación de parentesco en el juicio de alimentos

En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas y entrevistas; y b) Presentación y Análisis de los resultados de los casos jurisprudenciales, como Casuística.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de la hipótesis, b) La deducción de conclusiones y recomendaciones; y c) la fundamentación jurídica de la propuesta de la reforma legal, en relación a la materia y al problema materia de la tesis en estudio.

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

Año 2011					
Actividades Tiempo	OCT.	NOV.	DIC.	ENE.	FEB.
Selección y definición del problema objeto de estudio	XX				
Elaboración del Proyecto de Investigación	XX				
Desarrollo de la revisión de literatura de la tesis		XXXX	XXXX		
Aplicación de encuestas y entrevistas				XX	
Verificación y contrastación de Objetivos e Hipótesis				XX	
Planteamiento de conclusiones y recomendaciones					XX
Presentación del borrador de la Tesis					XX
Presentación del informe final					X
Sustentación y defensa de la tesis					X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. RECURSOS HUMANOS:

Director de Tesis.

Asesores.

Hitler Douglas Calderón Serrano.

9.2. RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

Material bibliográfico	100.00
Material de escritorio.	80.00
Artículos de Internet	100.00
Adquisición de textos	90.00
Movilización y alimentación	50.00
Digitación de trabajo	100.00
Reproducción y encuadernado	120.00
Derechos timbre y más especies valoradas	150.00
Imprevistos	50.00
TOTAL:	840.00

9.3. FINANCIAMIENTO.

La presente investigación será financiada con mis propios recursos.

10 BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ARGUDO CHELÍN, Mariana: Derecho de Menores, Segunda Edición, EDINO, 2000, Guayaquil – Ecuador.

CABANELLLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina.

- CÓDIGO CIVIL: Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2011.

- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Legislación Codificada, Corporación de Estudios y Publicaciones, febrero del 2011.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, abril – 2010.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, abril – 2010.

- DE CEVALLOS, Seni Ruth: La Deuda de Alimentos y su Procedimiento para el Cobro.

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986.

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Derecho Civil del Ecuador, III, Filiación, Estado Civil y Alimentos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Cuarta Edición, Quito, 1985.

- TORRES CHÁVES, Efraín: Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, p. 3,

ZANNONY, Eduardo. "Derecho de Familia". Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina. 1976. Pág.: 148

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
TABLA DE CONTENIDOS	vi
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN	5
4. REVISIÓN DE LITERATURA	7
4.1. MARCO CONCEPTUAL	7
4.1.1. Niño y adolescente	7
4.1.2. El derecho de alimentos.....	9
4.1.3. Obligación de alimentos	12
4.1.4. Prueba	13
4.1.5. Ácido desoxirribonucleico.....	14
4.2. MARCO DOCTRINARIO	15
4.2.1. Naturaleza y características del Derecho a alimentos	15
4.2.2. Obligación de prestar alimentos.....	19
4.2.3. El examen de ADN y la presunción de inocencia.....	22
4.3. MARCO JURÍDICO	25
4.3.1. Análisis de las disposiciones relacionadas con la temática constante en la Constitución de la República del Ecuador.	25

4.3.2. Análisis crítico del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a quien se debe alimentos.....	36
4.3.2.1. Beneficiarios del derecho a alimentos.	45
4.3.2.2. Procedimientos, Medidas de Protección.....	48
4.3.2.3. Medidas por falta de prestación de alimentos.....	53
4.3.2.4. Apremio Personal.	54
4.3.2.5. Apremio Real.	57
4.3.3. Análisis del Código Civil en lo referente a alimentos	61
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	64
4.4.1. Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay	64
4.4.2. Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay	65
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	67
5.1. Materiales utilizados	67
5.2. Métodos	67
5.3. Procedimientos y Técnicas.	68
6. RESULTADOS	70
6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta	70
6.2. Resultados de la aplicación de entrevistas.....	82
6.3. Estudio de casos.....	86
7. DISCUSIÓN.....	99
7.1. Verificación de Objetivos.....	99
7.2. Contrastación de hipótesis.....	101
7.3. Fundamentación jurídica, empírica y doctrinaria de la propuesta de reforma.....	102
8. CONCLUSIONES	108

9. RECOMENDACIONES	109
9.1. Propuesta de reforma	110
10. BIBLIOGRAFÍA	113
11. ANEXOS	115
ANEXOS1. Encuesta	115
ANEXOS 2. Entrevista	117
ANEXOS 3. Proyecto	118