1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

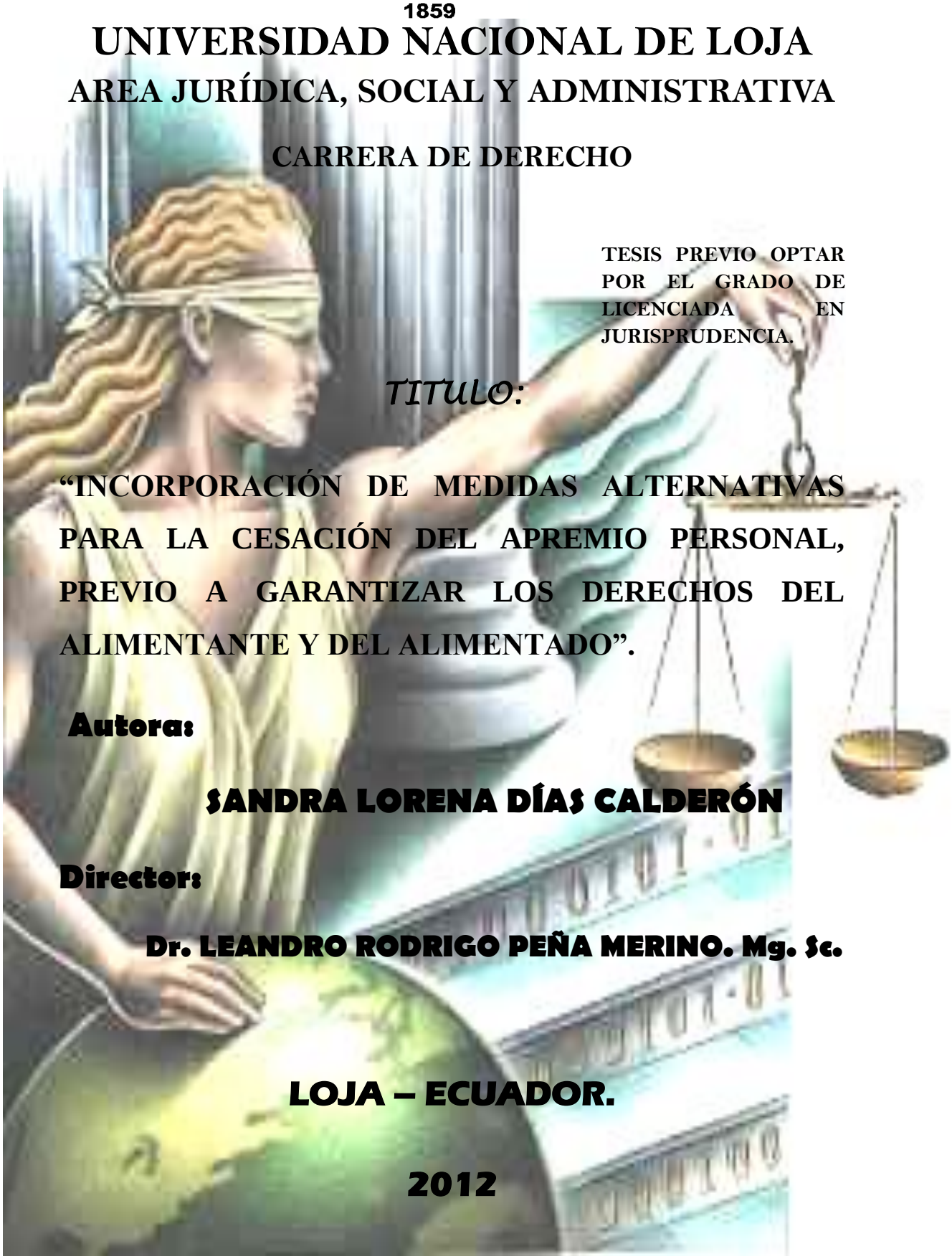
AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TESIS PREVIO OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA.

TITULO:

"INCORPORACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA LA CESACIÓN DEL APREMIO PERSONAL, PREVIO A GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL ALIMENTANTE Y DEL ALIMENTADO".



Autora:

SANDRA LORENA DÍAS CALDERÓN

Director:

Dr. LEANDRO RODRIGO PEÑA MERINO. Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR.

2012

AUTORIZACIÒN

Dr. Leandro Rodrigo Peña Merino, **Docente de la Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa, de la Universidad Nacional de Loja.**

C E R T I F I C A:

Haber dirigido el trabajo de Investigación de Pregrado en Jurisprudencia de la señorita Sandra Lorena Días Calderón, titulada **"Incorporación de medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado",** el mismo que cumple los requisitos de forma y fondo que exige el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo al autor la presentación de la Tesis ante la autoridad académica correspondiente.

Loja, Febrero de 2012

Dr. Leandro Rodrigo Peña Merino. Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Declaro que las ideas, conceptos, criterios, reflexiones y conocimientos contenidos en esta Tesis son de mi exclusiva responsabilidad y autoría, excepto las trascripciones textuales incorporadas a la misma, las que constan con los respectivos pies de página que indican los autores consultados.

Loja, Febrero de 2012

Sandra Lorena Días Calderón

AUTORA

DEDICATORIA.

Esta tesis de grado la dedico a mi familia con gran cariño, a mi querida madre María Teresa Calderón Garrido, a mi abuelita Rosa Albertina Garrido, a mis hermanos Ángel Vicente, Mónica Valeria, Karina Vanesa, Celeste Estefanía; Francisco Félix, y a mis queridas amigas Susana Calva, Mery Capa, Alexandra Córdova y Lorena Pintado, quienes fueron el apoyo rotundo para desarrollar con plenitud, a quienes les doy mis más sinceros agradecimientos por haber estado presentes cuando más los necesitaba y por haberme impulsado y apoyado para la culminación del presente trabajo investigativo.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Agradezco infinitamente a la Universidad Nacional de Loja, en representación de su digna autoridad, Director del Área Jurídica Social y Administrativa y especialmente a la Carrera de Derecho por haberme acogido en sus aulas para brindarme todos los conocimientos necesarios para poder culminar con mi Carrera, a todos los docentes, personal administrativo y de manera muy especial al Dr. Leandro Rodrigo Peña Merino, Director de mi Tesis, a quien no le importó fecha ni hora para la revisión de los adelantos de mi trabajo investigativo.

La Autora

TABLA DE CONTENIDOS.

Autorización

Autoría

Dedicatoria

Agradecimiento

Tabla de Contenidos

1. RESUMEN EN CASTELLANO Y TRADUCIDO AL INGLÉS (ABSTRACT)

2. INTRODUCCIÓN.

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1. Marco Conceptual

3.2. Marco Jurídico

3.3. **Marco Doctrinario**

4. MATERIALES Y MÉTODOS.

4.1. Materiales

4.2. Métodos utilizados en la ejecución

4.3. Instrumentos

5. RESULTADOS

5.1. Resultados de la aplicación de las Encuestas

5.2. Resultados de la aplicación de las Entrevistas

5.3. Estudio de Casos

6. DISCUSIÓN.

6.1. Verificación de Objetivos.

6.2. Contrastación de Hipótesis.

6.3. Fundamentación jurídica

7. CONCLUSIONES

8. RECOMENDACIONES

9. PROPUESTA JURÍDICA.

10. BIBLIOGRAFÍA;

11. ANEXOS

1. RESUMEN

En cuanto al problema planteado en este trabajo de investigación socio jurídica, con respecto la necesidad de incorporar medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado; que en la actualidad, se vulneran, especialmente el derecho a la libertad individual a pesar de existir la disposición legal de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que preceptúa nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter civil. Y como lo dice la Corte Constitucional "el apremio personal, lejos de consistir en una pena es propiamente una medida de prisión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias. Lo contrario representa una interpretación arbitraria, ya que el principio pro-libertate se basa en una interpretación restrictiva de la limitación del derecho a la libertad**.** Frente a la contradicción de derechos, el del menor a los alimentos, y el del alimentante a su libertad, conviene reiterarse la posición de la Corte Constitucional, en el sentido de que la pérdida de la libertad es un medio para asegurar el derecho del alimentario, sin que esto signifique que es el único, toda vez que no siempre se logra el pago de lo adeudado con la detención del deudor, por lo que al no ser necesaria la medida y al resultar desproporcionada.

El trabajo teórico y de campo de la presente tesis me ha permitido obtener criterios, con fundamentos claros y precisos, de bibliografía muy reconocida, que aportaron a la verificación de objetivos, y contrastación de las hipótesis

planteadas, permitiendo apoyar los cambios al Código de la Niñez y la Adolescencia.

El contenido de esta tesis es un esfuerzo intelectual en el ámbito científico y metodológico, que aborda teórica y empíricamente, la limitación al derecho pro libértate y derechos del alimentante y alimentado. Dichas limitaciones a la libertad individual inobservan los derechos y garantías constitucionales.

ABSTRACT.

As for the problem outlined in this work of investigation artificial partner, with concerning the necessity of incorporating measures alternatives for the ceasing of the personal urgency, previous to guarantee the rights of the alimentante and of the one fed; that at the present time, they are harmed, especially the right to the individual freedom in spite of existing the legal disposition of the Universal Declaration of the Man's Rights that preceptúa nobody can be stopped by nonfulfillment of obligations of civil character. And as he/she tells it the Constitutional Court "the personal urgency, far from consisting on a pain is properly a prison measure and it forces created by the law to force to the payment of the nutritious pensions. The opposite represents an arbitrary interpretation, since the principle pro-libertate is based on a restrictive interpretation of the limitation from the right to the freedom. In front of the contradiction of rights, the one of the minor to the foods, and the one of the alimentante to their freedom, suits to be reiterated the position of the Constitutional Court, in the sense that the loss of the freedom is a means to assure the right of the alimentary one, without this means that it is the only one, all time that the payment is not always achieved of that owed with the debtor's detention, for that that when not being necessary the measure and when being disproportionate.

The theoretical work and of field of the present thesis it has allowed me to obtain approaches, with clear and precise foundations, of very grateful bibliography that you/they contributed to the verification of objectives, and

contrastación of the outlined hypotheses, allowing to support the changes to the Code of the Childhood and the Adolescence.

The content of this thesis is an intellectual effort in the scientific and methodological environment that approaches theoretical and empirically, the limitation to the right pro liberates you and rights of the alimentante and fed. This limitations to the freedom individual inobservan the rights and constitutional guarantees.

2. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo investigativo titulado **“Incorporación de medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado”,** es un problema que en la actualidad deja en indefensión los derechos del detenido por apremio personal, porque algunos Jueces de la Niñez y la Adolescencia, a pesar que el detenido ofrece mediante acuerdo al Juez competente el pago de una parte de la deuda; los jueces deben aplicar la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, sino que se limitan a las normas del Código de la Niñez y la Adolescencia que determina 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, dispondrá el apremio personal hasta 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. Es decir, el Código de la Niñez y la Adolescencia como medidas cautelares de carácter personal solo contempla el arraigo y el apremio personal, siendo esta última la medida que lesiona el principio pro libértate del alimentante, privándole de la libertad hasta por el plazo de 180 días, situación que atenta a los derechos humanos porque se debe tener presente que por deudas no hay prisión, excepto por pensiones alimenticias atrasadas, sin embargo llegando hasta el fondo de la pensión alimenticia sería de carácter civil y no penal, por lo tanto, no se debería de continuar privando de la libertad a los alimentantes deudores, porque se debe tener

presente que la privación de libertad es de ultima ratio, es decir como última alternativa está el internamiento de los infractores en la cárceles. Ya que el alimentante deudor no es un criminal, ni delincuente para que sea internado en los centros carcelarios, más conocidos como centros de perfeccionamiento del crimen. Y el Estado a través de la Asamblea Nacional debe incorporar otras medidas alternativas al apremio personal, como la presentación periódicamente ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia, para que acredite su comparecencia, estancia en el sector, y justifique que se encuentra trabajando para cancelar las pensiones alimenticias adeudadas y futuras.

En el proceso de investigación científico aplique el método científico hipotético-deductivo, partiendo de la hipótesis, procedí al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática, para luego ser comprobada mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

La estructura del informe final contiene: Primero.- La revisión de Literatura que comprende: Los Marcos Conceptual con temas relacionados con la definición de persona, la libertad, derecho a los alimentos, el apremio personal, las medidas cautelares, el derecho al trabajo; en el Marco Jurídico, estudio y analizo las normas relacionadas a mi problemática constantes en la Constitución de la República, Instrumentos Internacionales, Código de la Niñez y la Adolescencia; y Derecho Comparado de la República de Chile y Argentina; en el Marco Doctrinario que engloban el tema en sí, relacionados

a Características de las Medidas Cautelares, el principio de Ponderación, Los Derechos Humanos, el principio Pro-Homine; el principio Pro-Libertatis, las sanciones alternativas a la prisión, y finalmente presento la bibliografía de libros, opinión de tratadistas y leyes sobre las cuales me fundamento.

En segundo lugar los Materiales y Métodos, que sirven como apoyo en la investigación de campo dado a través de las encuestas y entrevistas aplicadas a diferentes personas entres estos Profesionales del Derecho. También apliqué los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requería la investigación jurídica propuesta, auxiliada de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental. En la investigación de campo consulte la opinión de las personas conocedoras de la problemática, mediante el planteo de treinta encuestas y cinco entrevistas; en ambas técnicas planteé cuestionarios derivados de la hipótesis.

A continuación se realiza la Discusión de resultados logrado con el acopio teórico y la investigación de campo, verificando el objetivo general y los objetivos específicos que me propuse al momento de especificar la investigación; así mismo pude contrastar la hipótesis en base a las respuestas dadas por los encuestados y con el criterio de expertos que fueron entrevistados alrededor del problema.

Finalmente se cumplió el trabajo de síntesis que me ha permitido la recreación del conocimiento formulando importantes y significativas

deducciones y sugerencias dentro de los contenidos de Conclusiones y Recomendaciones, para luego formular una propuesta jurídica de posibles soluciones del problema al Código de la Niñez y la Adolescencia.

En la forma expuesta queda descrito el contenido y desarrollo de mi Tesis jurídica que pongo a consideración de la comunidad universitaria y a los estudiosos del Derecho.

3. REVISIÓN DE LITERATURA.

3.1. MARCO CONCEPTUAL.

3.1.1. Las Personas.

La palabra persona "proviene del latín persona, que servía para designar la mascara que utilizaban los actores en el teatro"[1].

En sentido metafísico y ético, "persona es el individuo humano en que se mezclan armónicamente dos elementos: uno común a los animales, que es la individualidad, y otro de carácter absoluto y de origen divino, que se relevan en la razón y en la libertad"[2].

De la cuna a la tumba la persona se encuentra insertada dentro de una red de múltiples ordenamientos sociales, conexos, complejos y diferenciados, en la infancia, en la juventud y en la vejez, la conducta del ser humano sigue las huellas normativas diseñadas por la sociedad.

Desde el punto de vista psicológico "persona es la conciencia que el hombre posee de ser el mismo y no otro es decir, de ser permanente idéntico, a pesar del las trasformaciones del mundo interior y exterior"[3].

En sentido jurídico "persona es el sujeto del derecho, o sea el punto de referencia o centro de imputación, para decirlo con Kelsen del ordenamiento

[1] MOUCHET Carlos, Introducción al derecho, duodécima edición, Buenos Aires Argentina 2000, Pág.111.
[2] JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "La ley y el Delito", Segunda edición, Editorial Hermes México. 1998. Pág. 217
[3] MOUCHET Carlos. Ob. Cit. Pág.113.

jurídico objetivo"[4]. Desde el nacimiento aun antes el "ser social" incide con determinados comportamientos en el "ser individual".

Estas normas de conducta que influyen en la vida de las personas pueden ser sociales, morales o jurídicas. Las normas sociales tienden a lograr la solidaridad, la cooperación y el respeto mutuo; las normas morales, coadyuvan al cumplimiento del deber de acuerdo con las buenas costumbres; y las normas, jurídicas, propician la justicia.

En el escenario del derecho civil "la persona es el individuo de la especie humana a quien el ordenamiento jurídico le confiere capacidad legal para ejercer derechos y contraer obligaciones"[5]. En Derecho Jurídicamente se define a la persona como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En el mismo sentido entienden generalmente al concepto la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales; no obstante, el contenido semántico de dicho concepto ha variado considerablemente en distintas épocas y sistemas jurídicos. Así por ejemplo, en la antigua Roma se requería los status de hombre libre, ciudadano y pater familias para ser persona y no se consideraban tal a muchísimos seres humanos (tal es el caso de los esclavos). Actualmente se las clasifica en personas de existencia visible o físicas (ser humano) y personas de existencia ideal o jurídica como las sociedades, las corporaciones, las fundaciones, el Estado y otras.

[4] MOUCHET Carlos. Ob. Cit. Pág.114.
[5] JARAMILLO ORDOÑEZ Herman, La Ciencia y Técnica del Derecho, Universidad Nacional de Loja, Cuarta Edición 2003, Pág. 26

El Código Civil ecuatoriano da una definición de lo que es persona en el Art. 41 menciona Persona natural "son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídanse en ecuatorianos y extranjeros"[6]. Se entiende por persona jurídica (o persona moral) a un sujeto de derechos y obligaciones que no existe físicamente y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un papel.

Es decir, junto a las personas físicas existen también las personas jurídicas, que son entidades a las que el derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y, en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes de todas clases, para contraer obligaciones y ejercitar acciones judiciales.

3.1.2. La Libertad.

Etimológicamente la palabra libertad proviene del término latino liber que estaba relacionado con libertas que era igual que libertad, proviene de libre, en un principio se estableció relación con el significado de persona en la cual el espíritu de procreación se encontraba naturalmente activo de donde cabe la posibilidad de denominar liber o libre al joven cuando al encontrarse en la madurez sexual, se lo incorporado a la sociedad como hombre capaz de asumir responsabilidades.

El autor Guillermo Cabanellas de Torres, define a la libertad como la **"**Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos". Justiniano la definía

[6] CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, año 2010. Pág. 12.

como “la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírselo la fuerza o el derecho”[7]. Como la libertad consistía en un reconocimiento social o jurídico, sobre todo en poder hacer o no hacer; pero también era aplicado en el sentido de auto determinación, en el cual por sus propios intereses podía hacer algo por si mismo, entonces la libertad consistía en la posibilidad de decidirse y al decidirse era como autodeterminarse. De esta forma la noción de libertad ya en su origen apunta en dos direcciones, la una de no ser esclava y la otra de autodeterminarse. Entonces fueron las grandes revoluciones y luchas que se dieron en el mundo las que contribuyeron a definir la libertad individual y asegurar su implantación en varios estados. El Bill of Rights, aprobado en el Parlamento de 1689.

En América Latina, los principios liberales se rigieron por las luchas por la emancipación durante las dos primeras décadas del siglo XIX, las mismas que estuvieron enmarcadas en los ideales de la libertad personal.

A la libertad se la divide en libertad interna y jurídica, la **libertad interna** es propia del ser humano, es decir algo personal que tenemos dentro de uno mismo, es la forma para actuar en la sociedad de acuerdo a sus costumbres, cultura, ideologías entre otros aspectos; en definitiva es innato de cada persona respecto a su personalidad. Mientras que la **libertad jurídica** es el límite que establece la ley a la libertad de los mismos que se encuentran contemplados en nuestra Constitución y se perfecciona en otras leyes comunes y especiales.

[7] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental. Edit. HELIASTA S.R.L. Undécima Edición.- Buenos Aires - Argentina.- Pág. 236.

Según el Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales dispone: "Unos dicen que la libertad consistía en el poder de hacer todo lo que no daña a otro, de modo que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos; límites que no pueden determinarse sino por la ley. Otros la definen como el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; si un ciudadano, pudiese hacer lo que prohíben las leyes, no tendría libertad, porque los otros tendrían igualmente el mismo poder. Así, en las Partidas, se define diciendo ser la facultada natural que tiene el hombre para hacer lo que quisiere, si no se lo impide la fuerza o el derecho"[8].

El hombre es el ser humano pensante, sus ideas se reflejan en sus hechos o acciones. Se estima que desde el momento que nace una persona es libre, la libertad es un bien natural, subjetivo y personal; todos cuidamos como un tesoro y tratamos que no se limita, porque el momento que se limita, estamos poco a poco perdiendo la libertad. Esa libertad se encuentra garantizada en toda Constitución de cualquier Estado, siempre y cuando vivamos en un Estado de Derecho y democrático o cuando se viva un Estado Socialista. Por ello la Constitución de un Estado en concordancia con las leyes ordinarias o especiales, brindan la garantía de la libertad; y nadie puede privársele de esa libertad mientras no exista un juicio justo para las partes, por eso el hombre no tiene que estar privado de hacer lo que la ley le

[8] ROMBOLA, Néstor Darío y REBOIRAS, Lucio Martin. Diccionario de Ciencias Jurídicas.-. Pág. 117.

permita; se puede decir que la libertad es amplia, las leyes son las cuerdas que proporcionan esa libertad hasta donde se puede hacer uso de esa garantía natural. El hecho de que la ley limita la libertad, no quiere decir que se le esta coartando a la libertad, sino se le esta brindando garantías a esa libertad, en la cual, la ley nos determina hasta donde somos libres para hacer algo que esta prohibido por la ley, de no ser así, se convertiría la libertad en libertinaje, donde todo individuo hiciere lo que éste tuviere a bien, entonces estaríamos frente a una anarquía.

3.1.3. Derecho a Alimentos.

Los aspectos internacionales sobre la responsabilidad de alimentos, para luego hablar sobre el tema de la libertad y la responsabilidad de los ciudadanos frente a dicha obligación. Es así que Las Naciones Unidas proclaman el derecho inalienable a no padecer hambre ni malnutrición.

Algunos tratadistas definen al alimento de la siguiente manera: Para el tratadista Manuel Osorio, citado por el Diccionario Jurídico Anbar, nos dice respecto a los alimentos lo siguiente “La prestación en dinero o en especie que una persona indigente puede reclamar de otra, entre las señaladas por la Ley, para su mantenimiento y subsistencia. Es pues por ello que, por determinación de la ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para los fines indicados.

El derecho a reclamar alimentos y la obligación de prestarlos sé da entre parientes legítimos por consanguinidad, como el padre, la madre y los hijos;

a falta de padre y madre o no estando en condiciones de darlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes, así como los hermanos entre sí. En el parentesco legítimo por afinidad, únicamente se deben alimentos al suegro y la suegra por el yerno o la nuera; y viceversa, de ser éstos los necesitados y aquellos los pudientes. Entre los parientes ilegítimos, los deben el padre, la madre y sus descendientes, y, a falta de ello, los abuelos y los nietos. Se advierte que la prestación entre estos es reciproca"[9]. Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, los alimentos son: "Las asistencias que por ley, contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia, esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad".[10]

De los criterios anotados puedo destacar que los elementos que conforman el concepto de alimentos no solamente se limitan a la simple definición de "sustancia que sirve para nutrir" como lo dice una de las acepciones del Diccionario Enciclopédico Aula, sino que sobre todo desde el punto de vista jurídico, alimento es el derecho que la ley concede para la normal y continua existencia del alimentario en cuanto a la satisfacción de las necesidades de subsistencia.

De manera general, la obligación de dar alimentos y el derecho para reclamarlos necesitan de la Ley y comprende únicamente a las personas

[9] OSORIO, Manuel. Citado por ANBAR, Pág. 252
[10] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental Pág. 20

expresamente señaladas en ella, pero hay ciertos casos en que los alimentos nacen o derivan de actos voluntarios de las personas; Ahora bien los que deben prestar alimentos no solamente se han de encontrar dentro de las disposiciones legales anteriormente señaladas, sino que es preciso que sean económicamente competentes o capaces de cumplir con dicha obligación, de otro modo quedan exentas de él, y la obligación eventualmente recae sobre otras personas.

Pero tomando siempre en cuenta que, siendo los alimentos un derecho social, tienen como objetivo cubrir necesidades que no esperan por que sin alimentos no se puede subsistir, y de él depende la crianza y el desarrollo integral de las personas. Por lo tanto, la Constitución ha considerado que los alimentos son de carácter prioritario para la supervivencia humana.

Entonces el Derecho de Alimentos es parte del Derecho Social, ya que el Estado ha considerado proteger a la familia como célula de la sociedad, es así que garantiza el desarrollo del individuo, desde el momento mismo de la concepción, para de esta manera conseguir el desarrollo armónico del menor tanto físico como psicológico, obteniendo un miembro de la sociedad íntegro, para que tenga una participación activa en el desarrollo de la familia sociedad y el Estado.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, vigente en nuestro país, al igual que los anteriores, la denominación “De los Alimentos”, señala la obligación que el alimentante tiene, de proporcionar el menor para que éste realice gastos

necesarios para la subsistencia como habitación, educación, vestuario, asistencia médica, entre otros.

Queda claro que los alimentos tienen su origen al interior del núcleo familiar, cuyos miembros tienen la obligación recíproca de ayudarse mutuamente cuando las circunstancias así lo exijan, los alimentos comprenden lo necesario para atender a la subsistencia. Solidaridad determinada en el parentesco, la misma que ha sido recogida y consagrada por la ley quien para resolver toma en cuenta las condiciones económicas de las partes involucradas y la pensión fijada puede ser en especie o en dinero.

Ahora bien hay que establecer las condiciones económicas del alimentario es menester considerar el conjunto de circunstancias de su persona y de vida como: la edad, el sexo, su estado de salud, el costo de vida, la posibilidad actual y real de proporcionarse por sí mismo los medios de subsistencia; hay casos inclusive que el alimentario puede tener ingresos propios, pero no en la medida o cantidad suficiente como para cubrir todas sus necesidades. En tales supuestos el alimentante deberá satisfacer solo el complemento.

Vemos que cuando el Estado se preocupa por la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, la solidaridad se convierte en asistencia social, en esta asistencia que la comunidad jurídicamente organizada brinda a quiénes no pueden dotarse por sí mismo sus propias necesidades; pero antes que recurrir a un deber moral que impulse a los hombres a la ayuda mutua, o antes que acudir al estado en búsqueda de asistencia que se habría

hecho imprescindible, lo primero, lo más lógico y natural es que cada cual se dirija a su propia familia como núcleo particular.

Una de las funciones más importantes de la alimentación es la cobertura de las necesidades energéticas necesarias para el crecimiento, desarrollo, el metabolismo, la salud y el rendimiento a través de los nutrientes alimenticios esenciales para que el ser humano pueda realizar sus actividades y así pueda conservarse vivo. La calidad y cantidad de los elementos nutritivos lo determinan todo, desde el desarrollo cerebral hasta el equilibrio orgánico, desde la actividad saludable normal hasta el nivel de las funciones especificas del ser humano, ha diferencia de los objetivos de la pensión alimenticia, que es la de prestar todo lo indispensable para satisfacer las necesidades de la vida de un ser humano para su subsistencia y pueda desarrollarse moralmente en una sociedad determinada. En síntesis el objetivo primordial del derecho alimentario es proteger el derecho a la vida.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 25 establece: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene así derechos a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social"[11].

En la realidad actual de nuestro país este artículo es muy contradictorio, no podemos hablar de un nivel de vida adecuado en nuestro país a diario miles de personas abandonan sus hogares hacia otros países en busca de mejor nivel de vida, en busca de empleo mientras que en sus hogares quedan abandonados los hijos que son los que sufren graves consecuencias psicológicas.

Si no encontramos ni siquiera un empleo en nuestro país, es muy obvio que no tengamos un nivel adecuado que nos asegure salud, alimentación, vestido como lo manifiesta este derecho.

La prestación de alimentos necesita de tanta protección porque tiene que ver con el derecho a la vida, el derecho a los alimentos; pues muchos políticos en sus propuestas han señalado la prestación de alimentos como una política para los cambios. Pero en esta investigación son los trámites los que nos ha interesado para mejorar el status de vida de los beneficiarios, porque los preceptos legales ya se encuentran tipificados en la leyes citadas en el párrafo anterior, lo que falta, es en forma urgente y necesaria unificar todos estos trámites dispersos en distintas leyes en un sola normatividad jurídica

[11] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. C E D H U. Art. 25.

para evitar las incongruencias jurídicas que retrasan y obstaculizan la administración de justicia y por ende lesionan el Debido Proceso.

Por cuanto el derecho de alimentos tiende a ayudar al sostén de la vida y a la oportuna satisfacción de las necesidades más elementales del sujeto beneficiario, resulta notorio, que su acción no puede estar supeditada a la capacidad y que toda persona puede gozar del derecho de alimentos, aplicando leyes especiales para exigir alimentos, cambiando las disposiciones comunes sobre la representación legal, llegando inclusive al extremo de permitir que una persona incapaz, pueda ejercer la representación de otra.

3.1.4. Responsabilidades.

La palabra responsabilidad proviene del latín responsum, que es una forma latina del verbo responder: respon (responder) sabilidad (habilidad). Existen varios significados de la palabra responsabilidad.

"La Responsabilidad es la conciencia acerca de las consecuencias que tiene todo lo que hacemos o dejamos de hacer sobre nosotros mismos o sobre los demás"[12]. Por lo tanto*, "la responsabilidad es el cumplimiento de un deber, es una obligación ya sea moral o incluso legal de cumplir con lo que se ha comprometido. Es un signo de madurez, pues el cumplir una obligación de cualquier tipo no es generalmente algo agradable, pues implica esfuerzo; gracias a ella, podemos convivir pacíficamente en sociedad ya sea en el*

[12] JULIO R. Serrano Dr. Lectura Selectas que potencian valores. Loja-Ecuador,2005, Pág. 178

plano familiar, amistoso, profesional o personal. La persona responsable es digna de todo crédito"[13]. La responsabilidad es un valor que afecta la vida de la persona, también a la vida de su familia y de la comunidad a la cual pertenece. Su influencia puede resultar positiva o negativa, de acuerdo con la manera como se asuman las responsabilidades y las consecuencias de los actos.

Ser responsable significa, tomar el control de su propia vida y tener la suficiente capacidad para discernir –diferenciar o distinguir-, y para elegir aquello que más le convenga en el camino de la realización personal. Una persona puede llegar a ser profundamente feliz, o infortunadamente infeliz, dependiendo de la manera como actúe, y ponga en juego su sentido de responsabilidad.

"En el campo del estudio o del trabajo, por ejemplo: el que es responsable lleva a cabo sus tareas con diligencia, seriedad y prudencia, porque sabe que las cosas deben hacerse bien desde el principio hasta el final y que solamente así se saca verdadera enseñanza y provecho de ellas en consecuencia, en la educación, se debe formar al alumno con un criterio muy amplio para cumplir con sus obligaciones, como estudiante y parte integrante de la sociedad en que vive"[14].

[13] JULIO R. Serrano Dr. Lectura Selectas que potencian valores. Loja-Ecuador. 2005. Pág. 178.
[14] Ibídem.- Pág. 178.

El término responsabilidad implica la “obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”[15]. Desde un amplio punto de vista, responsabilidad no es más que el “cargo u obligación moral que resulta para alguien causante del posible yerro en una cosa o asunto determinado; es decir, es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”[16].

Puede concluirse entonces que la responsabilidad constituye la capacidad y obligación que tiene una persona para asumir las consecuencias que emanan de su conducta y sobre todo de sus actos, más aún cuando estos actos provocan lesión al bien jurídico de otra persona.

La doctrina ha tratado varios tipos de responsabilidad que para el Derecho Positivo tienen gran importancia, entre ellos tenemos la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.

La responsabilidad penal que conlleva la obligación del pago de daños y perjuicios posee tal importancia para el Derecho Penal que Zavala de González se ha dedicado a hacer algunas puntualizaciones y “afirma que la reparación del daño, patrimonial y el daño moral son similares, en virtud de que si bien en el primero se resarce la disminución de los bienes patrimoniales ya existentes (daño emergente) o la pérdida de gananciales ciertas que hubiera recibido el sujeto pasivo del hecho, de no haber mediado

[15] Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los Derechos.
[16] ROMBOLA, Néstor Darío. Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires Argentina. 2006. Pág. 821

el mismo, (lucro cesante); el segundo por su parte, pretende encontrar una adecuada reparación en la afección de los bienes extra patrimoniales de una persona, por el perjuicio espiritual sufrido, el cual en varios casos, puede tener incidencia en el patrimonio de la persona"[17].

Varios autores señalan que como fundamento procesal, en el cual se sustenta la acción por daño moral, se encuentra la pretensión de una persona, a fin de que sea resarcida civilmente por el daño a ella ocasionado, por haber sido objeto de una conducta ilícita que hubiere menoscabado sus bienes extrapatrimoniales.

La finalidad de nuestros legisladores, al contemplar dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil la posibilidad de reclamar el resarcimiento de un daño causado, es que una persona que hubiere sufrido un daño, ya sea en su patrimonio, en su honra, tenga la posibilidad de demandar la indemnización de los perjuicios que se le hubieren ocasionado. Es por eso, que se contempla en nuestra legislación, la facultad de solicitar ante los órganos jurisdiccionales, las indemnizaciones correspondientes.

En definitiva lo que se trata de obtener en la responsabilidad civil es que la persona que ha sufrido un perjuicio sea resarcida por quien lo causó, este resarcimiento se concentra en el pago de una suma de dinero equivalente al daño causado, mediante la correspondiente acción de indemnización de daños y perjuicios.

[17] PEREZ Álvarez, Fernando. Fundamentos del Derecho Penal ecuatoriano. Fondo de la Cultura Ecuatoriana. Tomo I. Cuenca Ecuador. 1994. Pág. 332.

En la responsabilidad penal, en cambio se trata de castigar o reprimir los hechos que lesionan a la sociedad mediante la aplicación de una pena que será impuesta a la persona que cometió el acto típico, antijurídico y doloso.

Las prevenciones de la ley para la efectividad de las responsabilidades civiles, únicas consecuencias del delito que tienden a su efectiva reparación en beneficio de la víctima, son eficaces tan sólo en el supuesto de solvencia del culpable o de los subsidiaria o solidariamente responsables civilmente, en caso de ausencia de éstos y de insolvencia de aquél, el sujeto pasivo del delito queda en total desamparo; funesta realidad ya que la persona que ha sufrido el cometimiento de un ilícito no pueda ser indemnizada por los daños y perjuicios que le han sido causados.

3.1.5. Pensiones Alimenticias.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas de Torres determina; "Pensión, suma de dinero que percibe una persona para su alimentación y subsistencia, y, Pensión alimenticia, cantidad periódica o anual, que el Estado concede determinadas personas por méritos o servicios propios o de alguna persona de su familia"[18]. Se puede decir que la pensión alimenticia está representada por una cantidad de dinero que se paga en forma mensual y en efectivo a una persona para la subsistencia.

El derecho que tiene una persona, que carece de medios y no puede subsistir por sí mismo, para que otra de acuerdo con la ley le provea de los

[18] CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental" Nueva Edición Actualizada, Editorial Heliasta, Pág.301

alimentos necesarios para vivir, este derecho se hace realidad una vez que el juez lo ha reconocido a favor del reclamante, es naturalmente a través de lo que se denomina “Pensión alimenticia”.

De diversos preceptos legales como el Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, Ley del Anciano, Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, para que una persona pueda estar en situación de exigir o reclamar alimentos debe reunir estos requisitos:

a.) Que el estado en que se encuentra sea de indigencia, es decir que verdaderamente necesite de los alimentos que lo solicitan.

b.) Que la situación económica de la persona a quien se lo pide los alimentos le permita proporcionarlos, y,

c.) Que en un texto expreso del legislador le otorgue el derecho a exigir los alimentos”[19].

Debo agregar que en cuanto al requerimiento de una pensión alimenticia, debe ser uso de esta facultad la persona que realmente se encuentre en circunstancias que hagan imposible o por lo menos muy difícil su supervivencia y en relación al obligado, tomando en cuenta la edad, las cargas de familia, el costo de vida, la posibilidad real y actual de proporcionarse por sí mismo medios de subsistencia, y a la medida de la potencialidad económica de la alimentante.

[19] MONTALVAN Iván. Tesis Doctoral de Derecho, Universidad Nacional de Loja, 2007. Pág. 50 - 51

La pensión alimenticia consiste por lo general en una cantidad determinada de dinero mensual que deberá pagarse dentro de los cinco primeros días de cada mes, se pagan alimentos normalmente en dinero pero bien podría el alimentante aceptar que se los den en especie, y disponerlo así el juez si resulta más conveniente no cabe que sea el alimentante que determine así porque sería humillante y se prestaría aún más al incumplimiento.

"Los alimentos que se dan voluntariamente, antes de demanda judicial, cumpliendo con las obligaciones naturales entre cónyuges, padres e hijos, y entre parientes son generalmente en especie, pero una vez que se inicia la acción judicial no suele quedar otro sistema práctico que el de la fijación de una pensión en dinero"[20].

El tratadista Larrea Holguín manifiesta que: "Sin embargo los alimentos que se debe al cónyuge y a los hijos deben darse en especie, y por esto mismo, se hace depender el derecho de permanencia en el hogar, solamente si la ausencia es justificada entonces se deben alimentos y se pagan normalmente en dinero.

Se debe tomar en cuenta de la capacidad económica del alimentante, se ha de tener en cuenta sus posibilidades, ya que si trabaja bajo relación de dependencia será suficiente revisar su rol de pagos o si es una persona que realiza una actividad económica independiente de acuerdos a los bienes que posea, según el certificado emitido por el Registro de la Propiedad y Registro

[20] UNDURRAGA SOMARRIVA, Manuel. "Derecho de familia". Tomo I – II Editorial Nascimiento. Santiago de Chile, 1983. Pág. 616.

Mercantil, además el Juez habrá de considerar los gastos de alimentación, vivienda, vestuario, y cargas familiares del alimentante.

3.1.6. Breve Reseña Histórica de las Medidas Cautelares.

El principal antecedente de las medidas cautelares la encontramos en el Derecho Romano, en el cual no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

"La Pignoris Capio, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la "legisactiones", consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publícanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio."[21]

Constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con

[21] JIMENEZ SILVA Octavio Michael. ESTUDIO DOCTRINARIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES. Ediciones Maza. Lima – Perú. 2000. Pág. 34

posterioridad, “Las legislaciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención”[22]. En tal sentido estas medidas preventivas en el derecho romano tienen mucha igualdad con algunas medidas cautelares actuales que tiene el régimen civil, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

En el Derecho Español, encontramos en “Las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la medida

[22]JIMENEZ SILVA Octavio Michael. Ob. Cit. Pág. 23

del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Los preceptos del Derecho Español antiguo, como se sabe, eran de general aplicación en Venezuela durante la Colonia; y en tiempos de la Gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las Leyes de Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas; tal lo disponía de manera expresa la Ley del 13 de mayo de 1825, la cual arregló el procedimiento de Tribunales y Juzgados de la República; ésta Ley tampoco previo de modo especial las medidas preventivas: las, dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes bastantes para cubrir el débito, o dieran fianza suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era una especie de arraigo. Ya Venezuela en función de República dictó en 1836 el primer Código Procesal, el cual contenía un título denominado "De las Incidencias"; en este Título se comprendían las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencias, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Esta disposición del Código arandino vino a servir de base a la futura legislación procesal sobre medidas preventivas. Al efecto, es bueno observar que exigía, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de información sumaria**"**[23]**.** Se establecía también en el Código de Aranda el derecho del

[23]JIMENEZ SILVA Octavio Michael. Estudio medidas cautelares reales. Ediciones Maza. Lima 2000. Pág. 56.

demandado a que no se acordara el secuestro ni el arraigo o que se suspendieran, de haber sido acordados, mediante la prestación de fianza a satisfacción del actor.

El Código Civil de 1873, efectuó sensibles modificaciones en la materia de las medidas preventivas de aseguramiento, que son las de secuestro judicial y arraigo: Tituló la Sección: "Del Secuestro Judicial, arraigo y afianzamiento" y agregó que el secuestro o embargo judicial se podía pedir no solo en cualquier grado de la causa, sino antes o después de la litis contestación y, que constara el derecho aunque sea por declaración de testigos**.** El Código del 73 fue derogado por el de 1897, el cual cambió la denominación del Título sobre la materia.

“Entonces fueron trasladadas a otro lugar, las excepciones dilatorias, que había dejado en el Título de las incidencias el legislador del 73 e introdujo el calificativo de precautelativas y quedó expresa la intención de no considerar como incidencia la Tercería. Al modificar el Código del 97 la materia del secuestro y embargo judicial, introdujo la medida denominada Prohibición de enajenar. El Código de 1916, trae el nombre de: "Incidencias sobre las medidas preventivas y otras y de la tercería". Como se ve la modificación consiste en sustituir la palabra precautelativa por preventiva; pero a la prohibición de enajenar agregó "y gravar bienes inmuebles y el embargo de bienes muebles". Además el fundamento para pedir o solicitar las medidas preventivas también sufrió cambio importante; exige este Código "que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave

del derecho que se reclame"; de este modo el fumusbonijuris o sea la presunción fundada de existir el derecho se ha considerado suficiente: no se exige ya la constancia del derecho. El arraigo fue suprimido"[24].

Finalmente, hay que destacar que las modificaciones introducidas en el articulado que regula el procedimiento para la obtención y ejecución de las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Civil vigente (1987), son relevantes conceptualmente y sistemáticamente, ya que ordenan la materia cautelar y su aplicación, evitando así, las lagunas legales que se producían en el ordenamiento anterior, tal como se irá evidenciando a lo largo del presente trabajo.

3.1.7. Las Medidas Cautelares en la Legislación Ecuatoriana.

El tratadista Víctor Hugo Olivares define a las medidas cautelares como "Las dictadas mediante providencias judiciales, con el fin de asegurar que cierto derecho podrá ser hecho efectivo en el caso de un litigio en el que se reconozca la existencia y legitimidad de tal derecho. Las medidas cautelares no implican una sentencia respecto de la existencia de un derecho, pero sí la adopción de medidas judiciales tendentes a hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido"[25].

Medidas cautelares según el tratadista Mario Jiménez, afirma que son "Todas aquellas actuaciones o decisiones, que sin prejuzgar el resultado final, de contenido positivo o negativo, que un órgano de la Administración

[24]OLIVARES Víctor Hugo. MEDIDAS CAUTELARES REALES. Ediciones Prosi. Quito – Ecuador.1999. 2000. Pág. 34
[25] Ibídem.- Pág. 34

Pública o un Juez o magistrado del poder judicial, puede adoptar para que las resultas de la resolución administrativa o judicial surtan plenos efectos para los interesados o parte procesal"[26].

En el Diccionario del Estudiante, "Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho"[27].

Considero que las medidas cautelares son aquellas resoluciones o actuaciones emitidas por un órgano judicial o administrativo tendiente a aplicar acciones que limitan la propiedad o la libertad individual de las personas por un tiempo temporal, las mismas persiguen asegurar que la parte demandada en una contienda judicial cumpla con sus obligaciones sin embarazar su patrimonio económico, para eludir la acción de la justicia. Las medidas cautelares son empleadas en los procesos civiles, penales, tributarios, aduaneros, inquilinato y administrativo, entre otros, y estas medidas no constituyen ningún tipo de sentencia anticipada del Juez.

Para el desarrollo del presente trabajo me orientaré al estudio de las medida cautelares aplicadas en los juicios de alimentos en nuestra sociedad ecuatoriana.

[26] JIMENEZ SILVA Octavio Michael. Estudio Doctrinario de las Medidas Cautelares Reales. Ediciones Maza. Lima – Perú. 2000. Pág. 23

[27] DICCIONARIO DEL ESTUDIANTE. Ediciones Petrencó. Buenos Aires – Argentina. 1998. Pág. 118

El Código de la Niñez y la Adolescencia del Ecuador, reconoce como medidas cautelares a las siguientes: Apremio personal, prohibición de salida del país, prohibición de enajenar que son los utilizados por los jueces de la niñez para hacer efectiva el pago de alimentos al alimentado.

a) **El apremio personal.-**El apremio personal, es una institución jurídica que tiene como objetivo privar de la libertad individual al obligado como mecanismo coercitivo para que la persona cumpla con el pago de la pensión alimenticia.

En el Diccionario Jurídico Derecho Ecuador, el apremio personal es definido como "Aquel en que la medida coercitiva se emplea para compeler a las personas a que cumplan, por sí, con las órdenes del juez."[28]

El apremio personal se constituye en una providencia emitida por autoridad judicial competente para compeler personalmente, al deudor de alimentos a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias adeudadas. Este apremio personal que es concebido en nuestra legislación como un acto idóneo para hacer cumplir con el pago de alimentos, resulta injusto y tortuoso, en vista de que se priva de la libertad al obligado principal, supuestamente para que cancele los valores adeudados, algo ilógico y sin fundamento jurídico, puesto que es imposible que el obligado pueda ejercer algún tipo de acto o acción que le permita pagar lo adeudado dentro de una prisión.

[28] DICCIONARIO JURÍDICO DERECHO – ECUADOR. Versión electrónica. www.derechoecuador.com.

b) La prohibición de salida del país.- Es una institución jurídica que impide que las persona abandonen el país, de acuerdo al Art. 25 del Código de la Niñez y Adolescencia la prohibición de salida del país se efectúa "A petición de parte, en la primera providencia, el juez decretará sin notificación previa, la prohibición de ausentarse del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a la Dirección Nacional de Migración."[29] La prohibición de salida del país afecta y limita el derecho al libre tránsito a nivel de las fronteras internacionales, a lo interno no existe ninguna acción que limite el tránsito en el territorio ecuatoriano.

c) La prohibición de enajenar.- Es "Todo gravamen real que puede identificarse con la limitación que pesa sobre el dominio o con aquellos derechos reales. El gravamen real es una situación de sujeción, entendiendo por tal aquella que impone al sujeto pasivo la necesidad de soportar la actividad del sujeto activo, que comporta, además, una serie de deberes especiales o deberes de contacto. Mientras el contenido del derecho real puede ser sintetizado como un conjunto de facultades como es la de realización directa a través de la utilización, goce y disfrute de la cosa, la facultad de persecución, la de exclusión, la de disposición y la de preferencia o prioridad que atribuyen las diferentes normas a estas figuras, el gravamen siempre significa una situación de sujeción y de obligaciones negativas de no hacer y de tolerar y supone la inherencia respecto de la cosa, de tal forma que recae sobre ella, que se encuentra adherido a ella y si la misma pasa a manos de terceros adquirentes se

[29]CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. 2010. Pág. 58

hace sobre el posible gravamen que sobre la misma pesa."[30] La prohibición de enajenar recae siempre sobre los bienes inmuebles y tienden siempre a limitar el derecho de dominio sobre los mismos.

d) La prenda.- "Derecho real de garantía consistente en la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor o un tercero, para garantizar el cumplimiento de una obligación"[31]. La prenda recae únicamente sobre los bienes muebles que son objeto de este tipo de gravamen que tiene como finalidad entregar una cosa mueble para que se garantice el pago de lo adeudado al acreedor.

3.1.8. La Acción del Apremio Personal.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual al apremio lo define de la siguiente manera: "**apremio.** m. Acción y efecto de apremiar (v). II Mandamiento del Juez, en fuerza del cual se compele a uno a que haga o cumpla una cosa. II Recargo contributivo, por demora en pagar los impuestos. II Auto o mandamiento judicial para que una de las partes devuelva sin dilación los autos."[32]. || **2.** "Es obligar mediante orden judicial el cobró de alguna deuda y esta se la da mediante la retención de un bien mueble e inmueble por mora.|| **3.** "Der. Mandamiento de autoridad judicial para compeler al pago de alguna cantidad, o al cumplimiento de otro acto obligatorio.|| **4.** Der. Procedimiento ejecutivo que siguen las autoridades

[30] DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Fundación Tomas Moro. Ediciones Espasa Calpe. Madrid – España. 2007. Pág. 700
[31] Ibídem.- Pág. 660.
[32] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Editorial Heliasta, 23ª Edición. Buenos Aires-Argentina.- 1994. Tomo I Pág. 342.

administrativas y agentes de la Hacienda para el cobro de impuestos o descubiertos a favor de esta o de entidades a que se extiende su privilegio"[33]. Si nos percatamos de la definición dada por la fuente citada, observamos claramente que no aparece el término arresto o algo que se le parezca.

Resulta interesante que el apremio se los da en *Procedimiento ejecutivo que siguen las autoridades administrativas y agentes de la Hacienda para el cobro de impuestos o descubiertos a favor de esta o de entidades a que se extiende su privilegio.* Es bien conocido que por deuda no hay privación de la libertad, excepto en caso de alimentos, como bien se conoce. Pero no es la figura del apremio la que debe de cumplir con este objetivo, el de privar de la libertad al deudor de alimentos, sino el de obligarlo, por medios legales, el pago de las mensualidades adeudadas.

A una persona no se la puede privar de su libertad, excepto por causas legales. Es mas, el tiempo que debe de estar privada de su libertad debe de estar sustentada bajo formula de juicio y con una sentencia que indique las razones del porque de su condición de reo y el tiempo que debe de pasar para recuperar sus derechos civiles. Pues un individuo condenado a una pena, es interdicto de hacer o realizar ciertos actos legales. Pero ello no es nuestro tema. Aquí lo importante es analizar el apremio tal como se lo concibió en un principio.

[33] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Pág. 35.

Mandamiento de autoridad judicial para compeler al pago de alguna cantidad, o al cumplimiento de otro acto obligatorio, nos habla el diccionario de la real academia de la lengua española. Pero qué es compeler con exactitud. Según la fuente consultada "**Compeler.** Obligar a alguien, valiéndose de la fuerza o autoridad, a hacer lo que no quiere voluntariamente. Cuando la compulsión carece de legitimidad, puede llegar a constituir coacción (v) o violencia (v. Abuso de poder, Compulsión, Intimidación)"[34] II "Compeler, obligar a alguien **con fuerza o por autoridad**, **a que haga lo que no quiere**"[35]II. Curiosamente se presume que el deudor de alimentos no quiere pagar las pensiones alimenticias. Por tal motivo se recurre **con fuerza o por autoridad,** para que se satisfacer las necesidades del menor.

Sabemos que la fuerza de la autoridad, hoy por hoy, ya no es la violencia que se utilizaba en antaño. Y es que nuestro estado de derecho nos garantiza, valga la redundancia, derechos y obligaciones. Las primeras, nos referimos a los incuestionables derechos humanos, nos protegen de los abusos de autoridad, por ello el tema de la fuerza para con respecto al apremio, o la necesidad de pago de las pensiones alimenticias adeudadas, resulta intransigente tratar de justificar una fuerza o violencia para el pago de las mismas. Pero la autoridad, como tal, tiene diferentes estrategias para el pago de las pensiones alimenticias, y es que si existen los bienes suficientes, estos servirían de garantía para cobro de lo adeudado.

[34] CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Editorial Heliasta, 23ª Edición. Buenos Aires-Argentina.- 1994. Tomo II Pág. 227.
[35] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Pág. 48.

Pero no todos los deudores tienen bienes para hacer cara a la deuda. Esto no podemos de desconocerlo. Pero ello es una circunstancia que no debe de distraernos de nuestra tarea de análisis del apremio. Y si la mencionamos, es por ser objetivos, y no cerrarnos en nuestros propios pensamientos, sino reconocer la realidad tal como es. Hablábamos de cuales deben de ser los requisitos para estar privado de la libertad. Así que no nos vendría mal consultar nuevamente el Diccionario de la Real Academia Española. "**arresto.** m. Acción de arrestar. || **2.** Arrojo o determinación para emprender algo arduo. Tener arrestos para algo. || **3.** Der. **Detención provisional del acusado en un asunto penal**. || **4.** Der. Privación de libertad por un tiempo breve, como corrección o pena"[36]. Detengámonos específicamente en la parte que dice **Detención provisional del acusado en un asunto penal.** Las deudas por cuestiones de pensiones alimenticias no es causa penal, es decir que no constituye delito el deber alimentos. **Privación de libertad por un tiempo breve, como corrección o pena**, nos dice el diccionario, pero no hay corrección cuando se detiene a un individuo por el no pago de pensiones alimenticias, ya que el objetivo del apremio es que este cancele su obligación pendiente.

El Dr. Efraín Torres Chávez, da un comentario sobre de lo que apremio, comparte el criterio de que la figura del apremio no esta siendo considerada en sus verdaderas dimensiones, y por ello se aplica mal en la actualidad.

[36] DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Pág. 87.

Pero cómo se tramita la acción de apremio personal en nuestros días. Primeramente se debe de solicitar, mediante un escrito, la liquidación de las pensiones adeudadas. El perito liquidador suele ser el propio secretario del Juzgado. A continuación, y basándonos en el monto que señala la liquidación, se solicita por escrito, se de el correspondiente apremio personal que no es mas que una orden a la autoridad policial para que detenga o arreste al deudor de alimentos, hasta que este los cancele en la forma que la ley lo estipula.

3.1.9. Derecho del Trabajo.

En nuestro país se le denomina tanto derecho del trabajo como derecho laboral, en algunos países se le llama derecho obrero, legislación laboral, legislación obrera o industrial.

"El derecho del trabajo es un conjunto de normas que regulan las relaciones entre trabajadores y patrones, con la finalidad de alcanzar la justicia social a través del equilibrio entre los factores de la producción"[37]. Cuando se habla del derecho del trabajo, cualquiera sea su denominación, se habla de garantías mínimas para el trabajador a cargo del empleador o patrón.

El Derecho del Trabajo también es considerado como el "Conjunto de disposiciones jurídicas legales que exigen cada Estado el ámbito de las relaciones laborales"[38]. Surgió a finales del siglo XIX como consecuencia de

[37] WWW.http/.Monografías.com, Derecho del Trabajo.
[38] WWW.http/Monografías.com. "El Trabajo".

la aparición del proletariado industrial y de la agrupación del mismo en torno a grandes sindicatos. En sus orígenes, giraba en torno al contrato del trabajo (de raigambre civil) para extender más tarde su campo de acción a otros ámbitos de la actividad jurídica (mercantil, administrativo, procesal), lo que llevo aparejado el establecimiento de una jurisdicción singular y órganos administrativos y laborales propios. Las principales materias de las que se ocupa el derecho del trabajo en la actualidad son: el contrato del trabajo y sus distintas modalidades, a tiempo parcial, temporal, de alta dirección, del servicio doméstico; derechos y deberes de los trabajadores por cuenta ajena; remuneraciones, salarios pagas extraordinarias; régimen jurídico de los trabajadores autónomos; seguridad e higiene en el trabajo; relaciones laborales; huelga y cierre patronal. Los objetivos fundamentales perseguidos por el derecho del trabajo responden en inicio a una finalidad de amparo. El trabajo humano objeto posible de negocios, es un bien inseparable de la persona del trabajador. Debe preservarse de tal forma que mediante normas imperativas se establezcan límites a los contratos sobre actividades de trabajo en las que se comprometan físicamente las personas que han de prestarlas, límites tendientes a proteger bienes como la vida, la integridad física, la salud o la dignidad del trabajador con una finalidad compensadora. Tiende a paliar la disparidad de fuerzas que, en el punto de partida, existen entre quienes demandan y ofrecen trabajo, mediante normas imperativas que establecen contenidos mínimos de los contratos no negociables, así como garantías procesales y administrativas a favor de los trabajadores.

El autor español Eugenio Pérez Botija, señala “el derecho del trabajo como medio de resolver la cuestión social, la relación laboral”[39]. Por otro lado el autor venezolano Rafael Caldera manifiesta: “el derecho del trabajo es el conjunto de normas jurídicas que se aplican al hecho social trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre las partes que concurren a el y con la colectividad en general, como al mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales”[40].

De las definiciones de estos dos autores, se puede recalcar que el derecho del trabajo, a mas de ser un conjunto de normas que regulan las relaciones entre las partes, ayudan en si a mejorar esta relación, para beneficio de ambos ya que el uno presta sus servicios por una remuneración y el otro requiere de este servicio porque solo no puede.

El trabajo es un derecho social según la Constitución de la República del Ecuador, y es el sustento de toda economía, al tratarse de un conjunto de normas, la misma que tenemos que cumplirlas, personalmente pienso que el trabajo es un derecho y un deber al mismo tiempo, derecho por que el Estado tiene que asumir la responsabilidad de otorgar fuentes de trabajo y deber por que cumplida la mayoría de edad es nuestra obligación aportar para la economía personal y por ende del país.

Trabajo.- “Es el esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la producción u obtención de la riqueza. Toda actividad susceptible de

[39] PEREZ BOTIJA, Eugenio. Obra el Derecho del Trabajo, Pág., 49.
[40] RAFAEL CALDERA. Derecho del Trabajo, 2ª Edic., edit. El Ateneo, Buenos Aires-Argentina 1975. Pág. 269

valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento. Ocupación de conveniencia social o individual, dentro de la licitud"[41].

Al trabajo también se lo define como la "Acción y efecto de trabajar, cosa producida por un agente, producida por el entendimiento, operatividad de una máquina, pieza herramienta o utensilio que se emplea para algún fin. Esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza extrayéndola, obteniéndola o transformándola, se usa en contraposición al capital"[42].

Trabajador.- "La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero"[43], según el Art. 9 del Código del Trabajo en vigencia.

"Trabajador es toda persona física o natural que presta un servicio o realiza una labor lícita, útil para otro y beneficiosa económicamente para él, bajo dirección o dependencia o en forma autónoma"[44]. Pueden existir labores o actividades que no son precisamente trabajo en el sentido económico, como el deporte, el servicio militar obligatorio, labores dentro de comunidades para bien de los asociados, labores de beneficencia.

"Trabajador. Es la persona que se obliga a la prestación de un servicio o a la ejecución de una obra, y se clasifican en empleados y obreros. **Obrero** es

[41] CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, Décimo Octava Edición 2005. Pág.387.
[42] DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, Océano Uno, Edición 1992, Colombia. Pág. 65.
[43] CÓDIGO DEL TRABAJO, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito-Ecuador, año 2010 Pág. 3
[44] CEVALLOS VASQUEZ, María Elena, Legislación Laboral, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas. Pág. 63.

el trabajador cuya labor es eminentemente material, y cuya remuneración se fija por lo general por un salario diario, como los albañiles, los trabajadores agrícolas, los tejedores etc. **Empleado** es el trabajador, cuya labor es eminentemente intelectual y cuya remuneración se fija, por lo general por un sueldo mensual"[45]. El empleador puede ser una persona natural o jurídica, mientras que trabajador es una persona natural, y el trabajo es el resultado de todo el accionar diario y continuo de estos elementos, dando como resultado el bienestar para unos y el sustento para los desposeídos, son dos sectores sociales diferentes, que son regulados por el Código del Trabajo y demás leyes conexas, para el desarrollo normal y equitativo entre el empleador, trabajador y trabajo.

3.2. – MARCO JURIDICO.

3.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador, garantiza los derechos de los ciudadanos en el artículo 11 preceptúa: "EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. *Todas las personas son iguales ante la Ley y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

[45] VASQUEZ GALARZA Germán, Legislación Laboral Artesanal y Tributaria Edición Vigésimo Sexta Págs. 67-68.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

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

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

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos"[46].

La Constitución garantiza a las personas la protección y cumplimiento de sus derechos fundamentales establecidos, como lo es; la igualdad ante la ley, que serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, ya sea este administrativo o judicial; y como más alto deber del Estado señala en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en nuestra Constitución, particularmente relacionado al problema de estudio, el derecho de alimentos y al trabajo y libertad del alimentante.

[46] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2011. Art. 11.

Según el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador establece; "Derechos de los Niños y Adolescentes; el Estado, la sociedad y la Familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las 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"[47].

En la actualidad los menores de edad, gozan del principio de interés superior, además pertenece al grupo de atención prioritaria, por su vulnerabilidad frente al resto de personas que habitan en una sociedad; es así, que nuestra legislación protege al menor de edad con derechos fundamentales, consagrados en la Constitución como lo es, el de alimentos que esta relacionado con la normativa expresa del Código de la Niñez y Adolescencia.

El Art. 45 señala; Derechos a la Integridad Física y psíquica.- "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano,

[47] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley Cit. Art. 44.

además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y **nutrición**; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar"[48].

El derecho a la alimentación, genera controversias en la legislación nacional, al permitir que los familiares del menor sean subsidiarios en el pago de las pensiones de alimentos; lo que se vuelve una arbitrariedad, al permitir los asambleístas la incorporación de estas reformas, que deben derogadas.

Según el Art. 69 de la Constitución de la República; el Estado para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

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

[48] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 45.

5.- El Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos"[49].

Claramente esta disposición legal, establece la corresponsabilidad materna y paterna, además el Estado vigilará el cumplimiento recíproco de los deberes y derecho entre padres e hijos; en ninguna parte señala la corresponsabilidad para con pariente en la prestación de alimentos. Por lo tanto, se esta vulnerando los derechos de los obligados subsidiarios al establecerse en el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 23 (147.1), existiendo contradicción, con lo que dispone la norma constitucional, por ser de mayor jerarquía y la Suprema Ley del Estado ecuatoriano; encontrando armonía con lo dispuesto en el Art. 83 numeral 16 preceptúa; son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la Ley: 16.- *Asistir, **alimentar**, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a la hijas e hijos cuando las madres y padres lo necesiten*"[50]. El ejercicio del derecho puede pedir cualquier persona ante los órganos competentes del Estado y con ello poder establecer la verdadera garantía de un derecho lesionado, violentado o vulnerado; dentro de los diferentes campos en donde se trate de atentar un derecho, siempre que lleve consigo la responsabilidad de resarcir el perjuicio.

[49] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 69.
[50] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 69.

Nuestra Constitución lo ubica dentro del Título Segundo: Derechos, en su Capítulo Sexto: Derechos de Libertad, artículo 66 que integrado por 29 numerales señala las diversas manifestaciones que este derecho contiene, garantiza y reconoce, entre las que se mencionan: el derecho a la vida de calidad y libre de violencia; el derecho a la integridad personal, que incluye el buen nombre y la salud física, psíquica, moral y sexual; el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la libertad de pensamiento, religión y auto convicción; el derecho a la asociación; el derecho al libre transito y residencia dentro y fuera del país, el derecho al trabajo remunerado; el derecho a la intimidad personal y familiar; el derecho a la inviolabilidad de domicilio y correspondencia física y virtual; el derecho a la propiedad; derecho a un ambiente sano; y, el derecho a la identidad personal y colectiva.

La doctrina reconoce que si bien la libertad como derecho fundamental y natural del hombre debe ser protegido por el estado, no se debe olvidar tampoco que esta libertad necesita ser delimitada por el Estado para asegurar la convivencia social; los límites establecidos a la libertad están dentro de las leyes secundarias de cada estado, pero indudablemente se encuentran detalladas dentro del Derecho Penal que regula la conducta y actos del hombre.

La necesaria delimitación a la libertad humana se plasma dentro de las leyes penales, y cuando se presentan casos en que se a excedido los limites de la libertad se ha creído necesario establecer penas o castigos para los

infractores de la ley; sin embargo, las sanciones penales de acuerdo a nuestra ley fundamental deben ser impuestas solamente luego de un debido proceso que asegure la legalidad de la sanción impuesta, además se consagra en la Constitución la debida proporcionalidad de la pena con el delito castigado, según podemos observar en el siguiente artículo citado:

"Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

11. *La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.*

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley"[51].

Luego de analizar estos artículos de la Constitución de la República del Ecuador logramos ver que el legislador a creado las condiciones legales necesarias para la aplicación de sanciones alternativas a la prisión en nuestro país, pues se ha establecido que la finalidad de la pena dentro de

[51] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 77.

nuestro sistema judicial y penitenciario es la reinserción y rehabilitación social del infractor, al determinar que el juez debe aplicar preferentemente sanciones alternativas a la privación de libertad en los casos en que sea necesaria su aplicación y además estableciendo la posibilidad de cumplir las penas fuera de los Centros de Rehabilitación cuando la ley así lo determine.

De todo lo dicho concluyo que nuestra Constitución acorde con las tendencias actuales de humanización de las penas ya tiene previsto la futura aplicación de penas alternativas a la privación de libertad, por lo que se hace urgente una reforma a las leyes penales nacionales para desarrollar los nuevos derechos constitucionales que en materia penal establece la Constitución.

Según el Art. 89 de la Constitución de la República establece "la acción de habeas corpus que tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de su libertad"[52].

Además se debe tener presente lo señalado en el Art. 417 de la Constitución de la República al señalar que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución de la República; ***en el caso de tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción***

[52] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Ley. Cit. Art. 89.

de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. De acuerdo a esta normativa de jerarquía constitucional, se debe de garantizar los principios pro ser humano que encierran la garantía de los derechos humanos que la Constitución de la República del Ecuador ha incorporado y aceptado mediante los convenios internacionales que prevalecen sobre cualquier otra norma jurídica interna. Demostrando así, la problemática en la cual, la administración de justicia del Ecuador se encuentra inmerso y ha sido llamada la atención ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a causa de la inoperancia de algunos servidores públicos y autoridades que no demuestran el interés en proteger y aplicar los derechos a todas persona sin distinción social alguna; por lo que estimo necesario profundizar mi tema de investigación jurídica en la aplicación directa de los principios pro se humano garantizado en la actual Constitución de la República del Ecuador.

3.2.2. Tratados Internacionales.

El Derecho de alimentos forma parte del Derecho Internacional y, en tanto el Ecuador, ha suscrito Pactos y Convenios, ha asumido la obligación de modificar la legislación interna a fin de garantizarlo en todas sus dimensiones.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** en el artículo 25 establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, *y en especial la*

alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene así derechos a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social"[53]**.** La Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, teniendo como un ideal común el que los pueblos y naciones se esfuercen, con el fin de que individuos, e instituciones se inspiren en ella y promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades. Y de esta manera proclamarlos entre las naciones.

Por su parte, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, ratificada por el Ecuador, en el artículo 24, dispone que los Estados Partes "reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud; reducir la mortalidad infantil y en la niñez; combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados". La misma Convención en su artículo 27, numeral 1, preceptúa que "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y

[53] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. C E D H U. Fundación ESQUEL. Guayaquil-Ecuador. 2008. Pág. 45.

social", y, en su numeral 3 del mismo artículo preceptúa: Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda"[54]. Los niños, niñas y adolescentes están garantizados sus derechos a nivel universal, como también en nuestra Constitución de la República que los condiciona como grupos de atención prioritaria, por que tienen preferencia en proteger sus derechos y garantizar el interés superior del menor que se refiere a que toda norma legal que se contraponga a los derechos del menor, prevalecerá la que garantice sus derechos. Debemos considerar que es una obligación del Estado garantizar la provisión de alimentos y de otros servicios que aseguren a los niños, niñas y adolescentes, salud, nutrición, vivienda, etc. Por lo que el Estado es uno de los obligados a prestar alimentos, para esto como política de Estado se ha legislado, sin medir las consecuencias que pueden surgir de la extensión del pago de las pensiones alimenticias hacia otros familiares, lo cual esta generando una polémica jurídica - social. Hay que señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

[54] CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos del Niño.- Internet. Fundación ESQUEL. Quito-Ecuador. 2008.

El Art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece: "nadie será encarcelado por el solo hecho de no cumplir con la obligación contractual"[55], como es el presente caso; más bien la autoridad competente debería establecer un mecanismos de pago y así garantizar la libertad de alimentante.

El Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone: "nadie pueda ser detenido por incumplimiento de obligaciones de orden civil"[56]. El Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"[57], y el Art. 9 de la citada disposición claramente señala; "Nadie podrá ser detenido, preso ni desterrado"[58], por lo que la boleta de apremio personal y allanamiento contraviene a las disposiciones legales en el régimen ecuatoriano.

3.2.3. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Según el Art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales; "la acción de hábeas corpus tiene por **objeto proteger la libertad,** la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: **A no ser**

[55] PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 11.
[56] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. Art. 7.
[57] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Art. 3.
[58] Ibídem.- Art. 9.

detenida por deuda, excepto en el caso de pensiones alimenticias"[59]. La privación de la libertad, no puede tener como único fundamento la constatación de la deuda y su falta de pago, porque no puede prescindirse del análisis lo relativo al derecho a la libertad del deudor, una vez que el principio pro-libértate se encuentra garantizado por una gama de normas establecidas en la Constitución, como en diferentes Tratados Internacionales de los que el Ecuador es subscritor.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional en el Art. 3, numeral dos, **principio de proporcionalidad.-** "Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad"[60]. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y restricción constitucional.

En el numeral tres establece "la **ponderación,** se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"[61]. La ponderación es la manera de resolver estas

[59] LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.- 2011. Art. 43.
[60] Ibídem.- Art. 3 # 2.
[61] Ibídem.- Art. 3 # 3.

colisiones entre principios y, por consiguiente, la forma de aplicarlos, la palabra ponderación deriva de la locución latina pondus que significa peso. Esta referencia etimológica es relevante, porque cuando el juez o el fiscal ponderan, su función consiste pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto.

3.2.3. Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Art. 2 de este Código preceptúa; "Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código"[62]. Esta disposición, garantiza plenamente todos los derechos del menor establecidos en este Código, así como las normas supletorias consagradas en otros cuerpos legales.

El Art. 4 del Código en análisis señala: 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"[63]. La palabra niño o niña, siendo sinónimos de que se halla en la niñez; y, Niñez, Que es el período que se extiende desde el nacimiento hasta la adolescencia.

El artículo 5 hace referencia a la presunción de edad señalando "cuando exista duda sobre la edad de una persona, se presumirá que es niño o niña

[62] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2011. Art. 2
[63] Ibídem.- Art. 4.

antes que adolescente; y que es adolescente, antes que mayor de dieciocho años"[64]. En cuanto a la adolescencia puedo indicar que es la etapa en que comienza el desarrollo psico fisiológico que conlleva a la pubertad.

El Art. 9 del Código citado establece; "Función básica de la familia.- La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos"[65]. Este artículo guarda relación con la norma constitucional del Art. 69 numeral 5, y art. 83, numeral 16. Es decir, debe hacerse respetar estas disposiciones en donde no involucra a tercera persona o parientes en tener corresponsabilidad para con los hijos de una pareja, si no más bien la pareja, ya sean cónyuges o convivientes, son los únicos responsables en forma obligatoria en responder frente a las necesidades de sus hijos.

El Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 11 establece el *interés superior del niño,* como un principio que va orientado a satisfacer el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, imponiendo a las autoridades administrativas, públicas y judiciales, y de igual manera a las instituciones públicas y privadas el deber de que se cumplan sus decisiones y acciones. Este principio debe ajustarse a los deberes y derechos de los

[64] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 5.
[65] Ibídem.- Art. 9.

niños, niñas y adolescentes, de la manera que convenga a la ejecución de sus derechos y garantías.

El Art. 15 del Código de la Niñez y Adolescencia determina: “Titularidad de derechos.- Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos y garantías y, como tales, gozan de todos aquellos que las leyes contemplan en favor de las personas, además de aquellos específicos de su edad.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren bajo jurisdicción del Ecuador, gozarán de los mismos derechos y garantías reconocidas por la ley a los ciudadanos ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en las leyes.

El Art. 16 Naturaleza de estos derechos y garantías.- Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley”[66]. A esto debe sumarse como garantías que son intransferibles, no extendiéndose este derecho a parientes colaterales, consanguíneos.

El Art. 20 del citado Código, dispone: “Derecho a la vida.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

[66] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 15 y 16.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral"[67]. Esta disposición legal tienen relación con lo dispuesto en el Art. 26 del Código en estudio que señala; "Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral.

Este derecho incluye aquellas prestaciones ***que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente,*** recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.

Para el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades, el Estado y las instituciones que las atienden deberán garantizar las condiciones, ayudas técnicas y eliminación de barreras arquitectónicas para la comunicación y transporte"[68]. Es decir, la alimentación suficiente debe ser costeada por sus padres, y únicamente por sus familiares, tíos, abuelos, primos, cuando ellos voluntariamente así lo quieran.

El presente Código regula el derecho a alimentos de los niños, niñas y adolescentes y de los adultos que se señalan en el artículo 128. En lo que

[67] CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 20
[68] Ibídem.- Art. 26.

respecta, a las demás personas que gozan de este derecho, se aplicara las disposiciones del Código Civil.

En la actualidad existe un problema legal que deja en indefensión los derechos del detenido por apremio personal, porque algunos Jueces de la Niñez y la Adolescencia, a pesar que el detenido ofrece mediante acuerdo al Juez el pago de una parte de la deuda; los jueces deben aplicar la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, sino que se limitan a las normas del Código de la Niñez y la Adolescencia que determina "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, dispondrá el apremio personal hasta 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"[69]. Es decir, el Código de la Niñez y la Adolescencia como medidas cautelares de carácter personal solo contempla el arraigo y el apremio personal, siendo esta última la medida que lesiona el principio pro libértate del alimentante, privándole de la libertad hasta por el plazo de 180 días, situación que atenta a los derechos humanos porque se debe tener presente que por deudas no hay prisión, excepto por pensiones alimenticias atrasadas, sin embargo llegando hasta el fondo de la pensión alimenticia sería de carácter civil y no penal, por lo tanto, no se debería de continuar privando de la libertad a los alimentantes deudores, porque se

[69] CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 147.

debe tener presente que la privación de libertad es de ultima ratio, es decir como última alternativa esta el internamiento de los infractores en la cárceles. Ya que el alimentante deudor no es un criminal, ni delincuente para que sea internado en los centros carcelarios, mas conocidos como centros de perfeccionamiento del crimen. Y el Estado a través de la Asamblea Nacional debe incorporar otras medidas alternativas al apremio personal, como la presentación periódicamente ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia, para que acredite su comparecencia, estancia en el sector, y justifique que se encuentra trabajando para cancelar las pensiones alimenticias adeudadas y futuras.

Al analizar el Art. 27 (147.5) del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que la prohibición de salida del país y el apremio personal podrán cesar si el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por el Juez. 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. Mientras que los demás apremios e inhabilidades sólo cesaran con la totalidad del pago adeudado y su respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado; no existiendo otras medidas alternativas al apremio personal que garanticen los derechos del alimentante y del alimentado.

De esta manera se vulnera el derecho a la libertad individual a pesar de existir la disposición legal de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que preceptúa *"nadie puede ser detenido por incumplimiento de*

obligaciones de carácter civil"[70]. Estas normas internacionales prohíben la detención por obligaciones de carácter civil. A parte no debe olvidarse que la excepción constante en la Constitución de la República permite la prisión por mora en el pago de pensiones alimenticias, no faculta la detención, por eso, como lo dice la Corte Constitucional *"el apremio personal, lejos de consistir en una pena es propiamente una medida de prisión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias. Lo contrario representa una interpretación arbitraria, ya que el principio pro-libertate se basa en una interpretación restrictiva de la limitación del derecho a la libertad. Frente a la contradicción de derechos, el del menor a los alimentos, y el del alimentante a su libertad, conviene reiterarse la posición de la Corte Constitucional, en el sentido de que la pérdida de la libertad es un medio para asegurar el derecho del alimentario, sin que esto signifique que es el único, toda vez que no siempre se logra el pago de lo adeudado con la detención del deudor, por lo que al no ser necesaria la medida y al resultar desproporcionada.* Considero que se debe garantizar el derecho a la alimentación de los niños, permitiendo arreglos judiciales entre el juez y detenido que permitan al alimentario recuperar su libertad, ejercer su derecho al trabajo y cubrir la deuda que es el propósito de la norma jurídica.

El apremio personal por el no pago de pensiones alimenticias en el Código de la Niñez y Adolescencia. El Código de la Niñez y Adolescencia, en aras de encontrar una solución al problema que se suscita en el pago de alimentos a niños, niñas y adolescentes, por parte del progenitor, establece

[70] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. www. hpp/t. com.ec.

la figura del apremio personal, para aquellos obligados que no cumplen lo que determina la Ley, en perjuicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el Código de la Niñez y Adolescencia en el Art. 22. (147)- Apremio personal indica lo siguiente: *"*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 receptará 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"[71]. El apremio personal como medida privativa de la libertad lesiona derechos del alimentante, porque las madres de los menores, dejan pasar buen tiempo para acumular un elevado capital, frente a esto piden una liquidación y solicitan esta medida de apremio, sin embargo debemos entender que si la madre no pide alimentos pasadas dos o más pensiones adeudas, se sobre entiende que ella sola o en unión de otra pareja esta asumiendo los alimentos, por lo que éstas pensiones alimenticias son utilizadas dolosamente y con fines de lucro por parte de las madres que atenta con la integridad del alimentante y contra el interés superior del niño, que lo convierte en un objeto mercantil con el cual puede obtener mucho dinero para disfrutar con otras personas estas pensiones.

Además, es necesario indicar que en la actualidad si bien el Juez de la Niñez y Adolescencia pondera dándoles la razón, al derecho de alimentos e interés superior del niño, por otro lado, lesiona el derecho a la libertad, que en derecho penal es de ultima ratio, por lo contraviene a los derechos humanos y fundamentales, así mismo, al mantenerlo privado más de 30 día al demandado, le están privando el derecho al trabajo, por lo que no podría sufragar sus deudas.

Se pretende con el apremio personal modificar los patrones socios culturales que debería tener el obligado para cumplir con las obligaciones parentales.

[71] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ley Cit. Art. 22.- Pág. 37.-

Se debería promover una nueva ética social, de tal manera que los progenitores cubran el conjunto de coberturas que conlleva para el sustento como alimentación nutritiva; salud integral; educación; vestuario; afecto y amor; y, así recibir el reconocimiento de la sociedad y no el rechazo y la censura social.

El Tribunal Constitucional en el mes de diciembre de 2004, mediante Resolución No. 006-2004-DI, declaró la inconstitucionalidad de la parte final del inciso cuarto del artículo 147 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia: "*más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso*[72]*".*

El artículo 31 (147.9) Intereses de mora.- Se aplicará la tasa de interés por mora fijada por el Banco Central del Ecuador o el ente estatal encargado de hacerlo, por cada día de retraso en el pago de la prestación de alimentos. (Este artículo reemplaza el cuarto inciso del artículo 147 del antiguo Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia).

Se podría modificar la figura el apremio personal, ajustándolo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia. Se lo podría determinar como un último recurso para lograr el pago, más su reiteración produciría efectos como convertirse en causal de divorcio, de dar paso a la autorización de salida del país de los menores de dieciocho años, la emancipación judicial y la separación de bienes de los cónyuges.

[72] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Resolución No. 006-2004-DI de diciembre de 2004.-

Otros medios de garantizar el pago de las pensiones alimenticias.- El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia contempla en sus artículos 25 (147.3), 26 (147.4), 27 (147.5), 28 (147.6), 30 (147.8) y 32 (147.10), otros medios para garantizar el pago de las pensiones alimenticias, entre ellas nos indica las siguientes:

1. Prohibición de salida del país. A petición de parte, en la primera providencia, el Juez decretará sin notificación previa, la prohibición de ausentarse del territorio nacional, la que se comunicará de inmediato a la Dirección Nacional de Migración.
2. Medidas cautelares reales.- 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 en su Artículo 35.
3. 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 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.
4. Otras inhabilidades.- El progenitor que se encuentre en mora en el pago de la prestación de alimentos no podrá solicitar que se le entregue la patria potestad del hijo o hija beneficiario, pero si podrá ejercer el derecho de visitas regulado en el presente Código.
5. Obligación privilegiada.- La prestación económica de alimentos, tiene privilegio de primera clase y se preferirá a cualquier otra obligación.

6. El derecho a reclamar y percibir alimentos extingue cuando:

- Por la muerte del titular del dicho derecho;
- Por la muerte de todos los obligados a pagar; y,
- Por haber desaparecido todas las circunstancias que generaban el derecho al pago de alimentos según esta Ley.

Atento por la falta de cumplimiento de las obligaciones paternas a los alimentos y la ineficacia del Estado, el Parlamento Andino conmina a los Estados Partes a que legislen a favor de los niños, niñas y adolescentes.

3.2.5. Derecho Comparado.

1. Legislación de Chile.- Ley Nº 14.908.

Apremios por no pago del derecho de alimentos.

Los apremios, como ya lo he mencionado, implican una seria afectación a los derechos del alimentante, y por ende están justificados única y exclusivamente por la importancia que revisten las pensiones alimenticias en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, propender a asegurar para el alimentario lo suficiente para que subsista modestamente de un modo correspondiente a su posición social. En esta publicación abordaré tres apremios regulados en la Ley Nº 14.908: a) arresto nocturno; b) retención de la devolución anual de impuesto a la renta; y, c) suspensión de la licencia de conducir.

a) "Arresto nocturno del deudor.

Este apremio está regulado en el artículo 14 de la ley, norma que dispone "*Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, del los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal* […] -deberá- *imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días*".

No cabe duda alguna acerca de la gravedad de este apremio, ya que restringe la libertad personal del alimentante como una manera de forzarlo a cumplir con su obligación. La medida es de tal seriedad, que si el alimentante infringe el arresto nocturno o persiste en el incumplimiento de la obligación después de dos períodos de arresto nocturno, el juez puede apremiarlo con arresto hasta por quince días, plazo que podría ampliarse hasta por treinta días. Asimismo, el tribunal que decreta el apremio puede facultar a la policía para allanar y descerrajar el domicilio del demandado con la finalidad de conducirlo ante Gendarmería de Chile.

b) Retención de la devolución anual de impuesto a la renta.

Este apremio, a diferencia del anterior, no afecta de forma personal al deudor, sino que sólo pecuniariamente. Asimismo, la retención procede a petición de parte, y arresto nocturno también procede de oficio, lo que no

ocurre en este caso. El juez "*ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a los deudores de pensiones alimenticias* […]". La retención asciende al monto de las pensiones impagas a la fecha de la medida y al de las que se devenguen hasta la fecha que debió haberse verificado la devolución, todo de conformidad al artículo 16 Nº 1 de la Ley Nº 14.908.

c) Suspensión de la licencia de conducir.

El juez, a petición de parte, suspenderá la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual periodo, si el alimentante persiste en el incumplimiento de su obligación. Podría considerarse que este apremio restringe de forma indirecta la libertad ambulatoria del demandado, ya que si bien puede desplazarse libremente dentro del territorio de la República, no puede hacerlo conduciendo un vehículo motorizado, en virtud del permiso obtenido por parte de la autoridad.

Ahora bien, la ley entiende que la licencia para conducir tal vez sea necesaria para el ejercicio de una actividad o empleo que genera ingresos al alimentante (y en consecuencia le otorga la solvencia suficiente para cumplir con su obligación), por lo que éste podrá solicitar la interrupción del apremio, siempre que garantice el pago de lo adeudado. Así, el mero hecho de que la licencia de conducir sirva para que el alimentante desarrolle una actividad

lucrativa, no le exime en caso alguno de que garantice debidamente el cumplimiento de su obligación de pagar de manera oportuna la pensión de alimentos adeudada"[73].

Los tres apremios mencionados pueden imponerse al alimentante de forma conjunta, lo que se desprende del artículo 16 de la ley, que al regular los apremios estudiados en las letras b) y c), dispone: *Sin perjuicio de los demás apremios y sanciones previstos en la ley*.

Por otra parte, de la relación entre los artículos 16, inciso final, y 15 de la ley, se puede colegir que cualquiera de los tres apremios analizados puede imponerse en contra de quien estando obligado a prestar alimentos a las personas mencionadas en el artículo 14 (cónyuge, padres, hijos o adoptado), carezca de rentas suficientes para cumplir la obligación alimenticia y ponga término a la relación laboral por renuncia voluntaria o mutuo acuerdo con el empleador, sin causa justificada, después de la notificación de la demanda. En este caso la ley presume la mala fe en el término del contrato de trabajo.

El cumpliendo con la obligación alimenticia en forma oportuna se evitaria esta privación de la libertad. La razón de la misma encuentra su fundamento en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los involucrados, que aunque con ciertos límites, tiene vigencia en esta materia. Quién conoce mejor cuáles son las necesidades del alimentario y la capacidad del alimentante para satisfacerlas, ¿el juez?, ¡por supuesto que no! Los involucrados son quienes están en mejores condiciones de solucionar por sí

[73] CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, en relación al artículo 11, inciso tercero, de la Ley Nº 14.908.

mismos las diferencias que puedan surgir entre ellos. La ley permite que el ***derecho de alimentos se regule por transacción,*** ya que en ella, evitando un juicio, podrán quedar plasmados los reales intereses de alimentante y alimentario, es decir, la capacidad del primero y la necesidad del segundo. Si el monto del derecho de alimentos se fija en base a intereses comunes, será más fácil cumplir y el monto no será visto como una imposición, sino como el justo cumplimiento de un deber, lo que siempre beneficiará a los implicados. Las transacciones sobre alimentos futuros, por la naturaleza de los intereses involucrados, deben contar con aprobación judicial en todo caso.

En el Congreso Nacional se presentó un Proyecto de Ley de alimentos en el cual se determina un conjunto de inhabilidades para el deudor de alimentos, en las que constan las siguientes:

1) “Ser candidato a cualquier dignidad por elección popular.
2) Ocupar cargo público para el cual hubiere sido seleccionado en concurso público o por designación.
3) Acceder a cualquier tipo de créditos en el sistema financiero.
4) Enajenar o comprar bienes muebles o inmuebles, o realizar cualquier otra actividad de tipo comercial. Se lo habilitará para la venta de bienes solo en el caso de que los montos de la venta estén destinados al pago de las prestaciones de alimentos adeudadas o futuras, bajo una autorización del Juez que garantizará este hecho.
5) Prestar garantías.

6) Constituir compañías o cualquier otra forma de asociación"[74].

En cuanto a la figura del apremio, Chile contempla el arresto nocturno por 15 días y si no cancela hasta que cumpla con el pago de lo adeudado, esto es una manera de que el obligado no pierda su trabajo, y así pueda cumplir con su obligación de pagar alimentos a sus hijos.

En nuestro país, el apremio se la cumple de una manera diferente a la chilena, ya que la primera vez se lo arresta por 30 días, si no paga se lo arresta por 60 días, y si el monto adeudado corresponde a más de un año, el arresto es hasta que pague el total de lo adeudado más los gasto del apremio y del allanamiento, en su caso. Por lo que el obligado no podrá salir de la cárcel si no paga la totalidad.

2. Ley de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar de Argentina, Ley No. 13.944.

Esta Ley contempla en su artículo 1.- "Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, aún sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.

En su artículo 2 bis reza: Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones

[74] CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, en relación al artículo 11, inciso tercero, de la Ley Nº 14.908.

alimentaría, maliciosamente destruye, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones"[75].

Argentina con su Ley 13.944, impone un castigo a los padres que eluden la obligación de alimentos con la prisión que va de un mes a dos años o la multa de cincuenta a veinticinco mil pesos, y a aquellos que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimenticias maliciosamente destruyere, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio, serán reprimidos con la pena de uno a seis años de prisión.

El castigo por la falta de pago de alimentos en Argentina es dura y diferente a la aplicada en nuestro país. Pero podemos indicar que Argentina tiene una Ley de Alimentos, y nuestro país no cuenta con una ley determinada en ese sentido.

Respecto a nuestra legislación es muy similar, ya que se consideran al obligado y al alimentado dentro del proceso, para que dicha pensión sea en lo posible equitativa y justa para el menor el que merece tener un óptimo desarrollo integral.

3. Comunidad Andina.

[75] LEY DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR. ARGENTINA- Ley 13-944 de Argentina.- Internet.

En las Sesiones Reglamentarias del mes de Agosto de su XXXI Periodo Ordinario de Sesiones, celebrada en la ciudad de Bogotá, República de Colombia, durante los días 27, 28 y 29 de agosto de 2007, expide la Decisión No. 1192 que reza de la siguiente manera:

"Artículo Primero: Exhortar a los gobiernos de la Comunidad Andina a crear el Registro de Deudores Alimentarios, con el fin de proteger los Derechos de los Niños y Adolescentes que son abandonados y desprotegidos por sus progenitores, habiendo de por medio sentencia judicial consentida para la obligación de asistencia de alimentos.

Artículo Segundo: Instar a los gobiernos andinos a establecer dentro de sus normatividades, sanciones a aquellas personas que adeuden tres (3) cuotas, sucesivas o no, de sus obligaciones alimentarías establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas, o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada.

Artículo Tercero: Sugerir a los Poderes Judiciales y a la Asociaciones Financieras de la Comunidad Andina sancionar a los Deudores Alimentarios a través de la publicación de los listados de restricción al acceso a créditos en el sistema financiero"[76].

El Parlamento Andino, en busca de solucionar los problemas de pago de pensiones alimenticias, da la pauta para crear nuevas formas con la finalidad de buscar alternativas de protección para los niños y adolescentes,

[76] PARLAMENTO ANDINO.- Presidencia.-Bogotá, Colombia, 29 de agosto de 2007.

estableciendo mecanismos coercitivos similares que obliguen al deudor a asumir su responsabilidad.

3.3. MARCO DOCTRINARIO.

3.3.1. Cumbre de Gobernantes de la Unión Europea y América Latina y el Caribe.

En la Cumbre de Gobernantes de la Unión Europea y América Latina y el Caribe, celebrada en Madrid, en mayo de 2010, el Presidente ecuatoriano dijo --***urbi et orbi***-- que nuestro país es un Estado de Derecho, "donde no se persiguen personas, sino delitos"; lo cual, lamentablemente, no es verdad. En el Ecuador uno puede ser legítimamente perseguido por infracciones penales, como lo ha dicho el Presidente de la República, y ser sancionado con prisión o reclusión, como dispone la ley; "pero también puede ser reprimido con la privación de su libertad, e ir a parar con sus huesos a la cárcel, por adeudar y no pagar "alimentos", ***a pesar de que el impago de "pensiones alimenticias" adeudadas no es infracción penal*****,** *ya que los "alimentos" constituyen simples deudas de carácter civi*l, como desde hace más de cien años lo viene disponiendo el Código Civil"[77]. Por consiguiente, en el Ecuador, en contra de lo que ha afirmado su Presidente, sí se persiguen a las personas, si se trata de personas que no pagan "pensiones alimenticias" adeudadas, hasta meterlos a la cárcel, no obstante no haber por ello cometido "delito" alguno, tal como lo confirma el Art. 66 de la Constitución de Montecristi, que dice que "ninguna persona puede ser

[77] CUMBRE DE GOBERNANTES DE LA UNIÓN EUROPEA Y AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, celebrada en Madrid, en mayo de 2010.

privada de su libertad por deudas (…), excepto el caso de pensiones alimenticias"; lo cual nos conduce, por lo pronto, a la siguiente conclusión: en el Ecuador una persona puede ser "sancionada" con prisión, por una infracción penal de la que resultó ser --por acción o por omisión suya-- penalmente responsable (lo que está muy bien); pero, esa misma persona puede también ser "sancionada" con prisión, por pensiones alimenticias de cuyo pago es civilmente responsable, ***no obstante que no pagar las mismas no es infracción penal*** (lo que --a mi juicio-- es una aberración jurídica, a pesar de todas las justificaciones con las que queramos maquillarla).

Luego de esta aclaración, justo es decir que este asunto tiene un largo y tortuoso historial en el Ecuador, que empieza a hacerse notar desde la Constitución de 1906, en cuyo Art. 26 se prohibió por primera vez la ***"prisión por deudas", pero sólo teóricamente, por lo que, en la práctica, sobrevivieron, entre otras, las prisiones por alimentos y las originadas en el Concertaje***. Por eso es que el Art. 987 del Código de Enjuiciamiento Civil de aquella época decía que *se ejecutaban por "apremio" las decisiones judiciales que ordenaban el pago de alimentos, y que si el "apremiado" no cumplía inmediatamente con lo que había dispuesto el Juez, debía ser "reducido a prisión hasta que verifique el hecho o pague la deuda, o la devengue con un día de prisión por cada sucre*, si fuere insolvente"[78]. Pero aquellas excepciones a la prohibición supradicha sólo duraron hasta la

[78] CUMBRE DE GOBERNANTES DE LA UNIÓN EUROPEA Y AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, celebrada en Madrid, en mayo de 2010.

Constitución de 1929, en cuyo Art. 151 se prohibió expresamente, sin distingo alguno, “la prisión por deudas provenientes de obligaciones meramente civiles”, como principal consecuencia de la abolición del Concertaje.

Esa prohibición Constitucional de la prisión por deudas, que obviamente incluía la prohibición de la prisión por alimentos, se confirmó luego en el Art. 141 de la Constitución de 1945; razón por la cual el Art. 1002 del Código de Procedimiento Civil entonces vigente, que conservaba en su texto lo del “apremio personal” y lo de la “prisión por alimentos”, tal como lo hacía el antiguo Art. 987 del Código de Enjuiciamiento Civil, anteriormente citado, fue declarado inconstitucional(Registro Oficial del 19 de junio de 1945).

No obstante, en 1946 se produjo una lamentable regresión jurídica, cuando el numeral 3 del Art. 187 de la Constitución de ese año, luego de repetir la cantilena de que en el Ecuador no había prisión por deudas, exceptuó expresamente de esa garantía a “las deudas por concepto de alimentos forzosos”, con lo que se resucitó el famoso “apremio personal”, no obstante que el pago de las mismas seguía siendo, como hasta ahora, una responsabilidad de carácter exclusivamente civil, es decir, económico, pero de ninguna manera “penal”; por lo que el Código de Procedimiento Civil volvió a hacer suyo el famoso “apremio personal” por alimentos, tal como ahora lo hace su Art. 927. Y esa regresión jurídica se mantuvo en las Constituciones de 1967, 1978 y 1998. Y se conserva en la Constitución de

Montecristi. En efecto, en pleno siglo XXI, el literal e) del numeral 29 del Art. 66 de la actual Constitución permite la prisión para “el caso de pensiones alimenticias”, con una vaguedad que asusta y que --para empezar-- autoriza a preguntarle a sus autores ¿a qué “pensiones alimenticias” quisieron ustedes referirse?.

3.3.2. Características de las Medidas Cautelares.

Las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen fin en sí mismas sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen, y, a la vez, aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse. Las medidas cautelares se pueden solicitar antes o después de planteada la demanda. Tienen por objeto asegurar los bienes o mantener las situaciones de hecho existentes al tiempo de interposición de la demanda y preservar el cumplimiento de la sentencia que recaiga en definitiva. El fundamento de toda medida cautelar es mantener la igualdad de las partes en el litigio, evitando que se conviertan en ilusoria la sentencia.

a) Provisoriedad: "La provisoriedad de las providencias cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), da inicio de los cuales señalaría la cesación de la primera"[79], La provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia

[79] OLIVARES Víctor Hugo. MEDIDAS CAUTELARES REALES. Ediciones Prosi. Quito – Ecuador.1999. 2000. Pág. 54

cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

"La diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal: temporal es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar. Por eso, es errado el vocablo temporalidad para significar lo provisorio."[80] Las medidas cautelares son temporales no tienen un fin eterno o desconocido sino que de acuerdo a provisioriedad son aplicadas para garantizar los derechos de las partes y para asegurar el pago de lo adeudado.

Las medidas cautelares no son definitivas y terminan con la sentencia ejecutoriada, y lo que resta es la ejecución de la sentencia, en la que se puede subastar el bien afectado en la medida cautelar. Se habla también de provisionalidad del proceso cautelar con referencia al hecho de que las medidas que en él se decretan conservan su eficacia en tanto se mantenga la situación fáctica que los sustenta.

b) Judicialidad.- Hacen referencia a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la terminación de éste obvia su existencia.

c) Variabilidad:"Las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebussícstantibus,* según

[80] OLIVARES Víctor Hugo. Ob. Cit. Pág. 54.

la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. Un ejemplo típico de sentencia con dicha cláusula es la definitiva del procedimiento de medidas preventivas típicas: se reducirá o aumentará el monto de lo embargado, se sustituirán los bienes afectos, se suspenderá sobre los inembargables, hasta mantener adecuado su efecto asegurativo a las exigencias de la providencia definitiva; entretanto, los efectos inciertos de ésta se supondrán a la pretensión del actor, en base a la presunción de procedibilidad del derecho que se reclama".[81]Si cambian las exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia

d) Urgencia: La urgencia viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. "La necesidad de un medio efectivo y rápido que intervenga en vanguardia una situación de hecho, es próvidamente suplida por las medidas cautelares. Ellas representan una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente opuestas, de la justicia: la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia se resuelva más tarde, con la

[81]OLIVARES Víctor Hugo. MEDIDAS CAUTELARES REALES. Ediciones Prosi. Quito – Ecuador.1999. 2000. Pág. 64

necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario"[82] Otra manifestación es, en cambio, la precaución que se toma para evitar obstáculos que retarden la ejecución; el concepto precaución aquí debe ser entendido como el modo de prudencia, cuidado, reserva o sigilo con los que se van cumpliendo los trámite, sin embargo, en el procedimiento de nuestras medidas preventivas sólo existe la celeridad, que se ha logrado perfectamente mediante la suspensión provisional del principio

De derecho estricto:"Las normas cautelares son, por regla general, de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, las garantías personales (individuales, sociales, económicas y políticas), teniendo sólo como fundamento un juicio conjetural basado en presunciones de hombre"[83]. Las medidas preventivas constituyen una limitación del derecho de propiedad. Todo lo que tienda a eliminar o suprimir esta limitación es de interpretación amplia, así como de interpretación estricta lo que tienda a acentuar la restricción y menoscabar la garantía de la propiedad. Las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida v su aplicación no puede alcanzar por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona.

En las nuevas reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia, el Juez dispone medidas cautelares reales para los obligados subsidiarios, con el fin de asegurar el pago de las pensiones alimenticias, dicha disposición vulnera

[82] OLIVARES Víctor Hugo. Ob. Cit. Pág. 74
[83] Ibídem.- Pág. 75

los derechos fundamentales de estos, ya que estas medidas cautelares reales vulneran el derecho a la libertad individual, a la buena honra y reputación, al uso y goce de la propiedad y al patrimonio económico y moral de los obligados subsidiarios, situación que se constituye en un acto injusto y contradictorio, puesto que la responsabilidad de brindar alimentos es una obligación principal del progenitor, a quien se le debe aplicar cualquier tipo de medida cautelar personal y real, y aquellas personas que sean consideradas subsidiarias no deben ser objeto de ningún apremio que limite sus derechos.

3.3.3. El Principio de Ponderación.

Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario.

Según Guillermo Cabanellas define a la ponderación; "Atención o cuidado con que se habla o procede. Encomio o balanza de algo. Acción de pesar materialmente una cosa. Equilibrio y ecuanimidad al juzgar"[84]. La ponderación es la manera de resolver estas colisiones entre principios y, por consiguiente, la forma de aplicarlos, la palabra ponderación deriva de la locución latina pondus que significa peso. Esta referencia etimológica es

[84] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina. Tomo VI. 28ª. Edición. 2003. Pág. 312.

relevante, porque cuando el juez o el fiscal ponderan, su función consiste pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto.

Los principios tienen un peso en cada caso concreto, y ponderar en determinar cual es el peso específico de los principios que entran en colisión. Por ejemplo cuando la Corte Constitucional aplica los principios constitucionales de protección a la intimidad y del derecho a la información, los pondera para establecer cuál pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un peso mayor será aquél que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto.

El procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, implican lo que en la terminología jurídica alemana se llama la regla de proporcionalidad.

Esta regla comprende tres subreglas: la regla de adecuación, la regla de necesidad, y la regla de proporcionalidad en sentido estricto

La regla de adecuación y la regla de necesidad. Ambas están implicadas por el hecho de que los principios son reglas que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida fácticamente posible.

La deducción de la segunda regla, la regla de la necesidad, es muy similar ya que siempre estaremos ponderando a la regla que respete el principal principio en medida del costo de su transgresión.

La tercera subregla de la regla de proporcionalidad, la regla de proporcionalidad en sentido estricto, tiene un carácter distinto. Esta regla se vuelve relevante cuando un acto realizado por el Estado es adecuado y necesario. Consideremos a un legislador que quiere prevenir, de la manera más perfecta posible, que la gente contraiga SIDA. Propone una ley que prescribe que todos los sujetos infectados de SIDA deben ser puestos en cuarentena de por vida. No hay duda de que la salud pública y, por lo tanto, la protección de las personas no infectadas es una meta valiosa. Ahora supongamos que la cuarentena de por vida es una medida tanto adecuada como necesaria para que el SIDA sea controlado en la mayor medida posible. En esta situación, la regla de proporcionalidad en sentido estricto requiere que se tome en cuenta el derecho de aquéllos infectados de SIDA. Prohíbe que se siga sólo un principio, esto es, el ser fanáticos. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse de la siguiente manera: Cuanto más intensa sea la interferencia en un principio, más importante tiene que ser la realización del otro principio. La regla establece cómo argumentar cuando sólo se puede cumplir un principio a costa de otro. Tenemos que investigar la intensidad de la interferencia, en nuestro ejemplo, la intensidad de la interferencia con los derechos de aquéllos que serían puestos en cuarentena de por vida, y la importancia de las razones para tal interferencia. Pero es claro que la regla sólo nos dice la dirección del argumento. No prescribe ningún resultado. Alguien que no considere a los derechos individuales como algo con gran valor puede aplicar la regla para favorecer el bien colectivo de la salud pública. Al hacer

esto, llegaría al resultado de que la cuarentena de por vida está justificada. Alguien para quien los derechos individuales son muy valiosos llegaría al resultado contrario aplicando la misma regla de ponderación. Un crítico de la teoría de los principios podría sostener que la posibilidad arriba señalada de llegar a resultados divergentes muestra que toda esta teoría, o al menos el concepto de ponderación, es inútil. Pero esto sería un error.

En el razonamiento práctico general, así como en el razonamiento jurídico, no se puede esperar el tener un método que nos permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil. Lo que se puede crear son estructuras racionales para el razonamiento. Es difícil negar que las estructuras implicadas al concebir los derechos como principios, son racionales. Por ello, me gustaría proponer, como resultado intermedio, que los derechos fundamentales basados en principios implican una estructura racional de argumentación orientada a través del concepto de ponderación, y que una estructura racional de argumentación jurídica implica que los derechos fundamentales tienen que basarse en principios. Con esto tenemos algo más que nada, pero todavía no es suficiente. Para llegar más lejos, debemos ver ahora la relación entre los derechos y el discurso racional.

3.3.4. Los Derechos Humanos.

Surgen de la propia naturaleza del hombre y fundamentalmente cuando ´éste deja de ser el errante, egoísta y solitario; y, se convierte en el

sedentario, social y comunitario. Por eso se puede afirmar como fundamental premisa que los Derechos Humanos preexisten al Estado y han constituido una de las principales preocupaciones de la especulación llamada Derecho Natural.

Los Derechos Humanos son, de siempre, anteriores y superiores al Estado, e inherentes a la persona humana. Estos derechos van a ser conceptuados lentamente en la historia de la humanidad. Por lo tanto los Derechos Humanos han surgido como la reivindicación de un grupo social marginado frente a quienes atentan o usufructúan el poder y tienen el control de los mecanismos del Estado. Ese reclamo puede ser algo que ahora nos parece tan elemental como el derecho a la vida, sin embargo ha tenido que pasar miles de años de lucha para ser reconocido universalmente.

La Organización de las Naciones Unidas redactó en 1948 la **Declaración Universal de Derechos Humanos,** donde se recogen los derechos y las libertades que deben protegerse en cualquier parte del planeta. Once años más tarde, en 1959, hizo algo parecido con los **derechos de los niños,** para evitar el maltrato y la injusticia, y con los de las **mujeres,** que no podían votar y dependían, en muchos aspectos, del permiso de los hombres.

Antes no existían derechos humanos, ni de los niños, porque muy poca gente había preocupado de ello. No había **democracia**, y, aunque algunos **filósofos** habían defendido que las personas tienen derechos, por solo hecho de haber nacido, las leyes no recogían. Se formaban **gremios**

profesionales para que algunos grupos defendieran sus intereses, como los panaderos o los herreros, por ejemplo, pero no para defender a las personas. Cuando algunos pensadores empezaron a reflexionar sobre la **libertad** y sobre lo que eso significaba, aumentó de interés por los derechos individuales. Después aparecería la preocupación por la **igualdad,** que se reflejó la protección de otros derechos, como de los trabajadores. Llegó un momento, en el siglo XX, en que se comenzó a pensar, incluso, en los **derechos de los animales,** que no pueden ser maltratados ni golpeados. Nadie se había preocupado de esto antes, pero ahora hay más sensibilidad sobre estos temas.

Según Enciclopedia Jurídica "los Derechos Humanos son atinentes al respecto que el hombre merece como individuo, como ciudadano y como integrante de la comunidad universal."[85]

Igualdad de Derechos.- "Uno de los elementos de la igualdad de oportunidades es que las leyes sean las mismas para todos; es decir, que exista una **igualdad de derechos.** Se trata de que todas las personas sean iguales ante la **ley,** y también, de que todas tengan el mismo derecho a participar en el gobierno de su municipio, de su región o de su país. Hoy en día casi nadie está en contra de que exista la igualdad de derechos (aunque todavía hay países en que las mujeres tienen menos derechos que los hombres y no disfrutan de auténtica **libertad**). Pero los seres humanos

[85] ESPINOSA M, Galo Dr. Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Pág. 178

seguimos discutiendo sobre cuál es la mejor manera de conseguir que **todos** tengamos igualdad de oportunidades"[86]. Igualdad de derecho significa tener todas las personas, sean iguales ante la ley, que tenga los mismos derechos a participar en toda forma de convivir.

3.3.4.1. El Principio "Pro Homine".- Al incluir en el principio la interpretación más favorable para los pueblos se distorsiona el sentido de este principio. El objetivo del principio pro homine o pro ser humano precisamente tiene por objeto privilegiar los derechos de los seres humanos cuando estos estén en conflicto con otros. Es relativo a normas de interpretación.

El Principio Pro Homine, al respecto el Dr. Edgar Carpio Morales recogiendo lo expuesto por la Dra. Mónica Pinto señala que se trata de "un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria"[87].

El Profesor Pablo Luis Manili comentando los alcances del Principio Pro Homine alude a un aspecto relevante que conlleva la aplicación de este

[86] Microsoft ® Encarta ® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
[87] CARPIO MARCOS, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales" Palestra Editores Lima – 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9 , Pág.28 y la referencia a PINTO, Mónica. "El Principio pro homine". Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", En ABREGU, Martín y Christian COURTIS (Compiladores) Editores El Puerto, Bs. As. 1997, Pág. 163.

principio en cuanto con el se termina toda la discusión en torno a la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos, ya que deviene abstracta, ”por cuanto el intérprete debe siempre elegir la norma que ampare de modo más amplio los derechos humanos"[88]. En consecuencia, el Principio Pro Homine debe entenderse como la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana.

El Dr. Pedro Nikken, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la interpretación de los tratados con arreglo al objeto y al fin indica que existe la tendencia a una protección progresiva de las convenciones protectoras de los derechos humanos privilegiándose la protección de los derechos de las personas así expresa que, “..el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecué a los requerimientos de la protección de los derechos de la persona. Si recordamos, además, que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, la menos directamente, el de los Estados partes, *sino el del ser humano*, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido en que mejor garantice la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos”[89]. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.

[88] MANILI, Pablo Luis, “El Bloque de Constitucionalidad La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino”. Editorial La Ley S.A.E. e. I. Buenos Aires 2003, Pág. 223.
[89] NIKKEN, Pedro, “La Protección internacional de los Derechos Humanos su desarrollo Progresivo” Editorial Civitas S. A. 1987, Pág. 100 y 101.

El Principio de Adopción de Medidas Internas, según el Profesor Pablo Luis Manili en virtud de este principio, los Estados tienen la obligación de compatibilizar su normativa interna a las normas internacionales de derechos humanos. Añade el Dr. Manili que "en este sentido, el deber de adoptar medidas internas se transforma también en un coadyuvante para la armonización de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, ya que produce una ampliación del número de sujetos activos que debe propender a esa armonización, por cuanto obliga no sólo a los órganos de aplicación del derecho (básicamente el poder judicial) sino también a los órganos de creación del derecho (poder constituyente, poder legislativo, y, en ciertos casos poder ejecutivo)"[90].

El Principio de Proporcionalidad constituye una medida equilibrada que permite apreciar los efectos que conlleva el optimizar a favor de un bien colectivo con la disminución que esto acarrea sobre lo que se encuentra protegido por un derecho fundamental. Con esto queda comprendido los aspectos de idoneidad, utilidad y necesidad de la medida y la prohibición de toda actuación que sea desproporcionada.

El Dr. Edgar Carpio Morales hace una distinción entre el principio de proporcionalidad con el de ponderación o balancing aduciendo que existen esferas o campos en los que el conflicto tiene que someterse a la ponderación sin que le sea aplicable la proporcionalidad; esto acontece,

[90] MANILI, Pablo Luis, Ob. Cit. Pág. 226.

especialmente,"[91] en los casos en los que el conflicto se produce entre dos derechos fundamentales, en los que la evaluación de los criterios de "utilidad", "necesidad" y "proporcionalidad en sentido estricto no ingresan. Aquí hay sólo ponderación, que puede llevar a argumentaciones y a resultados, a veces semejantes a los de la doctrina relativa al principio de proporcionalidad, pero que no se rige por esta"[92].

El Principio iura novit curia, permite al juzgador precisar la naturaleza y el sentido de las peticiones que plantea el demandante para apreciarlas debidamente.

El Principio de Seguridad Jurídica que persigue alcanzar como fin la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional de los derechos humanos por los órganos encargados de su interpretación y aplicación.

Con el catálogo de principios jurídicos indicados no se pretende cubrir toda la gama de ellos, pues se tiene también el principio de cosa juzgada que en la jurisdicción internacional debe cubrir varios supuestos, lo que se busca es con el nomen juris de los principios jurídicos resaltar que no tienen una existencia globalizada ni indeterminada o generalizada que no permita su identificación, sino más bien es precisa, específica y en constante evolución como auxiliares, coadyuvantes que son se ubican antes, durante y aún después de la vida de la norma jurídica.

[91] CARPIO MARCOS, Edgar, Ob. Cit. Pág. 123
[92] Ibídem.- Pág. 238

El Principio Pro Homine contemplado en el artículo 29 relativo a normas de interpretación, en el sentido que ninguna norma de la Convención así como otros actos internacionales de la misma naturaleza pueden ser interpretados por los Estados partes como facultados para limitar o excluir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los preceptos internacionales de derechos humanos así como otros derechos y garantías del libre y pleno ejercicio inherentes al ser humano.

La Corte con fecha 13 de Septiembre de 1985 emitió la opinión consultiva OC-5/85, dando respuesta a la inquietud del gobierno de Costa Rica respecto de la colegiación obligatoria de periodistas y la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos determinando su incompatibilidad con el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Convención, para cuyo efecto la Corte al expedir su opinión *recurrió al principio por homine* según lo manifestado por el Dr. Germán Bidart Campos al indicar," En una de sus Opiniones Consultivas (la OC:5/8) la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó el principio de que si una misma situación jurídica le son aplicables el Pacto de San José y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"[93].

La nota especial que trae la Opinión Consultiva es que la Corte recurre a un principio jurídico Pro Homine como vía de auxilio, coadyuvante o complementaria para una interpretación y aplicación de los artículos 13 y 29

[93] BIDAR CAMPOS, Germán J. "La interpretación de los Derechos Humanos" EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Pág. 87

de la Convención, vale decir la Corte actuando como competencia no contenciosa oficial o de consulta o asesora incardina este principio y con ello se demuestra que los principios jurídicos no solamente la Corte recurre a ello cuando interviene como órgano judicial pues también lo hace al actuar como competencia consultiva.

3.3.4.2. El Principio Pro- Libértatis.- De conformidad con dicho principio, los derechos fundamentales deben ser interpretados a favor de la libertad. Por consiguiente, la interpretación debe ser amplia en relación con aspectos que favorecen la libertad y restrictiva en lo que concierne a las limitaciones. *"…El principio pro libértate, el cual, junto con el principio pro homine, constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano"*[94]*.* Es decir, toda norma jurídica debe ser interpretada en forma favorable a la libertad. Se ha afirmado, al efecto, que "el proceso hermenéutico constitucional (debe conceptuarse) como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto…."[95]. Desde esa perspectiva, los derechos fundamentales deben ser contemplados no sólo como esferas subjetivas de libertad, sino como elementos constitutivos de un sistema unitario de libertades que corresponden a todos los ciudadanos.

[94] Sala Constitucional de Costa Rica. Voto 3173-93.
[95] PEREZ LUÑO, All. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, 1984, Pág. 316.

3.3.5. Sanciones Alternativas a la Prisión.

Nuestro Código Penal respecto de la pena privativa de libertad la subdivide en prisión y reclusión; para Guillermo Cabanellas la prisión es la "pena privativa de libertad más grave y larga que el arresto e inferior y más benigna que la de reclusión, y con equiparación o diferencias cambiantes respecto a la de presidio"[96]. Respecto de la reclusión Manuel Osorio la define como "condena a una larga pena privativa de libertad con tal denominación, la más larga y severa de su clase"[97]. De lo anotado deducimos que esta sub clasificación que realiza nuestro Código Penal esta demás, ya que la única diferencia entre la reclusión y la prisión, es el tiempo de condena, compartiendo ambas características similares.

La prisión esta en una situación crítica pues genera muchos efectos negativos en el reo tanto en su salud como en su estilo de vida; sicológicamente deprime, humilla y degrada la personalidad del sentenciado; además el estado le impone una vida rutinaria y controlada con lo que el interno pierde su propia intimidad y cambia drásticamente su estilo de vida; si a estos efectos añadimos la pésima infraestructura de los centros carcelarios que agravan aun más las condiciones de vida dentro de la cárcel, pues se restringe el acceso a la salud y a los alimentos. Dichos efectos extienden su alcance incluso después de cumplida la condena pues muchas veces el prisionero debe enfrentar la estigmatización social, el deterioro de las relaciones familiares e inclusive la drogadicción.

---

[96] CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico Usual", Tomo VI, Editorial Heliasta, Vigésima Quinta Edición, Buenos Aires-Argentina, 1997, Pág. 419

[97] OSSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", ob. Cit., Pág. 830

El Derecho Penal moderno ya no contempla la pena privativa de libertad como la única sanción al delito, desde hace varios años se han venido desarrollando nuevas sanciones que buscan limitar los derechos del infractor en forma parcial, todas ellas aplicables si las circunstancias del delito lo ameritan.

*"*Las penas alternativas a la prisión propiamente tales -trabajo comunitario, arresto domiciliario, arresto de fin de semana, prohibición de acercarse a la víctima, privación del derecho a residir, restitución de daños- se plantean como penas principales excluyentes de la pena de prisión, en los casos de mediana y baja gravedad, de modo que su imposición no es condición para no cumplir una pena privativa de libertad, por lo que su incumplimiento no se encuentra amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad suspendida condicionalmente*"*[98].

Las sanciones alternativas a la prisión en determinados países no eliminan la pena privativa de libertad, únicamente la suspenden, mientras el condenado cumple con ciertas condiciones impuestas por el juez la prisión queda en suspenso; esto le permite al infractor evitar la reclusión carcelaria a cambio de demostrar un buen comportamiento y cumplir con las obligaciones que el juez le impone; pudiendo luego de cierto tiempo ser absuelto de la condena de prisión si ha hecho los méritos necesarios a criterio del administrador de justicia.

[98] http://cl.vlex.com/vid/69051311 (27 de diciembre de 2009) (26 de noviembre de 2009)

*"*Las medidas Alternativas a la Reclusión, sustituyen a las penas privativas de libertad por una sanción que permite que el penado continúe con su desarrollo en lo social, laboral y familiar, manteniéndose inserto en el medio libre, acarreando beneficios importantes, tanto para el Estado como para la comunidad, pues, además de traducirse en un menor costo económico para el fisco, evita el contagio criminológico que se produce en aquel que ingresa a los establecimientos penitenciarios y forma parte de ellos, adquiriendo hábitos propios de quienes han iniciado una "carrera" delictual.*"*[99]

Los efectos positivos de las sanciones alternativas a la prisión básicamente se reflejan en el aspecto social y el aspecto económico para la sociedad; la sociedad evita perder a un miembro económicamente activo al recluirlo tras las rejas y más bien le permite con su trabajo colaborar en la reparación del daño que ocasionó. El estado en cambio evita seguir sobrepoblando el sistema carcelario y con esto ahorra grandes cantidades de dinero que debería invertir en mantener alejados a miembros peligrosos de la sociedad.

*"*Las medidas alternativas fueron creadas para que aquellos individuos que se presume no volverán a delinquir, cumplan su condena en interacción con el resto de la comunidad. Además de ahorrar los costos de tenerlos recluidos, evitan el desarraigo familiar y el contagio criminal durante la condena*"*[100]*.* Las sanciones alternativas a la prisión y reclusión son penas que aplicadas en reemplazo de penas privativas de libertad por la autoridad competente en casos de delitos de mediana y baja gravedad permiten al

[99] http://www.elobservatodo.cl/admin/render/noticia/10963 (26 de noviembre de 2010)
[100] http://www.lyd.cl/biblioteca/libros/modercar/t9.html (26 de noviembre de 2009)

infractor remediar el daño que causo a la sociedad a través de diversos medios pero sin la obligación de ser recluido en un centro penitenciario.

Este tipo de sanciones traen beneficios económicos tanto para el Estado que no tiene que incluir en su presupuesto el mantenimiento de infractores de peligrosidad mínima y además para el infractor que puede seguir desempeñando sus labores productivas diarias y evitar los efectos nocivos de la prisión tanto en su salud física como mental, finalmente también evitan el desarraigo familiar que provoca la privación de la libertad.

Sin duda que el uso de sanciones alternativas a la prisión ayudaría enormemente a los centro de rehabilitación social existentes que actualmente enfrentan difíciles condiciones en razón de la sobrepoblación que deben soportar, la inadecuada infraestructura que poseen dada su antigüedad y vetustez, la falta de financiamiento estatal y de personal capacitado necesario para su funcionamiento, lo que limita enormemente el cumplimiento de sus objetivos como parte del sistema penitenciario.

3.3.6. Principio de preferencia de las sanciones no privativas de libertad.

En los casos en que no es posible aplicar un criterio de oportunidad reglado ni otra forma anticipada de conclusión del proceso, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba y se llega al dictado de una sentencia condenatoria y la imposición de una sanción propiamente dicha, es principio fundamental del Derecho Penal Juvenil que el confinamiento de jóvenes en centros penitenciarios debe ser utilizado como último recurso. La razón que

lleva a evitar la imposición de la sanción privativa de libertad radica no sólo en la magnitud de la injerencia en los derechos del joven, sino también en el carácter criminógeno que dicha privación comparte en el Derecho Penal Juvenil con el Derecho Penal de adultos.

Al carácter de última ratio de la sanción privativa de libertad aluden las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Ello se traduce en la previsión de sanciones diferentes a las privativas de libertad, las cuales adquieren el carácter preferente, y sólo en forma subsidiaria y extraordinaria puede disponerse la privación de libertad. Sobre ello dicen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de la Justicia de Menores en su numeral 18.1: "Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones"[101]. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes: a) Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b) Libertad vigilada; c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; d) Sanciones socioeconómicas, indemnizaciones y devoluciones; e) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; g) Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos.

[101] REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS DE LA JUSTICIA DE MENORES. Numeral 18.1:

4. MATERIALES Y MÉTODOS.

4.1. Materiales Utilizados.

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis; como lo fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador, Tratados Internacionales, Código de la Niñez y la Adolescencia, Código Civil, Código del Trabajo, Compendio de Legislación Ecuatoriana, Legislación Comparada Chile y argentina; Diccionarios Jurídicos como: OSSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Penales, OMEBA Enciclopedia Jurídica, CABANELLAS Guillermo Diccionario Jurídico Elemental; Para constitución de marco doctrinario y conceptual, analice las opiniones de All Pérez Luño, "derechos Humanos"; Germán J. Bidar Campos; La Interpretación de los derechos Humanos"; Pablo Luis Manili, El Bloque de Constitucionalidad"; Pedro Nikken, La Protección Internacional de Derechos Humanos"; Edgar Carpio, "La Interpretación de los Derechos Fundamentales"; Victor Hugo Olivares, Medidas Cautelares Reales; por otra parte el internet que permitió el avance de la legislación comparada en la dirección como: www.sítiosjurídicos.com, de igual manera pude utilizar material de oficina como hojas de papel bond, esferográficos, computadora, impresoras, y fichas bibliográficas y nemotécnicas elaboradas; todo este material, me ha servido de mucho para estructurar el informe final de Tesis así como a entender mucho más a fondo mi problemática investigada como; la realidad de las leyes en nuestro sistema ecuatoriano.

4.2. Métodos.

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos, técnicas y procedimientos, que permitan el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento, que consientan la comprobación de la hipótesis propuesta, así como la verificación de los objetivos planteados.

La investigación que realicé, está diseñada de acuerdo a la naturaleza del problema, por consiguiente traté de unificar prudencialmente los diferentes métodos entre los cuales enuncio los siguientes: Inductivo, Deductivo, Descriptivo, exegético, científico, Comparativo y Estadístico, los mismos que me sirvieron para desarrollar el Proyecto Investigativo, a fin de obtener nuevos conocimientos.

a) Método Inductivo.

En mi trabajo de investigación, partí del conocimiento general de las definiciones sobre temas de la persona, las lesiones, la integridad personas, entre otras que constan en el marco conceptual; así mismo realice un estudio de la normas de la Constitución de la República del Ecuador, de los Tratados Internacionales, Código de la Niñez y la Adolescencia, Código del Trabajo; Código Civil, y legislaciones comparadas de la República de Chile y Argentina.

b) Método Deductivo.

Conocedor de las particularidades de mi trabajo investigativo dentro del campo de la Constitución de la República del Ecuador, y Código de la Niñez y la Adolescencia, específicamente en cuanto se refiere a las disposiciones legales relacionadas el derecho a los alimentos y medidas cautelares reales y personales, lo que me permitió profundizar mi estudio desde el punto de vista conceptual, doctrinario y mi sustento jurídico.

c) Método Descriptivo.

En la investigación que realicé, aplique el método descriptivo, en el momento que analice los diferentes aspectos particulares para medir y realizar conceptos, definiciones y contenidos en la Revisión de Literatura.

d) Método comparativo.

Como su término lo dice, para poder desarrollar mi trabajo investigativo, estudié otras legislaciones referentes al Derecho Penal de países como Chile, Argentina y Comunidad Andina, con lo cual establecí comparaciones y diferencias que me sirvieron de base para fundamentar mi propuesta de reforma y el estudio doctrinario existente.

e) **Método Científico.**

Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al **Método Científico**, pues como se puede observar, se parte de un objetivo general y tres específicos, y del planteamiento de una hipótesis, en torno a los cuales se desarrollará toda una base teórica, así como el estudio de campo, que permitan los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación.

f) El Método Exegético.

Fue utilizado y aplicado en el análisis e interpretación de la normativa jurídica nacional e internacional descritas y citadas en la presente investigación.

g). **Método Estadístico.**

Para el desarrollo de la investigación de campo, específicamente en la tabulación de los cuadros y representación gráficos de las encuestas utilicé el Método Estadístico.

4.3. Técnicas y Procedimientos.

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, auxiliado de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos judiciales reforzó la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática de las instituciones públicas, la Función Judicial, así como profesionales y estudiantes de Derecho, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis.

Los resultados de la investigación empírica se presentan en gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

5.- RESULTADOS.

5.1. Resultados de la Aplicación de la Encuesta.

De conformidad con el plan de investigación jurídica aprobado por la autoridad académica apliqué 30 encuestas distribuidas en sectores de personas conocedoras de problemática; las mismas que fueron dirigidas a Jueces y Abogados en libre ejercicio. Las encuestas constan de un cuestionario cuyas preguntas y respuestas se analizan a continuación.

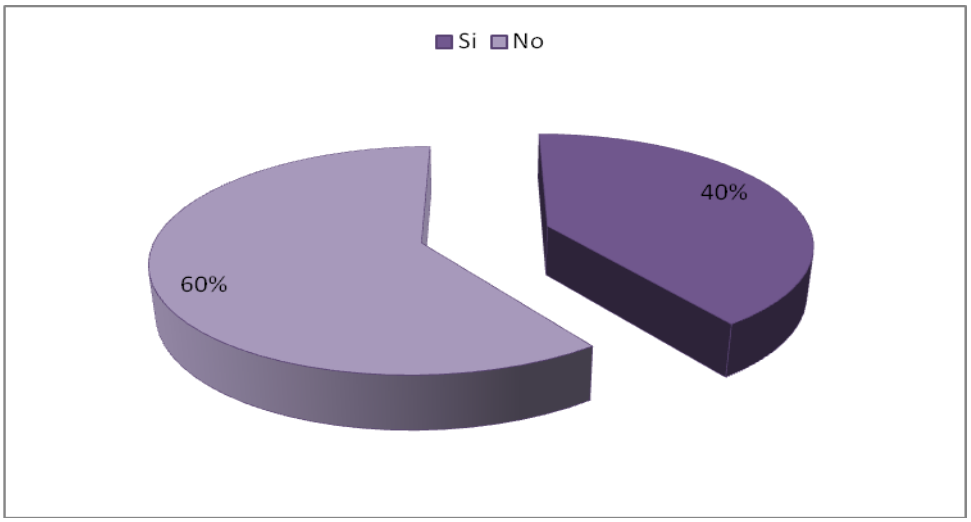
Primera Pregunta: ¿Considera usted necesario que se prive de la libertad a una persona, por no pagar las pensiones de alimentos?

Cuadro Nº 1

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje %
Si	12	40
No	18	60
Total	**30**	**100**

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces.
Autora: Sandra Lorena Días Calderón.

Gráfico No. 1.



Análisis: De los treinta encuestados, doce de ellos que equivalen al 40% señalan la opción del si, indicando que se debe garantizar los derechos de los menores de edad que están por encima de otras derechos humanos; en tanto que dieciocho encuestados que representan el 60% responden que no se debe de privar de la libertad al alimentante porque, una ves detenido, éste no puede trabajar para lograr pagar las pensiones alimenticias atrasadas, más bien debe estar sujetos a otras medidas, así como se aplica en la prisión preventiva.

Interpretación: De lo que manifiestan los encuestados, comparto con la opinión de la mayoría porque, el no pago de los alimentos se constituye en una deuda de carácter civil y no una infracción penal para privarle de la libertad a una persona, más bien concuerdo con la aplicación de otras medidas alternativas, previo a garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimenticias y evitar que se continúe lesionando derechos del alimentante.

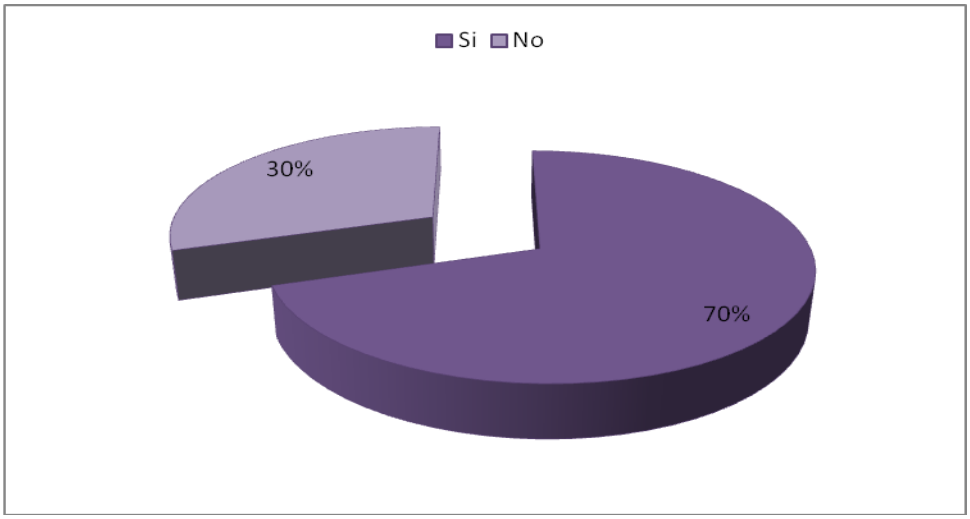
Segunda Pregunta: Al privarle de la libertad al alimentante deudor ¿Cree usted que se está vulnerando el principio pro libértate, por tratarse de una acción civil y no de carácter penal?

Cuadro Nº 2

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje %
Si	21	70
No	09	30
Total	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces.
Autora: Sandra Lorena Días Calderón.

Gráfico No. 2.



Análisis: En esta pregunta veintiún encuestados que corresponden al 70% seleccionan la opción del si, manifestando que al ser detenido el alimentante se lesiona su derecho a la libertad individual, y su derecho al trabajo, lo que genera que no cubra las pensiones alimenticias, tomando en cuanta que se trataría doctrinaria y legalmente de una deuda civil, por lo que no se de dictar apremio personal, sino real. En cambio, nueve encuestados que significan el 30%, seleccionaron la opción del no, porque no existen vulneración de ningún derecho del alimentante; lo que se el Estado protege es la integridad personal del menor de edad, en este caso a su alimentación.

Interpretación: Comparto el criterio acertado de la mayoría de los encuestados, respecto a que existe vulneración de derechos constitucionales del alimentante, porque una vez privado de su libertad no puede realizar ninguna actividad laboral, con la cual pueda cubrir las deudas alimenticias, más aun, si no posee un trabajo estable, considerando que nuestra legislación de menores debe cambiar la figura del apremio personal,

más bien considerar los bienes del alimentante, conforme se lo realiza en la práctica, además sobre el alimentante se debe disponer medidas alternativas a su privación de libertad.

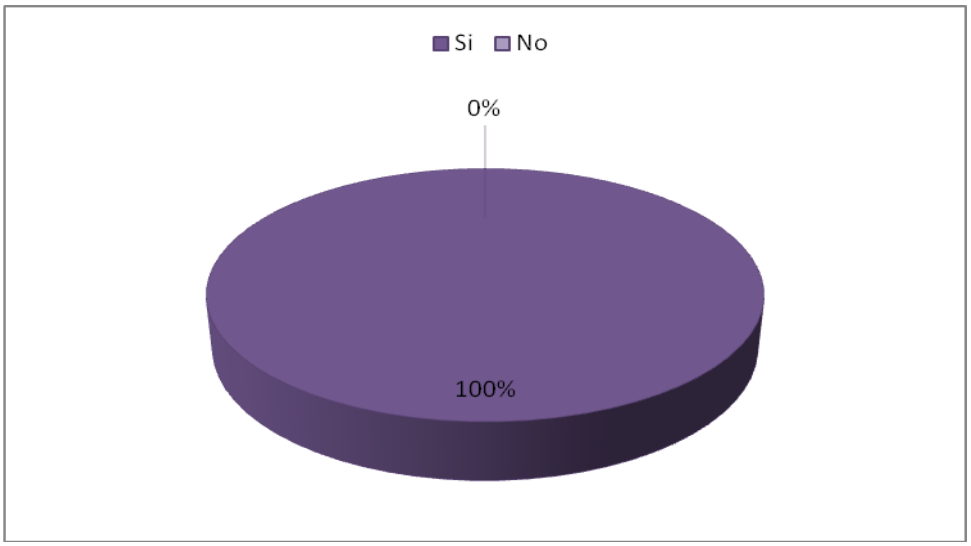
Tercera Pregunta: ¿Considera Usted que la privación de libertad del alimentante genera efectos jurídicos y sociales a las partes?

Cuadro Nº 3

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje %
Si	30	100
No	00	0
Total	30	100

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces.
Autora: Sandra Lorena Días Calderón.

Gráfico No. 3



Análisis: A esta interrogante los 30 consultados que representan el 100%, consideran que al privársele de la libertad al alimentante se generan como

efectos jurídicos la violación del derecho a la libertad individual y derechos humanos del alimentante, y derechos de alimentación y relación familiar del menor con su padre, además se obliga a las partes, contratar a un profesional del derecho para su defensa. En lo concerniente a los efectos sociales los consultados manifestaron que se desintegra el núcleo familiar y existe desprotección de los alimentos del menor, por no poder trabajar el alimentante para contar con recursos y pagar las pensiones acumuladas. Todo esto conlleva a las parte a cubrir gastos en el juicio y ante la sociedad su imagen del hogar es inaceptable.

Interpretación: Comparto con las respuestas de la mayoría de los encuestados, porque al privarle de la libertad al alimentante se originan efectos jurídicos y sociales como los mencionados, además el derecho al trabajo, así como el derecho a los alimentos entran en contradicción y vulneración por que no se pueden ejercer correctamente, más bien la madre lo que le interesa es el dinero de las pensiones alimenticias para ser utilizados, pero no justifica su gasto.

Cuarta Pregunta: ¿Cuáles de las medidas alternativas, al apremio personal para el cumplimiento del pago de alimentos, señaladas; cree usted que deben incorporarse en el Código de la Niñez y Adolescencia?

a) Prohibición de enajenar en el Registro de la Propiedad.

b) Trabajo comunitario.

c) Suspensión de las licencia de conducir.

d) Retención de la devolución anual impuesto a la renta.

e)Obligación de presentarse periódicamente ante el juez competente.

f) Arresto domiciliario, con supervisión o vigilancia policial.

g) Arresto nocturno.

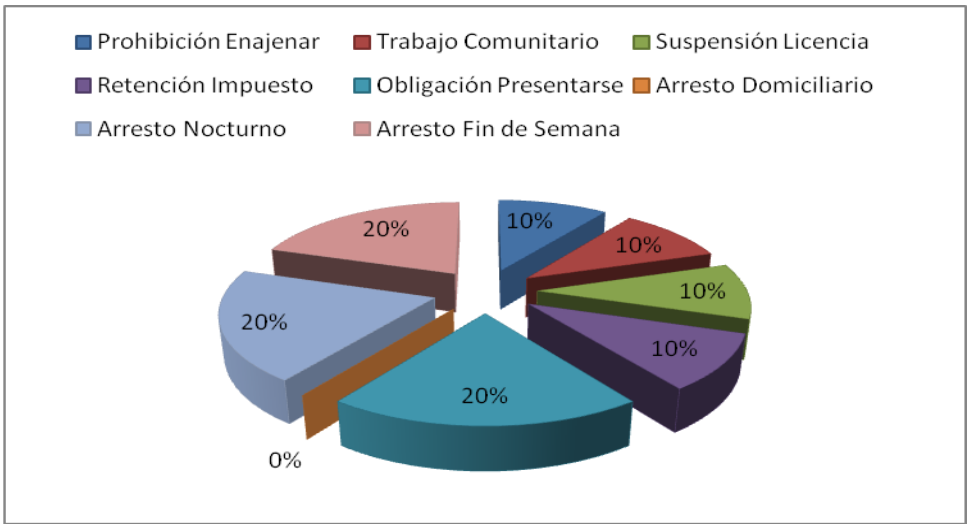
h) Arresto de fin de semana.

Cuadro Nº 4

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje %
Prohibición Enajenar	3	10
Trabajo Comunitario	3	10
Suspensión Licencia	3	10
Retención Impuesto	3	10
Obligación Presentarse	6	20
Arresto Domiciliario	0	0
Arresto Nocturno	6	20
Arresto Fin de Semana	6	20
Total	**30**	**100**

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces.
Autora: Sandra Lorena Días Calderón.

Gráfico No. 4.



Análisis: En esta pregunta de las ocho opciones presentadas, los encuestados seleccionaron como medida alternativa al apremio personal, los siguientes datos: a) Prohibición de enajenar en el Registro de la Propiedad, tres personas que corresponden al 10%; b) Trabajo comunitario, tres personas que corresponden al 10%; c) Suspensión de las licencia de conducir, tres personas que corresponden al 10%; d) Retención de la devolución anual impuesto a la renta, tres personas que corresponden al 10%; e) Obligación de presentarse periódicamente ante el juez competente, seis personas que equivalen al 20%; f) Arresto domiciliario, con supervisión o vigilancia policial, esta opción no la señalan, por que el alimentante debe salir a trabajar para cubrir las pensiones alimenticias; g) Arresto nocturno, seis personas que equivalen al 20%; y, h) Arresto de fin de semana, seis personas que equivalen al 20%.

Interpretación.- Las respuestas mayoritarias en el porcentaje son las acertadas para precautelar los derechos del alimentante y alimentado, por lo que serán tomadas en cuenta al momento de incorporar las reformas al Código de la Niñez y la Adolescencia. Por otro lado, es necesario indicar que como medidas secundarias se las podría considerar las demás opciones, por que su fin es afectar o limitar los derechos reales del alimentante deudor.

Quinta Pregunta: ¿Está usted de acuerdo que se reforme Código de la Niñez y la Adolescencia, con la finalidad de incorporar medidas

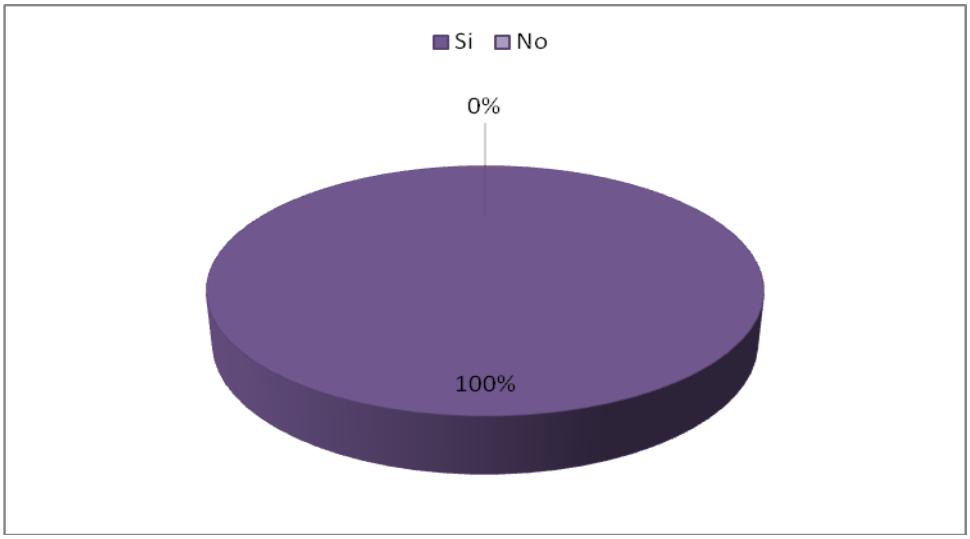
alternativas antes de darse el apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y alimentado?

Cuadro Nº 5

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

Fuente: Abogados en libre ejercicio y Jueces.
Autora: Sandra Lorena Días Calderón.

Gráfico No. 5.



Análisis: A la quinta interrogante los 30 encuestados que equivalen el 100% consideran que si debe reformarse el Código de la Niñez y la Adolescencia, incorporando normas legales que establezcan medidas alternativas antes de darse el apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y alimentado, considerando las opciones de la pregunta anterior.

Interpretación: Me sumo al criterio de los consultados, porque en el presente trabajo, lo que trato es reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad de garantizar los derechos de los alimentantes y de los alimentados, que exista una norma protectora para las partes y se respeten sus derechos humanos.

5.2. **RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENTREVISTA.**

Esta técnica de entrevista fue aplicada a 5 funcionarios de la Corte Provincial de Loja, previamente seleccionados, para lo cual me he permitido realizar las siguientes interrogantes:

Primera Pregunta:

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, garantiza que *"nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter civil";* **sin embargo en Ecuador por pensiones alimenticias que son de carácter civil, privan de la libertad al alimentante deudor; ¿Cuál es su opinión?**

Respuesta:

Los cinco entrevistados consideran que en materia de alimentos en la actualidad con la reformas que se han dado se viola este principio de pro libertate, así como derechos humanos del alimentante que le impiden trabajar para sufragar los pagos de las pensiones alimenticias, también se vulnera el derecho a la libertad individual, que con el estudio de las nuevas

tendencias del derecho penal se están reemplazando esta penas con medidas alternativas como trabajos comunitarios, condiciones de presentarse ante la autoridad competente, la prohibición de salida del país, entre otras, que el Código de Procedimiento Penal si las prevé para los infractores de la ley penal; debiendo de considerar que la falta de pago de una pensión alimenticia es considerada una deuda de carácter civil, y no hay delito alguno, por lo tanto, se debe emplear otras medidas de sustitución al apremio personal; teniendo presente que en caso de Derechos Humanos nuestra Constitución al igual de los Tratados Internacionales tienen supremacía en nuestro Estado, por lo tanto se vuelve de carácter obligatorio restringirse a las normas de los Instrumentos Internacionales y derechos fundamentales.

Comentario:

Respecto de esta pregunta debo afirmar mi respaldo a lo manifestado por los consultados por que la omisión del pago de las pensiones alimenticias, se trata de una deuda de carácter civil y no penal, y en estos tiempo con la evolución y aparición de otros derechos humanos; el apremio personal contra el alimentante vulnera el principio pro libértate, debiendo por lo tanto, dictarse otras medidas alternativas a la privación de libertad, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado, tomando como norma internacional obligatoria la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

Segunda Pregunta:

Cuál es su opinión respecto a la posibilidad de incorporar medidas alternativas al apremio personal del alimentante, que no cumple con sus obligaciones dentro del Código *de* la Niñez y la Adolescencia.

Respuesta:

Los entrevistados coinciden y manifiestan que las medidas alternativas a tomar serían como se viene dando en ciertos casos, como la prohibición de enajenar de sus bienes, sin embargo se debe considerar otras medidas que se dictan en otros países como la sujeción de presentarse ante autoridad pública competente, el arresto nocturno o fin de semana, sin embargo lo que se trata es de no privarle de la libertad al alimentante, más bien sería otras medidas que no afecten su integridad personal, ni libertad individual, como podrían ser por medio de rentas internas la retención de sus haberes, la retención de la licencia de conducir, o fuera de su horario de trabajo que realice trabajos comunitarios. Se debe buscar alternativas para concientizar a los alimentantes que debe de trabajar y alimentar a sus hijos, como prioridad; caso contrario será castigado.

Comentario:

En esta pregunta comparto las opiniones de los consultados porque lo que buscamos es que al menor de edad se le garantice su alimentación y que el alimentante a través de la remuneración de su trabajo pague su obligación principal, como la de alimentos; y por otra parte, el alimentante continué

trabajando para cubrir las necesidades básicas posterior de su familia. Porque si se priva de la libertad al alimentante no podría trabajar, además lo que busco es que no se lesione la libertad individual del alimentante.

Tercera Pregunta:

Cuál es su opinión respecto de la aplicación del principio de última ratio "ultima razón, último argumento" de la sanción de privación de la libertad al alimentante que no cumple la obligación de pagar alimentos.

Respuesta:

Los consultados consideran en esta pregunta que se debe tomar en cuenta las nuevas tendencias del derecho penal que considera que la privación de la libertad en el campo penal debe ser de última ratio, es decir, la última razón para privarle de la libertad al infractor, sin embargo en ciertos delitos se permite sustituir esta pena privativa de libertad; o en otros casos en vez de la prisión preventiva permite dictar otras medidas alternativas, pero esto se da en el campo penal en donde la persona llamada infractora lesiona un bien jurídico que el Estado garantiza, o adecua su comportamiento a una infracción penal que ha sido incorporada en una Ley Penal, como Código penal, Ley de Sustancias estupefacientes, entre otras, por lo tanto, se convierte en materia de derecho penal, en donde si se dictan medidas cautelares personal y reales, sin embargo, en materia civil de alimentos, el apremio personal, limita la libertad del alimentante, sin estar inmerso en juicios penales, si no civiles, y el incumplimiento del pago de las pensiones

alimenticias es de carácter civil y por deudas no existe prisión, conforme lo estable la norma constitucional del Art. 29 literal c). esto en relación con la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

Comentario:

Considero y acepto las opiniones dadas por los entrevistados, debiendo agregar que se debe garantizar el derecho a la dignidad del alimentante, que debe trabajar libremente para cubrir las necesidades básicas de él y de su familia, siendo necesario que no tenga restricción alguna a su libertad, porque esta de acuerdo a la doctrina jurídica la pena privativa de la libertad, debe ser aplicada como última opción en materia penal; y en materia civil se deben dictar medidas cautelares reales.

Cuarta Pregunta:

¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación del apremio personal, como una vulneración al principio pro-libértate siendo una interpretación restrictiva de la limitación del derecho a la libertad?.

Respuestas:

Los entrevistados con su experiencia en este campo de la Niñez y la Adolescencia y campo penal, señalan que el apremio personal en la actualidad, debe ser considerado en otros asuntos, porque estaría vulnerando derechos de las personas que son privadas de su libertad; ya no nos encontramos en el sistema inquisitivo, ni en el tiempo cuando fue incorporada esta figura jurídica, sin embargo debemos tener presente la

doctrina y las nuevas tendencias del derecho penal, derecho de familia y derecho de menores, que garantizan los derechos humanos de la persona, conforme lo consagra el principio pro libértate. Por lo que se debe tener presente que nuestra Constitución garantiza todos los derechos humanos, claro que el interés superior del niño esta por encima de otros, pero no se deben lesionar, aquellos derechos que fueron incorporados en la Constitución de la República con la aparición de las generaciones de los derechos humanos; todos estos derechos tienen igual importancia por lo tanto se los debe proteger y garantizar, buscando alternativas para garantizar por igual estos derechos del hombre.

Comentario:

Los entrevistados han fundamentado muy bien en cuanto a esta respuesta, por lo que me adhiero a ello, agregando que los derechos de todos los seres humanos deben ser respetado, considerando que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, por lo tanto deben respetarse, todos los derechos, garantías y principios constitucionales.

Quinta Pregunta:

Considera usted necesario incorporar medidas alternativas al apremio personal, en el Código de la Niñez y Adolescencia, para garantizar el principio pro- libértate y derechos del alimentante y alimentado.

Respuestas:

Los cinco entrevistados concuerdan que se debe reformar el Código de la Niñez y la Adolescencia, incorporando normas que permitan a las partes en el juicio de alimentos se respeten sus derechos, sin lesionar a ninguna; se debe concientizar a los padres y parejas que la responsabilidad del cuidado de sus hijos es de ambos, y no tiene porque involucra a terceras persona so familiares, además al momento de tomar la decisión de formar un hogar o unión de hecho, los responsables son ambos, y están obligados de velar por bienestar de sus hijos**.**

Comentario:

Conforme lo indican los profesionales se debe garantizar los derechos del niño, niña y adolescentes, y adultos en otros casos que se encuentre cursando sus estudios superiores, sin embargo, la concientización de los valores en el hogar es propio de cada familia, que bajo el asesoramiento del Estado debe llegar a cada hogar; por lo tanto considero la necesidad de reformar el Código de la Niñez y la Adolescencia.

5.3. **ESTUDIO DE CASOS.**

CASO No. 1.

1. Datos Referenciales.

Juicio No. No. 0161-2007-HC. (JUICIO No. 283-06)

Tribunal Constitucional

Actor: R.H.Y.C.

Demandado: J.R.N.A.

2. **Versión del Caso**:

El señor JRNA, comparece ante el Alcalde del Municipio de Cuenca e interpone Recurso de Hábeas Corpus. Señala que el día seis de junio del año 2006, fue detenido por Agentes de Policía, en el Mercado Nueve de Octubre de la ciudad de Cuenca, habiéndole explicado que la causa de dicha detención era la mora de pensiones alimenticias por más de un año en la que había incurrido, por lo que fue conducido a los calabozos del Centro de Detención Provisional del Azuay, detención que se practicó dando cumplimiento a una orden de apremio personal dictada por el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, en el juicio de alimentos seguido en su contra por la señora RHYC, dentro del juicio signado con el No. 283-06.

Indica que su detención es totalmente ilegal, puesto que en nuestra legislación no existe la prisión por deudas, peor aún, la cadena perpetua, así como no es admisible una prisión de carácter indefinido.

Manifiesta que por lo expuesto, se ha violado el numeral 8 del artículo 24 de la Constitución de la República que se refiere a la caducidad de la prisión preventiva e invoca los artículos 16, 272 y 273 de la Constitución de la República.

Por lo expuesto y amparado en el artículo 24 numerales 6 y 8 de la Constitución de la República, y en relación con el artículo 74 de la Ley de Régimen Municipal, plantea el presente recurso, a fin de que se le conceda su inmediata libertad.

El 28 de agosto de 2007, el señor Vicepresidente del Concejo Cantonal de Cuenca, delegado del señor Alcalde, resuelve negar el recurso de hábeas corpus interpuesto, por considerar que el recurrente ha sido privado de su libertad en atención a lo dispuesto en el artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia.

3.- Resolución.

El Tribunal es competente para conocer y resolver sobre el Recurso de Hábeas Corpus interpuesto de conformidad con el artículo 276 número 3 de la Constitución de la República, y los artículos 12 número 3, y 62 de la Ley de Control Constitucional.

La controversia se encuentra en el artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia que textualmente dice:

“Art.141.- Apremio Personal.- En caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordenará, previa razón sentada por el actuario en base

a la información constante en la tarjeta de pago respectiva, el apremio personal del obligado hasta por diez días. En los casos de reiteración este plazo se extenderá hasta por treinta días. En la misma resolución que ordene el arresto, el Juez ordenará el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado por parte de quien solicita dicha medida.

Pagada la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento, en su caso, el Juez dispondrá la libertad inmediata del obligado.

Lo dispuesto en los incisos anteriores también tendrá lugar cuando el obligado haya dejado de solucionar dos o más obligaciones cuyo pago directo asumió como prestación de alimentos y cuando por culpa de aquel el beneficiario haya dejado de percibir dos o más rentas, frutos u otra modalidad de pago en las que consista la prestación de alimentos fijada por el Juez.

Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso".

Es necesario señalar que este Tribunal declaró inconstitucional la parte final del último inciso que dice: "más los gastos de dirigencia del apremio y el allanamiento, en su caso". Lo que consta en la Resolución 006-2004-DI (R. O. 478, de 9-XII-2004).

La mayoría de los Jueces de la Niñez y Adolescencia del país y casi todas las autoridades competentes para tramitar y decidir el Hábeas Corpus han interpretado el inciso según do del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia, en prejuicio del principio de pro-libertate, lo que ha llevado a que muchas personas afectadas por el arresto permitido por el inciso primero del referido artículo permanezcan privadas de la libertad por mucho más tiempo del que legalmente es permitido. Algunas resoluciones del Tribunal han avalado las decisiones adoptadas por las autoridades municipales que niegan la libertad solicitada, mediante decisiones justificadas simplemente a partir de la constatación de la deuda y su falta de pago íntegro, sin que se hayan pronunciado sobre el derecho a la libertad del alimentante como garantía para el alimentado, análisis que resulta imprescindible en tanto se encuentran en colisión dos derechos garantizados constitucionalmente.

La concesión del Hábeas Corpus, aplicando el principio por-libertate, encuentra apoyo en normas Constitucionales y en Tratados Internacionales como el artículo 4 de la Constitución, que entre otros aspectos prohíbe la prisión por deudas. El artículo 7 inciso 7, de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece: “Nadie será detenido por deuda” y añade “Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de alimentos”. El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “nadie será encarcelado por el sólo hecho de no cumplir obligación contractual” y el artículo 25 inciso segundo, de la Declaración Universal de los Derechos del

Hombre dispone que: “nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de orden civil”. Nótese que todas las normas transcritas ubican a la LIBERTAD de la persona por encima de los valores materiales.

Se advierte la existencia de tensión entre dos derechos constitucionales, el derecho a la libertad personal por un lado, y los derechos de los niños por otro, motivada por la existencia de la norma de carácter legal- artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia- lo cual a su tren o cuenta con claro respaldo en la Constitución-artículo 23 numeral 4, que permite la prisión por incumplimiento de pensiones alimenticias- y en los tratados de derechos humanos- artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; sobra decir que el propósito de estas normas no es otro que reforzar la protección de los derechos de los niños. La afectación de uno de los derechos más caros y atados a la historia del constitucionalismo como es la libertad personal, no tiene otro propósito que generar la más alta presión que puede generarse a un ser humano- la pérdida de su libertad- para garantizar, dentro del conjunto de derechos del niño, aquel involucrado directamente con su subsistencia, el derecho a la alimentación. Sin embargo, la práctica ha demostrado lo contrario, el apremio no ha servido para generar el pago de la pensión alimenticia adeudada, puesto que una vez que el obligado pierde su libertad, la posibilidad de garantizar la alimentación del niño, quedan notoriamente reducidas, porque el obligado queda en física imposibilidad de generar re4cursos económicos para cumplir con su obligación.

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

Resuelve:

Disponer que el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, a fin de proteger el derecho del alimentario, previo a instrumentar la libertad del demandado disponga que el apremiado suscriba un acta compromiso en la que conste:

1. Revocar la Resolución del Vicepresidente del Concejo Cantonal de Cuenca, Delegado del señor Alcalde, en consecuencia conceder el Recurso de Hábeas Corpus, propuesto por el señor JRNA;
2. Disponer que el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del Azuay, a fin de proteger el derecho del alimentario, previo a instrumentar la libertad del demandado disponga que el apremiado suscriba un acta compromiso en la que conste:

a) Declaración juramentada de los bienes que posee;

b) Obligación de presentarse ante el Juez cada treinta días después de haberse dispuesto su libertad. Esta obligación cesará una vez, que por Secretaría del Juzgado de la Niñez y Adolescencia se certifique que el obligado ha cumplido con todas las pensiones alimenticias atrasadas;

c) Obligación de informar cualquier cambio de dirección o residencia;

d) En caso de encontrarse desempleado, la obligación de informar el hecho de cambio de situación laboral, a fin de activar los mecanismos

de pago a través de la pagaduría correspondiente (artículo 140 del Código de la Niñez y Adolescencia).

3.- De ser el caso, el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia del Azuay adoptaré las medidas que aseguren el cumplimiento de la prestación de alimentos conforme prevé el artículo 134 del Código de la Niñez y Adolescencia, como también dispondrá la orden de prohibición de salida del país, de acuerdo a lo previsto en el artículo 142 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de otras medidas cautelares previstas den la ley.

4.- Remitir esta Resolución al Concejo Nacional de la Judicatura para que instruya a todos los jueces que conozcan y resuelvan en materia de alimentos previstos en el Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de que aplique las reglas establecidas en esta resolución.

5.- Devolver el expediente al lugar de origen para los fines consiguientes.

6.- Publicar la presente resolución en el Registro Oficial.-

4.- **Comentario.**

En el presente caso observamos que el Tribunal Constitucional, revoca la Resolución del Vicepresidente del Concejo Cantonal de Cuenca de no conceder el Hábeas Corpus al señor JRNA, por la no cancelación de pensiones de alimentos.

Las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional son precisas, puesto que invoca el problema que se suscita entre el derecho de la libertad

y el derecho de los niños, e invoca el principio pro-libertate apoyándose en normas Constitucionales y Tratados Internacionales, así como el la Convención Americana de Derechos Humanos, y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Estas normas ubican a la libertad de la persona por encima de los valores materias.

Es verdad que el Tribunal Constitucional concede dar la libertad al obligado, revocando la orden del Vicepresidente del Cantón Cuenca, delegado del Alcalde, pero de igual manera obliga al alimentante a dar ciertas garantías para que no deje de cumplir con los derechos del niño. Es decir concede la libertad del obligado, pero de igual manera protege los derechos de alimentos de los niños, dando igual prioridad al padre y al hijo.

CASO No. 2.

1. Datos Referenciales.

Juicio No. No. 1692-06.

Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia.

Actora: D.M.R.R.

Demandado: A.N.C.F.

2.- Versión del Caso:

La señora DMRR, presenta la demanda por alimentos en contra del señor ANCF, quien solicita a su vez se determine la paternidad a través de un examen científico de ADN, a lo que la madre del menor DJRR, indica que el

demandado tiene pleno conocimiento de ser el padre del menor, sin embargo en la prueba científica a la que se refiere la parte demandada se demostrará plenamente la consanguinidad del menor DJRR, y quedará demostrada la incapacidad moral del demandado.

El cuatro de octubre del año dos mil seis, ante el señor doctor Juez encargado del Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, comparecen la demandante DMRR en compañía de su Abogado Defensor, y el señor ANCF en compañía de su Abogado Defensor, a celebrar la audiencia de conciliación por cuanto no ha sido posible lograr una conciliación entre las partes.

La parte procesal manifiesta no tener más que alegar en tal virtud, el Juzgado en uso de las atribuciones de que se halla investido. RESUELVE: De conformidad con lo que dispone el Art. 131 del Código de la Niñez y Adolescencia, que en la parte pertinente dice "1. La prestación de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada…", no fijar provisionalmente ninguna pensión alimenticia a favor del niño DJRR, en virtud de que el suscrito al momento procesal en que se evacua la presente audiencia de conciliación, no evidencia de lo actuado en el proceso que se encuentra argumentado lo puntualizado en la mencionada disposición legal. En virtud dispone se practique el examen de ADN en las personas de DMRR, NACF, y del niño DJRR el día 11 de octubre de 2006, a las 10h00

debiendo comparecer a la Cruz Roja Ecuatoriana nombrándose al respectivo Perito, quien se posesionara de su cargo al momento de la diligencia, debiendo presentar su in forme respectivo a la brevedad del caso en esta Judicatura. El costo de dicho examen será de cuenta del demandado conforme así lo dispone el Art. 131 numeral 5 del cuerpo legal ya invocado. Se concede el termino de seis días para que las partes anuncien las pruebas pertinentes, con lo cual quedan notificadas; y se CONVOCA A LA AUDIENCIA DE PRUEBA para el 6 de noviembre de 2006 a las ocho horas treinta, conforme así lo dispone el Art. 273 inc. 3 del Código ya mencionado. Se da por terminada la presente diligencia.

Con fecha 20 de septiembre de 2007, por disposición de la Jueza del Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia, solicita se remita el proceso al liquidador de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia a fin de que realice la liquidación correspondiente por concepto de pensión alimenticia. Se notifica con esta providencia a la señora DMRR y a NACF.

Con fecha 2 de octubre de 2007, mediante oficio No. 461-PJNA-CGE, se envía a la Dra. Juez del Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, la suma de la liquidación de lo adeudado por el señor NACF, por un valor total de 1.016,00 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Con fecha 22 de noviembre de 2007, se agrega al proceso el Informe remitido por el liquidador de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, y se corre traslado a las partes procesales, por el término de cuarenta y ocho

horas. Con la misma fecha se notifica con la providencia que antecede a DMRR y a NACF en sus respectivos casilleros judiciales.

Juzgado Quinto de Niñez y Adolescencia de Pichincha.- Quito, 17 de diciembre de 2007, las 16h30.- Agréguese al proceso el escrito que antecede, presentando por el demandado NACF, se dispone: Por cuanto de la revisión del proceso se desprende que existe reliquidación por concepto de pensiones alimenticias, en tal virtud el demandado NSCF, cancela en el término de veinte y cuatro horas el valor de USD $ 1016 (MIL DIEZ Y SEIS DÓLARES), por concepto de pensiones alimenticias, bajo prevenciones legales.

El 17 de diciembre de 2007 son notificados con la presente providencia que antecede a los señores DMRR, y a NACF es sus respectivos casilleros judiciales.

2. Resolución:

Juzgado Quinto de Niñez y Adolescencia de Pichincha. Quito, 10 de enero de 2008, las 08h24.- Vista la razón sentada por el señor Liquidador de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia en la cual certifica que el demandado no ha cancelado el valor adeudado por concepto de pensiones y en aplicación de lo preceptuado en el Art. 141 inciso 1ero. Y 3ero, del Código de la Niñez y Adolescencia. Esta Autoridad dispone se proceda al APREMIO PESONAL del demando NACF, a fin de que pague el monto de la cantidad adeudada por pensiones alimenticias atrasadas a favor de su hijo; esto es la

suma de $ 1.016,00 (MIL DIEZ Y SEIS DÓLARES), hasta por un tiempo máximo de diez días, al efecto ofíciese al Jefe de la Policía Judicial de Pichincha, a fin de que cumpla con lo ordenado, quien una vez detenido permanecerá en el Centro de Detención Provisional de Quito.- Notifíquese.-

El 10 de enero de 2008, se notifica la providencia que antecede a DMRR y a NACF en sus respectivos casilleros judiciales.

El 14 de enero de 2008 mediante oficio No. 81-2008-1692-2006-MGS dirigido a señor Jefe de la Policía Judicial de Pichincha, comunica lo dispuesto por el Juzgado Quinto de la Niñez y Adolescencia, que dispone se proceda al APREMIO PERSONAL del demandado NACF, a fin de que pague el monto adeudado por pensiones alimenticias por un valor de $1016,00 (UN MIL DIEZ Y SEIS DÓLARES), hasta por un tiempo máximo de diez días, al efecto ofíciese al Jefe de la Policía Judicial de Pichincha, a fin de que cumpla con lo ordenado, quien una vez detenido permanecerá en el Centro de Detención Provisional de Quito

4.- Comentario.

En el presente caso, se observa que en la demanda presentada por la señora DMRR, por pensiones de alimentos del niño DJRR, existe una causa sin arreglo por medio de las partes actoras, solicitando por parte del demandado se realice la prueba de paternidad por medio del ADN. Se puede ver que el obligado desea se dilate la causa, para evadir la responsabilidad de la paternidad en primer lugar, y así no involucrarse en el pago de

alimentos del menor. El alimentante a pesar de que se le ha dado un plazo para el pago de la deuda por pensiones de alimentos, no ha concurrido a realizar dicha obligación, por lo que se da la orden de APREMIO PERSONAL por un máximo de 10 días, y se notifica al Jefe de la Policía Judicial de Pichincha para que cumpla con dicha disposición.

CASO No. 3.

1. Datos Referenciales.

Juicio No. 060-08.

Juzgado Tercero de lo Civil de Loja.

Actor: G.N.B.

2. **Versión del Caso**:

El señor Germán Nicolás Barsallo, comparece y fundamentado en el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, deduce la acción de Habeas Corpus, por cuanto se encuentra detenido desde el 14 de enero del 2009 en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, por órdenes del señor Juez Multicompetente Décimo Cuarto de Loja con sede en Catacocha, por adeudar pensiones alimenticias en el juicio Nro. 060.08.- Aceptada a trámite la demanda, se convocó y realizó la audiencia correspondiente, la que obra fs. 26 de los autos, en la cual se negó la acción.- Por lo que de conformidad al numeral 3 del Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para notificar la sentencia se considera.- PRIMERO:

La acción de Habeas Corpus, se ha tramitado de acuerdo a las normas de procedimiento, determinadas en los Art. 76 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador; y, Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que se declara su validez.- SEGUNDO: La competencia del Juzgado, para conocer esta acción, se encuentra determinada en lo previsto en el numeral 2º del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador y numeral 1 del Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- TERCERO: Según el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, la acción de Habeas Corpus, es una garantía jurisdiccional, encaminada a amparar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona , así como proteger la vida y la integridad física de la personas privadas de la libertad.- CUARTO: Teniendo en cuenta las copias del proceso 60-08 del Juzgado Décimo Cuarto de lo Civil de Loja con sede Catacocha, presentados por el señor Juez Dr. Homer Galván Calderón y los presentados por el Guía del Centro de Rehabilitación Social, a nombre de la Dra. Susana Jaramillo, Directora del Centro de Rehabilitación Social de Loja en la audiencia pública, se establece: Que el Dr. Homer Galván Calderón, Juez Multicompetente Décimo Cuarto de de Loja, con sede en Catacocha, en el juicio Nro. 60-08, de alimentos seguido por la señora Eneth Lorena Mallaguari Saritama, ha dictado apremio personal contra el señor Germán Nicolás Barzallo Berrezueta, por adeudar la cantidad de mil doscientos sesenta dólares, correspondientes a la liquidación de fecha 17 de diciembre

del 2009, lo cual ha originado su detención el 13 de enero del 2010.- QUINTO: Si bien la Constitución de la República del Ecuador protege el derecho a la libertad de las personas en el Art. 66, al mismo tiempo lo limita cuando se trata de pensiones alimenticias adeudadas, en el literal c) del numeral 29 del referido artículo. Adicionalmente, en el Art. 44 ibidem, se prevé que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se entenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Y el Art. 45 ib. Dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral y nutrición, y a la educación, entre otros.- Estos principios se hallan desarrollados en el Código de la Niñez y Adolescencia, donde se concibe **el interés superior del niño como principio de interpretación** de dicho Código.- SEXTO: El Art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dice: Objeto.- "La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: … 6. A no ser detenida por deudas, excepto en el caso de pensiones alimenticias".- SÉPTIMO: Estas disposiciones constitucionales, determinan que el señor Germán Nicolás Barsallo Berrezueta, no se encuentra privado de su libertad de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, al contrario se encuentra privado de su libertad con boleta constitucional de encarcelación, legalmente librada por el señor Dr. Homer Galván Calderón, en calidad de Juez XIV Multicompetente

de Loja, con sede en Catacocha, por la deuda de la liquidación de pensiones alimenticias, que asciende a la cantidad mil doscientos sesenta dólares, por lo que es evidente, que en la privación de la libertad del recurrente no se ha vulnerado ningún derecho contemplado en la Constitución de la República del Ecuador.- OCTAVO: El Art. Innumerado 22 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial 643, del 28 de julio del 2009, en el primer inciso dice: "En caso de que el padre o madre incumpla con 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 más de 60 días más y hasta por un máximo de 180 días …".- en la boleta de apremio personal, de fecha 28 de diciembre del 2009 se ha establecido 30 días de prisión.-

3.- Resolución:

En el escrito inicial y en la audiencia, el recurrente plantea como modo de arreglo el pago de cien dólares mensuales, cancelándose la pensión mensual y el restante se abone hasta cancelar el total de la liquidación; sin embargo debe tenerse en cuenta que se necesitaría doce meses para cancelar dicha liquidación, lo que dada la obligación legal y moral de padre de contribuir al sustento de su hijo, resulta inaceptable.

Por lo expuesto y atendiendo las normas Constitucionales invocadas en esta resolución, de protección de los niños y adolescentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechaza el recurso de hábeas corpus presentado por el señor Germán Nicolás Barsallo Berrezueta.- Remítase copia de esta resolución al Juzgado Décimo Cuarto Multicompetente de Loja, con sede en Catacocha, para que sea agregada al proceso de alimentos correspondiente. Una vez ejecutoriada esta resolución, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador.- Secretaría deje copias de esta resolución en el libro correspondiente para los fines de Ley.-

4.- Comentario:

En el presente caso el Juez Constitucional no considera la propuesta del detenido por lo que desecha la acción de hábeas corpus; dejando vulnerado el derecho a la libertad individual y el derecho al trabajo del alimentante; así como también se lesiona el interés superior del niño y el derecho a los alimentos.

CASO No. 4.

1.- Datos Referenciales.

Juicio No. 1130-2009.

Juzgado Primero de lo Civil de Loja.

Actor: J.J.P.O.

2.- Versión del Caso:

Loja, veinte de octubre del dos mil nueve, a las 08H50.- J.J.P.O. comparece deduciendo la presente acción de hábeas corpus, manifestando que; desde el día jueves 22 de octubre del 2009, a las 21h00, fue privado de su libertad, encontrándose detenido en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, por órdenes del señor Juez Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, por pensiones alimenticias atrasadas en el juicio No. 706.07, que en su detención se han lesionado sus derechos constitucionales, que se lo tratado como un criminal, cuando únicamente se trata de un asunto civil de pensión alimenticia. Que la detención no puede exceder de veinticuatro horas, sino existe mandamiento constitucional de encarcelación, pues la detención arbitraria se debe al pago de pensiones alimenticias atrasadas de la injusta cantidad de mil cuatrocientos sesenta dólares americanos impuesta por el señor juez. Por lo expuesto y de conformidad con lo que dispone el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, comparece para interponer la acción de hábeas corpus, con el objeto de recuperar su libertad ya que se encuentra guardando prisión en forma arbitraria, ilegal e ilegítima, en vista de haberse violado expresas disposiciones Constitucionales. Indica que sus ingresos no son estables, trabaja a jornal en construcción cuando hay obras, al estar privado de la libertad no puede recuperar esos ingresos, que requiere salir a trabajar para

cubrir con las pensiones alimenticias impuestas por el Juez Primero de la familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, en vista de esto acuerda firmar una acta de compromiso ofreciendo cancelar en este momento la cantidad de trescientos dólares americanos y el resto en el plazo de seis mese posteriores.- aceptada a trámite la demanda, se avocó conocimiento y se señaló día y hora convocando a las partes a la audiencia dentro de los plazos señalados por la Constitución de la República del Ecuador, para tal efecto se ha oficiado el señor Director del Centro de Rehabilitación Social de Loja, para que presente al detenido, portando la correspondiente boleta legal de detención, quien ha comparecido a la audiencia por intermedio de un guía penitenciario, funcionario del centro de Rehabilitación Social, portando la Boleta de Encarcelación del señor J.J.P.O., ordenada por el Juez Primero de la familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja. Aclarando que este funcionario además adjunta otra boleta de detención emitida por el Juez Segundo de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, así mismo se ha dispuesto la comparecencia de la autoridad a cuya orden se encuentra la persona detenida, quien a comparecido a la audiencia . habiéndolo hecho el detenido con su abogado defensor. En la audiencia efectuada en el Juzgado, el Dr. Ángel Benigno Capa, Juez Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, por sus propios derechos manifiesta: la boleta No. 019-09, es decir la boleta de apremio y de allanamiento, es constitucional, de conformidad a los artículo 44, 45, 66 numeral 29 literal c) y el Art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, así como los artículos 11 e innumerado 22 inciso segundo de la Ley reformatoria al Código de la Niñez y

la Adolescencia. A continuación el detenido por intermedio de su abogado manifiesta: me ratifico en los fundamentos de hecho y de derecho constantes en la acción de hábeas corpus interpuesta, a la vez hago conocer que desde el día jueves 22 de octubre del presente año, a las 21H00 fui privado de mi libertad, en forma abusiva por los Agentes de la Policía que actuaron en mi detención en mi domicilio ubicado en el cantón Santa Rosa de la provincia de El Oro; y luego el día viernes 23 de octubre del presente año, fui trasladado al Centro de Rehabilitación Social de Loja, lugar donde guardo prisión por orden de apremio personal u allanamiento por pensiones alimenticias atrasadas, interpuesto injustificadamente por el Juez Primero de la familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, mediante los juicios 706-07, por el valor de setecientos dólares americanos y del Juzgado Segundo de la familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja,, con el número juicio 731-08, por el valor de 560 dólares americanos, sumando un valor de 1460 dólares. Señor Juez manifiesto que la detención de mi defendido es totalmente ilegal, arbitraria o ilegítima, ya que en nuestra legislación, como en la Constitución de la república del Ecuador, en el Código Penal no existe prisión por deudas, ni la prisión es de carácter indefinido o perpetua, ni el código de la Niñez y la Adolescencia, por su naturaleza es protectiva, y al momento de mi detención fueron lesionados mis derechos constitucionales a la de mis hijos menores de edad que presenciaron mi detención, ya que los mismos fueron intimidados, golpeados y botados al piso, para luego proceder a golpearme y subirme al patrullero, como si fuera un vil criminal, cuando se trata de un juicio civil y no penal. Señor Juez no existe boleta

constitucional de encarcelamiento conforme lo dispone el Art. 164 del Código de Procedimiento Penal, lo que se esta violentando es el derecho a la libertad que gozamos todas las personas y que se encuentran consagrados en nuestra Constitución, en el Art. 66 numeral 29. Con la privación de mi libertad, no se ha solucionado el asunto de los alimentos atrasados, más bien se esta perjudicando mi situación económica, ya que al no percibir ingresos se estaría perjudicando su situación económica, ya que no podría sufragar las pensiones alimenticias atrasadas, y más aún las necesidades de su familia, sus dos hijos y su esposa; como es de conocimiento señor Juez el principio de libertad esta contemplado por la Constitución de la República del Ecuador y Tratados Internacionales, ya que la libertad es un derecho personal y esta por encima de todo valor material. El Art. 11 del pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, a si lo condena y menciona que nadie será encarcelado por el solo hecho de no cumplir con la obligación contractual, como es el presente caso; más bien la autoridad competente debería establecer un mecanismos de pago y así garantizar la libertad de alimentante. El Art. 7 de la Convención de Derechos Humanos. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre dispone que nadie pueda ser detenido por incumplimiento de obligaciones de orden civil. El Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y el Art. 9 de la citada disposición claramente señala; Nadie podrá ser detenido, preso ni desterrado, por lo que la boleta de apremio personal y allanamiento contraviene a las disposiciones legales

antes citadas. Nuestra Constitución establece límites temporales a la prisión preventiva, como medida cautelar y garantiza que no haya internamientos indefinidos y perpetuos. Con su venia señor Juez me permito hacer llagar copias simples para que tenga elementos de juicio, y sea agregada a la diligencia. Por todo lo expuesto señor Juez y amparado en lo que dispone el Art. 89 de la Constitución y más disposiciones legales contempladas en el recurso de hábeas corpus, le solicito se digne aceptar esta acción y disponer la inmediata libertad de mi defendido, ya que de mantenerse su situación de detenido se estaría inventando la pena de cadena perpetua, a demás de haberse violado expresas disposiciones contempladas en el Art. 76 de la Constitución, como es la integridad física. Pido acepte en este momento firmar un acta de compromiso y canelar la cantidad de trescientos dólares americanos, ofreciendo cancelar el resto en el plazo de seis meses posteriores, desde el mes de diciembre. El Juez Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, solicita la palabra y concedida que le fue manifiesta: el presente juicio, materia de la presente acción de hábeas corpus es para mujer embarazada, es decir se trata de una ayuda prenatal y por ende los operadores de justicia en este caso el Juez debe disponer las providencias que fuesen necesarias a petición de parte actora, como el caso de la señora M.M.H.P, que corre a fojas de 132, quien solicita concretamente boleta de apremio con allanamiento, seguidamente dispone que comparezca a reconocer su firma y lo hace a fs. 133 y luego se dispone; hago conocer de la certificación de la pagadora del juzgado, consta la reincidencia del demandado y esto la ley si prevé; hago caer en cuenta señor Juez, no

cancela la cantidad de trescientos dólares americanos de la resolución, así como tampoco los cincuenta dólares de la liquidación, en base a la resolución, así como tampoco los cincuenta dólares mensualmente, que corren de abril del 2008 a marzo del 2009, por ello suman novecientos dólares de la liquidación, en base a la resolución del primer nivel y la ratificación de la Sala Especializada de lo Laboral y la Niñez, que corre a fs. 128 y vta. de conformidad al inciso tercero del Art. 89 y 90 de la Constitución, en relación con el Art. 58 y 65 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de la Competencias de la Corte Constitucional para el periodo de Transición ha concluido el trámite de presente acción y para resolver se considera: PRIMERO: La acción se tramitado de acuerdo a las normas del procedimiento, determinadas en la Constitución, por lo que se declara su validez. SEGUNDO: La acción de Habeas Corpus, se ha tramitado de acuerdo a las normas de procedimiento, determinadas en los Art. 76 y 89 de la Constitución de la República del Ecuador; y, Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo que se declara su validez.- TERCERO: La competencia del Juzgado, para conocer esta acción, se encuentra determinada en lo previsto en el numeral 2º del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador y numeral 1 del Art. 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- CUARTO: Según el Art. 89 de la Constitución de la República del Ecuador, la acción de Habeas Corpus, es una garantía jurisdiccional, encaminada a amparar la libertad de quien se encuentre privado de ella en forma ilegal arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad

pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de la personas privadas de la libertad. QUINTO: En la especie, el detenido señor J.J.P.O, manifiesta que su detención se debe a pensiones alimenticias atrasadas en el proceso 706-07, tramitado en el Juzgado Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, lo que se confirma en la audiencia con la presentación de la boleta de estilo. La boleta de apremio dictada por el señor Juez tiene por objeto hacer cumplir disposiciones judiciales, esto es hacer efectivo el pago de la liquidación por pensiones alimenticias, por lo que se considera que la rodean dictado por el Juez no es ilegal, arbitraria o que la misma hubiese sido ilegítimamente dispuesta. Debemos dejar en claro, que la boleta de apremio en ningún caso puede ser considerada como orden de privación de libertad indefinida; ya que esta puede quedar insubsistente o sin efecto, si el *alimentario paga el valor adeudado, o que el mismo demuestre su interés en cumplir con la obligación emanada,* sea esto, ***procurando una fórmula de arreglo viable y confiable que le permitan al alimentado tener la certeza que paródicamente va a contar con dichos emolumentos para su subsistencia***, en guarda al interés superior del niño prescrito en la Constitución y más tratados internacionales suscriptos por el Ecuador.

3.- Resolución:

Son estos presupuestos legales los que deben ser analizados si fueron cumplidos por el accionante para la procedencia de la presente acción. Del contenido del expediente y de la intervención realizada en la diligencia de

audiencia convocada, es claro establecer que el actor si demostró el interés de cumplir con las pensiones alimenticias atrasadas. Aclarando que la boleta de apremio que motivo la presente acción de hábeas corpus, es la emitida por el señor Juez Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, por el valor de novecientos dólares americanos.- Por lo que ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, en uso de las atribuciones legales que me confiere la Constitución, y en cumplimiento a la Resolución pronunciada por la Tercera Sala e la Corte Constitucional en la Resolución No. 0102-2008-HC, del 20 de enero del 2009, como norma vinculante, se concede la acción de hábeas corpus deducida por el señor J.J.P.O., disponiéndose que: a) El señor Juez Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, previo declarar la libertad del accionante, *disponga que el obligado suscriba una acta de compromiso en que conste una declaración juramentada de los bienes que posee; obligación de presentarse ante el mencionado Juez con la periodicidad que éste determine*, obligación que cesará una vez que por secretaria del Juzgado certifique que el obligado a cumplido con todas las pensiones alimenticias atrasadas, obligación de informar cualquier cambio de dirección o residencia; en caso de encontrarse desempleado la obligación de informar el hecho o de cambio de situación de desempleo, a fin de activar los mecanismos de pago a través de la pagaduría correspondiente; b) El señor Juez Primero de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Loja, *deberá adoptar medidas que aseguren el cumplimiento de la prestación de*

alimentos de conformidad a lo previsto en el Art. Innumerado 20 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, *como emitir la orden de prohibición de salida del país, prohibición de enajenar bienes*, etc. De conformidad con lo previsto en el Art. Innumerado 21 del citado cuerpo legal.- Una vez que cause ejecutoria la presente resolución deberá darse cumplimiento a los dispuesto en el numeral 5 del Art. 86 de la Constitución de la República. Déjese copia de la presente resolución.- adjúntese copia de la papeleta de depósito por el valor de trescientos dólares americanos a nombre a la madre del menor.

4.- Comentario:

En el presente caso demuestro que el Juez Constitucional de Loja, toma en consideración el petitorio del detenido, en el cual busca un acuerdo reparatorio ofreciendo pagar las cuotas en seis meses y adelanta una cuarta parte de la deuda como pago, con la finalidad de solucionar este conflicto; ofrecimiento que es aceptado por el señor Juez Constitucional, aplicando el principio de ponderación constitucional haciendo prevalecer el interés superior del niño y su derecho a los alimentos, frente a garantizar el derecho laboral y la libertad individual del alimentante detenido. Como se observa el Juez de la Niñez que dicta la medida de apremio personal, en su intervención solicita al Juez Constitucional que tome en cuenta la situación de la madre del menor; sin embargo al momento de presentarse una acción de hábeas corpus; solo pueden intervenir el proponente que en este caso sería el detenido y el Juez que dicto el apremio; no tiene porque participar la

madre del menor; si no buscar la solución entre las partes presentes en esa audiencia. Las medidas alternativas dictadas en contra del alimentante tenemos; el pago de una cuarta parte de la deuda; una declaración juramentada de sus bienes; la celebración de un acta de compromiso del pago de las pensiones alimenticias adeudadas; la prohibición de salida del país; la presentación periódica del alimentante ante el Juez de la Niñez que dicto la orden de apremio; la obligación de comunicar de algún cambio de domicilio o residencia. Estas son la medidas dictadas con la finalidad que el alimentante recupere su libertad y pueda trabajar para que cancele las pensiones alimenticias adeudadas. De esta forma debería actuar todos los jueces constitucionales cuando le toque conocer acciones de hábeas corpus de alimentantes privados de su libertad.

6. DISCUSIÓN.

6.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

En el presente trabajo investigativo se han presentado y planteado los objetivos tanto generales, como específicos, con el propósito de verificarles si se han cumplido.

Objetivo General:

"Realizar un estudio doctrinario y jurídico del apremio personal y su cesación como limitante frente al principio pro libértate y los derechos del alimentante y alimentado".

Este objetivo se verifica con el desarrollo de la revisión de literatura; específicamente en el marco conceptual, jurídico y doctrinario donde analizo temas y normas jurídicas relacionadas a la persona, la libertad, derecho al alimento, el apremio personal, las medidas cautelares, derecho del trabajo.

Objetivos Específicos.

1. ***"Demostrar la necesidad de incorporar medidas alternativas al apremio personal que garanticen su cesación y cumplimiento del pago de los alimentos".***

Este objetivo se ha podido verificar, principalmente con el estudio de los cuatro casos en donde se ha dictado el apremio personal sin considerar otras medidas sustitutivas a la privación de la libertad del alimentante. Sin embargo el Tribunal Constitucional actualmente Corte Constitucional, dicta una resolución para que los jueces consideren cierto lineamiento previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado.

2. ***"Conocer los efectos jurídicos y sociales que genera la privación de libertad del alimentante, a las partes".***

Este objetivo logro verificarlo con la aplicación de la tercera pregunta de la encuesta en donde los consultados supieron responder como efectos jurídicos la violación del derecho a la libertad individual y derechos humanos del alimentante, además se obliga a contratar a un profesional del derecho para su defensa, este apremio afecta a la integridad personal, psíquica,

psicológica y moral del alimentante que es detenido arbitrariamente. En lo concerniente a los efectos sociales la mayoría de los consultados manifestaron que se desintegra el núcleo familiar y existe desprotección de los alimentos del menor, al no permitirle trabajar al alimentante para contar con recursos y logre cubrir las pensiones alimenticias adeudadas.

3. ***"Elaborar una propuesta de reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia, dirigida a garantizar los derechos del alimentante y alimentado".***

Este objetivo lo verifico con la elaboración del proyecto de ley reformatoria al Código de la Niñez y la Adolescencia, incorporando medidas alternativas a la cesación del apremio personal, direccionadas a garantizar los derechos del alimentante y alimentado.

6.2. **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.**

La hipótesis propuesta en el presente proyecto investigativo es:

"La ausencia de medidas alternativas al apremio personal en el Código de la Niñez y la Adolescencia, esta vulnerando el principio pro libértate y lesiona derechos del alimentante y alimentado".

Al conocer los resultados de la investigación jurídica, tanto de las encuestas como de las entrevistas, la presente hipótesis está comprobada, porque los consultados en sus intervenciones afirman que la falta de medidas alternativas al apremio personal permite y obliga a los jueces aplicar

conforme se viene haciendo, dictar el apremio personal contra el alimentante moroso. Por otra parte al momento de dictar el apremio personal contra el alimentante se esta vulnerando el derecho de libertad individual y principio pro libertate que debe ser utilizado como última medida cautelar personal. Con el estudio de caso también confirmo esta hipótesis, porque claramente se evidencia la vulneración del derecho a la libertad individual del alimentante, sin embargo algunos jueces acatan la resolución del Tribunal Constitucional en dejar en libertad al alimentante siempre y cuando cumpla con algunas condiciones.

6.3. **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.**

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11, numeral dos, señala; "Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades"[102]. En el numeral cuatro establece; "4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, *deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia*"[103]. Es decir, la aplicación de los derechos humanos corresponden a todas las personas sin distinción alguna. Mas adelante en el Art. 417 del mismo cuerpo legal dispone; "los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetaran a lo establecido en la Constitución.

[102] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2011. Art. 11 # 2.
[103] Ibídem.- Art. # 4, 5.

En caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicaran los *principios pro ser humano*, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución"[104]. El principio pro ser humano, debe ser aplicado en beneficio de todas las personas que están solicitando se respeten sus derechos vulnerados.

En la actualidad existe un problema legal que deja en indefensión los derechos del detenido por apremio personal, porque algunos Jueces de la Niñez y la Adolescencia, a pesar que el detenido ofrece mediante acuerdo al Juez el pago de una parte de la deuda; los jueces deben aplicar la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia, sino que se limitan a las normas del Código de la Niñez y la Adolescencia que determina "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, dispondrá el apremio personal hasta 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"[105]. Es decir, el Código de la Niñez y la Adolescencia como medidas cautelares de carácter personal solo contempla el arraigo y el apremio personal, siendo esta última la medida que lesiona el principio pro libértate del alimentante, privándole de la libertad hasta por el

[104] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA. Ley. Cit. Art. 417.
[105] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2011. Art. 147.

plazo de 180 días, situación que atenta a los derechos humanos porque se debe tener presente que por deudas no hay prisión, excepto por pensiones alimenticias atrasadas, sin embargo llegando hasta el fondo de la pensión alimenticia sería de carácter civil y no penal, por lo tanto, no se debería de continuar privando de la libertad a los alimentantes deudores, porque se debe tener presente que la privación de libertad es de ultima ratio, es decir como última alternativa esta el internamiento de los infractores en la cárceles. Ya que el alimentante deudor no es un criminal, ni delincuente para que sea internado en los centros carcelarios, mas conocidos como centros de perfeccionamiento del crimen. Y el Estado a través de la Asamblea Nacional debe incorporar otras medidas alternativas al apremio personal, como la presentación periódicamente ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia, para que acredite su comparecencia, estancia en el sector, y justifique que se encuentra trabajando para cancelar las pensiones alimenticias adeudadas y futuras.

Al analizar el Art. 27 (147.5) del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que la prohibición de salida del país y el apremio personal podrán cesar si el obligado rinde garantía real o personal estimada suficiente por el Juez. 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. Mientras que los demás apremios e inhabilidades sólo cesaran con la totalidad del pago adeudado y su respectivos intereses, en efectivo o mediante cheque certificado; no existiendo otras medidas

alternativas al apremio personal que garanticen los derechos del alimentante y del alimentado.

De esta manera se vulnera el derecho a la libertad individual a pesar de existir la disposición legal de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que preceptúa *"nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter civil"*[106]. Estas normas internacionales prohíben la detención por obligaciones de carácter civil. A parte no debe olvidarse que la excepción constante en la Constitución de la República permite la prisión por mora en el pago de pensiones alimenticias, no faculta la detención, por eso, como lo dice la Corte Constitucional *"el apremio personal, lejos de consistir en una pena es propiamente una medida de prisión y fuerza creada por la ley para obligar al pago de las pensiones alimenticias.* ***Lo contrario representa una interpretación arbitraria, ya que el principio pro-libertate se basa en una interpretación restrictiva de la limitación del derecho a la libertad.*** *Frente a la contradicción de derechos, el del menor a los alimentos, y el del alimentante a su libertad, conviene reiterarse la posición de la Corte Constitucional, en el sentido de que la pérdida de la libertad es un medio para asegurar el derecho del alimentario, sin que esto signifique que es el único, toda vez que no siempre se logra el pago de lo adeudado con la detención del deudor, por lo que al no ser necesaria la medida y al resultar desproporcionada.* Considero que se debe garantizar el derecho a la alimentación de los niños, permitiendo arreglos judiciales entre el juez y

[106] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. www. hpp/t. com.ec.

detenido que permitan al alimentario recuperar su libertad, ejercer su derecho al trabajo y cubrir la deuda que es el propósito de la norma jurídica.

Los resultados mayoritarios de las encuestas y entrevistas apoyan mi propuesta de reforma de incorporar cambios en el Código de la Niñez y la Adolescencia, estableciendo medidas alternativas para la cesación del apremio personal y garantizar los derechos del alimentante y alimentado.

De esta manera dejo sentado mi fundamentación de reformas urgentes a las leyes antes indicadas; porque también he demostrado de los estudios de casos que existe vulneración del derecho a la libertad y del trabajo del alimentante y por lo tanto, se hace extensivo esta vulneración al interés superior del niño y el derecho a sus alimentos; con la privación de libertad no se esta logrando ningún beneficio, más bien existen resentimientos entre familiares. Considero que se debe tomar como norma obligatoria la resolución dictada por el tribunal Constitucional y tomar como ejemplo el primer y cuarto caso en donde los jueces buscan garantizar estos derechos humanos y proteger la dignidad de las personas que sin ser criminales, son privados de su libertad, vulnerándose el principio universal pro libértate.

7. CONCLUSIONES.

Luego de culminar la investigación de tesis que he realizado sobre el tema propuesto he llegado a las siguientes conclusiones:

1. La libertad es un derecho en el hombre, con el que nace, actualmente ya no existe esclavitud, sin embargo este derecho esta siendo vulnerado, por la falta de normas jurídicas que garanticen plenamente este derecho humano.

2. En los juicios de alimentos se observa vulneración de derechos de los alimentantes que son privados de su libertad por deudas de carácter civil, como lo es, el no pago de las pensiones alimenticias, lo que transgrede la dignidad humana.

3. Es obligación de los padres biológicos y del Estado, el cuidado personal de la crianza, educación, vivienda, alimentación y otros para con los menores de edad, del cumplimiento de todo esto conllevará al menor a desenvolverse en un ambiente de respeto de su integridad personal.

4. El apremio personal contra el alimentante esta vulnerando los derechos: a la libertad individual, integridad personal, y el trabajo; así mismo los derechos del alimentado y el interés superior del niño.

5. Al estar privado de la libertad el alimentante se vulnera el principio pro libértate, y el derecho al trabajo, al no poder trabajar para poder cancelar

las pensiones adeudadas; dejando en indefensión el pago de los alimentos.

6. El principio pro libertate se vulnera al dictar el apremio personal en contra del alimentante, no siendo considerado por los legisladores la aplicación directa del principio de última ratio o última razón, que surge como nueva tendencia para garantizar la privación de libertad innecesaria.

7. La opinión mayoritaria de los encuestados y entrevistados consideran que existe vulneración de los derechos del alimentante y alimentado al momento de privar de la libertad, sin considerar otras medidas alternativas.

8. Con el análisis de casos se observa que ya existe norma constitucional vinculante que obliga a los jueces tomar decisiones en los casos de alimentantes privados de su libertad, siempre y cuando se cumplan condiciones que en la audiencia se acuerde y consten en el acta.

9. Existe vacios legales en el Código de la Niñez y la Adolescencia al no existir nomas legales que determinen medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado.

8. RECOMENDACIONES.

Una vez concluido mi tesis, estoy en la condición de entregar las siguientes recomendaciones:

1. Sugiero a los señores Jueces respectivos que le corresponda conoce sobre el apremio personal del alimentante tomen en cuenta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el apremio personal y celebrar las actas de acuerdo con las condiciones necesarias.

2. Solicito a los Asambleístas consoliden las normas legales existentes, sustituyendo el apremio personal con medidas alternativas a favor del alimentante.

3. Se debe considerar que los preceptos normativos de la privación de libertad, debe aplicado como de última ratio o última razón, debiendo las autoridades respetar este principio.

4. El derecho de alimentante al trabajo y libertad personal deben ser garantizados, por el Estado y discutido por las Carreras de Derecho, Colegios de Abogados y Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura.

5. Es necesario reformar el Código de la Niñez y la Adolescencia que permita garantizar al alimentante el principio pro libértate, derecho al trabajo y los alimentos del alimentado.

6. Recomiendo presentar a los señores asambleístas una propuesta de Reforma al Código de la Niñez y la Adolescencia para que se incorpore medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado.

9. PROPUESTA JURÍDICA.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que, el deber más alto del Estado consiste en respetar y hacer respetar los Derechos Humanos consagrados en la Constitución y Tratados Internacionales.

Que, la Constitución de la República, es el conjunto de reglas fundamentales que organiza la sociedad, estableciendo la autoridad y garantizando la libertad.

Que, la Constitución de la República manda que se respete y garantice la integridad personal, integridad física, psíquica, moral y sexual, así como el derecho al trabajo y de alimentos, y,

Que, existe vulneración del principio pro libertate del alimentante al momento de ser privado de su libertad con apremio personal por parte del Juez de la Niñez y Adolescencia.

En uso de las atribuciones constitucionales que le confiere el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador**, EXPIDE** la presente.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

Art.1. En el Título V, Capítulo I, de los Derechos de Alimentos en el Art. 22 (147) incorpórese un numeral que dirá:

"El Juez de la Niñez y la Adolescencia hará constar en su resolución que el apremio personal se lo hará efectivo en días laborales, y el detenido será inmediatamente puesto a su ordenes, con la finalidad de celebrar una audiencia, para considerar el pronunciamiento de la Resoluciones del Tribunal Constitucional, respecto a la libertad el alimentado, dejando constancia del acta de acuerdo de las partes".

Art. 2. En el Art. 27 (141.1.) agréguese un inciso que dirá:

"El Juez obligatoriamente deberá considerar otras formas de cesación del apremio personal que será con la aplicación proporcional de las siguientes medidas alternativas:

a) Prohibición de enajenar en el Registro de la Propiedad.

b) Trabajo comunitario.

c) Suspensión de las licencia de conducir.

d) Retención de la devolución anual impuesto a la renta.

e)Obligación de presentarse periódicamente ante el juez competente.

f) Arresto domiciliario, con supervisión o vigilancia policial.

g) Arresto nocturno.

h) Arresto de fin de semana.

Art.3. Quedan derogadas las demás disposiciones que se opongan a esta reforma.

Disposición Final: La presente reforma entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, Distrito Metropolitano, Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los……días del mes de marzo de 2012.

f……. f…….

Presidente **Secretario**

10.- BIBLIOGRAFIA.

1. BIDAR CAMPOS, Germán J. “La interpretación de los Derechos Humanos” EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires.
2. CABANELLAS Guillermo. “Diccionario Jurídico usual”, Tomo III.-1981.
3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI.
4. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires –Argentina. 1993.
5. CALDERA, Rafael Derecho del Trabajo, 2ª Edic., edit. El Ateneo, Buenos Aires-Argentina 1975.
6. CARPIO MARCOS, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales” Palestra Editores Lima – 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9, y la referencia a PINTO, Mónica. “El Principio pro homine”. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, En ABREGU, Martín y Christian COURTIS (Compiladores) Editores El Puerto, Bs. As. 1997.
7. CEVALLOS VASQUEZ, María Elena, Legislación Laboral, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas.
8. CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, año 2011.

9. CODIGO DEL TRABAJO. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, año 2011.

10. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, en relación al artículo 11, inciso tercero, de la Ley Nº 14.908.

11. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA, Edit. Civitas, 2009.

12. CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2011, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.

13. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador. 2011.

14. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos del Niño.- Internet. Fundación ESQUEL. Quito-Ecuador. 2008.

15. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. C E D H U. Fundación ESQUEL. Guayaquil- Ecuador. 2008.

16. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.

17. CUMBRE DE GOBERNANTES DE LA UNIÓN EUROPEA Y AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, celebrada en Madrid, en mayo de 2010.

18. DICCIONARIO DEL ESTUDIANTE. Ediciones Petrencó. Buenos Aires – Argentina. 1998.

19. DICCIONARIO KAPELUZ DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Kapeluz. Tomo I. Primera Edición. Quito – Ecuador. 2006.

20. DICCIONARIO JURÍDICO DERECHO – ECUADOR. Versión electrónica. www.derechoecuador.com.

21. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial. Driskill S.A. 36 Tomos. 1982. Buenos – Aires Argentina.

22. ESPINOSA M, Galo Dr. Enciclopedia Jurídica, Volumen I,

23. http://cl.vlex.com/vid/69051311 (27 de diciembre de 2009) (26 de noviembre de 2009)

24. JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman. "La Ciencia y Técnica del Derecho".- Departamento de Publicaciones de la Universidad Nacional de Loja. Cuarta Edición. Loja – Ecuador. 2003.

25. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "La ley y el Delito", Segunda edición, Editorial Hermes México. 1998.

26. JIMENEZ SILVA, Octavio Michael. ESTUDIO DOCTRINARIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES. Ediciones Maza. Lima – Perú. 2000.

27. LARREA Holguín Juan. "Manual de Derecho Civil del Ecuador." Tomo II, Corporaciones de Estudios y Publicaciones Quito.- 1965.

28. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.- 2011.

29. LEY DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR. ARGENTINA- Ley 13-944 de Argentina.- Internet.

30. MANILI, Pablo Luis, “El Bloque de Constitucionalidad La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino”. Editorial La Ley S.A.E. e. I. Buenos Aires 2003.

31. MONTALVAN Iván. Tesis Doctoral de Derecho, Universidad Nacional de Loja, 2007.

32. MOUCHET Carlos, Introducción al derecho, duodécima edición, Buenos Aires Argentina 2000.

33. NIKKEN, Pedro, “La Protección internacional de los Derechos Humanos su desarrollo Progresivo” Editorial Civitas S. A. 1987

34. OLIVARES Víctor Hugo. MEDIDAS CAUTELARES REALES. Ediciones Prosi. Quito – Ecuador.1999. 2000.

35. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edición Heliasta SRL. Tomo I. Editorial Continental. Buenos Aires – Argentina.

36. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

37. PARLAMENTO ANDINO.- Presidencia.-Bogotá, Colombia, 29 de agosto de 2007.

38. PEREZ Álvarez, Fernando. Fundamentos del Derecho Penal ecuatoriano. Fondo de la Cultura Ecuatoriana. Tomo I. Cuenca Ecuador. 1994.

39. PEREZ LUÑO, All. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, 1984.

40. PEREZ BOTIJA, Eugenio. Obra el Derecho del Trabajo.

41. PLAZA, Marcos; y JAMES "Diccionario con Etimología.- Barcelona-España. Primera Edición Editorial Española. 1992.

42. RAJES VALLÉS, Ramón. Atribución de Responsabilidades en el Derecho Penal de la Empresa. En Memorias XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

43. REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS DE LA JUSTICIA DE MENORES.

44. ROMBOLA, Néstor Darío. Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales. Buenos Aires Argentina. 2006.

45. RUIZ GARCIA, Abado Dr. Diccionario Jurídico General. Aforismos Jurídicos. Editorial MV FENIX. Lima – Perú. 2009.

46. SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. Voto 3173-93.

47. SERRANO, Julio R. Dr. Lectura Selectas que potencian valores. Loja-Ecuador. 2005.

48. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- Resolución No. 006-2004-DI de diciembre de 2004.-

49. UNDURRAGA SOMARRIVA, Manuel. “Derecho de familia”. Tomo I – II Editorial Nascimiento. Santiago de Chile, 1983.

50. VASQUEZ GALARZA Germán, Legislación Laboral Artesanal y Tributaria Edición Vigésimo Sexta

11.- ANEXOS

ANEXO No. 1

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

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la encuesta, relacionadas al tema: **"Incorporación de medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado",** cuyos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciada en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración:

1. **¿Considera usted necesario que se prive de la libertad a una persona por no pagar las pensiones de alimentos?**

   Si ( ) No ( )

Porqué……

……

……

2. **Al privarle de la libertad al alimentante deudor ¿Cree usted que se está vulnerando el principio pro libértate, por tratarse de una acción civil y no de carácter penal?**

Si ( ) No ( )

Porqué……

……

……..

3. **¿Considera Usted que la privación de libertad del alimentante genera efectos jurídicos y sociales a las partes?**

Si ( ) No ( )

Indique cuales: ……

……

……

……

4. **¿Cuáles de las medidas alternativas, al apremio personal para el cumplimiento del pago de alimentos, señaladas; cree usted que deben incorporarse en el Código de la Niñez y Adolescencia?**

a) Prohibición de enajenar en el registro de la propiedad

b) Trabajo comunitario

c) Suspensión de las licencia de conducir

d) Retención de la devolución anual impuesto a la renta

e) Obligación de presentarse periódicamente ante el juez competente

f) Arresto domiciliario, con supervisión o vigilancia policial

g) Arresto nocturno

h) Arresto de fin de semana

5. **¿Está usted de acuerdo que se reforme Código de la Niñez y Adolescencia, con la finalidad de incorporar medidas alternativas antes de darse el apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y alimentado?**

Si ( ) No ( )

Porqué……

……

…….……

Gracias

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

Señor Profesional, dígnese contestar las preguntas de la entrevista, relacionadas al título: **"Incorporación de medidas alternativas para la cesación del apremio personal, previo a garantizar los derechos del alimentante y del alimentado",** cuyos resultados me servirán para continuar con el desarrollo de mi tesis de Licenciada en Jurisprudencia, desde ya le antelo mis sinceros agradecimientos por su colaboración:

1. **La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, garantiza que** *"nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter civil";* **sin embargo en Ecuador por pensiones alimenticias que son de carácter civil, privan de la libertad al alimentante deudor; ¿Cuál es su opinión?**

……

……

……

2. **Cuál es su opinión respecto a la posibilidad de incorporar medidas alternativas al apremio personal del alimentante, que no cumple con sus obligaciones dentro del *Código de* la Niñez y Adolescencia**

……

……

……

……

3. **Cuál es su opinión respecto de la aplicación del principio de ultima ratio "ultima razón, último argumento" de la sanción de privación de la libertad al alimentante que no cumple la obligación de pagar alimentos**

……

……

……

4. **Cuál es su opinión respecto a la aplicación del apremio personal, como una vulneración al principio pro-libértate siendo una interpretación restrictiva de la limitación del derecho a la libertad.**

……

……

……

5.- Considera usted necesario incorporar medidas alternativas al apremio personal, en el Código de la Niñez y Adolescencia, para garantizar el principio pro- libértate y derechos del alimentante y alimentado.

……

……

……

INDICE.

Páginas Preliminares:

Autorización……i

Autoría……ii

Dedicatoria ……..…….iii

Agradecimiento ..……iv

Resumen …….....……viii

Abstract …….....x

Introducción……..……xii

Revisión de Literatura.

Marco Conceptual……..1

Marco Jurídico ……35

Marco Doctrinario…….……...69

Métodos y Materiales.

Métodos y Materiales utilizados……..……93

Resultados.

Resultados de la aplicación de encuestas…….……98

Resultados de la aplicación de entrevistas……..…106

Estudio de casos……113

Discusión.

Verificación de objetivos……...139

Contrastación de hipótesis……...141

Fundamentación jurídica ……...142

Conclusiones……147

Recomendaciones……...149

Propuesta jurídica……151

Referencias Finales.

Bibliografía……...154

Anexos……...160

Índice……165